A/77/10

Naciones Unidas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

73er período de sesiones
(18 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 5 de agosto de 2022)

Asamblea General
Documentos Oficiales
Septuagésimo séptimo período de sesiones
Suplemento núm. 10 (A/77/10)

Se ruega reciclar

A/77/10

Asamblea General
Documentos Oficiales
Septuagésimo séptimo período de sesiones
Suplemento núm. 10

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

73er período de sesiones
18 de abril a 3 de junio y 4 de julio
a 5 de agosto de 2022)

Naciones Unidas ● Nueva York, 2022

Nota

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

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

En la segunda parte del volumen II del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2022*, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

ISSN 0251-8570

Índice

Capítulo		*Página*
I.	Introducción	1
II.	Resumen de la labor de la Comisión en su 73er período de sesiones	5
III.	Cuestiones específicas sobre las cuales los comentarios serían de particular interés para la Comisión	7
IV.	Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*	10
V.	Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados	97
VI.	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	204
VII.	La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado	313
VIII.	Principios generales del derecho	334
IX.	La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional	354
X.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	374
Anexos		
I.	Los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes	386
II.	Solicitud de la Asamblea General en virtud del párrafo 34 de su resolución 76/111, de 9 de diciembre de 2021	400
	Apéndice	405

Índice

Capítulo *Página*

I. Introducción 1

A. Miembros 1

B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada 2

C. Comité de Redacción 2

D. Grupos de trabajo y grupo de estudio 3

E. Secretaría 4

F. Programa 4

II. Resumen de la labor de la Comisión en su 73er período de sesiones 5

III. Cuestiones específicas sobre las cuales los comentarios serían de particular interés para la Comisión 7

A. Principios generales del derecho 7

B. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional 7

C. Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional 8

D. Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar 9

E. El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales 9

IV. Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* 10

A. Introducción 10

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 10

C. Recomendación de la Comisión 11

D. Agradecimiento al Relator Especial 11

E. Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* 11

1. Texto del proyecto de conclusiones y del anexo 11

2. Texto del proyecto de conclusiones y sus comentarios 17

Primera parte
Introducción

Conclusión 1 Alcance 18

Comentario 18

Conclusión 2 Naturaleza de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* 19

Comentario 19

Conclusión 3 Definición de norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* 29

Comentario 29

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

Conclusión 4	Criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*	31
	Comentario	31
Conclusión 5	Bases de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*	33
	Comentario	33
Conclusión 6	Aceptación y reconocimiento	39
	Comentario	39
Conclusión 7	Comunidad internacional de Estados en su conjunto	41
	Comentario	41
Conclusión 8	Prueba de la aceptación y el reconocimiento	44
	Comentario	44
Conclusión 9	Medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general	47
	Comentario	47
Tercera parte Consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*		
Conclusión 10	Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*	52
	Comentario	52
Conclusión 11	Divisibilidad de las disposiciones de un tratado que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*	55
	Comentario	55
Conclusión 12	Consecuencias de la nulidad y la terminación de los tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*	57
	Comentario	57
Conclusión 13	Falta de efecto de las reservas a los tratados sobre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*	58
	Comentario	58
Conclusión 14	Normas de derecho internacional consuetudinario que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*	60
	Comentario	60
Conclusión 15	Obligaciones creadas por actos unilaterales de Estados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*	65
	Comentario	65
Conclusión 16	Obligaciones creadas por resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*	67
	Comentario	67

Conclusión 17 Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* como obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*) 70
Comentario 70
Conclusión 18 Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y circunstancias que excluyen la ilicitud 75
Comentario 75
Conclusión 19 Consecuencias particulares de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* 76
Comentario 76
Cuarta parte
Disposiciones generales
Conclusión 20 Interpretación y aplicación en consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* 86
Comentario 86
Conclusión 21 Procedimiento recomendado 88
Comentario 88
Conclusión 22 Sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* puedan generar de otro modo 91
Comentario 91
Conclusión 23 Lista no exhaustiva 92
Comentario 92
Anexo 96
V. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados 97
A. Introducción 97
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 98
C. Recomendación de la Comisión 98
D. Agradecimiento a la Relatora Especial 98
E. Texto del proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados 99
1. Texto del proyecto de principios 99
2. Texto del proyecto de principios con sus comentarios 104
Comentario general 104
Preámbulo 105
Comentario 106
Primera parte
Introducción
Principio 1 Alcance 108
Comentario 108
Principio 2 Propósito 108
Comentario 108

Segunda parte
Principios de aplicación general

Principio 3 Medidas para mejorar la protección del medio ambiente 109
Comentario 109
Principio 4 Designación de zonas protegidas 113
Comentario 113
Principio 5 Protección del medio ambiente de los pueblos indígenas 117
Comentario 117
Principio 6 Acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares 121
Comentario 121
Principio 7 Operaciones de paz 123
Comentario 123
Principio 8 Desplazamientos humanos 126
Comentario 126
Principio 9 Responsabilidad del Estado 130
Comentario 131
Principio 10 Debida diligencia de las empresas 136
Comentario 136
Principio 11 Responsabilidad civil de las empresas 143
Comentario 143

Tercera parte
Principios aplicables durante un conflicto armado

Comentario 147
Principio 12 Cláusula de Martens con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados 148
Comentario 148
Principio 13 Protección general del medio ambiente durante un conflicto armado 152
Comentario 153
Principio 14 Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente 156
Comentario 156
Principio 15 Prohibición de las represalias 158
Comentario 158
Principio 16 Prohibición del pillaje 161
Comentario 161
Principio 17 Técnicas de modificación ambiental 165
Comentario 165
Principio 18 Zonas protegidas 167
Comentario 167

Cuarta parte
Principios aplicables en las situaciones de ocupación

Comentario 168

Principio 19 Obligaciones ambientales generales de la Potencia ocupante 171

Comentario 172

Principio 20 Utilización sostenible de los recursos naturales 180

Comentario 180

Principio 21 Prevención de los daños transfronterizos 183

Comentario 183

Quinta parte
Principios aplicables después de un conflicto armado

Principio 22 Procesos de paz 186

Comentario 186

Principio 23 Intercambio de información y acceso a esta 190

Comentario 190

Principio 24 Evaluaciones ambientales y medidas de reparación posteriores a un conflicto armado 194

Comentario 194

Principio 25 Socorro y asistencia 195

Comentario 196

Principio 26 Restos de guerra 199

Comentario 199

Principio 27 Restos de guerra en el mar 201

Comentario 201

VI. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado 204

A. Introducción 204

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 205

C. Texto del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobado por la Comisión en primera lectura 205

1. Texto del proyecto de artículos 205

2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios 211

Comentario general 212

Primera parte
Introducción

Comentario 215

Artículo 1 Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos 215

Comentario 215

Artículo 2 Definiciones 221

Comentario 223

Segunda parte
Inmunidad *ratione personae*

Comentario 233

Artículo 3	Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*	233
	Comentario	233
Artículo 4	Alcance de la inmunidad *ratione personae*	241
	Comentario	242
Tercera parte Inmunidad *ratione materiae*		
	Comentario	246
Artículo 5	Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*	246
	Comentario	246
Artículo 6	Alcance de la inmunidad *ratione materiae*	247
	Comentario	248
Artículo 7	Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica	251
	Comentario	251
Cuarta parte Disposiciones y garantías procesales		
	Comentario	264
Artículo 8	Aplicación de la cuarta parte	265
	Comentario	265
Artículo 9	Consideración de la inmunidad por el Estado del foro	267
	Comentario	267
Artículo 10	Notificación al Estado del funcionario	271
	Comentario	271
Artículo 11	Invocación de la inmunidad	276
	Comentario	276
Artículo 12	Renuncia a la inmunidad	279
	Comentario	280
Artículo 13	Solicitudes de información	286
	Comentario	287
Artículo 14	Determinación de la inmunidad	289
	Comentario	290
Artículo 15	Remisión del procedimiento penal	298
	Comentario	298
Artículo 16	Trato justo del funcionario del Estado	303
	Comentario	303
Artículo 17	Consultas	306
	Comentario	306
Artículo 18	Arreglo de controversias	307
	Comentario	307

Anexo Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2 309
Comentario 310
VII. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado 313
A. Introducción 313
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 313
C. Texto de los proyectos de artículo sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 71º y 72º 317
D. Texto de los proyectos de directriz sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones 319
1. Texto de los proyectos de directriz 319
2. Texto de los proyectos de directriz, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones 321
Directriz 6 Ausencia de efecto sobre la atribución 321
Comentario 321
Directriz 7 *bis* Hechos compuestos 322
Comentario 322
Directriz 10 Unificación de Estados 323
Comentario 324
Directriz 10 *bis* Incorporación de un Estado a otro Estado 324
Comentario 325
Directriz 11 Disolución de un Estado 325
Comentario 325
Directriz 12 Casos de sucesión de Estados cuando el Estado predecesor sigue existiendo 326
Comentario 326
Directriz 13 Unificación de Estados 328
Comentario 328
Directriz 13 *bis* Incorporación de un Estado a otro Estado 328
Comentario 328
Directriz 14 Disolución de un Estado 329
Comentario 329
Directriz 15 Protección diplomática 330
Comentario 330
Directriz 15 *bis* Cesación y no repetición 331
Comentario 332
VIII. Principios generales del derecho 334
A. Introducción 334
B. Examen del tema en el actual período de sesiones 334
1. Presentación del tercer informe por el Relator Especial 337

2. Resumen del debate 338

3. Observaciones finales del Relator Especial 342

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los principios generales del derecho aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones 345

1. Texto de los proyectos de conclusión 345

2. Texto de los proyectos de conclusión y sus comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones 346

Conclusión 3 Categorías de principios generales del derecho 346

Comentario 346

Conclusión 5 Determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo 348

Comentario 348

Conclusión 7 Identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional 351

Comentario 351

IX. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional 354

A. Introducción 354

B. Examen del tema en el actual período de sesiones 354

1. Presentación del segundo documento temático por los Copresidentes 355

2. Resumen del debate 360

3. Observaciones finales de los Copresidentes 370

4. Cuestiones para un estudio ulterior relativas a los subtemas de la condición de Estado y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar ... 371

C. Labor futura del Grupo de Estudio 373

X. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión 374

A. Inclusión de nuevos temas en el programa de trabajo 374

B. Solicitudes de la Comisión a la Secretaría de preparación de estudios sobre temas del programa de trabajo de la Comisión 374

C. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación 375

1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo 375

2. Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión 376

3. Examen de la resolución 76/117 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2021, relativa al estado de derecho en los planos nacional e internacional 377

4. Honorarios 379

5. Documentación y publicaciones 379

6. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 381

7. Asistencia de la División de Codificación 381

8. Sitios web 381

9. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas 382

10. Consideración de la posibilidad de celebrar en Nueva York la primera parte de un período de sesiones de la Comisión del próximo quinquenio 382

11. Visados 382

D. Fecha y lugar de celebración del 74º período de sesiones de la Comisión 382

E. Examen del párrafo 34 de la resolución 76/111, de 9 de diciembre de 2021, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 72º período de sesiones 382

F. Cooperación con otros órganos 383

G. Representación en el septuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General 383

H. Seminario de Derecho Internacional 383

Anexos

I. Los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes 386

II. Solicitud de la Asamblea General en virtud del párrafo 34 de su resolución 76/111, de 9 de diciembre de 2021 400

Apéndice 405

Capítulo I
Introducción

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró, en su sede de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, la primera parte de su 73er período de sesiones del 18 de abril al 3 de junio de 2022 y la segunda parte del 4 de julio al 5 de agosto de 2022. Ambas partes se celebraron en formato híbrido (presencial y virtualmente). Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Mahmoud D. Hmoud, Presidente de la Comisión en su 72º período de sesiones.

A. Miembros

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

Sr. Carlos J. Argüello Gómez (Nicaragua)

Sr. Bogdan Aurescu (Rumania)

Sr. Yacouba Cissé (Côte d'Ivoire)

Sra. Concepción Escobar Hernández (España)

Sr. Mathias Forteau (Francia)

Sra. Patrícia Galvão Teles (Portugal)

Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (México)

Sr. Claudio Grossman Guiloff (Chile)

Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)

Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)

Sr. Huikang Huang (China)

Sr. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leona)

Sr. Ahmed Laraba (Argelia)

Sra. Marja Lehto (Finlandia)

Sr. Shinya Murase (Japón)

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

Sr. Hong Thao Nguyen (Viet Nam)

Sra. Nilüfer Oral (Türkiye)

Sr. Hassan Ouazzani Chahdi (Marruecos)

Sr. Ki Gab Park (República de Corea)

Sr. Chris Maina Peter (República Unida de Tanzanía)

Sr. Ernest Petrič (Eslovenia)

Sr. Aniruddha Rajput (India)

Sr. August Reinisch (Austria)

Sr. Juan José Ruda Santolaria (Perú)

Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)

Sr. Pavel Šturma (República Checa)

Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)

Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia)

Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Ecuador)

Sr. Amos S. Wako (Kenya)

Sir Michael Wood (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)

Sr. Evgeny Zagaynov (Federación de Rusia)

B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada

3. En su 3564ª sesión, celebrada el 19 de abril de 2022, la Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidente:	Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)
Vicepresidente Primero:	Sir Michael Wood (Reino Unido)
Vicepresidente Segundo:	Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Ecuador)
Presidente del Comité de Redacción:	Sr. Ki Gab Park (República de Corea)
Relator:	Sr. Pavel Šturma (República Checa)

4. La Mesa ampliada de la Comisión estaba integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los Presidentes anteriores de la Comisión[1], los Relatores Especiales[2] y los Copresidentes del Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional[3].

5. El 27 de mayo de 2022 se constituyó el Grupo de Planificación, integrado por los siguientes miembros: Sir Michael Wood (Presidente), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Ahmed Laraba, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sr. Amos S. Wako, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Pavel Šturma *(ex officio)*.

C. Comité de Redacción

6. En sus sesiones 3564ª, 3569ª, 3577ª y 3592ª, celebradas los días 19 y 27 de abril, 10 de mayo y 12 de julio de 2022, la Comisión estableció un Comité de Redacción integrado por los siguientes miembros para los temas que se indican a continuación:

a) *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado:* Sr. Ki Gab Park (Presidente), Sra. Concepción Escobar Hernández (Relatora Especial), Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Mathias Forteau, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Sean D. Murphy, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Pavel Šturma *(ex officio)*;

b) *Normas imperativas de derecho internacional general* (ius cogens)*:* Sr. Ki Gab Park (Presidente), Sr. Dire D. Tladi (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sr. Mathias Forteau, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong

[1] Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Ernest Petrič, Sr. Pavel Šturma y Sr. Eduardo Valencia-Ospina.

[2] Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Marja Lehto, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi y Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez.

[3] Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sra. Nilüfer Oral y Sr. Juan José Ruda Santolaria.

Thao Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Pavel Šturma *(ex officio)*;

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

d) *Sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado:* Sr. Ki Gab Park (Presidente), Sr. Pavel Šturma (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sir Michael Wood y Sr. Pavel Šturma *(ex officio)*;

e) *Principios generales del derecho:* Sr. Ki Gab Park (Presidente), Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Sean D. Murphy, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Dire D. Tladi, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Pavel Šturma *(ex officio)*.

7. El Comité de Redacción celebró un total de 56 sesiones sobre los cinco temas indicados.

D. Grupos de trabajo y grupo de estudio

8. El 1 de junio de 2022, el Grupo de Planificación estableció los siguientes grupos de trabajo:

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

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

9. En su 3583ª sesión, celebrada el 17 de mayo 2022, la Comisión estableció un Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional, integrado por los siguientes miembros: Sr. Bogdan Aurescu (Copresidente), Sr. Yacouba Cissé (Copresidente), Sra. Patrícia Galvão Teles (Copresidenta, y Presidenta en el actual período de sesiones), Sra. Nilüfer Oral (Copresidenta), Sr. Juan José Ruda Santolaria (Copresidente, y Presidente en el actual período de sesiones), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Mathias Forteau, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Mahmoud D. Hmoud,

Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Ahmed Laraba, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Pavel Šturma *(ex officio)*.

E. Secretaría

10. El Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, representó al Secretario General. El Sr. Huw Llewellyn, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Arnold Pronto, Oficial Jurídico Principal, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Principal de la Comisión. El Sr. Trevor Chimimba, Oficial Jurídico Superior, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Superior de la Comisión. La Sra. Patricia Georget, la Sra. Carla Hoe, el Sr. Jorge Martinez Paoletti y la Sra. Paola Patarroyo, Oficiales Jurídicos, y el Sr. Alexey Bulatov y el Sr. Douglas Pivnichny, Oficiales Jurídicos Adjuntos, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares de la Comisión.

F. Programa

11. La Comisión aprobó el programa de su 73er período de sesiones, que incluía los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
3. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.
4. Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.
5. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado.
6. Principios generales del derecho.
7. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional.
8. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación.
9. Fecha y lugar de celebración del 74º período de sesiones.
10. Cooperación con otros órganos.
11. Otros asuntos.

Capítulo II
Resumen de la labor de la Comisión en su 73er período de sesiones

12. En relación con el tema **“Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*”**, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/747), así como los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos (A/CN.4/748). En el informe se abordaban dichos comentarios y observaciones sobre el proyecto de conclusiones y sus comentarios aprobados en primera lectura y se proponían las modificaciones necesarias.

13. La Comisión aprobó en segunda lectura el proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, que constaba de 23 proyectos de conclusión y 1 anexo, con sus comentarios. De conformidad con el artículo 23 de su estatuto, la Comisión decidió recomendar el proyecto de conclusiones a la Asamblea General. En particular, le recomendó que tomara nota del proyecto de conclusiones y lo señalara, con sus comentarios, a la atención de los Estados y de todos cuantos pudieran estar llamados a identificar normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y a aplicar sus consecuencias jurídicas (cap. IV).

14. En cuanto al tema **“Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”**, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/750 y Corr.1 y Add.1), así como los comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados (A/CN.4/749). En el informe se examinaban dichos comentarios y observaciones sobre el proyecto de principios y sus comentarios aprobados en primera lectura y se proponían las modificaciones necesarias.

15. La Comisión aprobó en segunda lectura el proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, que constaba de 1 proyecto de preámbulo y 27 proyectos de principio, con sus comentarios. De conformidad con el artículo 23 de su estatuto, la Comisión decidió recomendar a la Asamblea General que: a) tomara nota del proyecto de principios, lo incluyera en un anexo de su resolución y alentara a que se le diera la máxima difusión posible; y b) señalara el proyecto de principios, con sus comentarios, a la atención de los Estados, las organizaciones internacionales y todos cuantos pudieran estar llamados a ocuparse del tema (cap. V).

16. Con respecto al tema **“Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”**, la Comisión recibió y examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.969) después de que este finalizase su examen de los proyectos de artículo pendientes que le había remitido anteriormente la Comisión y que figuraban en los informes segundo (A/CN.4/661), séptimo (A/CN.4/729) y octavo (A/CN.4/739) de la Relatora Especial. La Comisión aprobó en primera lectura 18 proyectos de artículo y 1 proyecto de anexo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, con sus comentarios. De conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, la Comisión decidió remitir los proyectos de artículo, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos para que formulasen comentarios y observaciones, solicitándoles que hicieran llegar dichos comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de diciembre de 2023 (cap. VI).

17. En cuanto al tema **“La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado”**, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/751), en el que se abordaban principalmente los problemas relacionados con la existencia de una pluralidad de Estados sucesores lesionados o de Estados sucesores responsables. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió que su labor sobre el tema adoptaría la forma de un proyecto de directrices en lugar de un proyecto de artículos. El Comité de Redacción comenzó a preparar proyectos de directriz sobre la base de los textos que le había remitido la Comisión en períodos de sesiones anteriores. La Comisión aprobó con carácter provisional los proyectos de directriz 6, 10, 10 *bis* y 11, que el Comité de Redacción había aprobado provisionalmente en 2018 y 2021, y los proyectos de directriz 7 *bis*, 12, 13, 13 *bis*, 14, 15 y 15 *bis*, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el actual período de sesiones, con sus comentarios. La Comisión también tomó nota de los proyectos de directriz

revisados 1, 2, 5, 7, 8 y 9 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, que figuran en un anexo de la declaración de la Presidencia del Comité de Redacción (cap. VII).

18. Por lo que se refiere al tema **"Principios generales del derecho"**, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/753), en el que se examinaban la cuestión de la transposición, los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, y las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 10, 11, 12, 13 y 14 propuestos en el tercer informe, teniendo en cuenta las observaciones formuladas en sesión plenaria. La Comisión recibió el informe del Comité de Redacción sobre el texto consolidado de los proyectos de conclusión 1 a 11, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, y aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 3, 5 y 7. La Comisión tomó nota de los proyectos de conclusión 6, 8, 9, 10 y 11, que también figuraban en el informe del Comité de Redacción (cap. VIII).

19. Con respecto al tema **"La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional"**, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. El Grupo de Estudio tuvo ante sí el segundo documento temático (A/CN.4/752 y Add.1), sobre cuestiones relativas a la condición de Estado y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, preparado por dos de los Copresidentes del Grupo de Estudio, la Sra. Patricia Galvão Teles y el Sr. Juan José Ruda Santolaria. El Grupo de Estudio mantuvo un intercambio de opiniones sobre la base del segundo documento temático y acerca de otros asuntos relacionados con los subtemas objeto de examen. También abordó una serie de preguntas orientativas preparadas por los Copresidentes y mantuvo un debate acerca del futuro programa de trabajo sobre el tema (cap. IX).

20. En relación con "**Otras decisiones y conclusiones de la Comisión**", la Comisión decidió incluir los siguientes temas en su programa de trabajo: a) "El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales", para el que se nombró Relator Especial al Sr. August Reinisch; b) "Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar", para el que se nombró Relator Especial al Sr. Yacouba Cissé; y c) "Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional", para el que se nombró Relator Especial al Sr. Charles Chernor Jalloh (cap. X, secc. A). La Comisión pidió a la Secretaría que preparase memorandos sobre estos tres temas y sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional (cap. X, secc. B).

21. La Comisión volvió a constituir un Grupo de Planificación para que examinara su programa, sus procedimientos y sus métodos de trabajo, y este, a su vez, decidió constituir de nuevo el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, presidido por el Sr. Mahmoud D. Hmoud, y el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo, presidido por el Sr. Hussein A. Hassouna (cap. X, secc. C). La Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema "Los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes" (cap. X, secc. C, y anexo I). Asimismo, proporcionó a la Asamblea General la información solicitada en el párrafo 34 de su resolución 76/111, de 9 de diciembre de 2021 (cap. X, secc. E, anexo II y apéndice).

22. La Magistrada Joan E. Donoghue, Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, se dirigió a la Comisión, por videoconferencia, el 1 de junio de 2022. Lamentablemente, una vez más la Comisión no pudo mantener sus tradicionales intercambios de información con la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa ni el Comité Jurídico Interamericano. No obstante, el 21 de julio de 2022 pudo tener un intercambio informal de opiniones con el Comité Internacional de la Cruz Roja (cap. X, secc. F).

23. La Comisión decidió que su 74º período de sesiones se celebraría en Ginebra del 24 de abril al 2 de junio y del 3 de julio al 4 de agosto de 2023 (cap. X, secc. D).

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

A. Principios generales del derecho

24. La Comisión considera que sigue siendo relevante la solicitud de información que figura en el capítulo III del informe sobre su 71er período de sesiones (2019) sobre el tema "Principios generales del derecho"[4] y agradecería cualquier información adicional.

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

25. La Comisión agradecería cualquier información que los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades pertinentes pudieran proporcionar sobre su práctica, así como cualquier otra información pertinente sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional, y reitera las peticiones formuladas en el capítulo III de los informes sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 71º (2019)[5] y 72º (2021)[6].

26. En el 74º período de sesiones (2023), el Grupo de Estudio se centrará en el tema de la elevación del nivel del mar en relación con el derecho del mar. A este respecto, la Comisión reitera que agradecería que, antes del 1 de diciembre de 2022, se le hiciera llegar la siguiente información:

a) Ejemplos de práctica relativa a la actualización, y frecuencia de esta, de la legislación nacional que regula las líneas de base que se utilizan para medir la anchura de las zonas marítimas; así como de práctica relativa a la frecuencia con que se actualizan las notificaciones de zonas marítimas nacionales depositadas ante el Secretario General de las Naciones Unidas;

b) Ejemplos de práctica relativa a la actualización, y frecuencia de esta, de las cartas sobre las que se trazan las líneas de base y los límites exteriores de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, así como listas de coordenadas geográficas elaboradas con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar o de la legislación nacional, incluidas las que se depositan ante el Secretario General de las Naciones Unidas y reciben la publicidad debida; y ejemplos de práctica relativa a la actualización, y frecuencia de esta, de las cartas de navegación, entre otras cosas para hacer constar cambios de los contornos físicos de las zonas de costa;

c) Ejemplos de consideración o modificación de tratados de fronteras marítimas debido a la elevación del nivel del mar;

d) Información sobre la magnitud de la regresión, real o prevista, de la costa debido a la elevación del nivel del mar, incluido el posible impacto en los puntos de base y las líneas de base que se utilizan para medir el mar territorial;

e) Información sobre actividades en curso o previstas relativas a medidas de adaptación de la costa en relación con la elevación del nivel del mar, incluida la conservación de los puntos de base y las líneas de base.

27. La Comisión solicita además:

a) Que la Oficina de Asuntos Jurídicos de la División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de las Naciones Unidas realice un estudio de las cartas o listas de coordenadas geográficas depositadas ante el Secretario General de las Naciones Unidas que

[4] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 30.
[5] *Ibid.*, párrs. 31 a 33.
[6] *Ibid., septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párr. 26.

hayan sido modificadas o actualizadas después de 1990, así como cualquier información explicativa adicional, antes del 1 de diciembre de 2022;

b) Que la Organización Hidrográfica Internacional y la Organización Marítima Internacional le proporcionen información relativa a la aplicación de los párrafos 43 y 44 de la resolución 58/240 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2003, sobre los océanos y el derecho del mar, antes del 1 de diciembre de 2022.

28. En el 75º período de sesiones (2024), el Grupo de Estudio se centrará en el tema de la elevación del nivel del mar en relación con la condición de Estado y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. A ese respecto, la Comisión agradecería que, antes del 30 de junio de 2023, se le hiciera llegar lo siguiente:

a) En relación con el subtema de la condición de Estado, información sobre la práctica de los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades pertinentes, así como otra información pertinente acerca de lo siguiente:

i) Valoraciones o práctica sobre los requisitos para la configuración de un Estado como sujeto de derecho internacional y para la continuación de su existencia en el contexto del fenómeno de la elevación del nivel del mar;

ii) Valoraciones o práctica en relación con la naturaleza del territorio de un Estado, incluidas la superficie terrestre y las zonas marítimas jurisdiccionales, particularmente en el contexto de la elevación del nivel del mar;

iii) Práctica relacionada con la protección de los derechos de los pueblos y las comunidades, así como con la preservación de su identidad, que pueda aportar elementos para el análisis o examinarse por analogía al abordar el fenómeno de la elevación del nivel del mar;

iv) Práctica relativa a las medidas de distinta índole adoptadas por los Estados en relación con la elevación del nivel del mar, a fin de proveer a su conservación y con respecto a la cooperación internacional en la materia;

b) En relación con el subtema de la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, información sobre la práctica de los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades pertinentes, así como otra información pertinente acerca de lo siguiente:

i) Medidas relativas a la reducción de riesgos que sean específicas para la mitigación de los efectos adversos de la elevación del nivel del mar;

ii) Repercusiones en los derechos humanos de los efectos adversos de la elevación del nivel del mar;

iii) Regulación de los desplazamientos de personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

iv) Prevención de la apatridia derivada de los desplazamientos de personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

v) Cooperación internacional en materia de asistencia humanitaria a las personas afectadas por la elevación del nivel del mar.

C. Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional

29. La Comisión agradecería que los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades le hicieran llegar, antes del 1 de diciembre de 2022, información sobre los siguientes aspectos en relación con el uso de medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incluida la información que pueda desprenderse de lo siguiente:

a) decisiones de tribunales nacionales, legislación y cualquier otra práctica pertinente en el ámbito interno que se inspire en decisiones judiciales y en la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones en el proceso de determinación de normas de derecho internacional, a saber: las convenciones internacionales, sean generales o particulares; la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; y los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones;

b) Declaraciones formuladas en organizaciones internacionales, conferencias internacionales y otros foros, incluidos alegatos ante cortes y tribunales internacionales, en relación con los medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional.

D. Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar

30. La Comisión agradecería que los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes le hicieran llegar, antes del 1 de mayo de 2023, información relacionada con lo siguiente:

a) La legislación, la jurisprudencia y la práctica estatal pertinentes para el tema, entre otros aspectos en relación con los artículos 100 a 107 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar;

b) Los acuerdos celebrados por los Estados para trasladar a las personas acusadas de piratería o robo a mano armada en el mar con miras a su enjuiciamiento; y

c) El papel de las organizaciones internacionales, regionales y subregionales en materia de prevención y represión de los actos de piratería y robo a mano armada en el mar.

E. El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales

31. La Comisión agradecería que los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes le hicieran llegar, antes del 1 de mayo de 2023, información que pueda ser pertinente para su futura labor sobre el tema. A tal efecto, se les facilitará un cuestionario.

Capítulo IV
Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

A. Introducción

32. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema *"Ius cogens"* y nombrar al Sr. Dire D. Tladi Relator Especial para dicho tema[7]. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 70/236, de 23 de diciembre de 2015, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

33. La Comisión examinó el primer informe (A/CN.4/693) del Relator Especial en su 68º período de sesiones (2016). En su 69º período de sesiones (2017), a raíz de una propuesta presentada por el Relator Especial en su segundo informe[8], la Comisión decidió cambiar el título del tema de *"Ius cogens"* a "Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*"[9]. La Comisión examinó el tercer informe (A/CN.4/714) del Relator Especial en su 70º período de sesiones (2018) y el cuarto informe (A/CN.4/727) en su 71er período de sesiones (2019).

34. En su 71er período de sesiones (2019), sobre la base de los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en sus cinco informes, la Comisión aprobó provisionalmente, en primera lectura, 23 proyectos de conclusión y un anexo integrados en un proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, con sus comentarios[10].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

35. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/747), así como los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos (A/CN.4/748). En su quinto informe, el Relator Especial examinó los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos sobre el proyecto de conclusiones, incluido el anexo, aprobados en primera lectura. El Relator Especial hizo propuestas para su consideración en segunda lectura, a la luz de los comentarios y observaciones recibidos, y propuso que se hiciera una recomendación a la Asamblea General.

36. La Comisión examinó el quinto informe en sus sesiones 3564ª a 3570ª, celebradas del 19 al 27 de abril de 2022.

37. Tras el debate sobre el informe, la Comisión, en su 3570ª sesión, celebrada el 27 de abril de 2022, decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 a 23, con el anexo, que figuraban en el quinto informe del Relator Especial, teniendo en cuenta el debate mantenido en el seno de la Comisión.

38. En su 3582ª sesión, celebrada el 17 de mayo de 2022, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.967), y aprobó el proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, incluido el anexo que contenía una lista no exhaustiva de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

---

[7] En su 3257ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2015 (*Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párr. 286). El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 66º período de sesiones (2014), con arreglo a la propuesta que figuraba en el anexo del informe de la Comisión (*Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 20, párr. 23, y anexo).

[8] A/CN.4/706, párr. 90.

[9] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 146.

[10] *Ibid., septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 52 y 53.

39. En sus sesiones 3595ª a 3601ª, celebradas del 22 al 27 de julio de 2022, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de conclusiones (véase la secc. E.2 *infra*).

40. De conformidad con su estatuto, la Comisión presenta a la Asamblea General el proyecto de conclusiones, incluido el anexo, junto con la recomendación que figura a continuación (véase la secc. C *infra*).

C. Recomendación de la Comisión

41. En su 3601ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2022, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar que la Asamblea General:

a) Tomara nota del proyecto de conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, adjuntara el proyecto de conclusiones a la resolución y velara por que tuviera la máxima difusión posible;

b) Señalara el proyecto de conclusiones y de anexo, con sus comentarios, a la atención de los Estados y de todos cuantos pudieran estar llamados a identificar normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y a aplicar sus consecuencias jurídicas.

D. Agradecimiento al Relator Especial

42. En su 3601ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2022, la Comisión, tras aprobar el proyecto de conclusiones y de anexo sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, aprobó la siguiente resolución por aclamación:

"*La Comisión de Derecho Internacional*,

Habiendo aprobado el proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*,

Expresa su profundo reconocimiento y su sincera felicitación al Relator Especial, Sr. Dire D. Tladi, por la extraordinaria contribución realizada, con su inagotable esfuerzo y su concienzuda labor, a la preparación del proyecto de conclusiones, así como por los resultados logrados en la elaboración del proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*."

E. Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

1. Texto del proyecto de conclusiones y del anexo

43. A continuación se reproduce el texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por la Comisión en segunda lectura en su 73er período de sesiones.

Identificación y consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

Primera parte
Introducción

Conclusión 1
Alcance

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

Conclusión 2
Naturaleza de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

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

Conclusión 3
Definición de norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*

Una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

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

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

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

a) es una norma de derecho internacional general; y

b) es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

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

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

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

Conclusión 6
Aceptación y reconocimiento

1. El criterio de la aceptación y el reconocimiento al que se refiere el proyecto de conclusión 4, apartado b), es distinto de la aceptación y el reconocimiento como norma de derecho internacional general.

2. Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, ha de haber pruebas de que esta es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Conclusión 7
Comunidad internacional de Estados en su conjunto

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

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

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

Conclusión 8
Prueba de la aceptación y el reconocimiento

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

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

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

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

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

Tercera parte
Consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

Conclusión 10
Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*

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

2. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 11, si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma pasará a ser nulo y terminará. Las partes en dicho tratado quedarán exentas de la obligación de seguir cumpliendo el tratado.

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

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

2. Un tratado que esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* pasará a ser nulo y terminará en su totalidad, a menos que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusión 16
Obligaciones creadas por resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*

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

Conclusión 17
Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* como obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*)

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

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

Conclusión 18
Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y circunstancias que excluyen la ilicitud

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

Conclusión 19
Consecuencias particulares de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

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

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

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

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

Cuarta parte
Disposiciones generales

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

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

Conclusión 21
Procedimiento recomendado

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

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

3. Si, en todo caso, cualquiera de los Estados interesados formula una objeción, los Estados interesados deberían buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Si no se encuentra una solución en un período de 12 meses, y el Estado que haya formulado la objeción ofrece someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia o a otro tipo de procedimiento que implique decisiones vinculantes, el Estado que haya invocado la norma no debería adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia.

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

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

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

Conclusión 23
Lista no exhaustiva

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

Anexo

a) La prohibición de la agresión;

b) la prohibición del genocidio;

c) la prohibición de los crímenes de lesa humanidad;

d) las normas básicas del derecho internacional humanitario;

e) la prohibición de la discriminación racial y del *apartheid*;

f) la prohibición de la esclavitud;

g) la prohibición de la tortura;

h) el derecho a la libre determinación.

2. Texto del proyecto de conclusiones y sus comentarios

44. A continuación se reproduce el texto del proyecto de conclusiones aprobado por la Comisión en segunda lectura, con sus comentarios.

Identificación y consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

Primera parte
Introducción

Conclusión 1
Alcance

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

Comentario

1) Como ocurre siempre con la labor de la Comisión, el proyecto de conclusiones ha de leerse con sus comentarios.

2) El presente proyecto de conclusiones se refiere a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, a las que se han remitido cada vez más las cortes y tribunales internacionales, regionales y nacionales, los Estados y otros actores. Tiene por objeto proporcionar orientación a todos aquellos que puedan estar llamados a determinar la existencia de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y sus consecuencias jurídicas. Habida cuenta de la importancia y las posibles implicaciones de gran alcance de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, es esencial que la identificación de esas normas y sus consecuencias jurídicas se haga de manera sistemática y de conformidad con una metodología generalmente aceptada.

3) El proyecto de conclusión 1 es de carácter introductorio y establece el alcance del proyecto de conclusiones. Dispone en términos sencillos que el presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. El proyecto de conclusiones, que trata de la identificación y las consecuencias jurídicas, se refiere principalmente a la metodología. No intenta abordar el contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Cabe señalar también que los comentarios se referirán a diferentes materiales para ilustrar los enfoques metodológicos adoptados en la práctica. Los materiales a los que se hace referencia como ejemplos de práctica, incluidas las opiniones de los Estados, sirven para ilustrar la metodología de identificación y las consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. No indican que la Comisión apruebe o respalde las opiniones expresadas en ellos.

4) El proyecto de conclusiones se refiere principalmente al método para establecer si una norma de derecho internacional general tiene además la cualidad de ser de carácter imperativo (es decir, ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general *(ius cogens)* que tenga el mismo carácter). Por consiguiente, el proyecto de conclusiones no se ocupa de determinar el contenido de las normas imperativas en sí mismas. Para identificar una norma de derecho internacional como imperativa o no, es preciso aplicar los criterios establecidos en el presente proyecto de conclusiones.

5) En general, en el proyecto de conclusiones se utiliza el verbo “identificar” para referirse al proceso de establecer que una norma es una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. No obstante, a veces también se usa el verbo “determinar”.

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

conclusiones no se ocupa de esas consecuencias específicas, ni trata de determinar si una norma imperativa tiene consecuencias específicas. El proyecto de conclusiones solo aborda las consecuencias jurídicas generales de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

7) Las expresiones *"ius cogens"*, "normas imperativas" y "normas imperativas de derecho internacional general" a veces se utilizan indistintamente en la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina[11]. La Comisión optó por la expresión "normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*" porque es más clara y, además, es la empleada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena de 1969)[12].

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

9) Se emplea la palabra "norma" porque se entiende que tiene un sentido más amplio que otras palabras conexas como "reglas" y "principios" y abarca ambos términos. No obstante, cabe señalar que, en algunos casos, las palabras "reglas", "principios" y "normas" pueden utilizarse indistintamente. La Comisión, en la versión en inglés de su proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados, utilizó la palabra *"norm"* en el proyecto de artículo 50, que pasó a ser el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, en los comentarios, la Comisión utilizó la palabra *"rules"*[13]. En los artículos 53 y 64 de la Convención se utiliza la palabra "norma". En aras de la coherencia con esa Convención, se ha optado por ese término.

10) En general, el presente proyecto de conclusiones es de aplicación a los Estados como los principales sujetos de derecho internacional. Esa es la razón por la que en el texto del proyecto de conclusiones se habla principalmente de los "Estados". No obstante, hay casos en los que el proyecto de conclusiones también se aplica a las organizaciones internacionales. Cuando un proyecto de conclusión concreto sea de aplicación a organizaciones internacionales, se indicará claramente en los comentarios.

Conclusión 2
Naturaleza de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 describe la naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, y lo hace refiriéndose a tres características esenciales asociadas a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. El proyecto de conclusión se ha ubicado después de la disposición sobre el alcance para

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

[12] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331. Véase, por ejemplo, el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969.

[13] Véase la versión en inglés del proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, segunda parte, pág. 183, donde se utiliza la palabra *"norm"*. En los comentarios, no obstante, se habla de *"general rule[s] of international law [...] having the character of* jus cogens*"* y de *"rules of* jus cogens*"* (*ibid*., pág. 248, párrs. 2) y 3) del comentario al proyecto de artículo 50).

indicar que sirve de orientación general con respecto a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

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

3) La característica de que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional se refiere al contenido de la norma en cuestión. Ya en 1951, antes de la aprobación de la Convención de Viena de 1969 o del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, la Corte Internacional de Justicia había vinculado la prohibición del genocidio, una prohibición que en la actualidad es ampliamente aceptada y reconocida como norma imperativa, a valores fundamentales, señalando que esa prohibición se inspiraba en la determinación "de condenar y castigar el genocidio como un 'crimen según el derecho internacional' que implica una denegación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia de la humanidad y le causa grandes pérdidas, y que es contraria a las normas morales y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas"[14].

4) Las referencias, en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, a "la conciencia de la humanidad" y a las "normas morales" evocan valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional. En decisiones posteriores, la Corte ha reafirmado esta descripción de los fundamentos de la prohibición del genocidio y, al mismo tiempo, ha afirmado el carácter imperativo de la prohibición del genocidio[15]. Además, en su fallo de 2007 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, la Corte hizo referencia a las normas imperativas junto con las "obligaciones que protegen valores humanitarios esenciales", indicando así la existencia de una relación entre ellas[16]. Del mismo modo, en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Gambia c. Myanmar)*, la Corte señaló que el carácter *erga omnes*

[14] *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 23. Véanse también P. Bisazza, "Les crimes à la frontière du *jus cogens*", en L. Moreillon y otros (eds.), *Droit pénal humanitaire*, serie II, vol. 4, Bruselas, Bruylant, 2009, pág. 164, donde se hace referencia, citando a Bassiouni, a la conciencia de la humanidad; y L. Boisson de Chazournes, "Commentaire", en R. Huesa Vinaixa y K. Wellens (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international : travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 Mai 2005*, Bruselas, Bruylant, 2006, pág. 76, donde se habla de una conciencia universal.

[15] Véanse, por ejemplo, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial págs. 110 y 111, párr. 161; y *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, págs. 3 y ss., en especial pág. 46, párr. 87.

[16] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (véase la nota 15 *supra*), pág. 104, párr. 147.

de la prohibición del genocidio se basaba, en parte, en "valores compartidos"[17]. Otras cortes y tribunales internacionales también han señalado la existencia de una conexión entre los valores y el carácter imperativo de las normas[18].

5) En la práctica de los Estados puede encontrarse apoyo a la existencia de un vínculo entre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y los valores fundamentales. Por ejemplo, muchos Estados han reconocido en declaraciones oficiales, también ante las Naciones Unidas, la conexión entre los valores fundamentales y las normas imperativas[19]. Ese vínculo se ha reconocido de manera especialmente destacada en las decisiones de cortes y tribunales nacionales[20]. Por ejemplo, en la causa *Siderman de Blake*

[17] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* [Medidas provisionales], *providencia de 23 de enero de 2020, I.C.J. Reports 2020*, págs. 3 y ss., en especial pág. 17, párr. 41 ("En vista de sus valores compartidos, todos los Estados partes en la Convención contra el Genocidio tienen un interés común en garantizar que se prevengan los actos de genocidio"). Sobre la relación entre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y las obligaciones *erga omnes*, véase el proyecto de conclusión 17 *infra*.

[18] Véase *Prosecutor v. Anto Furundžija* (*causa núm. IT-95-17/1-T*, fallo de 10 de diciembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, vol. 1, págs. 466 y ss., en especial pág. 569, párrs. 153 y 154), donde el Tribunal vinculó expresamente la condición de norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* de la prohibición de la tortura a la "importancia de los valores que protege", señalando que "el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura refleja claramente la idea de que esta se ha convertido en una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos citó e hizo suya esta afirmación en el asunto *Al-Adsani v. the United Kingdom, demanda núm. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001*, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XI*, párr. 30. En el caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay* (*sentencia de 22 de septiembre de 2006 sobre fondo, reparaciones y costas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Serie C*, núm. 153, párr. 128), esa Corte describió los delitos prohibidos por el *ius cogens* como aquellos que "afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional". Véase también *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (*caso núm. 12.285, fondo, sentencia de 22 de octubre de 2002*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe núm. 62/02*, párr. 49), donde dicha Comisión vinculó las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* a la "moral pública" y, lo que es más importante, declaró que estas "derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional", señalando que la violación del *ius cogens* "conmueve la conciencia de la humanidad".

[19] Véanse, por ejemplo, las declaraciones de Alemania (A/C.6/55/SR.14, párr. 56): "[El] Gobierno [de Alemania] reitera su convicción respecto de la necesidad de definir con más claridad las normas imperativas de derecho internacional que protegen valores humanitarios fundamentales"); Italia (A/C.6/56/SR.13, párr. 15): "La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contiene una definición tautológica del derecho imperativo, que la doctrina y la jurisprudencia han intentado interpretar como un conjunto de normas que prohíben los comportamientos considerados intolerables porque representan una amenaza para la supervivencia de los Estados y los pueblos, y para los valores humanos fundamentales"; México (A/C.6/56/SR.14, párr. 13): "el propio concepto de normas imperativas se ha desarrollado para proteger los valores jurídicos más preciosos de la comunidad de Estados"; y Portugal, *ibid*., párr. 66: "los conceptos de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y crímenes internacionales de Estado, o de violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de derecho internacional general se basan en la creencia común en determinados valores fundamentales del derecho internacional". Véase también Consejo Federal de Suiza, "La relation entre droit international et droit interne. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats...", 5 de marzo de 2010, FF 2010 2067, pág. 2086: "*Il s'agit donc d'une disposition si fondamentale pour la communauté internationale qu'aucune violation ne saurait être admise"* ["Por consiguiente, es una disposición tan fundamental para la comunidad internacional que no admite ninguna violación"]; y Consejo Federal de Suiza, "Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne. Rapport du Conseil fédéral en execution du postulat 13.3805", 12 de junio de 2015, pág. 13: *"Ces normes ont pour la communauté internationale un caractère fondamental tel qu'elles s'imposent à tous les Etats. Aucun d'eux ne peut les violer, sous aucun prétexte"* ["Estas normas tienen para la comunidad internacional una importancia fundamental tal que son vinculantes para todos los Estados. Ninguno de ellos puede infringirlas bajo ningún pretexto"].

[20] Véase, por ejemplo, *Bayan Muna as represented by Representative Satur Ocampo* et al. *v. Alberto Romulo, in his capacity as Executive Secretary* et al., donde el Tribunal Supremo de la República de Filipinas señaló que las normas de *ius cogens* se consideraban fundamentales para la existencia de un

v. Argentina, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito citó e hizo suya la afirmación de que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se derivaban de valores considerados fundamentales por la comunidad internacional[21]. El Tribunal Constitucional del Perú habló de la "extraordinaria importancia de los valores que subyacen" a las obligaciones de *ius cogens*[22]. Del mismo modo, en la causa *Arancibia Clavel*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo que el objetivo de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* era "proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto"[23]. El Tribunal Supremo del Canadá ha señalado que las normas imperativas son las normas de importancia fundamental[24]. En su *Providencia de 26 de octubre de 2004*, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania afirmó que las normas imperativas de derecho internacional general eran las normas que estaban firmemente arraigadas en la convicción jurídica de la comunidad de Estados y eran indispensables para la existencia del derecho internacional público[25].

6) La relación entre normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y valores también está aceptada en la doctrina. Kolb afirma que la teoría absolutamente

orden internacional justo *(causa G.R. núm. 159618, sentencia de 1 de febrero de 2011)*, Tribunal Supremo de la República de Filipinas, ILDC *[International Law in Domestic Courts]* 2059 (PH2011), pág. 56. Véanse también *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa and Others (Society for the Abolition of the Death Penalty in South Africa intervening as Amicus Curiae)* 2005 (4) SA 235 (CC); *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v. Southern African Litigation Centre and Others* (*causa núm. 867/15, sentencia de 15 de marzo de 2016*, Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica [2016] ZASCA 17, donde la Corte suscribe la opinión de que, como se considera cada vez más que la soberanía del Estado está supeditada al respeto de determinados valores comunes a la comunidad internacional, tal vez no sorprenda que ya no baste con alegar la soberanía sin más para ofrecer una protección absoluta a los altos funcionarios frente a un enjuiciamiento por violaciones del *ius cogens*); y *Alessi e altri contro Repubblica Federale Tedesca e Presidenza del Consiglio dei Ministri (intervenuto)* (*Remisión al Tribunal Constitucional de Italia, providencia núm. 85/2014 de 21 de enero de 2014*), Toscana, Tribunal de Primera Instancia de Florencia, ILDC 2725 (IT 2014), donde se afirma que es indiscutible que la causa se refiere a un crimen internacional por naturaleza y a su potencial efecto perjudicial sobre los derechos humanos fundamentales consagrados en la Constitución italiana y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)). También se considera que, en el ordenamiento jurídico italiano, los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Constitución se funden necesariamente con las normas de *ius cogens* que protegen los derechos humanos fundamentales en el derecho internacional y destacan los mismos valores universales básicos de protección de la dignidad humana.

[21] *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, 965 F.2d 699 (9th Cir, 1992), pág. 715 (donde se cita a D. F. Klein "A theory for the application of the customary international law of human rights by domestic courts", *Yale Journal of International Law*, vol. 13 (1998), págs. 332 a 365, en especial pág. 351). Algunos tribunales inferiores del Noveno Circuito han citado y hecho suya esta decisión, a saber: *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, Tribunal de Distrito para el Distrito Sur de California, 2013 U.S. Dist. LEXIS136922 (S.D. Cal. 2013), pág. 13; *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, Tribunal de Distrito para el Distrito Sur de California, 2014 U.S. Dist. LEXIS101385 (S.D.Cal. 2014), pág. 9; y *Doe I v. Reddy*, Tribunal de Distrito para el Distrito Norte de California, 2003 U.S. Dist. LEXIS26120 (N.D. Cal 2003), págs. 32 y 34. Véase también la opinión del Noveno Circuito en *Alvarez-Machain v. United States* (331 F.3d 604 (9th Cir. 2003)), pág. 613. Aunque el Tribunal Supremo de los Estados Unidos acabó revocando esa decisión en *Sosa v. Alvarez-Machain* (542 U.S. 692 (2004)), no abordó la tesis de que las normas imperativas reflejan los valores de la comunidad internacional.

[22] *25 % del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo Nº 1097, EXP. Nº 0024-2010-PI/TC, sentencia del Pleno Jurisdiccional de 21 de marzo de 2011*, Tribunal Constitucional del Perú, párr. 53 ("de la extraordinaria importancia de los valores que subyacen a tal obligación [de *ius cogens*]").

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

[24] *Nevsun Resources Ltd. v. Araya, sentencia de 28 de febrero de 2020*, Tribunal Supremo del Canadá, 2020 SCC 5, párr. 99.

[25] *Order of 26 October 2004, 2 BvR 1038/01*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, párr. 97.

predominante en derecho internacional es que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* están relacionadas de alguna manera con valores fundamentales[26]. A su vez, Gagnon-Bergeron señala que los valores fundamentales constituyen el único rasgo determinante del *ius cogens*[27]. Hannikainen, al describir el papel de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, observa que una comunidad jurídica puede considerar necesario establecer normas imperativas para la protección de esos intereses y valores primordiales de la propia comunidad[28]. Del mismo modo, Pellet considera que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* allanan el camino hacia un orden público más orientado a los valores morales[29], mientras que Tomuschat las define como la clase de normas que protegen valores fundamentales de la comunidad internacional[30].

---

[26] R. Kolb, *Peremptory International Law – Jus Cogens: a General Inventory*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pág. 32. Véase también P. Galvão Teles, "Peremptory norms of general international law *(jus cogens)* and the fundamental values of the international community", en D. Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)*: Disquisitions and Disputations*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021. Véanse también M. M. Mbengue y A. Koagne Zouapet, "Ending the splendid isolation: *jus cogens* and international economic law", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)*... (ibid.)*, págs. 509 a 574, en especial pág. 513; S. Karvatska "*Jus cogens*: problem of the role in treaty interpretation", *Indonesian Law Journal*, vol. 9, núm. 2 (2021), págs. 305 a 318, en especial pág. 307, (donde se afirma que el concepto de *ius cogens* es el fundamento inmutable del ordenamiento jurídico internacional destinado a proteger los intereses fundamentales); H. Olasolo Alonso, A. Mateus Rugeles y A. Contreras Fonseca, "La naturaleza imperativa del principio 'no hay paz sin justicia' respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada 'justicia de transición'", *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 49 (2016), págs. 135 a 171; C. Zelada, "*Ius cogens* y derechos humanos: luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos", *Agenda Internacional*, vol. 8, núm. 17 (2002), págs. 129 a 156, en especial pág. 139; A. A. Cançado Trindade, "*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law", *XXXV Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA [Organización de los Estados Americanos] en Río de Janeiro del 4 al 29 de agosto de 2008*, Washington D. C., OAS (2009), págs. 3 a 29, en especial págs. 6 y 12; F. J. Lara Castro "El *ius cogens*: criterio de justicia universal", *Revista Perspectiva Jurídica*, UP 15 (2020, Semestre II): págs. 127 a 159, en especial pág. 130; K. Hossain, "The concept of *jus cogens* and the obligation under the U.N. Charter", *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1 (2005), págs. 72 a 98, en especial pág. 73; L. Henkin, "International law and the inter-State system", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 216 (1989), págs. 21 y ss., en especial pág. 60; J. R. Argés, "*Ius cogens*: descripción, valoración y propuestas de aplicación actual de un tópico jurídico clásico", tesis doctoral, Universidade de Santiago de Compostela, 2017, pág. 273; A. C. de Beer, *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens) *and the Prohibition of Terrorism*, Leiden, Brill, 2019, págs. 79 a 83; E. Petrič, "Principles of the Charter of the United Nations: *jus cogens*?", *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 17 (2016), págs. 3 a 17; W. A. Schabas, "Le droit coutumier, les normes impératives *(jus cogens)*, et la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue québécoise de droit international*, vol. 33 (2020), págs. 681 a 704, en especial pág. 698; K. Crow y L. Lorenzoni-Escobar "From traction to treaty-bound: *jus cogens*, *erga omnes* and corporate subjectivity in international investment arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 13, núm. 1 (marzo de 2022), págs. 121 a 152; y M. A. Rodríguez Bolañoz y S. Portilla Parra, "Aplicación y límites de la inmunidad diplomática, a la luz de las normas del '*ius cogens*'", *Opinión Jurídica*, vol. 19, núm. 38 (enero a junio de 2020), págs. 259 a 281, en especial pág. 267. Véase una crítica, en general, en R. Kolb "Peremptory norms as a legal technique rather than super norms", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (véase *supra*).

[27] N. Gagnon-Bergeron, "Breaking the cycle of deferment: *jus cogens* in the practice of international law", *Utrecht Law Review*, vol. 15, núm. 1 (2019), págs. 50 a 64, en especial pág. 64.

[28] L. Hannikainen, *Peremptory Norms* (Jus Cogens) *in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, pág. 2.

[29] A. Pellet, "Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *jus cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), págs. 83 a 90, en especial pág. 87.

[30] C. Tomuschat, "The Security Council and *jus cogens*", en E. Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of* Jus Cogens, Roma, Sapienza, Università Editrice, 2015, pág. 8, quien describe el *ius cogens*

7) Es innecesario, e incluso poco práctico, especificar los valores fundamentales a los que se refiere el proyecto de conclusión 2[31]. Esos valores no son estáticos y pueden evolucionar con el tiempo. Aunque los valores que se suelen asociar al *ius cogens* son por lo general de carácter humanitario, las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* también pueden fundamentarse en otros valores, siempre que sean compartidos por la comunidad internacional[32].

8) Del análisis anterior se desprende que las cortes y tribunales y la doctrina han empleado diferentes términos para referirse a la importancia de los valores fundamentales. Por ejemplo, se han utilizado indistintamente los términos "valores fundamentales"[33] e "intereses"[34], o variaciones de estos. No obstante, estas diferentes opciones terminológicas no son mutuamente excluyentes e indican los importantes antecedentes normativos y morales de la norma en cuestión.

9) Otra cuestión terminológica es que, mientras que el proyecto de conclusión 2 se refiere a "la comunidad internacional", otros proyectos de conclusión, como el proyecto de conclusión 3, el proyecto de conclusión 4 y el proyecto de conclusión 7, se refieren a "la comunidad internacional de Estados en su conjunto". Al abordar los criterios para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se utiliza la expresión "comunidad internacional de Estados en su conjunto" porque, para determinar el cumplimiento de esos criterios, lo que importa es la opinión de los Estados. No obstante, al hablar de los valores en que se basan las normas imperativas, conviene referirse a la "comunidad internacional" en un sentido más inclusivo. Esta comunidad internacional más inclusiva incluye, por supuesto, a los Estados, pero también a otros actores que pueden contribuir de manera importante a la aparición de valores fundamentales.

10) En lo que respecta a la segunda característica, el proyecto de conclusión 2 dispone que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* son universalmente aplicables. La aplicabilidad universal de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* hace que sean vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional a los que están dirigidas, incluidos los Estados y las organizaciones internacionales. La aplicabilidad universal de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, al igual que su superioridad jerárquica, se deriva del hecho de que no admiten acuerdo en contrario. El hecho de que una norma no admita acuerdo en contrario, por extensión, significa que es aplicable a todos, ya que los Estados no pueden dejarlas sin efecto

como la clase de normas que protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional. Véanse también H. Ruiz Fabri, "Enhancing the rhetoric of *jus cogens*", *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 4 (2012), págs. 1049 a 1058, en especial pág. 1050; M. den Heijer y H. van der Wilt, "*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 3 a 21, en especial pág. 15; y D. Shelton, "Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*", *ibid*., págs. 23 a 50, en especial a partir de la pág. 42.

[31] Véase, sin embargo, Galvão Teles (nota 26 *supra*), pág. 47, que indica que la dignidad inherente a la persona humana es uno de los valores fundamentales de la comunidad internacional.

[32] J. E. Viñuales, "The Friendly Relations Declaration and peremptory norms", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (nota 26 *supra*), págs. 668 a 688, en especial pág. 668, donde se afirma que las normas imperativas se basan principalmente (aunque no exclusivamente) en consideraciones humanitarias. Véase también N. Oral "Environmental protection as a peremptory norm of general international law: Is it time?", *ibid*., págs. 575 a 599, en especial pág. 577, que califica los valores de valores fundamentales de humanidad.

[33] Tomuschat, "The Security Council and *jus cogens*" (véase la nota 30 *supra*), pág. 8. Véanse también *Siderman de Blake v. Argentina* (nota 21 *supra*), pág. 715, donde el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos habló de valores considerados fundamentales por la comunidad internacional, y el Tribunal Constitucional del Perú en *25 % del número legal de Congresistas*, refiriéndose a "la extraordinaria importancia de los valores" (nota 22 *supra*).

[34] Véase, por ejemplo, O. Quirico, "Towards a peremptory duty to curb greenhouse gas emissions?", *Fordham International Law Journal*, vol. 44, núm. 4 (abril de 2021), págs. 923 a 965, en especial pág. 947 (donde se afirma que protege un interés fundamental). Véanse también Hannikainen (nota 28 *supra*), pág. 2, donde se habla de intereses primordiales; y *Arancibia Clavel* (nota 23 *supra*), donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se refirió a los "intereses generales de la comunidad internacional" como fundamento de las normas imperativas.

creando normas especiales propias que estén en oposición con ella. La aplicación universal de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* es tanto una característica como una consecuencia de esas normas.

11) En su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia se refiere al "carácter universal de la condena del genocidio", que considera una consecuencia del hecho de que el genocidio "conmueve la conciencia de la humanidad, causa una gran pérdida a la humanidad y es contrario a las normas morales"[35]. El carácter universal de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se ha afirmado en fallos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia[36]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* son "aplicable[s] a todo Estado" y "vinculan a todos los Estados"[37]. Asimismo, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* "obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia"[38].

12) El carácter universal de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se refleja también en las decisiones de cortes y tribunales nacionales. En *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia calificó las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* de normas universales y obligatorias[39]. En *Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, el Tribunal Supremo Federal de Suiza describió las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* como aquellas que eran vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional[40]. El Tribunal Constitucional de Alemania calificó las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* de derecho internacional público universalmente aplicable[41]. La tesis de que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* tienen carácter universal también se refleja en la doctrina[42].

---

[35] *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (véase la nota 14 *supra*), pág. 23. La Corte Internacional de Justicia ha reiterado esta afirmación en fallos recientes. Véanse, por ejemplo, los fallos mencionados en la nota 58 *infra*.

[36] Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Anto Furundžija* (nota 18 *supra*), pág. 571, párr. 156. Véase también *Prosecutor v. Jelisić, causa núm. IT-95-10-T*, fallo de 14 de diciembre de 1999, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1999*, págs. 399 y ss., en especial págs. 431 a 433, párr. 60.

[37] *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Serie A*, núm. 18, pág. 125, párrs. 4 y 5.

[38] *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 18 *supra*), párr. 49.

[39] *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984). Véase también *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239 (2nd. Cir. 1996), pág. 242, donde el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito señaló que las normas imperativas no dependían del consentimiento de cada Estado, sino que eran universalmente vinculantes por su propia naturaleza (citando a A. C. Belsky, M. Merva y N. Roht-Arriaza, "Implied waiver under the FSIA: a proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law", *California Law Review*, vol. 77, núm. 2 (marzo de 1989), págs. 365 a 415, en especial pág. 399).

[40] *Youssef Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, causa núm. 1A 45/2007, sentencia sobre el recurso administrativo de 14 de noviembre de 2007*, Tribunal Supremo Federal de Suiza, BGE 133 II 450, párr. 7.

[41] *Order of 26 October 2004*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania (véase la nota 25 *supra*), párr. 117.

[42] Véanse, por ejemplo, W. Conklin, "The peremptory norms of the international community", *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 3; C. Rozakis, *The Concept of* Jus Cogens *in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland, 1976, pág. 78; G. Gaja, *"*Jus cogens *beyond the Vienna Convention"*, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), págs. 271 a 289, en especial pág. 283; G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pág. 211; L. A. Alexidze, "Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law", *Collected Courses of the Hague Academy of*

13) La característica de la aplicabilidad universal de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* tiene, en sí, dos consecuencias. En primer lugar, la regla o doctrina del objetor persistente no es aplicable a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Este aspecto se aborda en mayor detalle en el proyecto de conclusión 14. Como se indica en el párrafo 8) del comentario al proyecto de conclusión 1, una segunda consecuencia de la aplicación universal de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* es que esas normas no son de aplicación a nivel regional o bilateral[43].

14) Como tercera característica, en el proyecto de conclusión 2 se afirma que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional. El hecho de que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* sean jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional es tanto una característica como una consecuencia de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Es una consecuencia porque la identificación de una norma como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* hace que sea superior a otras normas que no tengan el mismo carácter. Algunas de las implicaciones de esa jerarquía se reflejan en las consecuencias de las normas imperativas que se describen en la tercera parte del presente proyecto de conclusiones, por ejemplo la consecuencia de la nulidad de toda norma convencional que esté en oposición con estas. La superioridad jerárquica también es una característica porque describe la naturaleza de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

15) Las cortes y tribunales internacionales han mencionado a menudo la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, por ejemplo, ha señalado que una característica de la prohibición de la tortura "guarda relación con la jerarquía de las normas en el orden normativo internacional" y que la prohibición "ha pasado a ser una norma imperativa o de *ius cogens*, es decir, una norma que en la jerarquía internacional tiene un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias 'ordinarias'"[44]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[45]. En el asunto *Kadi c. Consejo y Comisión*, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas describió las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)* como un "orden público internacional"[46]. El Tribunal Europeo de Derechos

International Law, vol. 172 (1981), págs. 219 a 263; P.-M. Dupuy e Y. Kerbat, *Droit international public*, 11ª ed., París, Précis Dalloz, 2012, pág. 322 (donde se afirma que la cohesión de este conjunto normativo exige el reconocimiento por todos sus sujetos de un mínimo de normas imperativas); A. Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al* jus cogens, Buenos Aires, SGN Editora, 2015, pág. 6; D. Dubois, "The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?", *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 (2009), págs. 133 a 175, en especial pág. 135 (donde se afirma que una norma de *ius cogens* o imperativa es aplicable a todos los Estados independientemente de su consentimiento al respecto); y M. Saul, "Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges", *Asian Journal of International Law*, vol. 5 (2014), págs. 26 a 54, en especial pág. 31 (donde se afirma que se supone que las normas de *ius cogens* son vinculantes para todos los Estados).

[43] Los Estados fueron prácticamente unánimes a este respecto: véanse, por ejemplo, los Estados Unidos de América (A/C.6/73/SR.29, párr. 34); Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/73/SR.24, párr. 126); Grecia (A/C.6/73/SR.27, párr. 9); Malasia (*ibid*., párr. 104); Portugal (A/C.6/73/SR.26, párr. 119); el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/C.6/73/SR.22, párr. 84); Sudáfrica (A/C.6/73/SR.27, párr. 46); y Tailandia (A/C.6/73/SR.26, párr. 96).

[44] *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 18 *supra*), pág. 569, párr. 153.

[45] *García Lucero y otras Vs. Chile, sentencia de 28 de agosto de 2013*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Serie C*, núm. 267, párr. 123, nota 139, donde se cita con aprobación la causa *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 18 *supra*). Véase también *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (nota 18 *supra*), párr. 49, donde se señala que las normas de *ius cogens* se derivan de "un orden superior de normas jurídicas".

[46] *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, asunto núm. T-315-01, sentencia de 21 de septiembre de 2005*, Sala Segunda, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, [2005] Recopilación de la Jurisprudencia II-03649, párr. 226. Véase también *Hassan c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*,

Humanos, en el asunto *Al-Adsani c. el Reino Unido*, también ha definido una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* como una norma que en la jerarquía internacional goza de un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias "ordinarias"[47].

16) En la práctica de los Estados también se reconoce la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Por ejemplo, en la causa *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, el Tribunal Superior de Zimbabwe definió las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* como aquellas normas dotadas de primacía en la jerarquía de normas que constituyen el orden normativo internacional[48]. Algunos tribunales de los Estados Unidos también han reconocido la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. En la causa *Siderman de Blake v. Argentina*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito señaló que el derecho a no ser torturado, una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, merecía el más alto rango en derecho internacional[49]. Las cortes y tribunales nacionales han utilizado diversos términos que indican superioridad jerárquica para calificar las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Se ha afirmado que gozan del más alto rango entre todas las demás normas y principios consuetudinarios[50], que se encuentran "no solo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho"[51], y que son normas que prevalecen sobre el derecho internacional consuetudinario y los tratados[52]. Los Estados también se han referido, en sus declaraciones, a la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[53].

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

asunto núm. T-49/04, sentencia de 12 de julio de 2006, Sala Segunda, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, párr. 92.

47 *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 18 *supra*), párr. 60.

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

49 *Siderman de Blake v. Argentina* (véase la nota 21 *supra*), pág. 717.

50 *Bayan Muna v. Alberto Romulo* (véase nota 20 *supra*), párr. 92. Véase también *Certain Employees of Sidhu and Sons Nursery Ltd.*, et al., *causas núms. 61942, 61973, 61966, 61995, decisión de 1 febrero de 2012*, BCLRB núm. B28/2012, párr. 44, donde la Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica (Canadá) señaló que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* gozaban en la jerarquía internacional de un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias "ordinarias". Véanse también *Regina (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another, causa núm. C1/2006/1064, sentencia de 12 de octubre de 2006*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra (Sala de lo Civil) [2006] EWCA Civ 1279, ILR *[International Law Reports]*, vol. 136, pág. 624; y *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate:* ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3), decisión de 24 de marzo de 1999* (Inglaterra), Cámara de los Lores, [2000] 1 A.C. 147, ILR, vol. 119 (2002), pág. 198.

51 *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, causa núm. 17.768, sentencia de 14 de junio de 2005*, Corte Suprema de la Nación Argentina, S. 1767. XXXVIII, párr. 48. Véase también *Julio Lilo Mazzeo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad, sentencia de 13 de julio de 2007*, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, párr. 15 ("se trata de la más alta fuente del derecho internacional").

52 *Sabbithi v. Al Saleh*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, 605 F. Supp. 2d 122, (D.D.C. 2009), pág. 129. Véase también *Mario Luiz Lozano c. Procuratore Generale della Repubblica Italiana, causa núm. 31171/2008, sentencia en apelación de 24 de julio de 2008*, Sala Primera de lo Penal, Corte Suprema de Casación, Italia, pág. 6 (donde se afirma que se debe dar prevalencia al principio de mayor rango y de *ius cogens*).

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

Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional[54]. Esa característica también está generalmente reconocida en la doctrina[55].

18) Las características que se indican en el proyecto de conclusión 2 no son en sí mismas criterios para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Por tanto, no debe interpretarse que el proyecto de conclusión 2 impone criterios adicionales para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Los criterios para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* figuran en la segunda parte del proyecto de conclusiones. Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* no es necesario demostrar la existencia de las características indicadas en el proyecto de conclusión 2. Tampoco la demostración de la existencia de esas características puede sustituir al cumplimiento de los criterios indicados en la segunda parte para identificar las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

19) Aunque no son criterios en sí mismos, las características que se indican en el proyecto de conclusión 2 pueden dar contexto a la evaluación de las pruebas para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Por ejemplo, las pruebas de que una norma refleja y protege los valores fundamentales de la comunidad internacional, es jerárquicamente superior a otras normas de derecho internacional y es universalmente aplicable pueden servir para apoyar o confirmar el carácter imperativo de la norma. No obstante, esas pruebas complementarias no pueden por sí solas fundamentar la

[54] Conclusión 32) de las conclusiones de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (A/CN.4/L.702), pág. 22 (“[u]na norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*”). Véase, además, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (*Anuario... 2006*, vol. II (primera parte) (adición 2), documento A/CN.4/L.682 y Add.1).

[55] Véase doctrina en apoyo de la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* en C. Ene, “*Jus cogens* (peremptory norms): a key concept of the international law”, *Perspectives of Law and Public Administration*, vol. 8, núm. 2 (diciembre de 2019), págs. 302 a 304, en especial pág. 303; I. Handayani “Concept and position of peremptory norms *(jus cogens)* in international law: a preliminary study”, *Hasanuddin Law Review*, vol. 5, núm. 2 (agosto de 2019), págs. 235 a 252, en especial pág. 241; T. Fleury Graff, “L’interdiction de l’esclavage, norme de *jus cogens* en droit international et droit inconditionnel en droit européen”, *Les cahiers de la Justice*, vol. 2 (2020), págs. 197 a 206, en especial pág. 205 (donde se afirma que una norma de *ius cogens* es una norma jerárquicamente superior a cualquier otra norma de derecho internacional, de manera que toda norma que la contradiga será nula); A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, pág. 8; G. M. Danilenko, “International *jus cogens*: issues of law-making”, *European Journal of International Law*, vol. 2, núm. 1 (1991), págs. 42 a 65, en especial pág. 42; y Conklin (nota 42 *supra*), pág. 838 (donde se afirma que la posibilidad misma de una norma imperativa vuelve a indicar la existencia de una jerarquía de las normas de derecho internacional en la que las normas imperativas son “las normas fundamentales de la comunidad internacional” de la cúspide). Véanse también M. M. Whiteman, “*Jus cogens* in international law, with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, núm. 2 (1977), págs. 609 a 626, en especial pág. 609; y M. W. Janis, “The nature of *jus cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2 (primavera de 1988), págs. 359 a 363, en especial pág. 359. Tomuschat, por ejemplo, señala la certeza de que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* son superiores a otras normas. Véase C. Tomuschat, “Reconceptualizing the debate on *jus cogens* and obligations *erga omnes*: concluding observations”, en C. Tomuschat y J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order:* Jus Cogens *and Obligations* Erga Omnes, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pág. 425 (donde se afirma que, sin embargo, lo cierto es que la comunidad internacional acepta hoy en día que existe una clase de preceptos jurídicos que es jerárquicamente superior a las normas de derecho internacional “ordinarias”). Véase también A. Cassese, “For an enhanced role of *jus cogens*”, en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: the Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, págs. 158 a 171, en especial pág. 159. Véase una opinión contraria en Kolb, “Peremptory norms as a legal technique...” (nota 26 *supra*), pág. 37, donde se señala que se debería evitar hablar de jerarquía para centrar la atención en la nulidad, ya que el primer concepto —el de la jerarquía— se presta a confusión y malentendidos.

identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Siempre tiene que haber pruebas que demuestren el cumplimiento de los criterios descritos en la segunda parte del presente proyecto de conclusiones.

Conclusión 3
Definición de norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*

Una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 3 contiene una definición de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Se basa en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 con algunas modificaciones para adaptarlo al contexto del proyecto de conclusiones. En primer lugar, solo se reproduce la segunda oración del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. La primera oración del artículo 53, que se refiere a la nulidad de los tratados que estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, no forma parte de la definición. Es más bien una consecuencia jurídica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, que se aborda en el proyecto de conclusión 10. En segundo lugar, en la definición se omite la expresión "[p]ara los efectos de la presente Convención". Como se demostrará más adelante, aunque se utilizó inicialmente a los efectos de la Convención de Viena de 1969, la definición del artículo 53 ha pasado a ser aceptada como una definición general de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* de aplicación en ámbitos distintos del derecho de los tratados. Por último, de conformidad con el enfoque general de este tema, la Comisión ha decidido insertar entre paréntesis la expresión *"ius cogens"* después de "norma imperativa de derecho internacional general".

2) Esta formulación se eligió por ser la más ampliamente aceptada en la práctica de los Estados y en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales. También se utiliza habitualmente en la doctrina. En general, los Estados han apoyado la idea de proceder sobre la base de la Convención de Viena de 1969[56]. En sus decisiones, las cortes y tribunales nacionales también se han remitido en general al artículo 53 para definir las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[57]. Del mismo modo, las cortes y

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

[57] Véanse, por ejemplo, *Al Shimari*, et al. *v. CACI Premier Technology, Inc., dictamen de 22 de marzo de 2019*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia, 368 F. Supp. 3d 935 No. 1:08-cv-827 (LMB/JFA), 2019 WL 1320052 (E.D. Va. 2019), pág. 26; *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia, 859 F.2d 929 (D.C. Cir. 1988), pág. 940; *Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement* (nota 40 *supra*), párr. 7.1; *National Commissioner of The South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another, causa núm. CC 02/14, sentencia de 30 de octubre de 2014*, Tribunal Constitucional de Sudáfrica [2014] ZACC 30, párr. 35; *Priebke, Erich s/solicitud de extradición, causa núm. 16.063/94*, fallo de 2 de noviembre de 1995, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, párr. 70; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran, registro C38295, decisión de 30 de junio de 2004*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, 71 OR (3d) 675 (Ont CA), ILDC 175 (CA 2004), párr. 86; y *Gabriel Orlando Vera Navarrete, Exp. núm. 2798-04-HC/TC,*

tribunales internacionales han recurrido al artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 cuando han tenido que abordar las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[58]. La doctrina también acepta el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como definición general de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[59]. Si bien la formulación del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 es a "los efectos de la Convención", también es aplicable en otros contextos, entre ellos en relación con la responsabilidad del Estado[60]. La Comisión, al abordar las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* en el contexto de otros temas, también ha utilizado la definición del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969[61]. Por consiguiente,

decisión de 9 de diciembre de 2004, Tribunal Constitucional del Perú, párr. 8. Véase también *Jorgic Case, Order of 12 December 2000, 2BvR 1290/99*, Tribunal Constitucional de Alemania, párr. 17.

[58] Véanse, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 258, párr. 83; *Prosecutor v. Anto Furundžija* (nota 18 *supra*), pág. 571, párr. 155; y *Prosecutor v. Jelisić* (nota 36 *supra*), págs. 431 a 433, párr. 60. Véase también *Jaime Córdoba Triviño, caso núm. C-578/95, sentencia de 4 de diciembre de 1995*, Corte Constitucional de Colombia. Véanse, en especial, la opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard en la causa *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* [Competencia y admisibilidad], fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial pág. 88, párr. 8.

[59] Véanse, por ejemplo, Mbengue y Koagne Zouapet (nota 26 *supra*), pág. 510; S. Knuchel, Jus Cogens: *Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, Zúrich, Schulthess, 2015, pág. 19 (donde se afirma que, dado que el artículo 53 contiene la única definición jurídica que existe por escrito de los efectos de las normas de *ius cogens*, así como del proceso por el cual surgen, este constituye el punto de partida necesario para analizar dicho concepto); S. Kadelbach, "Genesis, function and identification of *jus cogens* norms", *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46 (2016), págs. 147 a 172, en especial pág. 166, donde se afirma que los tratados sobre el *ius cogens* suelen comenzar con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, y pág. 162, donde se evalúan la responsabilidad reforzada y los efectos *erga omnes* del *ius cogens* sobre la base del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969; y U. Linderfalk, "Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism", *ibid*., págs. 51 a 84, en especial pág. 52. Véase también, en general, Costelloe (nota 11 *supra*), quien, aunque no afirma en ningún momento que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 establece la definición, sin duda procede a partir de esa base. Del mismo modo, véanse Hannikainen (nota 28 *supra*), en especial págs. 5 a 12; y Alexidze (nota 42 *supra*), pág. 246.

[60] Véase T. Weatherall, Jus Cogens: *International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, 2015, págs. 6 y 7 (donde se afirma que, aunque la Convención de Viena se refiere al derecho de los tratados y obliga únicamente a los signatarios, el artículo 53 refleja un concepto cuyos efectos jurídicos van más allá del contexto de los tratados, y que la práctica contemporánea de los órganos judiciales internacionales y nacionales, consistente en remitirse al artículo 53 para cualquier examen del *ius cogens*, es coherente con esa idea de un concepto que excede del contexto de los tratados); E. Santalla Vargas, "In quest of the practical value of *jus cogens* norms", *Netherlands Yearbook of International Law 2015*, vol. 46 (2016), págs. 211 a 240, en especial págs. 223 y 224, (donde se afirma que, sin embargo, los efectos potenciales del *ius cogens* no solo se extienden más allá del derecho de los tratados, sino que incluso se ponen de manifiesto en mayor medida en situaciones ajenas al derecho de los tratados); y Cassese (nota 55 *supra*), pág. 160 (donde se afirma que, afortunadamente, los Estados, las cortes y tribunales nacionales y los órganos judiciales internacionales han invocado normas imperativas en relación *con ámbitos ajenos a la elaboración de tratados*. Al hacerlo, estas entidades han ampliado el alcance y los efectos normativos de las normas imperativas). Véase también H. Charlesworth y C. Chinkin "The gender of *jus cogens*", *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), págs. 63 a 76, en especial pág. 63 (donde se afirma que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contiene una definición formal y procedimental del concepto de *ius cogens* en el derecho internacional).

[61] Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90 ("Los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no solo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como norma de derecho internacional general [...] sino también que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de Estados en su conjunto"). Véanse también las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 54 *supra*), conclusión 32) ("Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional

resulta apropiado que el presente proyecto de conclusiones se base en el artículo 53 para definir las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

3) La definición de las normas imperativas que figura en el artículo 53 contiene dos elementos principales. En primer lugar, la norma en cuestión ha de ser una norma de derecho internacional general. En segundo lugar, ha de ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma que tenga el mismo carácter. Estos elementos constituyen los criterios para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y se explican con más detalle en los proyectos de conclusión 4 a 9.

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

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

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

a) es una norma de derecho internacional general; y

b) es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 4 establece los criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Los criterios se han tomado de la definición de las normas imperativas que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, que se reproduce en el proyecto de conclusión 3. Para que una norma se considere imperativa, hay que demostrar que se cumplen esos criterios.

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

3) Sobre la base de la definición que figura en el proyecto de conclusión 3, el proyecto de conclusión 4 establece dos criterios. En primer lugar, la norma en cuestión ha de ser una norma de derecho internacional general. Este criterio se deriva de la expresión "norma de derecho internacional general" contenida en la definición de las normas imperativas *(ius cogens)* y se aborda en el proyecto de conclusión 5. En segundo lugar, la norma ha de ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma que tenga el mismo carácter. Cabe señalar que este segundo criterio, que consta de varios

(ius cogens) [artículo 53 de la Convención de Viena de 1969], es decir, toda norma 'aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario'"). Véase, además, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Kosdenniemi) *(ibid.)*, párr. 375 ("El punto de partida [para establecer los criterios] debe ser la formulación del propio artículo 53, es decir, identificar el *ius cogens* mediante referencia a lo que es 'una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto'").

elementos, constituye un único criterio compuesto y se aborda en los proyectos de conclusión 6 a 9. Los dos criterios son acumulativos: ambos deben cumplirse para establecer el carácter imperativo de una norma de derecho internacional general.

4) El texto del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 es complejo y se ha prestado a diferentes interpretaciones. Por ejemplo, la expresión "y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter" podría considerarse un criterio aparte[62]. No obstante, el elemento central del segundo criterio es *la aceptación y el reconocimiento* por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, no solo de que la norma no admite acuerdo en contrario, sino también de que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Por lo tanto, los elementos de no admisión de acuerdo en contrario y modificación no son criterios en sí mismos, sino que forman parte integrante del criterio de "la aceptación y el reconocimiento". Esa es la razón de que el segundo criterio, aunque conste de varios elementos, constituya un único criterio.

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

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

> Los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no solo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como norma de derecho internacional general, vinculante como tal, sino *también* que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de Estados en su conjunto[63].

[62] No obstante, véase Knuchel (nota 59 *supra*), págs. 49 a 136. Véase también la declaración de la República Islámica del Irán (A/C.6/71/SR.26, párr. 118), en la que señala que los dos criterios establecidos son, en primer lugar, una norma reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y, en segundo lugar, una norma que solo puede ser modificada por una norma ulterior de *ius cogens*.

[63] Párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90 (sin cursiva en el original). Véase también R. Rivier, *Droit international public*, 2ª ed., París, Presses universitaires de France, 2013, pág. 566 (donde se afirma que solo una disposición ya formalizada en derecho positivo y universalmente aceptada como norma jurídica puede alcanzar el rango de norma imperativa). Véase también U. Linderfalk, "The creation of *jus cogens* – making sense of article 53 of the Vienna Convention", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 71 (2011), págs. 359 a 378, en especial pág. 371 (que afirma que, cuando habla de "la creación de una norma de *ius cogens*", se

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 5 se refiere a las bases de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Aborda el primer criterio especificado en el proyecto de conclusión 4 para identificar las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, a saber, que la norma en cuestión ha de ser una norma de "derecho internacional general". El proyecto de conclusión consta de dos párrafos. El párrafo 1 trata del derecho internacional consuetudinario como base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, mientras que el párrafo 2 se ocupa de las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho como posibles bases de esas normas.

2) El Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional establecido por la Comisión observó que "no existe una definición aceptada de 'derecho internacional general'"[64]. El sentido de esa expresión siempre dependerá del contexto[65]. En algunos contextos, el "derecho internacional general" podría interpretarse en contraposición a la *lex specialis*[66]. En el contexto de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, no obstante, la expresión "derecho internacional general" no es una referencia a la *lex generalis* o a un derecho distinto de la *lex specialis*. Más bien, en el contexto de las normas imperativas, la palabra "general" de la expresión "normas de derecho internacional general" se refiere al ámbito de aplicación de la norma en cuestión. Las normas de derecho internacional general son, por lo tanto, aquellas normas de derecho internacional que, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, "deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional"[67].

3) La palabra "base" utilizada en los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 5 debe entenderse de manera flexible y amplia. Pretende referirse a las diversas formas en que las distintas fuentes del derecho internacional pueden dar lugar a la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. La Comisión decidió no utilizar la palabra "fuente" porque podía confundirse con la noción de fuentes del derecho internacional en el sentido del Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

---

refiere no a la creación de una norma jurídica, sino a la elevación de una norma jurídica al rango de *ius cogens*).

64 Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (A/CN.4/L.702, párr. 14 10), nota 11. Véase también A. Zdravkovič, "Finding the core of international law: *jus cogens* in the work of the International Law Commission", *South Eastern and European Union Legal Issues*, vol. 5 (diciembre de 2019), págs. 141 a 158, en especial pág. 144.

65 *Ibid*. Véase también la nota 667 al párrafo 2) del comentario a la conclusión 1 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), pág. 133 ("el 'derecho internacional general' se utiliza de diversas formas (que no siempre se especifican claramente), entre otras para referirse a las normas de derecho internacional de aplicación general, ya se trate de derecho de los tratados, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho").

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

67 *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial págs. 38 y 39, párr. 63.

4) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 5 se afirma que el derecho internacional consuetudinario, que se refiere a una práctica general aceptada como derecho *(opinio iuris)*, es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Esto se debe a que el derecho internacional consuetudinario es la manifestación más obvia del derecho internacional general[68]. Esta tesis encuentra fundamento en la práctica de los Estados, que confirma que el derecho internacional consuetudinario es la fuente más común de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[69]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por ejemplo, ha reconocido que las normas imperativas relativas a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad emanan de normas de derecho internacional consuetudinario ya en vigor[70]. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional del Perú ha declarado que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se refieren a "normas internacionales consuetudinarias [...] bajo el auspicio de una *opinio iuris seu necessitatis*"[71]. En la causa *Bayan Muna v. Alberto Romulo*, el Tribunal Supremo de Filipinas atribuyó al *ius cogens* el rango jerárquico más alto con respecto a todas las demás normas y principios consuetudinarios[72]. Asimismo, en la causa *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others*, el Tribunal Superior de Kenya determinó que el deber de enjuiciar los crímenes internacionales era tanto una norma de derecho internacional consuetudinario como una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*[73]. En la causa *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, el Tribunal Supremo del Canadá señaló que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* eran una forma superior de derecho internacional consuetudinario[74]. En la causa *Siderman de Blake v. Argentina*, el Tribunal de

[68] Véase Cassese (nota 55 *supra*), pág. 164 (donde se afirma que la segunda cuestión equivale a preguntar acerca de los medios por los que una corte o tribunal internacional debe determinar si una norma o principio general del derecho internacional ha adquirido la condición de norma imperativa, lo que lógicamente presupone la existencia de dicha norma o principio consuetudinario); G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, París, Pédone, 2001, pág. 615, quien afirma que el derecho internacional consuetudinario es el medio habitual, cuando no exclusivo, de formación de las normas de *ius cogens*. Véase también Rivier (nota 63 *supra*), pág. 566 (donde se afirma que el derecho internacional consuetudinario es, pues, una fuente primaria de las normas que constituirán la base del derecho imperativo). Véanse, además, J. E. Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, Zúrich, Schulthess, 2016, pág. 115 (donde se afirma que, como fuente más probable del derecho internacional general, las normas consuetudinarias constituirían *ipso facto* e *ipso iure* una fuente privilegiada de las normas de *ius cogens*); Gagnon-Bergeron (nota 27 *supra*), pág. 53; y A. Bianchi, "Human rights and the magic of *jus cogens*", *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), págs. 491 y ss., en especial pág. 493 (donde se afirma que la posibilidad de que los tratados sean fuente de *ius cogens* contradice abiertamente la idea de que las normas imperativas únicamente pueden dimanar del derecho consuetudinario). Véase una opinión contraria en Janis (nota 55 *supra*), pág. 361.

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

[70] *Arancibia Clavel* (véase la nota 23 *supra*), párr. 28.

[71] *25 % del número legal de Congresistas* (véase la nota 22 *supra*), párr. 53 ("Las normas de *ius cogens* parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias que bajo el auspicio de una *opinio iuris seu necessitatis*").

[72] *Bayan Muna v. Alberto Romulo* (véase nota 20 *supra*), párr. 92.

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

[74] *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran, archivo núm. 35034, decisión en apelación de 10 de octubre de 2014*, Tribunal Supremo del Canadá, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, pág. 249, párr. 151. Véase también *Repubblica Federale di Germania c Milde (Max Josef), causa núm. 1072/2009*, fallo en apelación de 13 de enero de 2009, Sala Primera de lo Penal, Corte Suprema

Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito definió las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* como un subconjunto de élite de las normas reconocidas como normas de derecho internacional consuetudinario[75]. Ese tribunal también observó que, a diferencia de las normas ordinarias de derecho internacional consuetudinario, el *ius cogens* comprendía las normas consuetudinarias que se consideraban vinculantes para todas las naciones[76]. En la causa *Buell v. Mitchell*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito señaló que algunas normas consuetudinarias de derecho internacional alcanzaban un "rango superior", a saber, el de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[77]. En la causa *Nevsun Resources, Ltd. v. Araya* también se califican las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* de subconjunto del derecho internacional consuetudinario[78]. Al determinar que la prohibición de la pena de muerte no era una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, el Tribunal señaló que, dado que la abolición de la pena de muerte no era una norma consuetudinaria de derecho internacional, no podía haber alcanzado el rango que la comunidad internacional en su conjunto reconocía como *ius cogens* o como norma que no admitía acuerdo en contrario[79].

5) La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia también prueba de manera convincente que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se basan en el derecho internacional consuetudinario. En la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, la Corte reconoció que la prohibición de la tortura "formaba parte del derecho internacional consuetudinario" y que "se había convertido en una norma imperativa *(ius cogens)*"[80]. Del mismo modo, la afirmación de la Corte de que "muchas de las normas del derecho humanitario" constituyen "principios del derecho internacional consuetudinario que no se pueden transgredir" indica que las normas imperativas —que se califican de "principios [...] que no se pueden transgredir"— tienen una base consuetudinaria[81].

6) Otras cortes y tribunales internacionales también han aceptado el derecho internacional consuetudinario como base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[82]. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, por ejemplo, ha señalado que la prohibición de la tortura es "una norma de derecho internacional consuetudinario" y que "constituye además una norma de *ius cogens*"[83]. En la causa *Fiscalía c. Anto Furundžija*, ese Tribunal describió las normas imperativas como normas que "en la jerarquía del derecho internacional están por encima del derecho de los tratados e incluso de

---

de Casación (Italia), ILDC 1224 (IT 2009), párr. 6 (donde se afirma que las normas consuetudinarias que protegen derechos humanos inviolables no admiten acuerdo en contrario porque pertenecen al derecho internacional imperativo o *ius cogens*).

75 *Siderman de Blake v. Argentina* (véase la nota 21 *supra*), pág. 715, donde se cita *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (véase la nota 57 *supra*), pág. 940.

76 *Ibid*. Este contraste entre las normas de derecho internacional consuetudinario "ordinarias" y las normas de *ius cogens* (que da a entender que las normas de *ius cogens* constituyen normas extraordinarias de derecho internacional consuetudinario) se basa a menudo en la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 18 *supra*), pág. 569, párr. 153, donde se establece una distinción similar. Esa distinción se ha mencionado con aprobación en varias decisiones, algunas de ellas de tribunales del Reino Unido. Véase, por ejemplo, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)* (nota 50 *supra*), pág. 198. Véase también *Regina (Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (ibid.)*.

77 *Buell v. Mitchell*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito, 274 F.3d 337 (6th Cir. 2001), págs. 372 y 373.

78 Véase *Nevsun Resources Ltd. v. Araya* (nota 24 *supra*), párr. 83.

79 *Buell v. Mitchell* (véase la nota 77 *supra*), pág. 373.

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

81 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 58 *supra*), pág. 257, párr. 79.

82 Véase, por ejemplo, *Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Serie C*, núm. 211, pág. 41, párr. 140.

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

las normas consuetudinarias *'ordinarias'*"[84]. Del mismo modo, en la causa *Fiscalía c. Jelisić*, el Tribunal señaló que "no puede haber absolutamente ninguna duda" de que la prohibición del genocidio enunciada en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio forma "parte del derecho internacional consuetudinario" y tiene ahora "la categoría de *ius cogens*"[85].

7) Si bien el derecho internacional consuetudinario es la base más común de la aparición de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, otras fuentes, enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también pueden constituir la base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* en la medida en que puedan considerarse normas de derecho internacional general. El párrafo 2 del proyecto de conclusión 5 recoge esta idea al afirmar que "[l]as disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*". Las palabras "también pueden" tienen por objeto indicar que, aunque apenas hay práctica que respalde la aparición de normas imperativas a partir de estas fuentes, no se puede excluir *a priori* la posibilidad de que esas otras fuentes del derecho internacional constituyan la base de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

8) Los tratados son una importante fuente del derecho internacional, prevista en el Artículo 38, párrafo 1 a), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En el párrafo 2 del proyecto de conclusión 5 se señalan las disposiciones de los tratados como posible base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Se utiliza la expresión "disposiciones de los tratados" en lugar de "tratados" para indicar que se hace referencia a una o varias normas contenidas en el tratado, y no al propio tratado. Los tratados, en la mayoría de los casos, no son "derecho internacional general", ya que no suelen tener un ámbito de aplicación general "en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional"[86]. No obstante, en la doctrina se apoya la tesis de que las disposiciones de los tratados pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional *(ius cogens)*[87]. Si bien se reconoce el carácter especial de la Carta de las Naciones Unidas,

---

[84] *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 18 *supra*), pág. 569, párr. 153.

[85] *Prosecutor v. Jelisić* (véase la nota 36 *supra*), págs. 431 a 433, párr. 60.

[86] *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 67 *supra*), págs. 38 y 39, párr. 63 ("en general, es característico de una norma o una obligación puramente convencional que se admita la facultad de formular reservas unilaterales con respecto a dicha norma dentro de ciertos límites; pero no se puede decir lo mismo en el caso de las normas y obligaciones de derecho internacional general o consuetudinario que, por su naturaleza misma, deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional"). Véase también Bianchi (nota 68 *supra*), pág. 493 (quien afirma que la posibilidad de que los tratados sean fuente de *ius cogens* contradice fuertemente la opinión de que las normas imperativas únicamente pueden dimanar del derecho consuetudinario).

[87] G. I. Tunkin, "Is general international law customary law only?", *European Journal of International Law*, vol. 4 (1993), págs. 534 y ss., en especial pág. 541 (quien cree que los expertos en derecho internacional deberían aceptar que el derecho internacional general comprende ahora normas de derecho internacional tanto consuetudinarias como convencionales).Véase, específicamente en el contexto del *ius cogens*, G. I. Tunkin, "*Jus cogens* in contemporary international law", *The University of Toledo Law Review*, vol. 1971, núms. 1 y 2 (otoño e invierno de 1971), págs. 107 y ss., en especial pág. 116 (donde se afirma que los principios de *ius cogens* son "normas que han sido aceptadas ya sea expresamente por un tratado o tácitamente por la costumbre", y que muchas normas de derecho internacional general son creadas a la vez por los tratados y por la costumbre). Véase también Knuchel (nota 59 *supra*), pág. 50 (quien afirma que el derecho internacional contemporáneo comprende, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, "instrumentos de carácter universal o cuasiuniversal", y que nada impide que futuras convenciones creen normas universalmente vinculantes que podrían elevarse al rango de *ius cogens*). Véase también R. Nieto-Navia, "International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law", *en* L. Chand Vorah,y otros (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haya, 2003, pág. 595, en especial pág. 613 (quien señala que puede afirmarse en términos generales que las normas de *ius cogens* pueden emanar generalmente de las siguientes fuentes de derecho internacional: i) tratados generales y ii) principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas). Véanse, no obstante, Weatherall (nota 60 *supra*), págs. 125 y 126; Hannikainen (nota 28 *supra*), pág. 92; y E. J. Criddle y E. Fox-Decent, "A fiduciary theory of *jus cogens*", *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), pág. 331. Véanse, además,

cabe señalar que, en el comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados, la Comisión afirmó que "las normas de la Carta [de las Naciones Unidas] por las que se prohíbe el uso de la fuerza" constituían un "ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*"[88]. Puede considerarse que la función de los tratados como base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* es una consecuencia de la relación entre las normas de los tratados y el derecho internacional consuetudinario descrita por la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*[89]. En esas causas, la Corte observó que una norma de un tratado puede codificar (o ser declaratoria de) una norma de derecho internacional general existente[90], o que la conclusión de una norma de un tratado puede ayudar a cristalizar una norma emergente de derecho internacional general[91], o que una norma de un tratado puede, después de ser aprobada, llegar a reflejar una norma general sobre la base de la práctica ulterior[92]. Este enfoque general también puede apreciarse en las sentencias de otras cortes y tribunales internacionales[93].

9) La expresión "principios generales del derecho" en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 5 se refiere a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es procedente señalar la posibilidad de que los principios generales del derecho constituyan la base de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[94]. Los principios generales del derecho forman parte del derecho internacional general, ya que tienen un ámbito de aplicación general en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad

---

Orakhelashvili (nota 55 *supra*), pág. 113 (quien afirma que la tendencia de los académicos a hacer hincapié en la costumbre parece surgir del reconocimiento general de que los tratados no se prestan a la creación de normas imperativas); y U. Linderfalk, "The effect of *jus cogens* norms: whoever opened Pandora's Box, did you ever think about the consenquences?", *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), págs. 853 y ss., en especial pág. 860.

88 Párrafo 1) del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, segunda parte, pág. 271.

89 *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 67 *supra*). Véase también la conclusión 11 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), págs. 155 a 160.

90 *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 67 *supra*), pág. 38, párr. 61.

91 *Ibid*., págs. 38 a 41, párrs. 61 a 69.

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

93 Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Tolimir, causa núm. IT-05-88/2-T*, fallo de 12 de diciembre de 2012, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 733 ("Está ampliamente aceptado que estas disposiciones [de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio] son normas de derecho internacional consuetudinario que han alcanzado el rango de *ius cogens*"); y *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 80 *supra*). Véase también la declaración del Sr. Ago en la 828ª sesión de la Comisión en 1966, *Anuario... 1966*, vol. I (primera parte), pág. 39, párr. 15 ("Incluso si la norma de *ius cogens* proviene de un tratado, no es este el que le da su carácter; es que aun cuando se derive del tratado [...] es ya una norma de derecho internacional general").

94 Si bien hay escasa práctica en apoyo de la tesis de que los principios generales del derecho sirven de base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, cabe tener en cuenta las siguientes causas, entre otras: *Prosecutor v. Jelisić* (véase la nota 36 *supra*), págs. 431 a 433, párr. 60, donde el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, tras aceptar que la prohibición del genocidio era una norma de *ius cogens*, afirmó que los principios en los que se basaba dicha prohibición eran "principios reconocidos por las naciones civilizadas". La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el derecho a la igualdad era una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* en razón de su condición de principio general del derecho en su opinión consultiva relativa a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (véase la nota 37 *supra*), pág. 117, párr. 101: "En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico".

internacional[95]. En el contexto de la interpretación de los tratados con arreglo al artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional distinguen entre la aplicación del derecho de los tratados, por una parte, y del derecho internacional general, por otra[96]. Este último, según la Comisión, consiste en "el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho"[97]. Además, en la doctrina hay cierto apoyo a la tesis de que los principios generales del derecho constituyen una base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[98].

10) La expresión "aceptada y reconocida" reviste especial pertinencia para las fuentes que pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. La fórmula "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto" fue aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados a partir de una propuesta conjunta de España, Finlandia y Grecia en relación con lo que pasaría a ser más adelante el artículo 53 ("reconocida por la comunidad internacional")[99], en la que el Comité de Redacción de la Conferencia insertó la palabra "aceptada". Como explicó el Presidente del Comité de Redacción, se hizo porque en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia figuran las palabras "reconocida" y "aceptada": "reconocida" en relación con las convenciones y tratados y los principios generales del derecho, y "aceptada" en relación con el derecho internacional consuetudinario[100]. Esa formulación parece indicar que la Comisión consideraba posible que los tratados y los principios generales del derecho también pudieran servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Por ese motivo, a pesar de la escasez de práctica en ese sentido, la Comisión decidió contemplar en el proyecto de conclusión 5 la posibilidad de que las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pudieran servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

---

[95] Véase *North Sea Continental Shelf* (nota 67 *supra*), págs. 38 y 39, párr. 63, donde la Corte definió el derecho internacional general como normas que, "por su naturaleza misma, deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional".

[96] Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 54 *supra*), párrs. 20 y 21.

[97] *Ibid.*

[98] Véanse, por ejemplo, Knuchel (nota 59 *supra*), pág. 52 (quien afirma que los principios generales del derecho pueden elevarse al rango de *ius cogens* si la comunidad internacional de Estados en su conjunto los acepta y reconoce como tales); Shelton, "Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*" (nota 30 *supra*), págs. 30 a 34; y A. A. Cançado Trindade, "*Jus cogens*..." (nota 26 *supra*), pág. 27. Véanse también Weatherall (nota 60 *supra*), pág. 133; y T. Kleinlein, "*Jus cogens* as the 'highest law'? Peremptory norms and legal hierarchies", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2016), págs. 173 y ss., en especial pág. 195 (donde se afirma que una norma imperativa debe pasar primero a ser una norma de derecho internacional general, esto es, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho con arreglo al Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Véanse, además, Conklin (nota 42 *supra*), pág. 840; O. M. Dajani, "Contractualism in the law of treaties", *Michigan Journal of International Law*, vol. 34 (2012), págs. 1 y ss., en especial pág. 60; Nieto-Navia, "International peremptory norms *(jus cogens)* and international humanitarian law" (nota 87 *supra*), págs. 613 y ss. (donde se indica que cabe afirmar en términos generales que las normas de *ius cogens* pueden emanar generalmente de las siguientes fuentes de derecho internacional: i) tratados generales y ii) principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas); Orakhelashvili (nota 55 *supra*), pág. 126; y Santalla Vargas (nota 60 *supra*), pág. 214 (quien afirma que el *ius cogens* se deriva del derecho consuetudinario y de los principios generales del derecho internacional).

[99] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (A/CONF.39/11/Add.2), documento A/CONF.39/C.1/L.306 y Add.1 y 2, pág. 187.

[100] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones*... (véase la nota 53 *supra*), acta resumida de la 80ª sesión de la Comisión Plenaria, pág. 519, párr. 4.

Conclusión 6
Aceptación y reconocimiento

1. El criterio de la aceptación y el reconocimiento al que se refiere el proyecto de conclusión 4, apartado b), es distinto de la aceptación y el reconocimiento como norma de derecho internacional general.

2. Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, ha de haber pruebas de que esta es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Comentario

1) El segundo criterio para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* es que la norma en cuestión ha de ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. Como se indica en el párrafo 4) del comentario al proyecto de conclusión 4, se trata de un criterio único que consta de diferentes elementos. Mientras que el proyecto de conclusión 5 se ocupa del primer elemento, indicado en el apartado a) del proyecto de conclusión 4, a saber, que la norma en cuestión ha de ser una norma de derecho internacional general, el proyecto de conclusión 6 se ocupa del segundo elemento, indicado en el apartado b) del proyecto de conclusión 4, a saber, que la norma de derecho internacional general en cuestión ha de ser "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario". Este criterio se centra en "la aceptación y el reconocimiento". Los otros elementos de este segundo criterio indican dos aspectos de esa aceptación y reconocimiento. En primer lugar, indican lo que debe aceptarse y reconocerse, a saber, que se trata de una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma que tenga el mismo carácter. En segundo lugar, indican quién debe aceptarlo y reconocerlo, o sea, la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Este último aspecto se aborda en el proyecto de conclusión 7.

2) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 6 tiene por objeto aclarar que la aceptación y el reconocimiento a que se hace referencia en el proyecto de conclusión son distintos de la aceptación y el reconocimiento que requieren otras normas de derecho internacional. En otras palabras, "la aceptación y el reconocimiento" a que se refiere el proyecto de conclusión 6 deben distinguirse de, por ejemplo, la aceptación como derecho *(opinio iuris)*, que es un elemento para la identificación del derecho internacional consuetudinario, o el reconocimiento, que es un elemento para la identificación de principios generales del derecho. La aceptación como derecho *(opinio iuris)* se refiere a la cuestión de si los Estados aceptan una práctica como norma jurídica y es un elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario. El reconocimiento como principio general del derecho se refiere a la cuestión de si un principio ha sido reconocido en el sentido previsto en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La aceptación y el reconocimiento mencionados en el proyecto de conclusión 6 son algo cualitativamente diferente. La aceptación y el reconocimiento, como criterio para determinar si una norma es una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, se refieren a la cuestión de si la comunidad internacional de Estados en su conjunto reconoce que una norma de derecho internacional general tiene carácter imperativo. Como explica Gagnon-Bergeron, para determinar la existencia de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* debe cumplirse un criterio adicional además de los criterios previstos para determinar la existencia de una norma de derecho internacional general[101]. El proyecto de conclusión 6 se refiere a ese criterio adicional.

3) El párrafo 2 explica qué se entiende por la aceptación y el reconocimiento necesarios para elevar una norma de derecho internacional general al rango de norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Establece que la norma en cuestión ha de ser

[101] Gagnon-Bergeron (véase nota 27 *supra*), pág. 52.

aceptada y reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. Esto significa que, para demostrar que una norma es una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, es necesario aportar pruebas de que se acepta y reconoce que tiene las características mencionadas, es decir, que es una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter.

4) Este marco de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto se basa en la interpretación generalmente aceptada del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969[102]. En consonancia con la definición de las normas imperativas de derecho internacional general que figura en el proyecto de conclusión 3, derivado del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, el apartado b) del proyecto de conclusión 4 habla de la aceptación y el reconocimiento. Sin embargo, no se trata de dos requisitos distintos cuyo cumplimiento deba demostrarse de manera independiente. El criterio de la aceptación y el reconocimiento para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se refiere a las diversas formas en que los Estados pueden manifestar su opinión de que una norma tiene carácter imperativo. Por tanto, basta con demostrar, en general, la aceptación y el reconocimiento del carácter imperativo de la norma de derecho internacional general.

5) El proyecto de conclusión 6 se refiere a la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Esa determinación requiere la ponderación y valoración de pruebas. Se utiliza la palabra "pruebas" para indicar que no es suficiente con afirmar que una norma es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. Es necesario fundamentar esa afirmación con pruebas. Las pruebas que se pueden aportar se abordan en los proyectos de conclusión 8 y 9. El proyecto de conclusión 6, y la exigencia de pruebas, no pretenden restar valor probatorio a los diferentes materiales enumerados en el proyecto de conclusión 8. Esos materiales indican la posición de los Estados con respecto a determinadas normas y pueden aportarse como prueba, aunque no estén respaldados por pruebas. Por lo tanto, las afirmaciones individuales de los Estados sobre el carácter imperativo de una norma, aunque no se apoyen en ninguna prueba, seguirán siendo uno de los materiales que deben tomarse en consideración con arreglo al proyecto de conclusión 8, párrafo 2.

[102] Véanse *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* (nota 57*supra*), pág. 940 (donde se afirma que, por último, para que una norma consuetudinaria de derecho internacional se convierta en norma imperativa, debe haber además un reconocimiento por "la comunidad internacional *en su conjunto* de que se trata de una norma que no admite acuerdo en contrario"); y *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (nota 18 *supra*), párr. 85 ("Además, en base a la información que tuvo ante sí, la Comisión ha comprobado que esta ha sido reconocida como una norma de carácter suficientemente inalienable como para constituir una norma de *ius cogens*, evolución prevista por la Comisión en su decisión en Roach y Pinkerton"). Véase también *Prosecutor v. Simić, causa IT-95-9/2-S*, fallo de 17 de octubre de 2002, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 34. Véase un análisis en J. Vidmar, "Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?", en E. de Wet y J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: the Place of Human Rights*, Oxford, 2011, pág. 26. Véanse también C. Costello y M. Foster, "Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2016), págs. 273 y ss., en especial pág. 281 (donde se afirma que, para que una norma sea de *ius cogens*, debe cumplir los requisitos normales del derecho internacional consuetudinario y además debe ser ampliamente considerada como norma que no admite acuerdo en contrario); y A. Hameed, "Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law", *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), págs. 52 y ss., en especial pág. 62. Véase también G. A. Christenson "*Jus cogens*: guarding interests fundamental to international society", *Virginia Journal of International Law*, vol. 28 (1987-1988), págs. 585 y ss., en especial pág. 593 (donde se afirma que las pruebas también tendrían que demostrar la necesaria *opinio iuris* de que la obligación es imperativa, poniendo de manifiesto la aceptación de que la norma tiene carácter preponderante).

Conclusión 7
Comunidad internacional de Estados en su conjunto

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

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

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

Comentario

1) Como ya se indica en el proyecto de conclusión 6, el segundo criterio para determinar el carácter imperativo de una norma es que se debe aceptar y reconocer que esa norma tiene carácter imperativo. El proyecto de conclusión 7 se refiere a la cuestión de quién debe aceptar y reconocer ese carácter a fin de que dicha aceptación y reconocimiento sean pertinentes para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Establece, en términos generales, que es la "comunidad internacional de Estados en su conjunto" la que debe aceptar y reconocer el carácter imperativo de una norma.

2) Cabe recordar que la propia Comisión, al aprobar el artículo 50 de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, no incluyó el elemento de la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, limitándose a señalar que una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* es una norma "que no admite acuerdo en contrario"[103]. De hecho, ese elemento fue añadido por los Estados durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1968-1969 que llevó a la aprobación de la Convención de Viena de 1969. No obstante, incluso durante las deliberaciones de la Comisión, varios de sus miembros pusieron de relieve el vínculo entre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y la aceptación y el reconocimiento de la "comunidad internacional de Estados"[104].

3) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 7 establece que la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto constituyen el criterio pertinente para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. En este párrafo se trata de dejar claro que lo pertinente es la posición de los Estados, y no la de otros actores. Aunque se ha pedido que se incluya a otros actores cuya aceptación y cuyo reconocimiento podrían ser pertinentes para el establecimiento de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[105], en el estado actual del derecho internacional se considera que los Estados son las entidades cuya aceptación y reconocimiento son pertinentes. En el contexto del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, la Comisión consideró la posibilidad de utilizar la expresión "comunidad internacional en su conjunto" sin las palabras "de Estados"[106]. No obstante, tras analizar la

[103] Véase el artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, segunda parte, pág. 271.

[104] Véase la declaración del Sr. de Luna en la 828ª sesión de la Comisión, *Anuario... 1966*, vol. I (primera parte), pág. 40, párr. 34 ("[el *ius cogens*] es derecho positivo creado por los Estados, no como entes individuales, sino como órganos de la comunidad internacional").

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

[106] Véase el párrafo 3) del comentario al artículo 53 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales,

cuestión, decidió que “en la situación actual del derecho internacional, incumbe a los Estados determinar o reconocer las normas imperativas”[107].

4) La práctica de los Estados y las decisiones de las cortes y tribunales internacionales han seguido vinculando la elevación de las normas de derecho internacional general al rango de normas imperativas a la aceptación y el reconocimiento de los Estados. La Corte Penal Internacional, por ejemplo, ha afirmado que una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* requiere el reconocimiento de los Estados[108]. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, determinó el carácter imperativo de la prohibición de la tortura sobre la base de instrumentos elaborados por los Estados[109]. Las cortes y tribunales nacionales también han seguido vinculando el establecimiento de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* al reconocimiento de los Estados. Por ejemplo, para determinar que la prohibición de la pena de muerte no era una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito señaló, en la causa *Buell v. Mitchell*, que solo 61 países, es decir, aproximadamente el 32 % de los países, habían abolido completamente el recurso a la pena de muerte[110]. Incluso si, en la práctica y la doctrina[111], las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* siguen estando vinculadas a nociones relativas a la conciencia de la humanidad, para ilustrar el carácter imperativo de ciertas normas se siguen invocando los hechos y la práctica de los Estados, también en el seno de organizaciones internacionales.

5) Aunque en el proyecto de conclusión 7 se afirma que la aceptación y el reconocimiento de los Estados constituyen el criterio pertinente para determinar si una norma tiene carácter imperativo, ello no significa que el papel de otros actores no tenga importancia. Estos pueden dar contexto y contribuir a la evaluación de la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La Comisión ha reconocido el papel auxiliar de otros actores en relación con otros temas. En sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión afirmó que es “principalmente [...] la práctica de los Estados [la] que contribuye a la formación o expresión de normas de derecho internacional consuetudinario”, si bien indicó que, “[e]n algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario”. Además, señaló que el comportamiento de actores no estatales, aunque no constituye práctica a tales efectos,

---

Anuario... 1982, vol. II (segunda parte), pág. 60. Véase también, en el contexto del presente tema, la declaración del Canadá (nota 105 *supra*).

107 Párrafo 3) del comentario al artículo 53 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

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

109 *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 80 *supra*), pág. 457, párr. 99. La Corte cita, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de la guerra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975, y la legislación nacional.

110 Véase, por ejemplo, *Buell v. Mitchell* (nota 77 *supra*), pág. 373. Véase también la *Resolución núm. 5 del Pleno del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, de 10 de octubre de 2003, modificada el 5 de marzo de 2013, sobre la aplicación de los principios y normas del derecho internacional universalmente reconocidos y de los tratados internacionales de la Federación de Rusia por los tribunales de la jurisdicción ordinaria*, párr. 1 (donde se afirma que los principios del derecho internacional universalmente reconocidos deben considerarse normas imperativas básicas del derecho internacional, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, de las que no está permitido apartarse).

111 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (véase la nota 15 *supra*), pág. 46, párr. 87; y A. A. Cançado Trindade, “International law for humankind: towards a new *jus gentium* (I)”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 316 (2005), págs. 9 a 312, en especial pág. 183 (quien afirma que, en el mundo multicultural actual, existe un mínimo irreducible que, en lo que respecta a la creación del derecho internacional, descansa en su fuente material última: la conciencia humana).

"puede ser pertinente al valorar la práctica" de los Estados[112]. Del mismo modo, en el tema "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados", la Comisión llegó a la conclusión de que el comportamiento de los actores no estatales no constituía práctica a los efectos del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, pero que podía "ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado"[113]. Los hechos y la práctica de las organizaciones internacionales pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento de los Estados para determinar si una norma tiene carácter imperativo[114]. En última instancia, no obstante, las posiciones de entidades distintas de los Estados no son suficientes por sí mismas para establecer la aceptación y el reconocimiento necesarios para elevar una norma de derecho internacional general al rango de imperativa. Esta consideración se refleja en el párrafo 3 del proyecto de conclusión 7.

6) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 trata de explicar lo que se entiende por "en su conjunto". Afirma que se requiere la aceptación y el reconocimiento por una mayoría muy amplia y representativa de Estados. Como explicó el Presidente del Comité de Redacción durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, con las palabras "en su conjunto" no se trata de exigir que una norma sea "aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime", sino que basta con "una mayoría muy amplia"[115]. Así se deduce también de que se haya utilizado la expresión "comunidad de Estados" en lugar de simplemente "Estados". La combinación de las expresiones "en su conjunto" y "comunidad de Estados" sirve para poner de relieve que son los Estados, como colectivo o comunidad, los que deben aceptar y reconocer que una norma no admite acuerdo en contrario para que esta sea una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

7) La Comisión consideró que la aceptación y el reconocimiento por una simple "mayoría" de Estados no era suficiente para establecer el carácter imperativo de una norma. En cambio, la mayoría tenía que ser muy amplia. No obstante, la determinación de la existencia de una mayoría muy amplia de Estados que aceptaban y reconocían el carácter imperativo de una norma no era un ejercicio mecánico consistente en contar el número de

[112] Conclusión 4 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), págs. 140 a 143.

[113] Conclusión 5 de las conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, *ibid*., págs. 143 y 144.

[114] Véase *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 14 *supra*), pág. 23: "Los orígenes de la Convención demuestran la intención de las Naciones Unidas de condenar y sancionar el genocidio [...]. Por consiguiente, la Convención contra el Genocidio fue concebida, tanto por la Asamblea General como por las partes contratantes, como convención de alcance claramente universal". Véase también la conclusión 12 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), págs. 160 a 162.

[115] Sr. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (véase la nota 53 *supra*), 80ª sesión, párr. 12. El Tribunal Federal de Suiza así lo ha afirmado. Véase *A c. Département fédéral de l'économie, causa núm. 2A.783/2006/svc, sentencia de 23 de enero de 2008*, Tribunal Federal de Suiza, párr. 8.2 (*Les mots « par la communauté internationale des Etats dans son ensemble » ne permettent pas d'exiger qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des Etats. Il suffit d'une très large majorité* [Las palabras "por la comunidad internacional de Estados en su conjunto" no significan que una norma deba ser aceptada y reconocida como imperativa de forma unánime por los Estados. Basta con una mayoría significativa]). Véase también E. de Wet "*Jus cogens* and obligations *erga omnes*", en D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, págs. 541 y ss., en especial pág. 543 (donde se afirma que el umbral para alcanzar el rango imperativo es elevado, ya que, aunque no requiere consenso entre todos los Estados, sí requiere la aceptación por una amplia mayoría de Estados). Véase, además, Christófolo (nota 68 *supra*), pág. 125 (donde se afirma que la formación de normas imperativas refleja una voluntad común que representa el consentimiento de una mayoría abrumadora de Estados, y que un Estado o un número muy reducido de Estados no pueden obstruir el proceso de formación de las normas imperativas).

Estados. Más que una evaluación puramente cuantitativa en la que se determinara la existencia de una mayoría, la evaluación debía ser cualitativa.

8) También se ha añadido el adjetivo "representativa" a la expresión "mayoría de Estados" para reflejar la idea de que la evaluación ha de ser cualitativa. La aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto debe tener lugar en diferentes regiones, sistemas jurídicos y culturas[116]. Con arreglo al párrafo 2 del proyecto de conclusión 7, la mayoría de Estados que acepten y reconozcan el carácter imperativo de la norma debe ser muy amplia y representativa.

Conclusión 8
Prueba de la aceptación y el reconocimiento

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

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

Comentario

1) Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, es necesario demostrar que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que dicha norma no admite acuerdo en contrario. Como se desprende del párrafo 2 del proyecto de conclusión 7, ello requiere que se aporten pruebas de la aceptación y el reconocimiento. El proyecto de conclusión 8 se refiere a los tipos de prueba necesarios para determinar que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que una norma tiene carácter imperativo. En el proyecto de conclusión 9 se abordan los medios auxiliares que pueden ser pertinentes para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

2) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 8 es una afirmación general. Establece que la prueba de la aceptación y el reconocimiento puede adoptar una gran variedad de formas. En su fallo en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, la Corte Internacional de Justicia se basó en diversos materiales para afirmar que, "en su opinión, la prohibición de la tortura forma parte del derecho internacional consuetudinario y ha pasado a ser una norma imperativa *(ius cogens)*"[117]. Es preciso recordar que de lo que se trata es de la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Por lo tanto, cualquier material que pueda expresar o reflejar las opiniones de los Estados sería pertinente como prueba de aceptación y reconocimiento.

[116] Véase *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (nota 18 *supra*), párr. 85 ("La aceptación de esta norma abarca las fronteras políticas e ideológicas y los empeños por apartarse de la misma han sido enérgicamente condenados por los integrantes de la comunidad internacional como no permisibles según normas contemporáneas de derechos humanos").

[117] Véase *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 80 *supra*), pág. 457, párr. 99. En el párrafo 99 se afirma además que "esa prohibición se fundamenta en una práctica internacional generalizada y en la *opinio iuris* de los Estados. Figura en numerosos instrumentos internacionales de aplicación universal (en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; en los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; en la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975, relativa a la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y ha quedado incorporada en el derecho interno de casi todos los Estados. Por último, los actos de tortura son denunciados sistemáticamente en los foros nacionales e internacionales".

3) En el párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 se indican los materiales que pueden utilizarse como prueba de que una norma es una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. En consonancia con la afirmación anterior de que la prueba de la aceptación y el reconocimiento puede adoptar diversas formas, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 8, refiriéndose a las formas de prueba, dice: "comprenden, sin reducirse a ello". Por consiguiente, la lista que figura en ese párrafo no es una lista cerrada. Pueden aportarse otras formas de prueba no mencionadas en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8 para corroborar el carácter imperativo de una norma si reflejan o expresan la aceptación y el reconocimiento de los Estados. La expresión "y otra conducta de los Estados" pretende servir de "comodín" para que pueda recurrirse a otros materiales que, aunque no figuren en la lista, pongan de manifiesto las posiciones de los Estados.

4) Cabe señalar que las formas de prueba enumeradas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 son similares a las previstas en el párrafo 2 de la conclusión 10 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, relativa a las formas de prueba de la aceptación como derecho *(opinio iuris)*[118]. Esta similitud se debe a que las formas de prueba señaladas son aquellas de las que, por lo general, pueden deducirse las posiciones, opiniones y puntos de vista de los Estados. Es preciso distinguir los posibles usos de estos materiales a los efectos de cumplir el criterio de la aceptación y el reconocimiento de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, por una parte, de su uso a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario, por otra. En el primer caso, los materiales deben establecer la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto de que la norma en cuestión es una norma que no admite acuerdo en contrario, mientras que, en el segundo, los materiales se utilizan para evaluar si los Estados aceptan la norma como norma de derecho internacional consuetudinario.

5) Las formas de prueba de la lista no exhaustiva que figura en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 tienen en común el hecho de ser materiales que expresan o reflejan las opiniones de los Estados. Estos materiales son el resultado de procesos que permiten determinar las posiciones y opiniones de los Estados. Estos expresan habitualmente sus opiniones sobre el carácter imperativo de determinadas normas en declaraciones públicas y declaraciones en foros internacionales[119]. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también pueden reflejar las opiniones de los Estados y se han tenido en cuenta para determinar el carácter imperativo de las normas[120]. Del mismo modo, las disposiciones de las constituciones nacionales y las medidas legislativas y administrativas son otro medio por el que los Estados expresan sus opiniones y, por lo tanto, también pueden servir de prueba del carácter imperativo de una norma de derecho internacional general[121].

---

[118] Conclusión 10 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), págs. 152 a 154.

[119] Véanse, por ejemplo, con respecto a la agresión: Ghana (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones*... (nota 53 *supra*), 53ª sesión, párr. 15); Países Bajos (A/C.6/SR.781, párr. 2); Uruguay (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones*... (nota 53 *supra*), 53ª sesión, párr. 48); Japón (S/PV.2350); Belarús (A/C.6/73/SR.26, párr. 90); y Mozambique (A/C.6/73/SR.28, párr. 3). A este respecto, en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 80 *supra*), la Corte Internacional de Justicia señaló que "los actos de tortura se denuncian de manera habitual en los foros nacionales e internacionales" para afirmar el carácter imperativo de la prohibición de la tortura (pág. 457, párr. 99).

[120] Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Anto Furundžija* (nota 18 *supra*), pág. 569, nota 170. Véase también *Al-Adsani v. the United Kindgom* (nota 18 *supra*), párrs. 60 y 61, donde el Tribunal se basó, entre otras, en la causa *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)* (nota 50 *supra*) y en otras causas sustanciadas ante cortes y tribunales nacionales para evaluar el carácter imperativo de la prohibición de la tortura.

[121] Al concluir que la prohibición de la tortura tenía carácter imperativo, la Corte Internacional de Justicia, en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 80 *supra*), señaló que la prohibición se había incorporado en el derecho interno de casi todos los Estados (pág. 457, párr. 99). Asimismo, en su decisión sobre la prohibición de la ejecución de

6) Los tratados y resoluciones aprobados por los Estados en organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales pueden ser un claro ejemplo de esos materiales, puesto que también pueden reflejar las opiniones de los Estados[122]. Para determinar el peso que se les debe atribuir, hay que tener en cuenta los diversos actos llevados a cabo por los Estados en relación con los tratados y las resoluciones. Cabe citar las declaraciones para explicar el voto, el grado de apoyo expresado mediante votos a favor o en contra o abstenciones, las reservas formuladas, el contexto y, en el caso de los tratados, el número de ratificaciones.

7) Aparte de señalar que la lista de las formas de prueba que figura en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 no es exhaustiva, es preciso recordar que esos materiales deben indicar si la norma tiene carácter imperativo. La cuestión no es si esos materiales reflejan una norma en particular, sino si, considerados conjuntamente, permiten establecer que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que la norma en cuestión es una norma que no admite acuerdo en contrario.

8) Por último, cabe recordar que los materiales enumerados en el proyecto de conclusión 8 sirven de prueba. Si se consideran de forma aislada, no permiten determinar de manera concluyente el carácter imperativo de una norma. Así, el hecho de que una resolución de las Naciones Unidas, una disposición de un tratado, una decisión de una corte o un tribunal nacional, una declaración pública o cualquier otra conducta de un Estado indiquen la convicción de que una norma tiene carácter imperativo no es suficiente para establecer que se trata de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Esos

---

personas menores de 18 años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 18 *supra*), párr. 85, tuvo en cuenta el hecho de que los Estados habían introducido las enmiendas pertinentes en su legislación nacional.

[122] Véase *Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation), causa CPA núm. 2017-06, laudo de 21 de febrero de 2020 sobre las excepciones preliminares de la Federación de Rusia*, Corte Permanente de Arbitraje, párrs. 173 y ss., donde se habla del valor de las resoluciones de la Asamblea General. En la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 80 *supra*), pág. 457, párr. 99, la Corte Internacional de Justicia se refirió tanto a tratados (“los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966”), como a resoluciones (“la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; [...] la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975, sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”) para expresar su reconocimiento de la prohibición de la tortura como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Véanse también *Prosecutor v. Mucić, causa núm. IT-96-21-T*, fallo de 16 de noviembre de 1998, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, y *Prosecutor v. Delalić*, et al. (véase la nota 83 *supra*), párr. 454, donde se invocan el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (“Pacto de San José de Costa Rica”). Véase también *Prosecutor v. Anto Furundžija* (nota 18 *supra*), pág. 563, párr. 144. Al pronunciarse sobre el carácter imperativo de la prohibición de la ejecución de personas menores de 18 años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 18 *supra*), párr. 85, se basó en la ratificación por los Estados de tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y el Pacto de San José de Costa Rica, que, según dijo, eran “tratados en los que esta proscripción se reconoce como no derogable”. Véase asimismo la opinión separada del Vicepresidente Ammoun en *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 79, donde se invocan las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad para concluir que el derecho a la libre determinación es una norma imperativa. Véanse también las observaciones presentadas por escrito por el Gobierno de las Islas Salomón a la Corte Internacional de Justicia sobre la solicitud de la Organización Mundial de la Salud de una opinión consultiva sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados en vista de sus efectos sobre la salud humana y el medio ambiente, págs. 39 y 40, párr. 3.28 (donde se afirma que es totalmente normal en derecho internacional que las normas más comunes y fundamentales se reafirmen y se incorporen repetidamente a los tratados).

materiales deben sopesarse y evaluarse conjuntamente, en su contexto, para determinar si ponen de manifiesto la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto del carácter imperativo de la norma en cuestión.

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

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

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

Comentario

1) Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, es necesario aportar pruebas de que la comunidad internacional de Estados en su conjunto la acepta y reconoce como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Como se explica en el proyecto de conclusión 8, las formas de prueba pertinentes para este fin son los materiales que expresan o reflejan las opiniones de los Estados. También pueden utilizarse medios auxiliares para determinar el carácter imperativo de una norma. El proyecto de conclusión 9 se refiere a esos medios auxiliares. Es importante destacar que la palabra "auxiliar" en este contexto no pretende restar importancia a esos materiales, sino más bien expresar la idea de que, si bien facilitan la identificación de "la aceptación y el reconocimiento", no constituyen en sí mismos una prueba de dicha aceptación y reconocimiento[123].

2) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 9 consta de dos oraciones. La primera oración establece que las decisiones de las cortes y tribunales internacionales constituyen un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general. Esta disposición se inspira en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que dispone, entre otras cosas, que las decisiones judiciales constituyen "un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho". Esa es, en parte, la razón de que en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 9 se utilicen las palabras "medio […] para determinar" en lugar de "identificar", que se emplea con más frecuencia en el presente proyecto de conclusiones.

3) Existen abundantes ejemplos de decisiones de cortes y tribunales internacionales en las que se invocan otras decisiones de cortes y tribunales internacionales para identificar una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*[124]. Por ejemplo, en la causa *Fiscalía c. Anto Furundžija*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que la prohibición de la tortura era una de esas normas sobre la base, entre otras cosas, del alcance de la prohibición, incluido el hecho de que se prohibiera a los Estados "expulsar,

[123] Véase también el párrafo 2) del comentario a la conclusión 13 de las conclusiones sobre el derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), pág. 163 ("la expresión 'medio auxiliar' denota la función complementaria de esas decisiones en la elucidación del derecho; no son fuentes de derecho internacional en sí mismas (a diferencia de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho). El uso de la expresión 'medio auxiliar' no da a entender, ni pretende dar a entender, que esas decisiones no sean importantes para la identificación del derecho internacional consuetudinario").

[124] En este sentido, Cançado Trindade señala que el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han contribuido considerablemente al desarrollo del derecho de las normas imperativas (véase Cançado Trindade, "International law for humankind..." (nota 111 *supra*), pág. 296.

devolver o extraditar" a una persona a un lugar donde pudiera ser sometida a tortura[125]. Para demostrar el alcance de esa prohibición, el Tribunal se remitió a las sentencias de, entre otros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[126]. La sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Fiscalía c. Anto Furundžija* se ha invocado a su vez con frecuencia para ilustrar el carácter imperativo de la prohibición de la tortura[127]. El Tribunal Especial para el Líbano, en la causa *Fiscalía c. Ayyash y otros*, concluyó que "las cortes y tribunales penales internacionales han confirmado con tanta frecuencia el principio de legalidad *(nullum crimen sine lege)* con respecto al enjuiciamiento internacional de crímenes que está justificado sostener que, por ahora, tiene rango de norma imperativa *(ius cogens)*"[128]. En la causa *El Sayed*, el Tribunal Especial para el Líbano determinó que el derecho de acceso a la justicia había "alcanzado el rango de norma imperativa *(ius cogens)*" basándose, entre otras cosas, en la jurisprudencia de cortes y tribunales nacionales e internacionales[129]. La decisión en la causa *El Sayed* ilustra de manera particularmente acertada la manera en que las decisiones de cortes y tribunales internacionales pueden ser un medio auxiliar de identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. El Tribunal, en el fallo redactado por su entonces Presidente, Antonio Cassese, se basó en diversas formas de prueba, algunas de ellas enumeradas en el proyecto de conclusión 8, para llegar a la conclusión de que, en su conjunto, las pruebas indicaban que se aceptaba y reconocía el carácter imperativo del derecho de acceso a los tribunales[130]. En la decisión se hace además referencia a la sentencia en el caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el derecho de acceso a los tribunales era una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* a fin de poner en contexto y consolidar las pruebas primarias utilizadas como fundamento[131].

4) En la primera oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 9 se menciona de manera explícita a la Corte Internacional de Justicia como medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de una norma, y ello por varias razones. En primer lugar, es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas y sus miembros son elegidos por los principales órganos políticos de la Organización. En segundo lugar, sigue siendo la única corte internacional con competencia general por razón de la materia. Además, si bien la Corte se ha mostrado reacia a pronunciarse sobre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, su jurisprudencia ha influido en el desarrollo del concepto tanto de las normas imperativas generales como de las normas imperativas particulares, incluso en los casos en que no se invocaban de manera explícita esas normas. En particular, sus opiniones consultivas relativas a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del*

---

125 *Prosecutor v. Anto Furundžija* (véase la nota 18 *supra*), párr. 144.

126 *Soering v. the United Kindgom, demanda núm. 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos; *Cruz Varas and Others v. Sweden, demanda núm. 15576/89, sentencia de 20 de marzo de 1991*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Series A: Judgments and Decisions*, vol. 201; y *Chahal v. the United Kingdom, demanda núm. 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996*, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

127 Véanse, por ejemplo, *Al-Adsani v. the United Kingdom* (nota 18 *supra*), párr. 30; y *García Lucero y otras Vs. Chile* (nota 45 *supra*), párrs. 123 y 124, en especial nota 139. Véase también, en general, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)* (nota 50 *supra*), donde varios Lores se remitieron a la causa *Prosecutor v. Anto Furundžija* (nota 18 *supra*).

128 *Prosecutor v. Ayyash*, et al., *causa núm. STL-11-01/I, decisión interlocutoria de 16 de febrero de 2011 sobre el derecho aplicable: terrorismo, conspiración, homicidio, autoría, acumulación de cargos*, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para el Líbano, párr. 76. Para esta decisión, el Tribunal se basó, entre otros, en el fallo del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en *Prosecutor v. Duško Tadić* (*causa núm. IT-94-1-AR-72, decisión de 2 de octubre de 1995 sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia*, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia); *Prosecutor v. Delalić*, et al. (véase la nota 83 *supra*); y *Prosecutor v. Akayesu, causa núm. ICTR-96-4-T*, fallo de 2 de septiembre de 1998, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

129 *El Sayed, causa núm. CH/PRES/2010/01, providencia de 15 de abril de 2010 por la que se asigna el asunto al Juez de Primera Instancia*, Presidente del Tribunal Especial para el Líbano, párr. 29, donde se hace referencia, en particular, al caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay* (véase la nota 18 *supra*).

130 Véase *El Sayed* (nota 129 *supra*), párrs. 21 a 28.

131 *Ibid*., párr. 29.

Delito de Genocidio, a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia* y a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, así como sus decisiones en las causas relativas a la *Barcelona Traction*, a *Timor Oriental* y a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, han contribuido en gran medida a la comprensión y evolución de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, a pesar de que no se invoquen de manera expresa e inequívoca esas normas en sus respectivas conclusiones[132]. Cuando ha sido la Corte Internacional de Justicia la que se ha pronunciado expresamente sobre normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, sus decisiones han tenido una influencia aún mayor. Su fallo en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, por ejemplo, ha confirmado el carácter imperativo de la prohibición de la tortura[133].

5) La segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 9 establece que podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de cortes y tribunales nacionales. Cabe recordar que el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a las "decisiones judiciales", lo que incluye las decisiones de las cortes y tribunales tanto internacionales como nacionales. Por consiguiente, la segunda oración pretende reflejar la idea de que las decisiones de cortes y tribunales nacionales también son pertinentes como medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general *(ius cogens)*. La Comisión decidió utilizar las palabras "podrán" y "cuando proceda" para indicar que, aunque las decisiones de cortes y tribunales nacionales pueden servir de medio auxiliar para la determinación de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, debe mostrarse prudencia al recurrir a ellas. En particular, el peso que se atribuya a estas decisiones dependerá del razonamiento aplicado en la decisión de que se trate.

6) Además de ser un medio auxiliar en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones de cortes y tribunales nacionales también pueden constituir pruebas primarias con arreglo al proyecto de conclusión 8. Cuando se invocan en virtud del proyecto de conclusión 8, las decisiones de cortes y tribunales nacionales constituyen una prueba de la aceptación y el reconocimiento del Estado en cuestión. En ese contexto, la decisión judicial será pertinente si indica la posición del Estado, y no su valoración general del reconocimiento y la aceptación de la norma en cuestión como norma imperativa por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

7) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 9 se refiere a otros medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Al igual que las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, estos otros medios son auxiliares en el sentido de que, si bien facilitan la determinación de la aceptación y el reconocimiento de los Estados, no son en sí mismos prueba de tal aceptación y reconocimiento. En el párrafo se enumeran, como ejemplos de otros medios auxiliares, la labor de los órganos de expertos y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, denominada también escritos académicos. El uso de las palabras "también pueden" en el párrafo 2, en contraposición a la palabra "constituyen" utilizada para referirse a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales en el párrafo 1, indica que cabe conceder menos importancia a la labor de los órganos de expertos y a los escritos académicos que a las decisiones judiciales. La pertinencia de esos otros medios auxiliares depende de diversos factores, como el razonamiento seguido en la labor o los escritos y la medida en que las opiniones expresadas son aceptadas por los Estados y son corroboradas, ya sea por otras

[132] Véanse *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 14 *supra*); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (nota 122 *supra*), pág. 16; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 58 *supra*); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3; *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 90; y *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* [Cuestiones de fondo], fallo (nota 66 *supra*), párr. 190.

[133] Véase *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 80 *supra*), pág. 457, párr. 99.

formas de prueba enumeradas en el proyecto de conclusión 8 o por decisiones de cortes y tribunales internacionales.

8) La primera categoría es la relativa a la labor de los órganos de expertos. La expresión "establecidos por Estados o por organizaciones internacionales" indica que el párrafo se refiere a los órganos establecidos por organizaciones internacionales y a los órganos subsidiarios de esas organizaciones, como la Comisión de Derecho Internacional y los órganos de expertos creados en virtud de tratados. Fue necesario incluir esa precisión para poner de relieve que el órgano de expertos en cuestión debía tener un mandato intergubernamental y haber sido creado por Estados. El uso de la expresión "establecidos por Estados o por organizaciones internacionales" significa que las organizaciones privadas que no tienen un mandato intergubernamental no están incluidas en la categoría de órganos de expertos. Esto no quiere decir que la labor de los órganos de expertos que no tienen mandato intergubernamental carezca de pertinencia. La labor del Instituto de Derecho Internacional o de la Asociación de Derecho Internacional, por ejemplo, puede calificarse de "doctrina de los publicistas de mayor competencia" en el sentido del párrafo 2 del proyecto de conclusión 9[134]. El término "labor" designa no solo el resultado final de los trabajos de los órganos de expertos, sino también los trabajos que han llevado a ese resultado final.

9) Las cortes y tribunales también respaldan la utilización de otros materiales. En la causa *RM v. Attorney-General*, por ejemplo, el Tribunal Superior de Kenya se remitió a la observación general núm. 18 del Comité de Derechos Humanos, relativa a la no discriminación[135], para determinar que la no discriminación era una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*[136]. Asimismo, para fundamentar su conclusión de que el principio de no devolución era una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, la Corte Penal Internacional se refirió, entre otras cosas, a una opinión consultiva de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados[137]. Del mismo modo, en la causa *Fiscalía c. Anto Furundžija*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia concluyó que la prohibición de la tortura era una norma de *ius cogens* basándose, entre otras cosas, en observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de un informe de un Relator Especial, el Sr. Kooijmans[138].

10) También se ha hecho referencia con frecuencia a la Comisión para evaluar si una norma concreta ha adquirido rango de norma imperativa. Al evaluar el rango de la prohibición del uso de la fuerza, la Corte Internacional de Justicia observó que la "Comisión

---

[134] Véase el párrafo 5) del comentario a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), pág. 165.

[135] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), relativa a la no discriminación, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 40*, vol. I (A/45/40 (Vol. I)), anexo VI, secc. A, párr. 1.

[136] *RM v. Attorney-General, causa civil núm. 1351 2002 (O.S.), sentencia de 1 de diciembre de 2006*, Tribunal Superior de Kenya en Nairobi, [2006] eKLR, pág. 18. Véase *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)* [Excepciones preliminares], *decisión de 4 de febrero de 2021*, Corte Internacional de Justicia, Lista General núm. 172), donde la Corte, si bien reconoce que debe concederse gran importancia a las determinaciones de órganos de expertos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, señala que, "en el ejercicio de sus funciones judiciales no está en modo alguno obligada a ajustar su propia interpretación de" los tratados de derechos humanos a los dictámenes de esos órganos de expertos (párr. 101).

[137] Véase *Prosecutor v. Katanga* (nota 108 *supra*), párr. 30, donde se hace referencia a la *Opinión consultiva de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967* (que puede consultarse en el sitio web del ACNUR, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf). La Corte Penal Internacional también se ha remitido a varias conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR.

[138] Véase *Prosecutor v. Anto Furundžija* (nota 18 *supra*), párrs. 144 y 153. El Tribunal se remitió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la observación general relativa al artículo 7 y la observación general núm. 24 del Comité de Derechos Humanos, y a un informe del Relator Especial Kooijmans.

de Derecho Internacional expresó la opinión de que ‘las normas de la Carta de las Naciones Unidas por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*’”[139]. Los escritos académicos que establecen una lista de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* generalmente aceptadas suelen basarse en la lista incluida por la Comisión en el comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[140]. Por tanto, la propia labor de la Comisión también puede contribuir a la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

11) El párrafo 2 se refiere a la “doctrina de los publicistas de mayor competencia”, que también puede ser útil como material auxiliar para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional[141]. Se trata de los escritos académicos y demás obras que puedan utilizarse como material secundario para evaluar y poner en contexto las principales formas de aceptación y reconocimiento del carácter imperativo de una norma. Es importante destacar que el peso que se concederá a esa doctrina variará en gran medida en función de la calidad del razonamiento y de su grado de apoyo en la práctica de los Estados y en las decisiones de cortes y tribunales internacionales[142].

---

[139] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* [Cuestiones de fondo], fallo (véase la nota 66 *supra*), págs. 100 y 101, párr. 190. Véase también *Víctor Raúl Pinto, Re, Pinto (Víctor Raúl) c. Familiares de Tomás Rojas, causa núm. 3125-94, decisión sobre fallo de sobreseimiento de 13 de marzo de 2007*, Corte Suprema de Justicia de Chile, ILDC 1093 (CL 2007), párrs. 29 y 31.

[140] Párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90). Véase den Heijer y van der Wilt (nota 30 *supra*), pág. 9, donde se señala que las normas que figuran en la lista son “incuestionables”. Véanse también Christófolo (nota 68 *supra*), párr. 151; y Weatherall (nota 60 *supra*), pág. 202. Véase además de Wet (nota 115 *supra*), pág. 543. Sin embargo, la autora no se basa en una lista de la Comisión, sino en la lista que figura en el párrafo 374 del informe del Grupo de Estudio de la Comisión (elaborado por Martti Koskenniemi) (véase la nota 54 *supra*, pág. 84), y propone una lista que ha sido ligeramente modificada con respecto a la del Grupo de Trabajo. Por ejemplo, en la lista que de Wet propone, “el derecho a la legítima defensa” figura como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* por derecho propio, mientras que en la lista del Grupo de Trabajo aparece la “prohibición de la agresión” como norma imperativa específica de derecho internacional general *(ius cogens)*, pero no la “legítima defensa”.

[141] Véanse, por ejemplo, *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Nueva York, 373 F. Supp. 2d 7 (E.D.N.Y. 2005), pág. 135, que remite a M. C. Bassiouni, “Crimes against humanity”, en R. Gutman y D. Rieff (eds.), *Crimes of War: What the Public Should Know*, Norton, 1999; *Prosecutor v. Kallon and Kamara, causas núms. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), decisión de 13 de marzo de 2004 sobre la impugnación de la competencia: amnistía en virtud del Acuerdo de Lomé*, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona, párr. 71, que remite a L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, 2002; y *Bayan Muna v. Alberto Romulo* (véase la nota 20 *supra*) pág. 55, donde se cita a M. C. Bassiouni, “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), pág. 63. Véanse también *Siderman de Blake v. Argentina* (nota 21 *supra*), pág. 717, donde se cita a varios autores, entre ellos K. Parker y L. B. Neylon, “*Jus cogens*: compelling the law of human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, núm. 2 (invierno de 1989), págs. 411 a 463; y K. C. Randall, “Universal jurisdiction under international law”, *Texas Law Review*, vol. 66 (1987-1988), págs. 785 a 841, en apoyo de la afirmación de que la prohibición de la tortura es una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

[142] Véase también el párrafo 3) del comentario a la conclusión 14 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), pág. 165 (“Es necesario proceder con cautela al basarse en la doctrina, ya que su valor para la determinación de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario varía; así queda reflejado en la expresión ‘pueden ser’. En primer lugar, en ocasiones los autores no solo desean dejar constancia del estado actual del derecho *(lex lata)*, sino también promover su desarrollo *(lex ferenda)*. Al hacerlo, no siempre distinguen (o distinguen claramente) entre el derecho existente y el que desearían que existiera. En segundo lugar, la doctrina puede reflejar las posiciones nacionales u otras opiniones individuales de los autores. En tercer lugar, su calidad difiere en gran medida. Así pues, es fundamental evaluar la autoridad de la obra de que se trate”).

12) Cabe señalar que los medios auxiliares indicados en los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 9 no son exhaustivos. No obstante, son los medios auxiliares más habitualmente utilizados para identificar las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

Tercera parte
Consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

Conclusión 10
Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*

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

2. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 11, si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma pasará a ser nulo y terminará. Las partes en dicho tratado quedarán exentas de la obligación de seguir cumpliendo el tratado.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 10 se refiere a la nulidad y la terminación de los tratados por estar en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Por supuesto, se espera que los Estados no celebren tratados que estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. No obstante, si lo hacen, esos tratados serán nulos. La nulidad de los tratados es el efecto jurídico que más se asocia a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[143]. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 rara vez se ha invocado para anular un tratado, hasta el punto de que se ha planteado si ese artículo mantiene su pertinencia[144]. No obstante, el hecho de que rara vez se hayan anulado tratados por estar en oposición con normas imperativas no se debe a que los Estados no acepten lo dispuesto en el artículo 53, sino simplemente a que no suelen celebrar tratados que estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[145]. Así pues, la disposición que establece la nulidad de todo

[143] Danilenko, *Law-Making in the International Community* (véase la nota 42 *supra*), pág. 212 (donde se afirma que, tal como se concibió inicialmente en el marco del proceso de codificación del derecho de los tratados, el concepto de *ius cogens* se aplicaba únicamente a las relaciones convencionales para anular los acuerdos bilaterales y multilaterales contrarios a las normas comunitarias fundamentales reconocidas como "derecho superior"). Véanse también Kleinlein (nota 98 *supra*), pág. 181; K. Kawasaki, "A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law", *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), pág. 27; y den Heijer y van der Wilt (nota 30 *supra*), pág. 7.

[144] Véase Costelloe (véase la nota 11 *supra*), pág. 55 (donde se afirma que las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969 tienen un sentido muy estricto, por lo que cabe preguntarse si mantienen su pertinencia o si no son ya prácticamente papel mojado). Véanse Charlesworth y Chinkin (nota 60 *supra*), págs. 65 y 66 (donde se afirma que, a pesar de los temores a que la inclusión del artículo 53 de la Convención de Viena atentara contra el principio de *pacta sunt servanda* y socavara la seguridad que proporcionan los compromisos asumidos en virtud de tratados, la doctrina del *ius cogens* apenas se ha invocado en este contexto, por lo que ha tenido escasos efectos prácticos en la aplicación de los tratados); y Kadelbach (nota 59 *supra*), pág. 161 (donde se afirma que la oposición directa que supone que un tratado tenga un objeto ilícito no se ha dado en la práctica). Véase también Cassese (nota 55 *supra*), págs. 159 y 160 (donde se pregunta si no debería concluirse que lo que siempre se ha reivindicado como un gran avance logrado por la Convención de Viena de 1969, con el paso de los años, de hecho, ha resultado ser un rotundo fracaso). Véanse, por ejemplo, Shelton, "Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*" (nota 30 *supra*), pág. 36; y Kadelbach (nota 59 *supra*), pág. 152. Véase un análisis de la cuestión en Knuchel *(ibid.)*, pág. 141.

[145] Véase C. Maia, "*Jus cogens* and (in)application of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties in the jurisprudence of the International Court of Justice", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (nota 26 *supra*), págs. 342 a 365, en especial pág. 355.

tratado que esté en oposición con normas imperativas sigue siendo de aplicación aunque rara vez haya sido aplicada.

2) Si bien los casos de nulidad de tratados por estar en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* han sido poco frecuentes, ello no significa que no exista práctica alguna que pueda resultar pertinente para esta cuestión. Algunos Estados han evaluado en declaraciones si un determinado tratado es o no compatible con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* y, por ende, si puede considerarse válido o no[146]. La Asamblea General también ha aprobado resoluciones pertinentes[147] que se han interpretado en el sentido de que reconocen que la validez de determinados acuerdos debe determinarse teniendo en cuenta su compatibilidad con determinados principios fundamentales. En algunas resoluciones judiciales también se ha planteado la nulidad de tratados por su posible incompatibilidad con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. En la causa *Fiscalía c. Charles Ghankay Taylor*, el Tribunal Especial para Sierra Leona tenía que determinar si la disposición de su propio estatuto que no reconocía las inmunidades de los funcionarios era nula[148]. El Tribunal dictaminó que, dado que la disposición "no estaba en oposición con ninguna norma imperativa de derecho internacional general, debía hacerla efectiva"[149]. De ello parece desprenderse que, si lo hubiera estado, el Tribunal no la habría hecho efectiva. Del mismo modo, en el caso *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, del que conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se invocó un acuerdo celebrado entre los Países Bajos y la comunidad saramaca

[146] Véanse declaraciones generales en este sentido en la intervención de los Países Bajos durante el 18º período de sesiones de la Sexta Comisión (A/C.6/SR.781, párr. 2) (respecto de la cuestión del *ius cogens*, "el Pacto sobre el Territorio Germánico del Sudeten, firmado en Munich el 29 de septiembre de 1938, es uno de los contados ejemplos de tratados que han llegado a ser considerados como contrarios al orden público internacional"). Chipre, en el mismo período de sesiones y a fin de mostrar la práctica existente en apoyo de la nulidad como consecuencia de la oposición con normas imperativas del derecho internacional general *(ius cogens)*, enumeró una serie de tratados que preveían la nulidad por la oposición con una norma imperativa, a saber, la prohibición del uso de la fuerza (A/C.6/SR.783, párr. 18) ("El Pacto de la Sociedad de las Naciones, el Tratado General de Renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional (conocido como Pacto Briand-Kellogg); el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg; el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y, más recientemente, el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, dan carácter de *lex lata* en el derecho internacional moderno al principio de que un tratado obtenido por el uso o la amenaza ilegal de la fuerza es nulo *ab initio*"). Véase también la intervención de la República Socialista Soviética de Ucrania durante el 18º período de sesiones de la Sexta Comisión (A/C.6/SR.784, párr. 8). Véanse declaraciones más específicas en *East Timor (Portugal v. Australia), contramemoria del Gobierno de Australia de 1 de junio de 1992*, párr. 223 (que puede consultarse en www.icj-cij.org), donde se afirma que el Tratado Relativo a la Falla de Timor (Tratado entre Australia y la República de Indonesia sobre la Zona de Cooperación en la Zona Situada entre la Provincia Indonesia de Timor Oriental y Australia Septentrional (Mar de Timor, 11 de diciembre de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1654, núm. 28462, pág. 105), si estuviera en oposición con el derecho a la libre determinación, sería nulo por violar una norma de *ius cogens*; el memorando de Robert B. Owen, Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, a Warren Christopher, Secretario de Estado en funciones, 29 de diciembre de 1979, en *U.S. Digest*, cap. 2, secc. 1, párr. 4, reproducido en M. L. Nash, "Contemporary practice of the United States relating to international law", *American Journal of International Law*, vol. 74, núm. 2 (abril de 1980), págs. 418 y ss., en especial pág. 419 (donde se afirma que tampoco queda claro que el tratado entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Afganistán sea válido. Si realmente sirviera para apoyar una intervención soviética de esa índole en el Afganistán, sería nulo de conformidad con los principios contemporáneos del derecho internacional, ya que estaría en oposición con lo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados califica de "norma imperativa de derecho internacional general", a saber, la enunciada en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas).

[147] Resoluciones de la Asamblea General 33/28 A, de 7 de diciembre de 1978, 34/65 B, de 29 de noviembre de 1979, 36/51, de 24 de noviembre de 1981, y 39/42, de 5 de diciembre de 1984.

[148] *Prosecutor v. Taylor, causa núm. SCSL-2003(1)-I, decisión de 31 de mayo de 2004 sobre inmunidad de jurisdicción*, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona, párr. 53. Véase también *Prosecutor v. Kallon, causa núm. SCSL-2004-15-AR72(E), decisión de 13 de marzo de 2004 sobre constitucionalidad y falta de competencia*, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona.

[149] *Prosecutor v. Taylor* (véase la nota 148 *supra*), párr. 53.

sobre cuestiones de reparación[150]. La Corte observó que, con arreglo a algunas disposiciones del tratado, los saramacas se obligaban a capturar a los esclavos que hubieran desertado y a devolverlos a la esclavitud[151]. La Corte sostuvo que, por ese motivo, si el acuerdo en cuestión fuera un tratado, sería "nulo por ser contrario a reglas de *ius cogens superveniens*"[152].

3) El proyecto de conclusión 10 sigue el enfoque de la Convención de Viena de 1969 al distinguir entre, por una parte, los tratados que, en el momento de su celebración, estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* (párr. 1) y, por otra, los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* que surja después de la celebración del tratado (párr. 2)[153]. La primera alternativa se aborda en la primera oración del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, mientras que la segunda se aborda en el artículo 64 de dicha Convención. Los párrafos 1 y 2 del presente proyecto de conclusión siguen de cerca el texto de la Convención de Viena de 1969.

4) La primera oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 10 afirma simplemente que es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. La oración sigue de cerca la primera oración del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 e implica que dicho tratado es nulo *ab initio*. La segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 10 se inspira en el párrafo 1 del artículo 69 de la Convención y establece que las disposiciones de un tratado que es nulo por estar en oposición con una norma imperativa en el momento de su celebración carecen de fuerza jurídica.

5) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 10 se refiere a las consecuencias de la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* para un tratado existente. Establece que ese tratado pasará a ser nulo y terminará. La expresión "pasará a ser nulo y terminará" indica que el tratado no es nulo *ab initio*, sino que solo pasa a ser nulo cuando surge la norma imperativa. El tratado pasa a ser nulo desde el momento en que la norma en cuestión es reconocida y aceptada como norma que no admite acuerdo en contrario. La consecuencia de que el tratado *pase a ser* nulo es que solo terminan los efectos jurídicos continuados o subsiguientes de sus disposiciones. Por esta razón, la segunda oración del párrafo 2 dispone que las partes en dicho tratado quedarán exentas de la obligación de seguir cumpliendo el tratado. Esta formulación se inspira en el artículo 71, párrafo 2 a), de la Convención de Viena de 1969. El texto viene a reconocer que las disposiciones del tratado eran válidas y podían producir consecuencias jurídicas antes de la aparición de la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Con sujeción a lo dispuesto en el proyecto de conclusión 12, lo único que se ve afectado por la terminación es la obligación de "seguir" cumpliendo el tratado. Antes de la aceptación y el reconocimiento, los derechos y obligaciones establecidos en virtud del tratado impugnado son plenamente válidos y aplicables.

6) La norma establecida en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 10 debe leerse conjuntamente con el proyecto de conclusión 11, que prevé la divisibilidad en determinados

[150] *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, sentencia de 10 de septiembre de 1993 sobre reparaciones y costas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Serie C*, núm. 15.

[151] *Ibid*., párr. 57.

[152] *Ibid.*

[153] Véase el párrafo 6) del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, segunda parte, pág. 272 (el proyecto de artículo 50 "debe entenderse en conexión con el artículo 61 (Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general) y la Comisión opina que no cabe admitir que el presente artículo tenga efectos retroactivos. El artículo se refiere a las hipótesis en que un tratado es nulo *en el momento de su celebración* por el hecho de que sus disposiciones están en pugna con una norma ya existente de *ius cogens*. El tratado es totalmente nulo porque su celebración efectiva es incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general [...] Por otra parte, el artículo 61 se ocupa de las hipótesis en que el tratado, válido en el momento de su celebración, se hace nulo y se extingue por el establecimiento ulterior de una norma de *ius cogens* con la cual son incompatibles sus disposiciones. Las palabras '*será* nulo y *terminará*' expresan con toda claridad que la aparición de una nueva norma de *ius cogens* no tiene efectos retroactivos sobre la validez del tratado. La nulidad se produce únicamente a partir del momento en que se establece la nueva norma de *ius cogens*").

casos. Esa es la razón de que el párrafo 2 comience con las palabras “Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 11”.

7) El proyecto de conclusión 10, relativo a la nulidad de tratados por estar en oposición con normas imperativas, también debe leerse junto con el proyecto de conclusión 21, relativo al procedimiento recomendado para invocar la nulidad. De conformidad con el proyecto de conclusión 21, una parte en un tratado no puede declarar unilateralmente que este es contrario a una norma imperativa y eximirse de la obligación de cumplir lo dispuesto en él. Debe seguirse el procedimiento establecido en el proyecto de conclusión 21 para confirmar objetivamente la nulidad del tratado a fin de poder invocar cualquier consecuencia de la nulidad.

8) El proyecto de conclusión 10 también debe leerse conjuntamente con el proyecto de conclusión 20, relativo a la interpretación y aplicación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens).*

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

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

2. Un tratado que esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* pasará a ser nulo y terminará en su totalidad, a menos que:

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 11 se refiere a las circunstancias en que solo algunas disposiciones de un tratado están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, mientras que otras no lo están. Al igual que el proyecto de conclusión 10, relativo a la nulidad de los tratados, este proyecto de conclusión sigue el enfoque general de la Convención de Viena de 1969, consistente en distinguir entre, por una parte, los tratados que, en el momento de su celebración, estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* y, por otra, los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* que surja después de la celebración del tratado. El proyecto de conclusión también sigue de cerca el texto de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969.

2) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 11 aborda los casos en que el tratado, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. La Convención de Viena de 1969 establece que, en tales casos, el tratado pasa a ser nulo en su totalidad. El artículo 53 de la Convención establece que “es nulo [el] tratado”, y no la disposición pertinente del tratado. Además, el artículo 44, párrafo 5, de la Convención de Viena de 1969 establece expresamente que, en tales casos, no admitirá la separación de las disposiciones del tratado impugnadas. Así pues, el proyecto de conclusión 11 deja claro que el tratado en su totalidad es nulo *ab initio* y que no es posible separar las disposiciones que están en oposición con normas imperativas de las demás disposiciones del tratado. En primer lugar, la expresión del proyecto de conclusión “nulo en su totalidad” tiene por objeto aclarar que todo el tratado es nulo, y no solo la disposición en cuestión. En segundo lugar, para destacar este aspecto fundamental, en la segunda parte de

la oración se afirma explícitamente que “no se admitirá la división de las disposiciones del tratado”. La primera parte de la oración se inspira en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, mientras que la segunda parte se basa en el párrafo 5 del artículo 44 de la Convención, que excluye la aplicación de las reglas sobre divisibilidad establecidas en el artículo 44 en los casos de nulidad previstos en el artículo 53.

3) El párrafo 2 se refiere a las circunstancias en que un tratado (o disposiciones concretas de un tratado) está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* que surge después de la celebración del tratado. La formulación del párrafo 2 sigue de cerca la del párrafo 3 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969. Reconoce la posibilidad de división en los casos en que un tratado pase a ser nulo debido a la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* después de la celebración del tratado.

4) El encabezamiento del párrafo 2 deja claro que, por regla general, un tratado pasa a ser nulo en su totalidad si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, incluso en los casos en que la norma imperativa surja después de la celebración del tratado. Por esa razón, en la primera parte del encabezamiento del párrafo 2 del proyecto de conclusión 11 se dispone que un tratado que pase a ser nulo por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* terminará en su totalidad. No obstante, las palabras “a menos que” que figuran al final del encabezamiento indican que puede haber una división en los limitados casos previstos en los apartados a) a c). Las condiciones enumeradas en los apartados a) a c) son acumulativas. Dicho de otro modo, deben cumplirse las tres condiciones para que las disposiciones que estén en oposición con una norma imperativa puedan separarse del resto del tratado.

5) Las condiciones enumeradas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 11 proceden del artículo 44, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969. La primera condición, establecida en el apartado a), es que las disposiciones que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* deben ser separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación. Esto significa que debe ser posible aplicar el resto del tratado sin las disposiciones que estén en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Si las demás disposiciones cumplen la función de facilitar la aplicación de la disposición impugnada, es evidente que esa disposición no podrá separarse del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación.

6) No basta con que sea posible aplicar el tratado sin la disposición impugnada. El apartado b) del párrafo 2 del proyecto de conclusión 11 establece que debe desprenderse del tratado o constar de otro modo que la aceptación de dichas disposiciones no ha constituido para las partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su totalidad. Incluso si un tratado pudiera aplicarse sin la disposición impugnada, sería contrario a la naturaleza consensual de los tratados que se aplicara con una disposición que ha constituido “una base esencial” para su celebración, ya que sin esa disposición no habría habido consentimiento en el tratado.

7) De conformidad con el apartado c), la última condición que debe cumplirse es que la continuación del cumplimiento de las disposiciones del tratado no sea injusta. En este contexto, con la palabra “injusta” se pretende hacer referencia al equilibrio esencial de los derechos y obligaciones creados por el tratado, que podría verse alterado si algunas disposiciones se separaran y otras se mantuvieran. Además, para decidir si la continuación del cumplimiento del tratado sería “injusta”, se han de tomar en consideración no solo las repercusiones para las partes en el tratado, sino también otras repercusiones, en caso de que sea pertinente y necesario.

8) Para determinar si se cumplen las tres condiciones establecidas en el párrafo 2 deben tenerse en cuenta todas las circunstancias pertinentes, como el objeto de la disposición, su relación con otras cláusulas del tratado y los trabajos preparatorios, entre otros factores[154].

[154] Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 41 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *ibid.*, pág. 261.

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

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

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

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

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

Comentario

1) Una de las consecuencias de que exista una oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* es que el tratado es nulo o, en caso de que la norma imperativa surja después de la aprobación del tratado, pasa a ser nulo. No obstante, un tratado puede tener consecuencias aunque sea nulo, por ejemplo, cuando las partes actúan en virtud de este. Esas consecuencias pueden manifestarse mediante la creación de derechos y obligaciones o el establecimiento de situaciones de hecho. El proyecto de conclusión 12 aborda las consecuencias de la nulidad de los tratados por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Por consiguiente, guarda una estrecha relación con el proyecto de conclusión 10 y el proyecto de conclusión 12. El proyecto de conclusión 12 se ocupa de las consecuencias de un tratado que ha pasado a ser nulo.

2) Al igual que los proyectos de conclusión 10 y 11, el proyecto de conclusión 12 está estructurado sobre la base de la distinción entre los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969: los casos de nulidad por oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* existente y los casos de nulidad por oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* que surja después de la aprobación del tratado. Además, como los proyectos de conclusión 10 y 11, el proyecto de conclusión 12 se inspira en el texto de la Convención de Viena de 1969. Por último, como ocurre con el proyecto de conclusión 10, las consecuencias de la nulidad de un tratado están sujetas al procedimiento recomendado en el proyecto de conclusión 21.

3) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 12 se refiere a los casos en que un tratado es nulo por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* en el momento de su celebración. El texto del párrafo se inspira en el texto del párrafo 1 del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969, en el que se habla de cuando "un tratado sea nulo en virtud del artículo 53". Dado que en ese caso el tratado no llega a existir —aspecto esencial de la nulidad *ab initio*—, no es posible invocar sus disposiciones. No obstante, puede que se hayan realizado actos de buena fe sobre la base del tratado nulo que hayan producido consecuencias particulares. Para hacer frente a estas consecuencias, el párrafo 1 del proyecto de conclusión 12 menciona dos obligaciones.

4) La primera obligación de las partes en el tratado nulo, enunciada en el apartado a), es eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya realizado sobre la base de cualquiera de las disposiciones de este que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. En primer lugar, cabe señalar que la obligación es de eliminar "en lo posible". Por lo tanto, no es una obligación de resultado, sino de

comportamiento. Se reconoce que tal vez no sea posible eliminar las consecuencias en cuestión, pero se exige a los Estados que hagan todo lo que esté en su mano por hacerlo. En segundo lugar, no es un deber de eliminar las consecuencias de todos los actos realizados sobre la base de cualquier parte del tratado, sino únicamente las consecuencias de los actos realizados sobre la base de las disposiciones del tratado impugnadas. Así pues, aunque el tratado sea nulo en su totalidad, no hay obligación de eliminar las consecuencias de los actos realizados sobre la base de disposiciones del tratado que no estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. La segunda obligación, que se deriva de la primera y viene enunciada en el apartado b), es que las partes deben ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Esto significa que, en el futuro, las partes en el tratado deberán velar por que sus relaciones estén en consonancia con la norma imperativa en cuestión. Así, mientras que la primera obligación se refiere al comportamiento pasado, la segunda se refiere al comportamiento futuro.

5) El párrafo 2 se refiere a la situación prevista en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969, a saber, los casos en que un tratado pasa a ser nulo por la aparición de una norma imperativa después de la aprobación del tratado. El texto del párrafo 2 del proyecto de conclusión 12 se inspira en el texto del párrafo 2 del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969. Cabe reiterar que, en estos casos, el tratado solo pasa a ser nulo tras la surgencia de la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. En otras palabras, durante el período comprendido entre la aprobación del tratado y la aparición de la norma imperativa, el tratado sigue siendo válido y, por consiguiente, los actos realizados y los derechos y obligaciones creados en virtud de este siguen siendo válidos. Por lo tanto, en general no puede haber ninguna obligación de eliminar las consecuencias de los actos realizados válidamente. En el proyecto de conclusión se afirma que la terminación de un tratado por estar en oposición con una norma imperativa que surja después de su aprobación no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación. Así pues, si bien el tratado pasa a ser nulo, en principio los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creados en virtud del cumplimiento legítimo de sus disposiciones no se verán afectados. No obstante, esos derechos, obligaciones o situaciones jurídicas únicamente podrán mantenerse o invocarse en la medida en que su continuación no constituya en sí misma una violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

6) Al igual que el artículo 71 de la Convención de Viena de 1969, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 12 especifica que no se ven afectados los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas “de las partes”. Sin embargo, esto no quiere decir que los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de terceros Estados creados antes de la anulación del tratado se vean necesariamente afectados. La Comisión decidió hablar específicamente “de las partes” porque el proyecto de conclusión 12 se refiere a relaciones convencionales. Así pues, ningún derecho, obligación o situación jurídica de un tercer Estado o un particular creados por la ejecución del tratado antes de su anulación se verán afectados en la medida en que su mantenimiento no esté en sí mismo en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 13 se refiere a los efectos de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* en las normas de derecho internacional relativas a las reservas a los tratados. El proyecto de conclusión no tiene por objeto regular las reservas, que se tratan en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969.

2) El párrafo 1 se refiere al caso en que se formula una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. El texto del párrafo 1 del proyecto de conclusión 13 se basa en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión[155]. Establece que una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa no afectará al carácter vinculante de esa norma, que continuará siendo de aplicación como tal. La expresión "como tal" tiene por objeto indicar que, incluso cuando se refleje en una disposición de un tratado, una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* seguirá existiendo con independencia de la disposición del tratado. Esto significa que, si bien la reserva puede perfectamente alterar los efectos jurídicos de la disposición del tratado respecto del Estado que formula la reserva, la norma, como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, no se verá afectada y seguirá siendo de aplicación[156]. La regla reflejada en este párrafo del proyecto de conclusión 13 es consecuencia del funcionamiento normal del derecho internacional. Se deriva, en particular, del hecho de que, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la disposición del tratado que refleja una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* existe por separado de la norma imperativa en cuestión[157].

3) La regla establecida en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 13 no se refiere a la validez de la reserva. En muchos casos, cabe esperar que una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* sea contraria al objeto y fin del tratado y, por tanto, nula. No obstante, la validez o no de la reserva y las consecuencias de cualquier nulidad son cuestiones que se rigen por las normas contenidas en la Convención de Viena de 1969 y no por las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Así pues, sería exagerado prohibir sin más toda reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, ya que esa valoración debe depender siempre de la determinación del objeto y el fin del tratado en cuestión, ejercicio que solo puede hacerse mediante la interpretación de cada tratado en particular. No obstante, es importante destacar que, con independencia de la validez de la reserva en cuestión, un Estado no puede eludir el carácter vinculante de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* formulando una reserva a una disposición convencional que refleje esa norma.

4) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 13 se refiere a las reservas que, a primera vista, son neutrales y no afectan a normas imperativas, pero cuya aplicación sería contraria a una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Tales reservas son nulas. Inspirándose en el párrafo 2 de la directriz 4.4.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, el proyecto de conclusión 13 establece que una reserva no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. El ejemplo típico indicado en el comentario a la directriz 4.4.3 es el de una reserva "que tuviera por objeto excluir a determinada categoría de personas del ejercicio de ciertos derechos reconocidos en virtud del tratado"[158]. El derecho a

[155] Directriz 4.4.3. Las directrices que componen la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión y sus comentarios se reproducen en el *Anuario... 2011*, vol. II (tercera parte) y Corr.1 y 2, págs. 31 y ss. Véase también la resolución 68/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2013, anexo.

[156] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* [Cuestiones de fondo], fallo (véase la nota 66 *supra*), págs. 93 y 94, párr. 175 (donde se aborda esta cuestión en el contexto de una reserva a una declaración que reconoce como obligatoria la competencia de la Corte Internacional de Justicia en virtud del Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto).

[157] Véase *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [Competencia y admisibilidad], fallo, *I.C.J Reports 1984*, págs. 392 y ss., en especial pág. 424, párr. 73 ("El hecho de que los principios mencionados anteriormente, y reconocidos como tales, se codifiquen o incorporen en convenciones multilaterales no quiere decir que dejen de existir y de aplicarse como principios de derecho consuetudinario"). Véase también *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* [Cuestiones de fondo], fallo (véase la nota 66 *supra*), págs. 93 y 94, párr. 174. Ese punto de vista también está implícito en *North Sea Continental Shelf* (nota 67 *supra*), págs. 41 y ss., párrs. 71 y ss.

[158] Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados (véase la nota 155 *supra*), párrafo 5) del comentario a la directriz 4.4.3.

la educación, aunque es muy importante, no es, en este momento, una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Así pues, la formulación de una reserva a una disposición de un tratado que proclame el derecho a la educación no sería, como tal, contraria a una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* ni constituiría una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. No obstante, es perfectamente posible considerar que una reserva que limite el ejercicio de ese derecho a un determinado grupo racial o que excluya a un determinado grupo racial del disfrute del derecho reconocido en el tratado contraviene la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* que prohíbe la discriminación racial[159].

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

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 14 se ocupa de las consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* para el derecho internacional consuetudinario. Consta de tres párrafos. El párrafo 1 se refiere a las consecuencias que tiene una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* existente en la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. El párrafo 2 se refiere a las consecuencias que tiene una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* en las normas de derecho internacional consuetudinario existentes. El párrafo 3 se refiere a la inaplicabilidad de la regla del objetor persistente a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Los párrafos 1 y 2 reflejan el proyecto de conclusión 10, que distingue entre la situación de un tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, por una parte, y la de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* que surja después de la celebración del tratado, por otra.

2) En la primera oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 14 se establece que una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si llegara a estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Las palabras “no llegará a existir” tienen por objeto indicar que, incluso si se apreciaran los elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario (práctica y *opinio iuris*), una norma de derecho internacional consuetudinario no llegaría a existir si estuviera en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. A diferencia de lo que ocurre con los tratados, en este caso el término “nulo” no es apropiado porque la norma de derecho internacional consuetudinario no llega siquiera a existir.

3) Las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y, por lo tanto, tienen precedencia sobre ellas en caso de oposición. Varias decisiones de cortes y tribunales

[159] Véase, por ejemplo el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 91.

nacionales han reconocido que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* prevalecen sobre las normas de derecho internacional consuetudinario que estén en oposición con ellas. En la causa *Siderman de Blake v. Argentina*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito consideró que el *ius cogens* tenía primacía sobre todas las normas de derecho internacional y señaló que las normas que habían alcanzado el rango de *ius cogens* prevalecían sobre los acuerdos internacionales y otras normas de derecho internacional que estuvieran en oposición con ellas y los anulaban[160]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina también ha declarado que los crímenes de lesa humanidad revisten "carácter de *ius cogens*, de modo que [la prohibición] se encuentra no solo por encima de los tratados, sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho"[161].

4) La tesis de que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* prevalecen sobre las normas de derecho internacional consuetudinario que estén en oposición con ellas también se ha sostenido en decisiones de cortes y tribunales internacionales. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia tomó nota del argumento de Italia de que "las normas de *ius cogens* siempre prevalecen sobre cualquier norma de derecho internacional incompatible, ya sea convencional o de derecho internacional consuetudinario"[162]. La Corte no rechazó ese argumento, pero consideró que no había oposición entre la regla sobre las inmunidades del Estado en los procedimientos civiles y las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[163]. La superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* sobre el derecho internacional consuetudinario también se reconoció en el asunto *Al-Adsani c. el Reino Unido*, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó, teniendo en cuenta la causa *Fiscalía c. Anto Furundžija*, que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* eran normas que, en la jerarquía internacional, gozaban de un rango superior al derecho de los tratados e incluso a las normas consuetudinarias "ordinarias"[164]. En la opinión disidente conjunta de los Magistrados Rozakis y Caflisch en el asunto *Al-Adsani c. el Reino Unido* se explican bien las consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* en la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que esté en oposición con ellas:

> Al aceptar que la norma sobre la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*, la mayoría reconoce que es jerárquicamente superior a cualquier otra norma de derecho internacional [...], puesto que la característica básica de una norma de *ius cogens* es que tiene precedencia sobre cualquier otra norma que no tenga ese carácter. En caso de oposición entre una norma de *ius cogens* y cualquier otra norma de derecho internacional, prevalece la primera[165].

5) La regla enunciada en la primera oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 14, según la cual una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, se deduce del hecho de que las normas imperativas de derecho internacional general

---

160 *Siderman de Blake v. Argentina* (véase la nota 21 *supra*), pág. 716 (donde se cita *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), art. 102, comentario k).

161 *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad* (véase la nota 51 *supra*), párr. 48.

162 *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 140, párr. 92.

163 *Ibid.*, párrs. 92 y 93. Véase, a este respecto, U. Linderfalk, *Understanding* Jus Cogens *in International Law and International Legal Discourse*, Edward Elgar, 2020, secc. 1.3.1 (entre otros ejemplos, se cita la regla de la prioridad confirmada de manera implícita por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (véase la nota 162 *supra*): en caso de oposición entre una norma de *ius cogens* y una norma de derecho internacional consuetudinario, los Estados deben atenerse a la primera).

164 *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 18 *supra*), párr. 60. Véase también *Prosecutor v. Anto Furundžija* (nota 18 *supra*), párr. 153.

165 Opinión disidente conjunta de los Magistrados Rozakis y Caflisch (a la que se adhirieron los Magistrados Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić) en *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 18 *supra*), párr. 1. Véase también Kleinlein (nota 98 *supra*), pág. 187 (donde se afirma que es relativamente fácil observar una jerarquía estructural entre el *ius cogens* y las normas consuetudinarias regionales o locales).

(ius cogens) prevalecen sobre las normas de derecho internacional consuetudinario que están en oposición con ellas. Así, en la causa *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others*, el Tribunal Superior de Kenya afirmó que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* hacían que cualquier otra norma de derecho internacional que estuviera en oposición con ellas pasara a ser nula[166].

6) En la segunda oración del párrafo 1 del proyecto de conclusión 14 se establece que el principio general enunciado en la primera oración se entenderá sin perjuicio de la posible modificación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter[167]. Esto se basa en el reconocimiento de que, como se establece en el proyecto de conclusión 5, el derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y que, por consiguiente, lo más probable es que la modificación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* tenga lugar por la aceptación y el reconocimiento ulteriores de una norma existente de derecho internacional consuetudinario como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* o por la aparición de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario aceptada y reconocida como tal.

7) Aunque el actual proyecto de conclusiones no se ocupa de la modificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, la segunda oración del párrafo 1 sirve para poner de relieve que, en principio, las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se pueden modificar. No obstante, los requisitos para modificar una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* son muy estrictos[168]. Para poder modificar una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, la norma de derecho internacional consuetudinario en cuestión ha de tener el mismo carácter que la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* que se modifica. La expresión "que tenga el mismo carácter", que procede del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, indica que esa norma de derecho internacional consuetudinario ha de ser en sí misma reconocida y aceptada como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* ulterior. En la práctica, esto significa que, en el momento en que una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* surja, ha de existir una práctica aceptada como derecho *(opinio iuris)* y, al mismo tiempo, la comunidad internacional de Estados en su conjunto ha de aceptarla y reconocerla como norma de carácter imperativo. El hecho de que una norma de derecho internacional consuetudinario solo pueda dejar sin efecto a una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, y, por tanto, modificarla si esa norma de derecho internacional consuetudinario también tiene carácter imperativo se corrobora en la sentencia de la Queen's Bench Division del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales en la causa *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, que, tras referirse a la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, afirmó que los Estados no podían dejarlas sin efecto mediante tratados o normas de derecho consuetudinario que no tuvieran el mismo carácter[169].

---

166 *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others* (véase la nota 73 *supra*). Véase también *C v. Director of Immigration*, HCAL 132/2006, [2008] 2 HKC 165, [2008] HKCFI 109, ILDC 1119 (HK 2008), 18 de febrero de 2008, párr. 75.

167 La modificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se examina en M. Payandeh, "Modification of peremptory norms of general international law", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (nota 26 *supra*), págs. 92 a 131.

168 Véase *ibid*., pág. 122. Véase también D. Tladi, "Grotian moments and peremptory norms of general international law: friendly facilitators or fatal foes?", *Grotiana*, vol. 42 (2021), págs. 335 a 353, en especial pág. 346 ("requisitos excesivamente onerosos").

169 *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2008] EWHC 2048 (Admin), [2009] 1 WLR 2579, párr. 142 ii). Véase también A. C. de Beer y D. Tladi, "The use of force against Syria in response to alleged use of chemical weapons by Syria: a return to humanitarian intervention?", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 79, núm. 2 (2019), pág. 217, donde los autores señalan que, si la prohibición del uso de la fuerza se considerara una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, solo podría surgir una norma ulterior de derecho

8) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 14 se refiere a las situaciones en que una norma de derecho internacional consuetudinario, que en el momento de su formación no estaba en oposición con ninguna norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* existente, está en oposición con una norma de ese rango surgida después de su formación. Establece que esa norma de derecho internacional consuetudinario "dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* y en la medida en que lo esté". La expresión "dejará de existir" indica que, si bien, antes de la aparición de la nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, la norma de derecho internacional consuetudinario estaba en vigor, esta dejará de existir en el momento en que surja la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Las palabras "cuando [...] y en la medida en que" tienen por objeto indicar que solo dejarán de existir las partes de la norma de derecho internacional consuetudinario en cuestión que estén en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Hacen las veces de disposición sobre divisibilidad, de manera que puedan mantenerse las partes de la norma de derecho internacional consuetudinario que sean compatibles con la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Esas palabras no tienen cabida en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 14 porque, cuando haya una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* preexistente, la norma de derecho internacional consuetudinario en cuestión no llegará a existir en absoluto.

9) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 14 aborda de la regla del objetor persistente. Establece que la regla del objetor persistente no es aplicable a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. En la conclusión 15 de las conclusiones de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario se afirma que una norma de derecho internacional consuetudinario no es oponible a un Estado que haya objetado de manera persistente a esa norma de derecho internacional consuetudinario mientras se encontraba en proceso de formación siempre que ese Estado mantenga su objeción. No obstante, en esa conclusión también se afirma que esa regla se entiende sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[170].

10) La inaplicabilidad de la regla del objetor persistente a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se deriva de la aplicabilidad universal y la superioridad jerárquica de esas normas, afirmadas en el proyecto de conclusión 2[171]. Esto significa que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* son aplicables a todos los Estados. A este respecto, el Tribunal Supremo Federal de Suiza afirmó, en la causa *Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, que las normas de *ius cogens* eran vinculantes para *todos los sujetos* de derecho internacional[172]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* son "aplicable[s] a todo Estado" y "vinculan a todos los Estados"[173]. La regla de que, en virtud de su aplicabilidad universal y su superioridad jerárquica, las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* no pueden estar sujetas a la regla del objetor persistente ha sido confirmada por los

internacional consuetudinario si se "aceptara y reconociera" el carácter imperativo de esta, de manera que modificara la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* preexistente.

170 Conclusión 15 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), págs. 165 a 168.

171 Con respecto a la aplicabilidad universal de estas normas, véase, por ejemplo, la declaración escrita del Gobierno de México, de 19 de junio de 1995, acerca de la petición de una opinión consultiva presentada a la Corte Internacional de Justicia por la Asamblea General en su cuadragésimo noveno período de sesiones (resolución 49/75K), párr. 7 (donde se afirma que esas normas tienen un carácter jurídicamente vinculante para todos los Estados *(ius cogens)*).

172 *Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement* (véase la nota 40 *supra*), párr. 7.

173 *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (véase la nota 37 *supra*), pág. 113, párrs. 4 y 5.

Estados en sus declaraciones[174]. Concretamente, en respuesta a un argumento sobre la regla del objetor persistente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, determinó que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* "obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia"[175].

11) Una de las cuestiones que se plantea en la doctrina es si una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* puede llegar a surgir frente a la objeción persistente de uno o algunos Estados[176]. Puede hacerlo, porque la objeción persistente de algunos Estados a una norma de derecho internacional consuetudinario no impide que la norma surja: simplemente hace que esa norma no sea oponible al Estado o los Estados de que se trate siempre que se mantenga la objeción. Por esa razón, la regla del objetor persistente no impide la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* basada en una norma de derecho internacional consuetudinario a la que uno o más Estados hayan objetado de manera persistente. Al mismo tiempo, si una norma de derecho internacional consuetudinario a la que un Estado haya objetado de manera persistente pasa a ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, el efecto de la objeción persistente desaparece.

12) La existencia o no de dicha aceptación y dicho reconocimiento de una norma de derecho internacional general *(ius cogens)* puede, no obstante, verse afectada por las objeciones persistentes al establecimiento de la norma. De conformidad con el párrafo 2 del

---

[174] Véase también la República Islámica del Irán, "el concepto de 'objetor persistente' no tiene [...] cabida en la formación del *ius cogens*") (A/C.6/68/SR.26, párr. 4). Véanse además las declaraciones formuladas por los Estados en las sesiones de 2016 y 2018 de la Sexta Comisión (tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional), en particular las siguientes: Brasil "acoge con beneplácito la aclaración que figura en el proyecto de conclusión 15 [de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario] en el sentido de que la inclusión de la norma del objetor persistente se entenderá sin perjuicio de cualquier cuestión de *ius cogens*" (A/C.6/71/SR.22, párr. 18); Chile declaró que, "[e]n el caso de las normas de *ius cogens*, no tiene cabida la figura del objetor persistente" (A/C.6/71/SR.21, párr. 102); Chipre "acoge con satisfacción que el párrafo 3 [de la conclusión 15 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario] se entiend[a] sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*" (A/C.6/73/SR.23, párr. 43); El Salvador "coincide con el Relator Especial en que la figura del objetor persistente resulta incompatible con las normas de *ius cogens*" (A/C.6/71/SR.25, párr. 63); Eslovenia "está de acuerdo con el enunciado de que las normas de *ius cogens* son de naturaleza especial y excepcional y reflejan los valores comunes y fundamentales de la comunidad internacional. Por ese motivo, su delegación reafirma su opinión de que la figura del objetor persistente es incompatible con la naturaleza del *ius cogens*" (A/C.6/71/SR.26, párr. 114); España afirmó que "es lamentable que, en el proyecto de conclusión 15 [de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario], no se haya señalado específicamente la inaplicabilidad de la objeción persistente respecto de las normas imperativas de derecho internacional general" (A/C.6/73/SR.21, párr. 91); Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), "acog[e] con beneplácito la inclusión en el proyecto de conclusiones [sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario] de la regla del objetor persistente [...] No obstante, es preciso tener en cuenta la categoría de la norma a la que el Estado se haya opuesto, y prestar especial atención al respeto universal de las normas fundamentales, en particular las que atañen a la protección de las personas" (A/C.6/71/SR.20, párr. 52); Grecia "reitera las dudas que en su delegación suscita la aplicabilidad de la norma del objetor persistente en relación no solo con las normas de *ius cogens*, sino también con la categoría más amplia de los principios generales del derecho internacional" (A/C.6/71/SR.22, párr. 10); Islandia, hablando en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), declaró que "el concepto de objetor persistente no es compatible con el de *ius cogens*" (A/C.6/71/SR.24, párr. 63); México afirmó que "no cabe alegar la objeción persistente tratándose de normas de esa categoría *[ius cogens]*" (A/C.6/71/SR.22, párr. 25); y Sudáfrica "está de acuerdo con [la] observación preliminar [del Relator Especial] de que no puede haber ninguna objeción a las normas de *ius cogens*" (A/C.6/71/SR.26, párr. 86).

[175] *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 18 *supra*), párr. 49.

[176] C. Mik, "*Jus cogens* in contemporary international law", *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33, núm. 27 (2013) pág. 50. Véase también D. Costelloe (nota 11 *supra*), págs. 21 a 23.

proyecto de conclusión 7, la expresión "comunidad internacional de Estados en su conjunto" no requiere la aceptación y el reconocimiento de todos los Estados, pero sí de una mayoría muy amplia y representativa. Así pues, cuando varios Estados objetan de manera persistente a una norma de derecho internacional consuetudinario, esas objeciones pueden no ser suficientes para impedir la aparición de la norma de derecho internacional consuetudinario, pero sí pueden serlo para impedir que la norma sea reconocida como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. En otras palabras, en la medida en que esa objeción persistente implique que la comunidad internacional de Estados en su conjunto no acepta ni reconoce la norma en cuestión como norma que no admite acuerdo en contrario, no puede surgir una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

13) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 14 se refiere a la "regla" del objetor persistente. La Comisión optó por la expresión "regla del objetor persistente" por ser un concepto calificado a menudo de "regla" y porque ya lo ha calificado de "regla" o de "doctrina" en su labor anterior[177].

14) El proyecto de conclusión 14, a la hora de su aplicación, ha de leerse conjuntamente con la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 y con el procedimiento recomendado en el proyecto de conclusión 21.

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

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

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

Comentario

1) En el proyecto de conclusión 15 se abordan las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* para los actos unilaterales de los Estados por los que manifiesten la intención de quedar vinculados por una obligación de derecho internacional[178]. Dicho proyecto de conclusión se basa en el entendimiento de que los actos unilaterales pueden, en determinadas condiciones que se describen a continuación, imponer obligaciones al Estado que los realiza. En el párrafo 1 se abordan los casos en los que el acto unilateral, en el momento de su realización, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Se dispone que, en tales casos, el acto unilateral no creará tal obligación. Esta consecuencia de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* es similar a las previstas en la primera oración del párrafo 1 de las conclusiones 10 y 14 del presente proyecto de conclusiones, a saber, que ninguna obligación llegará a existir en absoluto.

[177] Por ejemplo, véase el comentario a la cuarta parte, así como el párrafo 4) del comentario a la conclusión 15, de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), pág. 167.

[178] Así, este proyecto de conclusión tiene más alcance que los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, aprobados en 2006, que "solo versan sobre los actos unilaterales *stricto sensu*, es decir, los que adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional" (quinto párrafo del preámbulo, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 177 y ss., párrs. 176 y 177).

2) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 15 se inspira del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969[179]. La Comisión, en sus principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, formuló la regla del siguiente modo: "Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general"[180]. Aunque en los principios rectores se utiliza la expresión "es nula" en el contexto de una declaración unilateral, en el presente proyecto de conclusión se utilizan las expresiones más generales "no creará tal obligación" y "dejará de existir" a fin de reflejar más fielmente el contexto más general del proyecto de conclusión, que aborda los actos unilaterales en un sentido más general. Por lo tanto, se centra la atención en las obligaciones jurídicas que se pretende crear con el acto unilateral en cuestión. Como se indica en el párrafo 1, esas obligaciones no se crearán si están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

3) El párrafo 2 se refiere a los casos en que surge una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* después de la creación de una obligación de derecho internacional resultante de un acto unilateral. Este párrafo tiene un alcance distinto del párrafo 1 porque se refiere a obligaciones que ya han sido creadas por un acto unilateral. El párrafo 2 dispone que esa obligación dejará de existir si, después de su creación, entra en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. El párrafo 2 del proyecto de conclusión 15 es similar al párrafo 2 de los proyectos de conclusión 10 y 14. Reconoce que, en esas circunstancias, una obligación nace, y solo dejará de existir en el momento en que surja una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. La regla que establece el párrafo 2 del proyecto de conclusión 15 se inspira en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969.

4) Las obligaciones que emanen de un acto unilateral que esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* surgida después de que se haya realizado el acto unilateral solo dejarán de existir en la medida en que tales obligaciones sean incompatibles con la nueva norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Al igual que en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 14, las palabras "cuando [...] y en la medida en que" tienen por objeto indicar que solo dejarán de existir los aspectos de la obligación en cuestión que estén en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Los demás aspectos de la obligación seguirían existiendo y siendo de aplicación, pero únicamente si es posible mantenerlos sin los aspectos de las obligaciones que dejan de existir.

5) El proyecto de conclusión 15 no se refiere a todos los actos unilaterales, ni a todos los actos que crean obligaciones. Se refiere a los actos unilaterales realizados por un Estado con la intención de crear obligaciones únicamente para el propio Estado. Este proyecto de conclusión no se refiere a las fuentes de las obligaciones, como los tratados y el derecho internacional consuetudinario, que se abordan en proyectos de conclusión anteriores. Tampoco se ocupa de las reservas, que se abordan en el proyecto de conclusión 13. El proyecto de conclusión 15 tampoco abarca otros actos en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, que se abordan en otros proyectos de conclusión relativos a la responsabilidad por hechos ilícitos con arreglo al derecho internacional. Por ejemplo, los actos unilaterales que no tengan por objeto imponer obligaciones al Estado pero que, sin embargo, constituyan una violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* se abordan en las conclusiones 17, 18, 19 y 22 del presente proyecto de conclusiones. El proyecto de conclusión 15 se ocupa únicamente de los actos unilaterales por los que un Estado manifiesta la intención de asumir obligaciones unilateralmente, y no de otros actos[181].

[179] Véase la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados (nota 155 *supra*), pág. 238, párrafo 18) del comentario a la directriz 3.1.5.3, en el que se afirma que es cierto que "la norma que prohíbe dejar sin efecto una norma de *ius cogens* se refiere no solo a las relaciones convencionales, sino también a todos los actos jurídicos, incluidos los actos unilaterales".

[180] Principio rector 8 de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas (véase la nota 178 *supra*), pág. 182.

[181] Véase el comentario al principio rector 2 de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, de 2006 (*ibid*., pág. 178).

6) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 15 define el acto unilateral en cuestión como el acto por el que se "manifieste la intención de quedar vinculado por una obligación de derecho internacional". Así pues, el Estado que realiza el acto unilateral debe tener la intención de establecer obligaciones de derecho internacional. Por tanto, es necesario determinar la intención del Estado que realiza un acto unilateral. En la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí)*, la Corte Internacional de Justicia señaló que, para determinar si un acto unilateral podía crear obligaciones, "todo dependía de la intención del Estado en cuestión"[182]. Las palabras "por el que manifieste la intención" pretenden indicar que, si bien lo que se quiere conocer es la intención subjetiva del Estado, esta debe determinarse a partir de los hechos y circunstancias generales de cada caso en particular[183]. Por lo tanto, debe determinarse la intención subjetiva sobre la base de hechos objetivos. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, para determinar si un acto unilateral tuvo por objeto crear una obligación jurídica hay que proceder "a la interpretación del acto"[184]. Del mismo modo, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 15 solo es aplicable a los actos unilaterales descritos en el párrafo 5) del presente comentario.

7) El proyecto de conclusión 15 es aplicable a los actos unilaterales de los Estados. En el proyecto de conclusión 16 se abordan los actos unilaterales de una organización internacional que creen o tengan por objeto crear obligaciones para esa organización internacional. La aplicabilidad del proyecto de conclusión 15 a los actos unilaterales de los Estados se entiende sin perjuicio de las posibles consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* para los actos unilaterales de los actores no estatales.

8) El proyecto de conclusión 15, a la hora de su aplicación, ha de leerse conjuntamente con la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 y con el procedimiento recomendado en el proyecto de conclusión 21.

Conclusión 16
Obligaciones creadas por resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 16 se refiere a las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* para las resoluciones, decisiones y otros actos de organizaciones internacionales.

2) El proyecto de conclusión 16 es aplicable a las resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales, con independencia de su designación. La expresión "resolución, decisión u otro acto" de una organización internacional pretende transmitir el mismo sentido que la descripción de "resolución" que figura en el párrafo 2) del comentario a la conclusión 12 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario[185]. También abarca los actos unilaterales de organizaciones internacionales

[182] *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 573, párr. 39. Véase también *Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 253 y ss., en especial pág. 267, párr. 43 ("Cuando el Estado autor de la declaración tiene la intención de quedar obligado de conformidad con sus términos, esa intención confiere a la declaración el carácter de compromiso jurídico y el Estado interesado queda en lo sucesivo obligado jurídicamente a seguir una línea de conducta conforme a su declaración").

[183] *Frontier Dispute* (véase la nota 182 *supra*), pág. 574, párr. 40.

[184] *Nuclear Tests (Australia v. France)* (véase la nota 182 *supra*), pág. 267, párr. 44.

[185] Véase el párrafo 2) del comentario a la conclusión 12 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), pág. 160.

por los que estas manifiesten la intención de obligarse. Las palabras “que de otro modo tendría efecto vinculante” sirven para limitar el alcance del proyecto de conclusión a las resoluciones, decisiones y actos de organizaciones internacionales que, de no ser por su oposición con la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, normalmente tendrían efecto vinculante. Entre los ejemplos de resoluciones, decisiones o actos de una organización internacional que de otro modo tendrían efecto vinculante cabe citar las decisiones contenidas en una resolución del Consejo de Seguridad[186], adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas[187], o las decisiones de la Asamblea General por las que se admita a un Estado como miembro de la Organización. Para determinar si esas decisiones tienen efecto vinculante (o lo tendrían de otro modo), es preciso interpretar la decisión de que se trate[188]. La Unión Europea también realiza actos en forma de directivas, reglamentos y decisiones, que son vinculantes para los Estados miembros. Otras organizaciones internacionales, como la Organización de Aviación Civil Internacional, la

[186] En virtud del Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que “[l]os Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad”, las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad con arreglo al Capítulo VII de la Carta son vinculantes.

[187] En cuanto a las declaraciones de Estados, véanse, por ejemplo, Suiza, que, en nombre de Alemania, Suecia y Suiza, afirmó que “algunos tribunales también han expresado su voluntad de que se vele por que las acciones selectivas [del Consejo de Seguridad] respeten” las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, “que no pueden desestimar las Naciones Unidas ni los Estados Miembros” (S/PV.5446, pág. 31); y Qatar, que observó que, si bien, en virtud del Artículo 103 de la Carta, las obligaciones dimanantes de resoluciones del Consejo de Seguridad prevalecían sobre otras obligaciones, no lo hacían sobre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* (S/PV.5779, pág. 26). Véanse también la Argentina y Nigeria (S/PV.5474, pág. 22 y S/PV.5474 (Resumption 1), pág. 20, respectivamente); Finlandia, que, hablando en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), observó que había una “opinión generalizada de que las atribuciones del Consejo de Seguridad, aunque son excepcionalmente amplias, están limitadas por las normas imperativas de derecho internacional” (A/C.6/60/SR.18, párr. 18); y la República Islámica del Irán (A/C.6/66/SR.7, párr. 84). Véanse otras opiniones de Estados en las intervenciones de los Estados Unidos (A/C.6/60/SR.20, párr. 36), que señalaron que “deben evitarse pronunciamientos generales acerca de la relación” entre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y las obligaciones contraídas en virtud del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas (de las que eran un ejemplo notable las resoluciones del Consejo de Seguridad); el Reino Unido (A/C.6/73/SR.27, párr. 73, donde se cita el párrafo 5 del anexo de la declaración escrita), que afirmó que no existía ninguna práctica de los Estados que apoyara el argumento de que un Estado podía negarse a acatar una resolución vinculante del Consejo de Seguridad alegando una violación de una norma de *ius cogens*; y la Federación de Rusia (A/C.6/73/SR.26, párr. 131), que destacó que los debates sobre la cuestión de las resoluciones del Consejo de Seguridad en relación con las normas de *ius cogens* “no se basan en ninguna práctica”, y que el proyecto de conclusión podría dar lugar a interpretaciones erróneas “que menoscabaran las actividades del Consejo de Seguridad”. En relación con las opiniones de las cortes y tribunales, véanse, por ejemplo, *R (On the Application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence, sentencia en apelación de 12 de diciembre de 2007*, Cámara de los Lores [2008] 3 All ER 28 (Lord Bingham), párr. 35; *Youssef Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement* (véase la nota 40 *supra*), párr. 7 (donde se afirma que, con todo, el *ius cogens*, el derecho imperativo vinculante para todos los sujetos de derecho internacional, marca el límite de la obligación de aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad. Por este motivo, ha de determinarse si, como afirman los demandantes, las resoluciones del Consejo de Seguridad que contienen las sanciones violan el *ius cogens*); *Prosecutor v. Duško Tadić, causa núm. IT-94-1, decisión de 15 de julio de 1999*, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 296; y *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* (véase la nota 46 *supra*), párr. 226 (el Tribunal Europeo no abordó la cuestión en apelación).

[188] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 122 *supra*), pág. 53, párr. 114 (“Antes de llegar a una conclusión sobre el efecto vinculante de una resolución del Consejo de Seguridad, debe analizarse atentamente su tenor. Habida cuenta de la naturaleza de las facultades derivadas del Artículo 25, ha de determinarse en cada caso si estas se han ejercido realmente, teniendo en cuenta los términos de la resolución que ha de interpretarse, los debates que condujeron a su aprobación, las disposiciones de la Carta invocadas y, en general, todas las circunstancias que puedan ayudar a determinar las consecuencias jurídicas de la resolución del Consejo de Seguridad”).

Unión Africana y la Organización Mundial del Comercio, pueden asimismo dictar resoluciones y decisiones o realizar otros actos que, de no ser por la regla enunciada en el presente proyecto de conclusión, tendrían efecto vinculante. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 16 pretende ser amplio y abarcar todas las resoluciones, decisiones y actos que de otro modo establecerían obligaciones de derecho internacional.

3) Siguiendo el texto de los proyectos de conclusión 14 y 15, en el proyecto de conclusión 16 se afirma que las resoluciones, decisiones y otros actos descritos en el párrafo 2) del presente comentario no crearán obligaciones de derecho internacional cuando esas obligaciones estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y en la medida en que lo estén. Al igual que en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 14 y el párrafo 2 del proyecto de conclusión 15, las palabras "cuando [...] y en la medida en que" tienen por objeto indicar que únicamente se verán afectadas por la aplicación del proyecto de conclusión aquellas obligaciones que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Otras obligaciones que no estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* no se verán afectadas por la aplicación del proyecto de conclusión 16. Las disposiciones de una resolución, decisión u otro acto de una organización internacional que no estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* seguirán siendo de aplicación si pueden separarse del resto.

4) La regla establecida en el proyecto de conclusión 16, según la cual una resolución, decisión o acto no creará obligaciones de derecho internacional si esas obligaciones están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, se deriva de la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Si no pueden crearse normas de derecho internacional que sean incompatibles con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* mediante tratados, derecho internacional consuetudinario ni actos unilaterales, tampoco podrán crearse mediante resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales. No obstante, el caso de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas requiere un examen adicional, ya que, de conformidad con el Artículo 103, en caso de conflicto esas obligaciones prevalecerán sobre otras normas de derecho internacional[189]. Si una resolución, decisión u otro acto de las Naciones Unidas no crea obligaciones de derecho internacional cuando está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, no se generan obligaciones en el sentido del Artículo 103. Por esta razón, teniendo en cuenta la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, la Comisión consideró importante destacar que el proyecto de conclusión 16 también es de aplicación a las resoluciones, decisiones y actos vinculantes del Consejo de Seguridad.

5) La regla del proyecto de conclusión 16, a la hora de su aplicación, ha de leerse conjuntamente con la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 y los procedimientos establecidos en el proyecto de conclusión 21. Aunque las normas de procedimiento establecidas en el proyecto de conclusión 21 son también aplicables a otras fuentes de obligaciones, son especialmente importantes en relación con las resoluciones de las Naciones Unidas aprobadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones

[189] El Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que, "[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta". Si bien esta disposición se refiere únicamente a los acuerdos internacionales, se ha interpretado en el sentido de que es aplicable al derecho internacional consuetudinario y, sin duda, a las resoluciones, decisiones y actos de otras organizaciones internacionales. Véase un análisis en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (nota 54 *supra*), párrs. 344 y 345, en especial párr. 345 ("Por tanto, parece lógico sumarse a la opinión dominante de que el Artículo 103 debe interpretarse de manera extensiva, y afirmar que las obligaciones establecidas por la Carta prevalecen también sobre las obligaciones de derecho consuetudinario de los Estados Miembros de las Naciones Unidas").

Unidas[190]. Por ello, no debe considerarse que el proyecto de conclusión 16 permite rechazar unilateralmente las obligaciones derivadas de las resoluciones vinculantes de las Naciones Unidas. En efecto, aunque en el comentario se afirma que las resoluciones del Consejo de Seguridad quedan abarcadas por el proyecto de conclusión 16, la Comisión es consciente de que es muy poco probable que una resolución del Consejo de Seguridad esté abiertamente en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*[191]. Así pues, en primer lugar, antes de determinar que una decisión del Consejo de Seguridad está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, debe aplicarse la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 para evitar, en la medida de lo posible, tal oposición[192]. En segundo lugar, antes de adoptar ninguna medida por considerar que una resolución vinculante del Consejo de Seguridad está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, un Estado debe seguir el procedimiento establecido en el proyecto de conclusión 21.

Conclusión 17
Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* como obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*)

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 17 se ocupa de las obligaciones *erga omnes*. Consta de dos párrafos. El párrafo 1 establece que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* generan obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*). La relación entre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y las obligaciones *erga omnes* se ha reconocido en la práctica de los Estados. La República Democrática del Congo, por ejemplo, en una declaración ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, propuso un tratado sobre la prohibición del uso de la fuerza y afirmó que dicho tratado debía tener un efecto *erga omnes* en vista de que la prohibición del uso de la fuerza era una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*[193]. Del mismo modo, la República Checa ha señalado que "las obligaciones de *ius cogens* son *erga omnes* y no admiten excepción, ni siquiera por acuerdo"[194]. El Tribunal Federal de Australia, en la causa *Nulyarimma and Others v. Thompson*, también aceptó el argumento de las partes de que la prohibición del genocidio era una norma imperativa de derecho internacional consuetudinario *(ius cogens)* que generaba obligaciones *erga omnes*

[190] En relación con la importancia de las normas de procedimiento para la aplicación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, véase M. Wood, "The unilateral invocation of *jus cogens* norms", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (nota 26 *supra*), págs. 366 a 385.

[191] Véase D. Costelloe, "Peremptory norms and resolutions of the United Nations Security Council", *ibid*., págs. 441 a 467.

[192] *Ibid*., pág. 444 (donde se afirma que la interpretación de la resolución del Consejo de Seguridad en su contexto y a la luz de otras normas de derecho internacional aplicables puede ya proporcionar una respuesta).

[193] República Democrática del Congo (antes denominada Zaire) (A/C.6/35/SR.32, párr. 38). Véase también la declaración de los Países Bajos en la 25ª sesión de la Sexta Comisión durante el cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, en la que afirmó que "un crimen internacional siempre incluiría una infracción de *ius cogens* o de obligaciones *erga omnes*" (A/C.6/49/SR.25, párr. 38).

[194] República Checa (A/C.6/49/SR.26, párr. 19). Véase también Burkina Faso (A/C.6/54/SR.26).

que no admitían acuerdo en contrario, es decir, obligaciones de cumplimiento forzoso de cada Estado nación para con la comunidad internacional en su conjunto[195]. Asimismo, en *Kane v. Winn*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Massachusetts determinó que la prohibición de la tortura era una obligación *erga omnes* que, como norma de *ius cogens*, era imperativa y no admitía acuerdo en contrario[196]. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania también ha señalado que las normas que forman parte del *ius cogens* surten efectos *erga omnes*[197].

2) La Corte Internacional de Justicia no ha afirmado explícitamente que exista un vínculo entre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y las obligaciones *erga omnes*. No obstante, puede deducirse la existencia de ese vínculo de algunos de sus fallos y opiniones consultivas. En primer lugar, toda norma que la Corte haya señalado[198] que tiene carácter *erga omnes* también aparece en la lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión se ha referido anteriormente como normas que tienen carácter imperativo. Esa lista se reproduce en el anexo del presente proyecto de conclusiones. En segundo lugar, la Corte ha hecho extensivas a las violaciones de esas obligaciones *erga omnes* las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (que se atribuyen a las violaciones de normas imperativas)[199]. La propia Comisión ha sido más explícita al reconocer la existencia de una estrecha relación entre las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas de derecho

[195] *Nulyarimma and Others v. Thompson, decisión en apelación de 1 de septiembre de 1999*, [1999] FCA 1192, 165 ALR 621, 96 FCR 153, ILDC 2773 (AU 1999), párr. 81.

[196] *Kane v. Winn*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Massachusetts, 319 F. Supp. 2d 162, 199 (D. Mass. 2004). Véase también *R and Office of the United Nations High Commissioner for Refugees v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Home Affairs, sentencia en apelación de 12 de octubre de 2006 del Tribunal Superior*, [2006] ALL ER (D) 138, párr. 102, donde se hace referencia al *ius cogens erga omnes*.

[197] *Jorgić Case* (véase la nota 57 *supra*), párr. 17.

[198] Véase, por ejemplo, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, opinión consultiva de 25 de febrero de 2019, I.C.J. Reports 2019*, pág. 95 y ss., en especial pág. 139, párr. 180 (donde se considera que el derecho a la libre determinación tiene carácter *erga omnes*). Véase también *East Timor (Portugal v. Australia)* (nota 132 *supra*), pág. 102, párr. 29, donde la Corte calificó la afirmación de que la libre determinación tenía carácter *erga omnes* de "irreprochable". En *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (véase la nota 15 *supra*), la Corte afirmó "que la Convención contra el Genocidio contiene obligaciones *erga omnes*" y "que la prohibición del genocidio tiene carácter de norma imperativa *(ius cogens)*" (*ibid*., pág. 47, párr. 87). Véanse también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (nota 17 *supra*); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 132 *supra*), párrs. 88, 149 y 155; y *Barcelona Traction (ibid.)*, pág. 32, párrs. 33 y 34, donde la Corte determinó la existencia de "obligaciones que se derivan de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial". Véase también la conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 54 *supra*). Las conclusiones figuran también en el *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 251. Aunque en el contexto de las obligaciones *erga omnes inter partes*, véase también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* [Medidas provisionales] *(The Gambia v. Myanmar)* (nota 17 *supra*).

[199] Véanse los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, y sus comentarios, párr. 77). Los artículos también figuran en la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. Véanse, en particular, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (nota 198 *supra*), pág. 139, párr. 180; y *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 132 *supra*), párr. 159.

internacional general *(ius cogens)*[200]. La relación entre las normas imperativas y las obligaciones *erga omnes* también se ha reconocido en la doctrina[201].

3) Aunque todas las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* generan obligaciones *erga omnes*, en general se considera que no todas las obligaciones *erga omnes* emanan de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[202]. Por ejemplo, algunas normas relativas a los espacios comunes, en particular los regímenes que regulan el patrimonio común, pueden generar obligaciones *erga omnes* que no tienen necesariamente carácter imperativo. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar determinó que las obligaciones que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 imponía a los Estados partes en relación con la preservación del medio ambiente de la alta mar y los fondos marinos tenían carácter *erga omnes*[203].

4) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 17 tiene por objeto definir, de manera general, la relación descrita anteriormente entre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y las obligaciones *erga omnes*. Afirma que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* "generan" obligaciones *erga omnes*. Esta formulación se basa en los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en los que las obligaciones *erga omnes* se describen como aquellas que "dimanan de normas imperativas de derecho internacional general"[204]. La expresión "en relación con las cuales todos los Estados tienen un interés jurídico" describe la principal consecuencia del carácter *erga omnes* de las normas imperativas de derecho

[200] Véase el capítulo III de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en especial el párrafo 4) del comentario general a ese capítulo, en el que se afirma que "el reconocimiento del concepto de normas imperativas de derecho internacional" es un aspecto "que tiene una relación directa" con las obligaciones *erga omnes*, y el párrafo 7) del comentario general, en el que la Comisión afirma que "hay por lo menos una coincidencia sustancial entre" las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 119).

[201] Véanse, por ejemplo, R. J. Barber, "Cooperating through the General Assembly to end serious breaches of peremptory norms", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 71 (2022), págs. 1 a 35, en especial pág. 4; A. Pigrau, "Peremptory norms in the advisory opinion of the International Court of Justice on the decolonisation of Mauritius and the Chagos Archipelago", en T. Burri y J. Trinidad (eds.), *The International Court of Justice and Decolonisation: New Directions from the Chagos, Advisory Opinion*, Cambridge University Press, 2021, pág. 119; Ene (nota 55 *supra*), pág. 302; M. Cherif Bassiouni, "International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*" (nota 141 *supra*); I. Scobbie, "The invocation of responsibility for the breach of 'obligations under peremptory norms of general international law'", *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 5 (2002), pág. 1210 (donde se afirma que, tras la causa relativa a la *Barcelona Traction*, la Comisión viene considerando que las normas imperativas y las obligaciones "para con la comunidad internacional en su conjunto" son básicamente dos caras de la misma moneda); F. Forrest Martin, "Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms", *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), pág. 353; S. Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, París, Presses Universitaires de France, 2005, pág. 106; Tomuschat, "Reconceptualizing the debate..." (nota 55 *supra*), pág. 430; A. Pellet, "Conclusions", en Tomuschat y Thouvenin *(ibid.)*; y M. M. Bradley, "*Jus cogens*' preferred sister: obligations *erga omnes* and the International Court of Justice – fifty years after *Barcelona Traction* case", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (nota 26 *supra*), págs. 193 a 226.

[202] Véanse, por ejemplo, Villalpando (nota 201 *supra*); Forrest Martin (nota 201 *supra*); y P. Lorenzo, "La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional *(Ius Cogens)*", *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 37 (2020), págs. 41 a 69, en especial pág. 48.

[203] *Responsibilities and Obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area*, opinión consultiva, *ITLOS [International Tribunal for the Law of the Sea] Reports 2011*, pág. 59, párr. 180.

[204] Párrafo 7) del comentario general al capítulo III de la segunda parte, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 119 y 120.

internacional general *(ius cogens)*[205]. Las palabras "interés jurídico" se refieren a la protección de la norma jurídica como tal, incluidos los derechos y obligaciones.

5) La expresión "en relación con las cuales" tiene por objeto indicar las diversas formas en que puede manifestarse el interés de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes* (incluidas las obligaciones *erga omnes partes*). En la causa relativa a la *Barcelona Traction*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia habló del interés jurídico en la "protección" de los derechos abarcados por obligaciones *erga omnes*[206]. También lo hizo en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*[207], en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*[208], en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*[209] y en el fallo en la causa relativa a *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*[210]. En su fallo en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, reiterado en posteriores ocasiones, la Corte habló del interés jurídico de todos los Estados en la "observancia" de la obligación en cuestión[211]. También se ha afirmado que todos los Estados tienen interés en la "observancia" o el "cumplimiento" de la obligación en las causas relativas a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*[212] y a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Gambia c. Myanmar)*[213]. La Corte también ha hablado del interés jurídico de los Estados en la prevención de los actos abarcados por obligaciones *erga omnes*[214]. En su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte se refirió al "interés común" en "la consecución de los altos propósitos

[205] *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (véase la nota 198 *supra*), pág. 139, párr. 180 ("todos los Estados tienen un interés jurídico en proteger ese derecho"); y *Barcelona Traction* (véase la nota 132 *supra*), pág. 32, párr. 33 ("puede entenderse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección"). Véase también *Prosecutor v. Blaškić, causa núm. IT-95-14-AR108* bis, *fallo relativo a la solicitud, presentada por la República de Croacia, de examen de la decisión adoptada por la Sala de Primera Instancia II el 18 de julio de 1997, fallo de 29 de octubre de 1997*, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, ILR, vol. 110 (1998), pág. 688, párr. 26 ("El artículo 29 [del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia] impone una 'obligación *erga omnes partes*' [...]. Del mismo modo, establece que su observancia va en interés de la comunidad. Dicho de otro modo, todo Estado Miembro de las Naciones Unidas tiene un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 29").

[206] Véase *Barcelona Traction* (nota 132 *supra*), pág. 32, párr. 33.

[207] *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 80 *supra*), pág. 449, párr. 68 ("Estas obligaciones pueden calificarse de 'obligaciones *erga omnes partes*' en el sentido de que todos los Estados partes tienen interés en que se cumplan en cualquier caso").

[208] Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 132 *supra*), párr. 155.

[209] Véase *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (nota 198 *supra*), pág. 139, párr. 180.

[210] Véase *East Timor (Portugal v. Australia)* (nota 132 *supra*), pág. 102, párr. 29.

[211] Véase *Barcelona Traction* (nota 132 *supra*), pág. 32, párr. 35 ("Cuando se invoca una de esas obligaciones [cuyo cumplimiento viene garantizado por la protección diplomática] en un caso específico, no se puede afirmar que todos los Estados tengan un interés jurídico en su observancia"). Véase también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia* v. *Myanmar)* [Excepciones preliminares], Corte Internacional de Justicia, fallo de 22 de julio de 2022, párr. 107.

[212] *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 80 *supra*), pág. 449, párr. 68 ("Estas obligaciones pueden calificarse de 'obligaciones *erga omnes partes*' en el sentido de que todos los Estados partes tienen interés en que se cumplan en cualquier caso").

[213] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (véase la nota 17 *supra*), pág. 17, párr. 41 ("estas disposiciones generaron 'obligaciones que pueden calificarse de "obligaciones *erga omnes partes*" en el sentido de que todos los Estados partes tiene interés en que se cumplan en cualquier caso'").

[214] *Ibid*. ("En vista de sus valores compartidos, todos los Estados partes en la Convención contra el Genocidio tienen un interés común en impedir que se cometan actos de genocidio y, si se cometen, en garantizar que sus autores no gocen de impunidad").

que constituyen la razón de ser de la Convención"[215]. La expresión "en relación con las cuales" pretende referirse a todas esas diversas formulaciones.

6) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 17 completa el párrafo 1 al indicar una consecuencia específica del vínculo entre las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Describe, en términos más precisos, las implicaciones de la expresión "en relación con las cuales todos los Estados tienen un interés jurídico" que figura en el párrafo 1. Esta consecuencia es que todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado que haya violado una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Las palabras utilizadas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 17 se inspiran en el texto del artículo 48 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que dispone que "todo Estado [...] tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado [...] si [...] la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto"[216].

7) La norma enunciada en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 17 va en consonancia con las decisiones judiciales de cortes y tribunales internacionales. En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Gambia c. Myanmar)*, la Corte Internacional de Justicia determinó que un Estado parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aunque no fuera "un Estado especialmente afectado, podía invocar la responsabilidad de otro Estado parte" por "el presunto incumplimiento de sus obligaciones *erga omnes partes*"[217]. Sobre esa base, la Corte concluyó que Gambia estaba legitimada *prima facie* para someter a su consideración una controversia relativa a violaciones de obligaciones que imponía la Convención, presuntamente cometidas en Myanmar, aunque no se hubiera visto especialmente afectada por dichas violaciones[218]. Asimismo, confirmó que Gambia estaba legitimada para invocar la responsabilidad de Myanmar por la presunta violación de las obligaciones que le incumbían en virtud de la Convención[219]. Aunque la causa se refería a obligaciones *erga omnes partes*, el principio también es de aplicación a las obligaciones *erga omnes* en general. Del mismo modo, en *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades*, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar dictaminó que todos los Estados partes en la Convención podían tener derecho a presentar una reclamación por daños "habida cuenta del carácter *erga omnes* de las obligaciones relativas a la preservación del medio ambiente de la alta mar y en la Zona"[220].

8) Con arreglo al párrafo 2 del proyecto de conclusión 17, el derecho de un Estado a invocar la responsabilidad de otro Estado que haya violado una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* deberá ejercerse de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Con esta precisión se pretende poner de relieve la diferencia entre la invocación de la responsabilidad por un Estado lesionado y la invocación de la responsabilidad por cualquier otro Estado. Con arreglo a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el derecho de un Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* debe ejercerse de

[215] *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 14 *supra*), pág. 23.

[216] Artículo 48, párrafo 1 b), *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 134.

[217] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (véase la nota 17 *supra*), pág. 17, párr. 41. En la fase de excepciones preliminares, la Corte empleó la expresión "interés especial": *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia* v. *Myanmar)* [Excepciones preliminares] (véase la nota 211 *supra*), párr. 108.

[218] Véanse *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (véase la nota 211 *supra*), pág. 17, párr. 42; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia* v. *Myanmar)* [Excepciones preliminares] (véase la nota 211 *supra*), párr. 108.

[219] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia* v. *Myanmar)* [Excepciones preliminares] (véase la nota 211 *supra*), párr. 114.

[220] *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities* (véase la nota 203 *supra*), pág. 59, párr. 180.

conformidad con el artículo 42, mientras que todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad por esa violación con arreglo al artículo 48[221]. Un Estado que no sea un Estado lesionado podrá reclamar "la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición"[222]. Al invocar la responsabilidad de otro Estado en calidad de Estado lesionado, el Estado lesionado tiene derecho a reclamar todas las formas de reparación previstas en el capítulo II de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En cambio, un Estado que no sea un Estado lesionado solo podrá reclamar "el cumplimiento de la obligación de reparación […] en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada", y no en su propio beneficio[223].

9) Aunque establece el derecho de los Estados a invocar la responsabilidad de otros Estados, el proyecto de conclusión 17 se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional relativas a la invocación de la responsabilidad de otros actores. También se entiende sin perjuicio del derecho de las organizaciones internacionales a invocar la responsabilidad de los Estados o de otras organizaciones internacionales[224].

Conclusión 18
Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y circunstancias que excluyen la ilicitud

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 18 aborda las circunstancias que excluyen la ilicitud en relación con la violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Por regla general, hay determinadas circunstancias que pueden excluir la ilicitud de un hecho de un Estado que, de otro modo, sería ilícito[225]. El proyecto de conclusión 18 establece una excepción a esta regla general sobre la responsabilidad según el derecho internacional al disponer que, cuando la violación en cuestión se refiera a una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, no se podrán invocar circunstancias que excluyan la ilicitud.

2) El proyecto de conclusión 18 se basa en el artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[226], que impide invocar los motivos que excluyen la ilicitud enunciados en el capítulo V de la primera parte de los artículos con respecto a cualquier hecho que no esté en conformidad con una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Esta regla tiene por efecto que, cuando se invoque la responsabilidad de un Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, ese Estado no podrá tratar de eludir su responsabilidad alegando ninguna circunstancia que normalmente podría excluir la ilicitud. Así ocurrirá incluso cuando la circunstancia que excluya la ilicitud esté relacionada en sí misma con una norma imperativa de derecho internacional general

[221] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 135, párrafo 1) del comentario al artículo 48.
[222] *Ibid.*, art. 48, párr. 2 a).
[223] *Ibid*., art. 48, párr. 2 b).
[224] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 99 a 101.
[225] Véase, en general, el capítulo V de la primera parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 75 y ss. En el párrafo 1) del comentario general al capítulo V de la primera parte se afirma que la existencia de estos motivos "constituye una defensa contra una reclamación por el incumplimiento de una obligación internacional, que, de no mediar esa defensa, estaría bien fundada" (*ibid*., pág. 75).
[226] *Ibid*., págs. 90 y 91.

(ius cogens). Como ha afirmado anteriormente la Comisión, no puede invocarse un genocidio para justificar la comisión de otro genocidio[227].

3) Esta regla se aplicó en el caso *Bernhard von Pezold y otros c. la República de Zimbabwe*, en el que un Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) dictaminó que Zimbabwe no podía invocar ninguna de las causas de exclusión de la ilicitud, en ese caso la necesidad, por la violación de la prohibición de la discriminación, que el Tribunal calificó de obligación *erga omnes*[228]. Aunque el Tribunal no concluyó que la prohibición de la discriminación racial fuera una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, sí se basó en el artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos para concluir que Zimbabwe no podía invocar el estado de necesidad[229]. En otro laudo, en el caso *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, el Tribunal del CIADI dictaminó que no podía negarse a admitir la invocación de la necesidad porque no se había infringido ninguna norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*[230]. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania también declaró, basándose en el artículo 26, que las circunstancias que excluyen la ilicitud no se aplicaban a las obligaciones derivadas de normas imperativas del derecho internacional general *(ius cogens)*[231].

4) El artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales[232] también dispone que no se excluirá la ilicitud de un hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* por la invocación de una circunstancia que excluya la ilicitud de ese hecho.

Conclusión 19
Consecuencias particulares de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*

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

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

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 19 se refiere a las consecuencias particulares de las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Se basa en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El proyecto de

[227] Véase *ibid*., pág. 90, párrafo 4) del comentario al artículo 26.

[228] Véase *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, caso núm. ARB/10/15, laudo de 28 de julio de 2015*, CIADI, párr. 657.

[229] *Ibid.*

[230] *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina, caso núm. ARB/01/08, laudo de 12 de mayo de 2005*, CIADI, párr. 325.

[231] Véase *Order of 26 October 2004*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania (nota 25 *supra*), párr. 121.

[232] *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 90.

conclusión 19 se refiere únicamente a las "consecuencias adicionales" de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[233]. No se ocupa de las consecuencias de las violaciones de normas de derecho internacional que no sean de carácter imperativo ni de las consecuencias de las violaciones de normas imperativas que no sean graves.

2) La primera consecuencia particular de las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se indica en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 19. Este párrafo, que se basa en el párrafo 1 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, establece que los Estados cooperarán para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. La obligación de "coopera[r] para poner fin, por medios lícitos", a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se basa en la obligación general de cooperar prescrita en el derecho internacional[234]. Aunque, cuando se aprobaron sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión expresó algunas dudas sobre si la obligación enunciada en el párrafo 1 del artículo 41 constituía derecho internacional consuetudinario[235], en la actualidad la obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* está reconocida en el derecho internacional.

3) Esta obligación se ha reconocido en decisiones judiciales. Por ejemplo, la Cámara de los Lores del Reino Unido, en la causa *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department*, se refirió expresamente a la obligación de derecho internacional de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general, y citó el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*[236]. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en una providencia de 2004, se remitió a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos para definir el deber de cooperar[237].

4) En las cortes y tribunales regionales, puede encontrarse un ejemplo en el *caso La Cantuta Vs. Perú*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló el "deber de cooperación interestatal para" los efectos de erradicar las violaciones como una

---

[233] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrafo 7) del comentario general al capítulo III de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, págs. 119 y 120. Véase también C. Gutiérrez Espada, *De la alargada sombra del* 'ius cogens', Granada, Comares, 2021, pág. 3.

[234] Véase, por ejemplo, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, párr. 1 ("Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias"). Véase también el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), párrafo 1) del comentario al proyecto de artículo 7, págs. 40 y 41 ("El deber de cooperar está bien arraigado como principio del derecho internacional y se puede encontrar en numerosos instrumentos internacionales").

[235] Véase el párrafo 3) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 122.

[236] *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department*, sentencia de la Cámara de los Lores de 8 de diciembre de 2005, [2006] 1 All ER 575, párr. 34.

[237] Véase *Order of 26 October 2004*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania (nota 25 *supra*), párr. 98.

consecuencia en sí misma de la violación de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[238].

5) En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, la Corte Internacional de Justicia determinó la existencia de una obligación de cooperar para poner fin a las violaciones de "obligaciones de respetar el derecho [...] a la libre determinación, y algunas [...] obligaciones de derecho internacional humanitario"[239]. La Corte dictaminó que una de las obligaciones derivadas de la violación de esas obligaciones era la obligación de los demás Estados, "respetando [la Carta de las Naciones Unidas] y el derecho internacional, de velar por que se ponga fin a todo obstáculo resultante de" las violaciones[240]. Asimismo, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, la Corte determinó que todos los Estados "deben cooperar con las Naciones Unidas" para poner fin a la violación de obligaciones que emanen del derecho a la libre determinación[241].

6) Aunque en las opiniones consultivas sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* y sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965* la Corte no habla expresamente de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, las normas de las que esta derivó la existencia del deber de cooperar para poner fin a las violaciones graves tienen carácter imperativo. Dado que, como se señala más arriba en el comentario al proyecto de conclusión 17, párrafos 1 y 2, las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y las obligaciones *erga omnes* se solapan considerablemente, resulta lógico suponer que en esas decisiones la Corte hacía alusión a normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[242]. La Cámara de los Lores hizo una suposición similar, a saber, que la Corte Internacional de Justicia hablaba de normas imperativas, en la causa *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department*[243]. En cualquier caso, dado que en diversas decisiones judiciales se ha afirmado que las obligaciones *erga omnes* establecen el deber de cooperar para poner fin a todas las violaciones graves, habida cuenta del carácter y la importancia de los derechos y obligaciones en cuestión[244], y que todas las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* establecen obligaciones *erga omnes*, cabe deducir que todas las normas imperativas también establecen ese deber.

7) La obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* debe cumplirse "por medios lícitos". Esto significa que la violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* no puede justificar la violación de otras normas de derecho internacional. Aunque el derecho internacional no prohíbe la adopción de medidas unilaterales para poner fin a la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* si esas medidas unilaterales son compatibles con el derecho internacional, el párrafo 1 del proyecto de conclusión 19 se centra en las medidas colectivas. En ello radica la esencia de la "cooperación"[245].

---

238 *Caso La Cantuta Vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 160 ("Según ha sido reiteradamente señalado, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional *(ius cogens)* [...] Ante la naturaleza y gravedad de los hechos, [...] la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal").

239 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 132 *supra*), párr. 155.

240 *Ibid*., párr. 159.

241 *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (véase la nota 198 *supra*), págs. 139 y 140, párr. 182.

242 Véase Pigrau (véase la nota 201 *supra*), pág. 129.

243 *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department* (véase la nota 236 *supra*).

244 Véase, por ejemplo, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 132 *supra*), párr. 159.

245 Véase, por ejemplo, el párrafo 3) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda

8) Según el tipo de violación y el tipo de norma imperativa de que se trate, el sistema colectivo de las Naciones Unidas será el marco de cooperación preferido[246]. Por esta razón, al constatar una violación de la "libre determinación" y de los "principios básicos del derecho humanitario", la Corte Internacional de Justicia afirmó que "las Naciones Unidas, y en especial la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, deberían estudiar qué otras medidas son necesarias para poner fin a la situación ilegal"[247]. Del mismo modo, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, la Corte mencionó la obligación de "todos los Estados Miembros" de "cooperar con las Naciones Unidas" para poner fin a la violación en cuestión[248]. Otras organizaciones internacionales también pueden adoptar medidas acordes con el derecho internacional para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* si así lo prevé su mandato[249].

9) Existen numerosos ejemplos de resoluciones de órganos de organizaciones internacionales, en particular las Naciones Unidas, que ilustran el deber de cooperar para poner fin a violaciones graves de obligaciones ampliamente reconocidas como obligaciones derivadas de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Cabe citar, entre otras, las resoluciones en las que se condena la violación de esas obligaciones[250], las

parte) y corrección, pág. 122 ("Lo que se pide es que ante las violaciones graves todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esas violaciones").

246 Véanse, por ejemplo, el artículo VIII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948, *ibid.*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277) ("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"), y el artículo VIII de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14861, pág. 243) ("Todo Estado Parte en la presente Convención podrá pedir a cualquier órgano competente de las Naciones Unidas que adopte, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, todas las medidas que considere indispensables para la prevención y represión del crimen de apartheid").

247 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 132 *supra*), párr. 160.

248 *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (véase la nota 198 *supra*), págs. 139 y 140, párr. 182.

249 Véase, por ejemplo, el artículo 4, apartado h), del Acta Constitutiva de la Unión Africana (Lomé, 11 de julio de 2000, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2158, núm. 37733, pág. 3) ("el derecho de la Unión a intervenir en un Estado miembro en cumplimiento de una decisión de la Asamblea con respecto a circunstancias graves, a saber: crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad"). Véase también el Tratado de la Unión Europea (versión consolidada), *Official Journal*, C 326, p. 13, 26 October 2012, arts. 21, párr. 2, y 29. Véase asimismo el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada), *Diario Oficial*, C 326, pág. 47, 26 de octubre de 2012, art. 215. Véanse además el Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, por el que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, *Diario Oficial*, L 295, pág. 138, 21 de noviembre de 2018, y el Reglamento (UE) 2022/838 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1727, *Diario Oficial*, L 148, pág. 1, 31 de mayo de 2022.

250 Véanse la resolución 2022 (XX) de la Asamblea General, de 5 de noviembre de 1965, párr. 4 ("Condena la política de discriminación racial y segregación que se practica en Rhodesia del Sur y que constituye un crimen contra la humanidad"); la resolución 2184 (XXI) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1966, párr. 3 ("Condena, como un crimen contra la humanidad, la política del Gobierno de Portugal, que viola los derechos económicos y políticos de la población autóctona al asentar a inmigrantes extranjeros en los territorios y al exportar mano de obra africana a Sudáfrica"); la resolución ES-8/2 de la Asamblea General, de 14 de septiembre de 1981, párr. 4 ("Condena enérgicamente a Sudáfrica por su continuada ocupación ilegal de Namibia"); la resolución 36/27 de la Asamblea General, de 13 de noviembre de 1981, relativa a la agresión armada israelí contra las instalaciones nucleares iraquíes, párr. 1 ("Condena enérgicamente a Israel por su acto de agresión premeditado y sin precedentes cometido en contravención de la Carta de las Naciones Unidas y de las normas de conducta internacional"); la resolución 38/7 de la Asamblea General, de 2 de noviembre de 1983, párr. 1 ("Deplora profundamente la intervención armada en Granada, que constituye una violación abierta del derecho internacional y de la independencia, la soberanía y la integridad territorial de este Estado"); la resolución 41/35 A de la Asamblea General, de 10 de noviembre

de 1986, párr. 1 (“Condena enérgicamente una vez más las políticas y prácticas de *apartheid* del régimen racista de Sudáfrica, en particular su brutal opresión, represión y violencia genocida contra el pueblo de Sudáfrica”), párr. 10 (“Condena vehementemente al régimen racista de Sudáfrica por su continua ocupación ilegal de Namibia”); la resolución 43/50 A de la Asamblea General, de 5 de diciembre de 1988, párr. 3 (“Condena al régimen racista y sus políticas y prácticas de *apartheid*”); la resolución 44/240 de la Asamblea General, de 29 de diciembre de 1989, párr. 1 (“Deplora profundamente la intervención en Panamá de las fuerzas armadas de los Estados Unidos de América, que constituye una flagrante violación del derecho internacional y de la independencia, soberanía e integridad territorial de los Estados”); la resolución 46/47 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991, párr. 5 (“Condena la violación continua y persistente por Israel del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra […] y condena en particular las violaciones que en ese Convenio se califican de ‘infracciones graves’ de sus disposiciones”); la resolución ES-11/1 de la Asamblea General, de 2 de marzo de 2022, párr. 2 (“Deplora en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del Artículo 2 4) de la Carta” de las Naciones Unidas), párr. 5 (“Deplora la decisión relativa al estatuto de determinadas zonas de las regiones ucranianas de Donetsk y Luhansk adoptada por la Federación de Rusia el 21 de febrero de 2022, que constituye una violación de la integridad territorial y la soberanía de Ucrania y es incompatible con los principios de la Carta” de las Naciones Unidas), y párr. 11 (“Condena todas las violaciones del derecho internacional humanitario y las violaciones y los abusos de los derechos humanos”); la resolución 49/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 4 de marzo de 2022, párr. 1 (“Condena en los términos más enérgicos posibles los abusos y violaciones de los derechos humanos y las vulneraciones del derecho internacional humanitario resultantes de la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania”).

resoluciones en las que se pide que se ponga fin a la violación de esas obligaciones[251] y las resoluciones por las que se establecen mecanismos de rendición de cuentas para hacer frente a esas violaciones[252].

10) No solo se pueden adoptar medidas en el marco de mecanismos de cooperación institucionales. La obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* también puede cumplirse mediante

[251] Véanse la resolución 2184 (XXI) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1966, párr. 5 (“Exhorta a Portugal que ponga en vigor inmediatamente el principio de la libre determinación en lo que toca a los pueblos de los territorios bajo su administración”), párr. 6 (“Hace un llamamiento a todos los Estados para que presten a los pueblos de los territorios bajo administración portuguesa el apoyo moral y material que requiera la restauración de sus derechos inalienables y para que impidan que sus nacionales colaboren con las autoridades portuguesas, especialmente en lo que se refiere a las inversiones en los territorios”); la resolución 36/27 de la Asamblea General, de 13 de noviembre de 1981, párr. 3 (“Reitera su petición a todos los Estados para que de inmediato suspendan el suministro a Israel de armas y material conexo de todo tipo que le permita cometer actos de agresión contra otros Estados”); la resolución 38/7 de la Asamblea General, de 2 de noviembre de 1983, párr. 4 (“Insta a la cesación inmediata de la intervención armada y a la retirada inmediata de las tropas extranjeras de Granada”); la resolución 44/240 de la Asamblea General, de 29 de diciembre de 1989, párr. 2 (“Exige el cese inmediato de la intervención y la retirada de Panamá de las fuerzas armadas invasoras de los Estados Unidos”), párr. 4 (“Exhorta a todos los Estados a que apoyen y respeten la soberanía, la independencia y la integridad territorial de Panamá”); la resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad, de 23 de diciembre de 2016, párr. 2 (“Reitera su exigencia de que Israel ponga fin de inmediato y por completo a todas las actividades de asentamiento en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y que respete plenamente todas sus obligaciones jurídicas a ese respecto”); la resolución ES-11/2 de la Asamblea General, de 24 de marzo de 2022, párr. 1 y 2 (“Exige el cese inmediato de las hostilidades de la Federación de Rusia contra Ucrania, en particular cualquier ataque contra los civiles y los bienes de carácter civil”); la resolución ES-11/3 de la Asamblea General, de 7 de abril de 2022, párr. 1 (“Decide suspender los derechos de la Federación de Rusia a formar parte del Consejo de Derechos Humanos”); la resolución 49/28 del Consejo de Derechos Humanos, de 11 de abril de 2022, séptimo párr. del preámbulo (“Reafirmando el derecho a la libre determinación que asiste al pueblo palestino de conformidad con las disposiciones de la Carta, las resoluciones y declaraciones de las Naciones Unidas en la materia y las disposiciones de los pactos e instrumentos internacionales relativos al derecho a la libre determinación como principio internacional y como derecho de todos los pueblos del mundo, y poniendo de relieve que esta norma imperativa de derecho internacional es un requisito fundamental para alcanzar una paz justa, duradera y general en Oriente Medio”), párr. 7 (“Exhorta a todos los Estados a que cumplan sus obligaciones de no reconocimiento, no ayuda y no asistencia con respecto a las violaciones graves de las normas imperativas de derecho internacional cometidas por Israel, en particular la prohibición de adquirir territorio por la fuerza, a fin de asegurar el ejercicio del derecho a la libre determinación, y los exhorta también a que sigan cooperando para lograr, por medios lícitos, que terminen esas graves violaciones y se revoquen las políticas y prácticas ilegales de Israel”).

[252] Véanse la resolución S-17/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 22 de agosto de 2011, párr. 13 (“Decide enviar urgentemente una comisión de investigación internacional independiente, que designará el Presidente del Consejo de Derechos Humanos, para investigar todas las presuntas violaciones de las normas internacionales de derechos humanos cometidas desde marzo de 2011 en la República Árabe Siria, determinar los hechos y circunstancias que puedan constituir infracciones de esas normas y los crímenes cometidos y, siempre que sea posible, identificar a los autores de dichas violaciones, entre ellas las que puedan constituir crímenes de lesa humanidad, para que rindan cuenta de sus actos”); la resolución 39/2 del Consejo de Derechos Humanos, de 27 de septiembre de 2018, párr. 22 (“Decide establecer un mecanismo independiente encargado de reunir, consolidar, preservar y analizar las pruebas de los delitos internacionales y las violaciones del derecho internacional más graves cometidos en Myanmar desde 2011”); la resolución S-33/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 17 de diciembre de 2021, párr. 9 (“Decide establecer, por un período de un año prorrogable en caso necesario, una comisión internacional de expertos en derechos humanos sobre Etiopía, integrada por tres expertos en derechos humanos nombrados por el Presidente del Consejo de Derechos Humanos para complementar la labor realizada por el equipo de investigación conjunto”); la resolución 49/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 4 de marzo de 2022, párr. 11 (“Decide establecer, con carácter urgente, una comisión internacional independiente de investigación, integrada por tres expertos en derechos humanos, [para] investigar todos los presuntos abusos y violaciones de los derechos humanos, vulneraciones del derecho internacional humanitario y delitos conexos en el contexto de la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, y establecer los hechos, las circunstancias y las causas profundas de esos abusos y violaciones”).

iniciativas de cooperación no institucional, como, por ejemplo, la adopción de disposiciones especiales por un grupo de Estados que actúen de consuno para poner fin a la violación de una norma imperativa[253]. De hecho, la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, parece indicar que, más allá de la acción colectiva, cada Estado tiene la obligación de esforzarse por poner fin a las situaciones creadas por la violación[254]. En esa opinión, además de hablar de las medidas que podían adoptar la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, la Corte afirmó que "incumbe *también* a todos los Estados" adoptar medidas para poner fin a la violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*[255]. No obstante, es necesario que esas medidas sean acordes con el derecho internacional[256].

11) La obligación de los Estados de actuar colectivamente para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* tiene consecuencias particulares para la cooperación dentro de los órganos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. Significa que, en caso de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, las organizaciones internacionales deben actuar, en el marco de sus respectivos mandatos y cuando así lo permita el derecho internacional, para poner fin a esas violaciones. Así pues, cuando una organización internacional tenga facultad discrecional para actuar, la obligación de cooperar impone a los miembros de esa organización internacional el deber de actuar con miras a que la organización ejerza esa facultad discrecional de manera que se ponga fin a la violación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*[257]. El deber de las organizaciones internacionales de ejercer su discrecionalidad de manera que se ponga fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* es el corolario necesario de la obligación de cooperar prevista en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 19.

12) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 19 establece que los Estados no "reconocerá[n] como lícita" una situación creada por la violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, ni "prestará[n] ayuda o asistencia" para mantener esa situación. Este párrafo, que se deriva del párrafo 2 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, impone dos obligaciones distintas. La primera es la obligación de no reconocer como lícitas las situaciones creadas por la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional *(ius cogens)*. La segunda es la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para mantener la situación creada por la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Si bien estas dos obligaciones son distintas y específicas, están relacionadas entre sí en el sentido de que la obligación de no prestar asistencia es una consecuencia lógica de la obligación de no reconocer una situación como lícita. A diferencia de la obligación enunciada en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 19, los deberes de no

[253] Véase el párrafo 2) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 122.

[254] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 132 *supra*), pág. 200, párr. 159.

[255] *Ibid*. Véase también Barber (nota 201 *supra*), pág. 23 (donde se afirma que las facultades y la responsabilidad únicas del Consejo de Seguridad no excluyen la obligación de otros Estados de cooperar para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas utilizando todos los medios a su alcance, incluida su pertenencia a otras organizaciones internacionales").

[256] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 132 *supra*), pág. 200, párr. 159 ("Corresponde también a todos los Estados, *respetando la [Carta de las Naciones Unidas] y el derecho internacional*, velar por que se ponga fin a todo obstáculo, resultante de la construcción del muro, al ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación") (sin cursiva en el original).

[257] Véase Barber (nota 201 *supra*), pág. 23 (donde se afirma, en relación con los miembros del Consejo de Seguridad, que, normalmente, se espera que los miembros debidamente diligentes de la Asamblea General apoyen las resoluciones destinadas a poner fin a las violaciones graves de normas imperativas, a menos que puedan aportar una buena razón para no hacerlo). Véase también R. M. Essawy, "The responsibility not to veto revisited under the theory of 'consequential *jus cogens*'", *Global Responsibility to Protect*, vol. 12 (2020), págs. 299 a 335, en especial pág. 303.

reconocer y no prestar asistencia son deberes negativos. En otras palabras, mientras que el párrafo 1 del proyecto de conclusión 19 exige a los Estados que hagan algo, es decir, que cooperen para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, los deberes de no reconocer y no prestar asistencia del párrafo 2 exigen a los Estados que se abstengan de hacer algo. Por ello, los deberes establecidos en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 19 son menos onerosos.

13) Ya en 2001, la Comisión había reconocido que los deberes de no reconocer y no prestar asistencia formaban parte del derecho internacional consuetudinario[258]. En la causa *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others*, la Cámara de los Lores del Reino Unido se negó a reconocer validez jurídica a los actos resultantes de la invasión de Kuwait por el Iraq, que constituían una violación de la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* relativa al uso de la fuerza[259]. La obligación de no reconocer se ha afirmado en decisiones de la Corte Internacional de Justicia y en la práctica de Estados en el seno de organizaciones internacionales. En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia*, por ejemplo, la Corte recordó que la "calificación de una situación como ilegal no basta de por sí para ponerle fin"[260]. La Corte recuerda que todos los Estados tienen la obligación de "reconocer que la continuación de la presencia de Sudáfrica es ilegal y nula de pleno derecho"[261]. Del mismo modo, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, la Corte determina que "todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante" del incumplimiento de una obligación ampliamente reconocida como imperativa[262]. En ese mismo sentido, la Corte Penal Internacional, en la causa *Fiscalía c. Bosco Ntaganda*, también recuerda que, "como principio general del derecho, existe el deber de no reconocer las situaciones creadas por determinadas violaciones graves del derecho internacional"[263].

14) El Consejo de Seguridad también ha afirmado la obligación de los Estados de no reconocer la situación creada por el incumplimiento de la prohibición del *apartheid* y de la

[258] Véanse los párrafos 6), 11) y 12) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 122 y 123. Véase O. Corten y V. Koutroulis, "The *jus cogens* status of the prohibition on the use of force: what is its scope and why does it matter?", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (nota 26 *supra*), págs. 629 a 667, en especial pág. 664, donde se afirma que es incuestionable que el deber de no reconocer las infracciones graves del derecho internacional forma parte del derecho internacional. Véase, además, A. Lagerwall, "The non-recognition of Jerusalem as Israel's capital: a condition for international law to remain relevant?", *Questions of International Law*, vol. 50 (2018), págs. 33 a 46, donde se argumenta que el deber de no reconocer las infracciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* también es aplicable a las violaciones del derecho internacional. Véase también Barber (nota 201 *supra*), pág. 16. Véase, no obstante, H. P. Aust, "Legal consequences of serious breaches of peremptory norms in the law of State responsibility: observations in the light of the recent work of the International Law Commission", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (nota 26 *supra*), págs. 227 a 255, en especial pág. 254, donde se afirma que no todo lo que se afirma en relación con el deber está bien fundamentado.

[259] *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others* (núms. 4 y 5), [2002] UKHL 19, [2002] 2 AC 883, párr. 29. Véase también *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department* (nota 236 *supra*), párr. 34.

[260] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 122 *supra*), párr. 111.

[261] *Ibid*., párr. 119.

[262] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 132 *supra*), párr. 159.

[263] *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, causa núm. ICC-01/04-02/06-1707, segunda decisión sobre la impugnación de la competencia de la Corte promovida por la Defensa con respecto a las acusaciones 6 y 9, de enero de 2017*, Sala de Primera Instancia VI, Corte Penal Internacional, párr. 53.

obligación de respetar el derecho a la libre determinación[264]. Del mismo modo, la Asamblea General ha adoptado decisiones en las que pide que no se reconozcan las situaciones creadas por vulneraciones ampliamente consideradas como vulneraciones de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[265]. La obligación de no prestar asistencia ni ayuda para el mantenimiento de una situación creada por la violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* también se ha reconocido en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y en resoluciones de las Naciones Unidas, por ejemplo sobre la política de *apartheid* impuesta por Sudáfrica en Namibia[266] y sobre la situación de Ucrania[267].

15) Si bien la obligación de no reconocer está bien establecida, su cumplimiento no debe ir en detrimento de la población afectada ni privar a esta de las ventajas de la cooperación

[264] Véase la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, de 30 de enero de 1970. En relación con el deber de no reconocer la "República Turca de Chipre Septentrional", véase la resolución 541 (1983) del Consejo de Seguridad, de 18 de noviembre de 1983, párr. 7 ("Exhorta a todos los Estados a que no reconozcan ningún Estado chipriota que no sea la República de Chipre"). En relación con la ocupación de Kuwait, véase la resolución 662 (1990) del Consejo de Seguridad, de 9 de agosto de 1990, párr. 2 ("Exhorta a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y a abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento indirecto de la anexión"). Del mismo modo, véase la resolución 73/295 de la Asamblea General, párrs. 6 y 7 ("Exhorta a las Naciones Unidas y todos sus organismos especializados a que […] se abstengan de impedir ese proceso [de descolonización] reconociendo o dando efecto a cualquier medida adoptada por el 'Territorio Británico del Océano Índico' o en su nombre", y "Exhorta a todas las demás organizaciones internacionales, regionales e intergubernamentales […] a que […] se abstengan de impedir ese proceso reconociendo o dando efecto a cualquier medida adoptada por el 'Territorio Británico del Océano Índico' o en su nombre").

[265] Resolución 3411 D (XXX) de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1975, párr. 3. Véanse, en especial, la resolución ES-10/19 de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 2017, párr. 1 ("Afirma que todas las decisiones y los actos que pretendan haber modificado el carácter, el estatuto o la composición demográfica de la Ciudad Santa de Jerusalén no tienen efecto jurídico alguno, son nulos y sin valor y deben revocarse en cumplimiento de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y, a este respecto, exhorta a todos los Estados a que se abstengan de establecer misiones diplomáticas en la Ciudad Santa de Jerusalén"); la resolución 46/47 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991, párr. 19 ("Reitera su llamamiento a todos los Estados […] para que no reconozcan los cambios efectuados por Israel, la Potencia ocupante, en los territorios ocupados y para que eviten toda medida […] que Israel pudiera usar para aplicar sus políticas de anexión y colonización"). En relación con el deber de no reconocer los asentamientos ilegalmente establecidos en Jerusalén, véase la resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad, párr. 3 ("Subraya que no reconocerá ningún cambio a las líneas del 4 de junio de 1967, incluso en lo que respecta a Jerusalén, que no sean los acordados por las partes mediante negociaciones"). Con respecto al deber de no reconocer las situaciones creadas por el uso ilícito de la fuerza y las amenazas a la integridad territorial en relación con la situación en Crimea, véase la resolución 68/262 de la Asamblea General, de 27 de marzo de 2014, párr. 6 ("Exhorta a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a que no reconozcan ninguna modificación del estatuto de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol sobre la base del citado referendo y a que se abstengan de todo acto u operación que pudiera interpretarse como un reconocimiento de ese estatuto modificado").

[266] Véase, por ejemplo, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (nota 122 *supra*), párr. 119, donde se afirma que los Estados tienen la obligación de "abstenerse de prestar a Sudáfrica cualquier apoyo o cualquier forma de asistencia con respecto a su ocupación de Namibia". Véanse también *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 132 *supra*), párr. 159; y la resolución 3411 D (XXX) de la Asamblea General, párr. 3.

[267] Véase la resolución ES-11/1 de la Asamblea General, párr. 10 ("Deplora la participación de Belarús en este uso ilícito de la fuerza contra Ucrania y exhorta al país a que cumpla sus obligaciones internacionales"). Véanse también la resolución 2022 (XX) de la Asamblea General, párr. 5 ("Condena cualquier apoyo o asistencia prestados por cualquier Estado al régimen minoritario de Rhodesia del Sur"), y párr. 6 ("Exhorta a todos los Estados a que se abstengan de dar cualquier tipo de asistencia al régimen minoritario de Rhodesia del Sur"); la resolución 36/27 de la Asamblea General, párr. 3 ("Reitera su petición a todos los Estados para que de inmediato suspendan el suministro a Israel de armas y material conexo de todo tipo que le permita cometer actos de agresión contra otros Estados").

internacional[268]. En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia*, la Corte Internacional de Justicia declaró que las consecuencias de la falta de reconocimiento no debían afectar negativamente ni desfavorecer a la población afectada y que, por lo tanto, los actos que atañían a la población civil, como la inscripción de los nacimientos, las defunciones y los matrimonios, debían reconocerse a pesar de la violación[269].

16) Es importante destacar que el deber establecido en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 19 se refiere a la "situación creada por la violación grave", y no a la violación propiamente dicha. Por lo tanto, el proyecto de conclusión no es aplicable a la contribución o el apoyo a la violación efectiva, aunque puedan dar lugar a responsabilidad por esa violación[270].

17) Las obligaciones a las que se hace referencia en el proyecto de conclusión 19 son de aplicación en caso de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. En el párrafo 3 del proyecto de conclusión 19 se define la violación grave como aquella que "implica el incumplimiento flagrante o sistemático de [la] obligación [en cuestión] por el Estado responsable". Esta definición se ha tomado del párrafo 2 del artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[271]. Es importante destacar que, al hablar de "violaciones graves", la Comisión no quería decir que hubiera violaciones de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* que fueran menos graves[272]. Lo que se pretende indicar es que las violaciones de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* que cumplen los requisitos enunciados en el párrafo 3 tienen consecuencias particulares.

18) El párrafo 4 del proyecto de conclusión 19 dispone que las obligaciones enunciadas en el proyecto de conclusión 19 se entenderán sin perjuicio de las demás consecuencias que cualquier violación por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* pueda generar según el derecho internacional[273]. Por ejemplo, el proyecto de conclusión 19 no aborda específicamente las consecuencias de las violaciones, con independencia de que cumplan o no los requisitos indicados en el párrafo 3, para el Estado responsable. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado sistemáticamente que el Estado responsable tiene una obligación de cesación[274]. En los capítulos I y II de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos pueden encontrarse otros ejemplos de consecuencias de las violaciones de obligaciones de derecho internacional que no se abordan en el presente proyecto de conclusiones[275]. Así, en el proyecto de conclusiones no se aborda la cuestión de

[268] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 122 *supra*), párr. 125.

[269] *Ibid*.

[270] Véase *Humanitarian Intervention and Political Support for Interstate Use of Force: Report of the Expert Group established by the Minister of Foreign Affairs of the Netherlands*, diciembre de 2019, párr. 43. El Gobierno de los Países Bajos ha defendido esta tesis en una carta del 17 de abril de 2020 a la Presidencia de la Cámara de Representantes de los Países Bajos, aunque ha señalado que no se puede descartar que una corte o un tribunal internacional puedan llegar a una conclusión diferente.

[271] Los párrafos 7) y 8) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos contienen una explicación detallada de los elementos de las violaciones graves, es decir, flagrantes o sistemáticas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 121.

[272] Véase el párrafo 7) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *ibid*. ("La palabra 'grave' [...] no quiere sugerir que alguna violación de esas obligaciones no sea grave, o sea de algún modo excusable").

[273] Véase, en general, el párrafo 13) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *ibid*., pág. 123.

[274] Véanse, por ejemplo, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (nota 198 *supra*), pág. 139, párr. 178; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 132 *supra*), párrs. 149 y ss.; y *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (nota 122 *supra*), párr. 118.

[275] Véase, en general, la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 92 y ss. Cabe citar, entre otras consecuencias, la cesación y la no repetición (art. 30) y la reparación (art. 31). La

si el carácter imperativo de la obligación que se ha violado afectará, por ejemplo, al importe de la indemnización[276]. Aunque no se aborden en el presente proyecto de conclusiones, esas otras consecuencias de la responsabilidad siguen siendo de aplicación.

19) Al igual que en el caso de los proyectos de conclusión 17 y 18, el proyecto de conclusión 19 es de aplicación, cuando proceda, a las organizaciones internacionales[277]. En consecuencia, si los Estados tienen la obligación de no reconocer como lícitas las situaciones creadas por la violación grave de una norma imperativa ni prestar ayuda o asistencia para mantener esas situaciones, es lógico que las organizaciones internacionales tengan una obligación similar.

Cuarta parte
Disposiciones generales

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 20 contiene una regla de interpretación aplicable en caso de posible oposición entre normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y otras normas de derecho internacional. Los proyectos de conclusión 10, 14, 15 y 16 establecen la nulidad o inexistencia de las normas de derecho internacional que estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. La existencia o no de una oposición entre una norma de derecho internacional y una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* debe determinarse mediante la interpretación. Lo dispuesto en el proyecto de conclusión 20 es de aplicación en el contexto del proceso previsto por las reglas de interpretación aplicables para determinar si realmente hay una oposición[278]. El proyecto de conclusiones no define la oposición, pero, en este contexto, esta puede entenderse como la situación en la que dos normas de derecho internacional no pueden aplicarse simultáneamente sin infringirse o menoscabarse mutuamente[279].

2) El proyecto de conclusión 20 no es de aplicación en todos los casos en que haya que interpretar una norma o determinar su contenido. Solo deberá aplicarse en los casos limitados en que "parezca que puede haber oposición" entre una norma de derecho internacional que no tenga carácter imperativo y una norma imperativa de derecho internacional general

reparación a su vez puede adoptar diferentes formas, como la restitución (art. 35), la indemnización (art. 36), la satisfacción (art. 37) y los intereses (art. 38).

[276] Véase un análisis en R. Elphick (con J. Dugard), "*Jus cogens* and compensation", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (nota 26 *supra*), págs. 413 a 440.

[277] Véanse, con respecto a las organizaciones internacionales, los artículos 41 y 42 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado por la Comisión, con sus comentarios, figuran en el *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88. Véase también la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo.

[278] Véase D. Costelloe, "Peremptory norms and resolutions of the United Nations Security Council", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (nota 26 *supra*), págs. 441 a 467, en especial págs. 443 y ss.

[279] Véase un análisis en E. Vranes, "The definition of 'norm conflict' in international law and legal theory", *The European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 2 (2006), págs. 395 a 418. Véase también V. Jeutner, "Rebutting four arguments in favour of resolving *ius cogens* conflicts by means of proportionality tests", *Nordic Journal of International Law*, vol. 89, núm. 3 (2020), págs. 453 a 470, en especial pág. 455.

(ius cogens)[280]. En tales casos, se indica a los interesados que han de interpretar la norma de derecho internacional que no tenga carácter imperativo de manera que esté en consonancia con la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Las palabras "en la medida de lo posible" que figuran en el proyecto de conclusión tienen por objeto poner de relieve que, al interpretar normas de derecho internacional en consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, no se pueden exceder los límites de la interpretación. Dicho de otro modo, no se puede atribuir a la norma en cuestión un sentido o contenido distintos de los que se derivarían de la aplicación normal de las reglas y la metodología de interpretación para lograr la consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

3) El proyecto de conclusión 20 utiliza las palabras "interpretarse y aplicarse". La interpretación y la aplicación de una norma son conceptos interrelacionados, pero distintos. Las palabras "interpretación y aplicación" se utilizan también en el párrafo 3) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, donde se habla de ese efecto interpretativo de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Se reconoce que, en algunos casos, lo que puede estar en juego no es la interpretación de la norma en cuestión, sino su aplicación. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando una norma está, a primera vista, en consonancia con la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* pertinente, pero su aplicación de una manera concreta sería contraria a la norma imperativa pertinente.

4) En el contexto de las normas de los tratados, la regla enunciada en el proyecto de conclusión 20 puede considerarse una aplicación del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, que dispone que, para la interpretación de los tratados, "habrá de tenerse en cuenta [...] toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". Las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* son normas de derecho internacional aplicables principalmente en las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales y, por lo tanto, han de tenerse en cuenta, cuando proceda, para la interpretación de los tratados[281].

5) Aunque la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 constituye una aplicación específica del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, es aplicable no solo en relación con los tratados, sino también para la interpretación y aplicación de todas las demás normas de derecho internacional. A este respecto, la Comisión ha afirmado que "[c]uando existe una oposición aparente entre obligaciones primarias, una de las cuales se deriva para un Estado directamente de una norma imperativa de derecho internacional general, es evidente que esa obligación imperativa prevalecerá [...] [L]as normas imperativas de derecho internacional general dan origen a firmes principios interpretativos que resolverán todos los conflictos, o los más evidentes"[282].

6) Como se señala en el párrafo 2) del presente comentario, las palabras "en la medida de lo posible" tienen por objeto indicar que la regla enunciada en este proyecto de conclusión no permite que se rebasen los límites de la interpretación. Cuando no sea posible interpretar

[280] S. B. Traoré, "Peremptory norms and interpretation in international law", en Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law* (Jus Cogens)... (nota 26 *supra*), págs. 132 a 176.

[281] Véase, por ejemplo, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (nota 54 *supra*), pág. 92, párr. 414. Así se hizo, por ejemplo, en *Consejo de la Unión Europea c. Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario), asunto núm. C-104/16 P, sentencia de 21 de diciembre de 2016*, Gran Sala, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 53/19 (20 de febrero de 2017), párrs. 88 y ss., en especial párr. 114, en el que el Tribunal, tras haber determinado que el principio de libre determinación era "uno de los principios esenciales del derecho internacional" y que establecía obligaciones *erga omnes* (párr. 88), pasó a interpretar el tratado entre la Comisión Europea y Marruecos de manera que se respetara esa norma: "Por tanto, en el momento de su conclusión, el Acuerdo de Liberalización no podía entenderse en el sentido de que su ámbito de aplicación territorial incluía el territorio del Sáhara Occidental" (párr. 114).

[282] Párrafo 3) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90. Véanse también la conclusión 42) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 54 *supra*); y Mik (nota 176 *supra*), págs. 73 y ss.

la norma que no tiene carácter imperativo de manera que esté en consonancia con la norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, la norma que no tiene carácter imperativo se anulará de conformidad con los proyectos de conclusión 10, 14, 15 y 16.

7) Debe entenderse que la expresión "otra norma de derecho internacional" que figura en el proyecto de conclusión 20 hace referencia a las obligaciones de derecho internacional, con independencia de que se deriven de un tratado, del derecho internacional consuetudinario, de un principio general del derecho, de un acto unilateral o de una resolución, decisión u otro acto de una organización internacional. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 20 es de aplicación para la interpretación de las normas u obligaciones establecidas en los proyectos de conclusión 10, 14, 15 y 16.

Conclusión 21
Procedimiento recomendado

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

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

3. Si, en todo caso, cualquiera de los Estados interesados formula una objeción, los Estados interesados deberían buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Si no se encuentra una solución en un período de 12 meses, y el Estado que haya formulado la objeción ofrece someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia o a otro tipo de procedimiento que implique decisiones vinculantes, el Estado que haya invocado la norma no debería adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia.

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 21 se refiere al procedimiento recomendado para la invocación y fundamentación de la nulidad de normas de derecho internacional, incluidos tratados, por estar en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Es importante recordar que, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, los Estados en general apoyaron las disposiciones relativas a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, pero expresaron preocupación por que los Estados pudieran abusar del derecho a alegar la nulidad de tratados invocando de forma unilateral los artículos 53 y 64 y poner así en peligro la estabilidad de las relaciones convencionales[283]. Para responder a esa preocupación, la Convención de Viena

[283] Véanse *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones*... (véase la nota 53 *supra*), 4 de mayo de 1968, declaraciones de Francia, 54ª sesión, párr. 29 ("[e]l texto actual no da ninguna indicación sobre la manera en que puede reconocerse una regla de derecho como perteneciente al *ius cogens* respecto a cuyo contenido se han presentado interpretaciones divergentes e incluso contradictorias. [...] Por otra parte, no se ha previsto ningún control jurisdiccional al que hubiera de someterse la elaboración de un concepto tan nuevo e impreciso"); y Noruega, 56ª sesión, párr. 37 ("[e]ste artículo deja en la oscuridad varias cuestiones importantes, en especial, la de saber cuáles son las actuales normas de *ius cogens* y cómo se crean. El texto de la Comisión [...], más que dar una definición de las normas, indica sus efectos, de modo que

de 1969 supedita toda invocación de los artículos 53 y 64 a un procedimiento que prevé el arreglo judicial. En el contexto del presente proyecto de conclusiones, la invocación de las reglas establecidas en la tercera parte sin que exista algún tipo de mecanismo que permita evitar la adopción de medidas unilaterales suscita preocupaciones similares a las planteadas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Así pues, el proyecto de conclusión 21 tiene por objeto evitar o reducir al mínimo la posibilidad de que las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* se invoquen unilateralmente o se interpreten libremente[284].

2) No obstante, la formulación de una disposición apropiada a los efectos del presente proyecto de conclusiones no está exenta de dificultades. La principal dificultad es que las disposiciones en materia de solución de controversias se detallan en tratados y no se enmarcan en el derecho internacional consuetudinario. Se enmarcan en el derecho de los tratados, que únicamente es aplicable a los Estados que han aceptado la aplicación de esas normas. Así, en lo que respecta a las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, la Convención de Viena de 1969 contiene un detallado marco de solución de controversias[285] con arreglo al cual el Estado parte que alegue que un tratado es nulo por cualquier motivo, por ejemplo por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, deberá notificar su pretensión a los otros Estados partes. Si, después de un plazo determinado, no se reciben objeciones a su notificación, podrá darse efecto a las consecuencias de la nulidad. No obstante, si hay una objeción, la Convención de Viena de 1969 exige que los Estados partes interesados busquen una solución por los medios previstos en la Carta de las Naciones Unidas. Estos medios son, entre otros, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos regionales u otros medios pacíficos[286]. Si la pretensión de nulidad se basa en una oposición con una norma imperativa en el sentido del artículo 53 o el artículo 64 y no se encuentra una solución a la oposición por esos medios, cualquiera de las partes en la controversia podrá someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia a menos que se convenga en someterlo a arbitraje.

3) En la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que "ambas partes convienen en que los artículos 65 a 67 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si no codifican el derecho consuetudinario, al menos reflejan con carácter general el derecho internacional consuetudinario y contienen determinados principios de procedimiento que se basan en la obligación de actuar de buena fe"[287]. Esta observación de la Corte se refiere principalmente al proceso de consulta previo a toda terminación del acuerdo. Con ello la Corte no determinó que existiera una norma de derecho internacional consuetudinario sobre el establecimiento de su competencia para la solución de controversias relativas a la nulidad de tratados que se alegue que están en oposición con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. No puede considerarse que las disposiciones de los artículos 65 a 67 de la Convención de Viena de 1969, en particular las relativas al sometimiento de una controversia a la Corte Internacional de Justicia, reflejen el derecho internacional consuetudinario. Al tratarse de disposiciones convencionales, no pueden imponerse a los Estados que no sean parte en la Convención de Viena de 1969. Además, incluso entre los Estados que son parte en la Convención, varios han formulado reservas a la aplicación del mecanismo de solución de controversias, en particular en lo que respecta al sometimiento de controversias a la Corte Internacional de Justicia y a arbitraje (art. 66 a) de la Convención de Viena de 1969)[288].

4) Al formular una disposición sobre solución de controversias relativas a la nulidad de normas de derecho internacional por ser incompatibles con normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, la Comisión tenía que asegurarse, por una parte, de que

existe el riesgo de que surjan entre los Estados graves conflictos a este respecto; no prevé tampoco ningún medio eficaz para resolver esos conflictos").

284 Véase, en general, Wood (nota 190 *supra*).

285 Véanse los artículos 65 y 66 de la Convención de Viena de 1969.

286 Véase el Artículo 33, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas.

287 *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 66 *supra*), pág. 66, párr. 109.

288 Véase una lista completa de las reservas a la Convención de Viena de 1969 en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 131.

no pretendiera imponer normas convencionales a Estados que no estuvieran obligados por esas normas y, por otra, de que se tuvieran en cuenta las preocupaciones relativas a la necesidad de evitar la anulación unilateral de normas. Además, debía velar por que la presente disposición no afectara a los procedimientos establecidos en virtud de la Convención de Viena de 1969, o de cualquier otra disposición convencional. En el proyecto de conclusión 21 se recomienda un procedimiento para lograr ese equilibrio. Está redactado en términos exhortativos a fin de evitar que su contenido pueda considerarse vinculante para los Estados.

5) Los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 21 se inspiran en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. El párrafo 1 dispone que el Estado que desee impugnar una norma de derecho internacional por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional *(ius cogens)* debería notificar su pretensión a los otros Estados. Aunque su formulación es parecida a la de la Convención de Viena de 1969, hay dos diferencias importantes. En primer lugar, como ocurre en todo el proyecto de conclusión, se utiliza el verbo "debería" para indicar que la disposición no es vinculante. En segundo lugar, en el párrafo se habla de "una norma de derecho internacional" para indicar que se refiere tanto a los tratados como a otras obligaciones internacionales derivadas de otras fuentes del derecho internacional. Por consiguiente, el párrafo se refiere a los "Estados interesados" para indicar que la notificación puede ir dirigida a otros destinatarios además de las partes en un tratado. Con la expresión "Estados interesados" también se pretende indicar que, en el caso de los tratados con un número limitado de partes, la obligación de notificar se limita a dichas partes. En consonancia con el párrafo 10) del comentario al proyecto de conclusión 1, debe entenderse que las palabras "Estado" y "Estados interesados" que figuran en este proyecto de conclusión también engloban *mutatis mutandis* a las organizaciones internacionales que puedan verse afectadas por las medidas que se adopten.

6) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 21 también dispone que en la notificación han de indicarse las medidas propuestas para solucionar la oposición. Esas medidas pueden ser las mencionadas en la tercera parte del proyecto de conclusiones. El requisito de que se especifiquen las medidas propuestas está en consonancia con el objetivo de la notificación, a saber, permitir a los otros Estados que respondan adecuadamente, en caso necesario. La notificación puede hacerse llegar a los otros Estados por diversos medios, entre ellos por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas.

7) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 21 establece que, si ningún otro Estado formula una objeción a la notificación, el Estado que afirma su pretensión podrá adoptar la medida que ha propuesto. No obstante, el derecho a adoptar esa medida solo podrá ejercerse tras "un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses". Esto significa, en primer lugar, que en la notificación mencionada en el párrafo 1 se debería señalar un plazo para formular objeciones a la notificación. El plazo debería ser razonable y la Comisión determinó que, por regla general, un mínimo de tres meses era razonable. En segundo lugar, el Estado que invoca la nulidad de un tratado no podrá adoptar la medida propuesta hasta que haya expirado dicho plazo, y si no ha habido objeciones al respecto. Puede haber circunstancias en que un plazo de tres meses sea demasiado largo. Teniendo esto en cuenta, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 21 prevé la posibilidad de acortarlo "en casos de especial urgencia". En el proyecto de conclusiones no se definen los "casos de especial urgencia", que se determinarán en función de los hechos en cada caso concreto. No obstante, se puede decir que los "casos de especial urgencia" serán aquellos en los que el tiempo apremie.

8) En el párrafo 3 del proyecto de conclusión 21 se abordan los casos en que un Estado interesado formula una objeción contra la pretensión de nulidad de una norma de derecho internacional por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*. Si se plantea tal objeción, el Estado que haya invocado esa norma no podrá aplicar unilateralmente las medidas propuestas. En tal caso, el Estado que haya invocado la norma y los otros Estados interesados están obligados a buscar una solución eligiendo alguno de los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

9) En el párrafo 3 del proyecto de conclusión 21 también se abordan los casos en que los Estados interesados no pueden encontrar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Establece que, en tales casos, cuando el

Estado que haya formulado la objeción haya ofrecido someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia o a otro tipo de procedimiento de carácter vinculante, el Estado que haya invocado la norma no debería adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia. La Comisión partió de la base de que la invocación de la nulidad de una norma de derecho internacional por su incompatibilidad con una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* no podía en sí misma fundamentar el establecimiento de la competencia de la Corte Internacional de Justicia[289]. No obstante, con el fin de evitar toda unilateralidad, la Comisión consideró apropiado alentar el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia sin hacerlo obligatorio. Así pues, el párrafo 3 del proyecto de conclusión tiene por objeto alentar a que las controversias no resueltas se sometan a arreglo judicial.

10) El proyecto de conclusión 21 es una disposición de carácter procedimental que no tiene implicación alguna para la legalidad de las medidas que puedan adoptarse. Si, una vez vencido el plazo de 12 meses, los otros Estados interesados no ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, las disposiciones procedimentales del proyecto de conclusión 21 ya no impedirán al Estado que haya invocado la norma adoptar las medidas propuestas. Es importante destacar que esta disposición no impone obligación alguna de someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia ni establece la competencia obligatoria de esta. En cambio, la disposición impide que el Estado que haya invocado la nulidad adopte las medidas propuestas si los otros Estados interesados ofrecen someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia. En caso de que se haga tal ofrecimiento de someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, el Estado que haya invocado la nulidad no tendrá derecho a adoptar las medidas propuestas hasta que se resuelva la controversia y la Corte haya determinado que las medidas están justificadas con arreglo al derecho internacional.

11) El párrafo 4 es una cláusula “sin perjuicio”. Como se ha explicado anteriormente, el proyecto de conclusión 21 no establece la competencia de la Corte Internacional de Justicia, ni impone a ningún Estado la obligación de someter un asunto a la Corte o de aceptar la competencia de esta. Del mismo modo, el proyecto de conclusión 21 no afecta a la competencia de la Corte que pudiera establecerse en virtud de cualquier otra norma de derecho internacional, como los mecanismos de solución de controversias previstos en la Convención de Viena de 1969 u otras disposiciones de solución de controversias aplicables convenidas por los Estados interesados (incluido el Estado que haya invocado la norma como causa de nulidad).

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

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 22 es una cláusula “sin perjuicio”. Establece que el presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* puedan generar de otro modo según el derecho internacional.

2) En lo que respecta a su alcance, el presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Como se señala en el párrafo 3) del comentario al proyecto

[289] *Armed Activities on the Territory of the Congo* (véase la nota 58 *supra*), pág. 32, párr. 64 (“Lo mismo cabe decir de la relación entre las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* y el establecimiento de la competencia de la Corte: el hecho de que una controversia se refiera al cumplimiento de una norma que tenga aquel carácter, como es indudablemente el caso con respecto a la prohibición del genocidio, no puede por sí mismo constituir una base para establecer la competencia de la Corte”).

de conclusión 1, el presente proyecto de conclusiones no tiene por objeto ocuparse del contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Además de la metodología y el proceso para identificar las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, el proyecto de conclusiones también aborda, en general, las consecuencias jurídicas de esas normas. Se trata, entre otras, de sus consecuencias para las normas de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los actos unilaterales y las resoluciones, decisiones u otros actos vinculantes de organizaciones internacionales. El contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* puede tener en sí consecuencias jurídicas distintas de las consecuencias jurídicas generales señaladas en el presente proyecto de conclusiones. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 22 tiene por objeto indicar que el proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de otro modo de determinadas normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

3) La cuestión de las consecuencias jurídicas de determinadas normas imperativas se ha planteado, en particular, con respecto a las posibles consecuencias para la inmunidad y la competencia de las cortes y tribunales nacionales de los crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, cuya comisión está prohibida por normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Esas consecuencias no son consecuencias generales de las normas imperativas del derecho internacional general *(ius cogens)*, sino de determinadas normas imperativas de derecho internacional general. Por tanto, no se abordan en el presente proyecto de conclusiones.

Conclusión 23
Lista no exhaustiva

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

Comentario

1) El proyecto de conclusión 1 establece el alcance del presente proyecto de conclusiones al señalar que se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Como se señala en el párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 1 y en el párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 22, el presente proyecto de conclusiones es de carácter metodológico y no tiene por objeto ocuparse del contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. Por consiguiente, el proyecto de conclusiones no pretende establecer una lista de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

2) La elaboración de una lista de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, incluso si no es exhaustiva, requeriría un estudio detallado y riguroso de muchas posibles normas para determinar cuáles de ellas cumplen los criterios establecidos en la segunda parte del presente proyecto de conclusiones. Ello escapa al alcance del ejercicio de elaborar un proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

3) Aunque la identificación de determinadas normas que tengan carácter imperativo queda fuera del alcance del presente proyecto de conclusiones, la Comisión ha decidido incluir en un anexo una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión se ha referido anteriormente como normas de carácter imperativo. El proyecto de conclusión 23 se refiere a ese anexo. La Comisión insiste en que, para elaborar esta lista, no ha seguido la metodología establecida en los proyectos de conclusión 4 a 9. La lista pretende ilustrar, tomando como referencia los trabajos anteriores de la Comisión, los tipos de normas que se han identificado habitualmente como normas de carácter imperativo, sin entrar a valorar dichas normas de momento.

4) El proyecto de conclusión 23 establece, en primer lugar, que el anexo se entiende sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho

internacional general *(ius cogens)*. La expresión "[s]in perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*" tiene por objeto indicar que la inclusión de la lista en el anexo no excluye en modo alguno la existencia en la actualidad de otras normas que puedan tener carácter imperativo ni la aparición en el futuro de otras normas que tengan ese carácter. En segundo lugar, el proyecto de conclusión 23 dispone, como afirmación fáctica, que las normas que figuran en el anexo son aquellas a las que la Comisión se ha referido anteriormente como normas que han obtenido estatus imperativo. Por último, el proyecto de conclusión 23 afirma que la lista que figura en el anexo no es exhaustiva, lo que sirve para confirmar que las normas que contiene se entienden sin perjuicio de otras normas que tengan el mismo carácter[290]. No es exhaustiva en dos sentidos. En primer lugar, existen o pueden existir otras normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* además de las contenidas en la lista. En segundo lugar, aparte de las enumeradas en el anexo, la Comisión también se ha referido anteriormente a otras normas como normas de carácter imperativo. Por lo tanto, no se debe considerar que el anexo excluye el carácter imperativo de esas otras normas.

5) El hecho de que el anexo mencionado en el proyecto de conclusión 23 contenga normas a las que la Comisión se ha referido anteriormente tiene dos implicaciones para la lista. En primer lugar, la formulación de cada norma se basa en una formulación empleada anteriormente por la Comisión. Por lo tanto, la Comisión no ha intentado reformular las normas de la lista. Como se verá en los siguientes párrafos del comentario al proyecto de conclusión 23, en algunos casos la Comisión ha utilizado formulaciones diferentes en sus trabajos anteriores. La segunda implicación es que no se ha intentado definir el alcance, el contenido o la aplicación de las normas señaladas. El anexo se limita a enumerar normas identificadas anteriormente por la Comisión, utilizando la misma formulación y sin tratar de abordar ningún aspecto de su contenido.

6) En sus trabajos anteriores, la Comisión ha utilizado diferentes expresiones para calificar las normas a las que se ha referido. En su comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, utilizó las palabras "ejemplo patente" y "ejemplo", respectivamente, al referirse a dos de las normas[291]. En su comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión se refirió a las normas de su lista como aquellas "claramente aceptadas y reconocidas"[292], mientras que, en su comentario al artículo 40 de los mismos artículos, utilizó la expresión "se conviene generalmente" para calificar de imperativa la norma de la "prohibición de la agresión", y dijo que "parece haber un amplio acuerdo" respecto de otras normas enumeradas en ese párrafo[293].

7) La primera norma que figura en el anexo es la prohibición de la agresión. La Comisión se refirió a la prohibición de la agresión en el comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[294]. En 1966, la Comisión afirmó que "las normas de la Carta [de las Naciones Unidas] por las que se prohíbe el uso de

[290] Véase también el párrafo 6) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en el que se habla del carácter no exhaustivo de las normas a que se hace referencia en esos artículos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 121 ("Hay que destacar que los ejemplos que se han dado no pueden ser exhaustivos. Además, el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969 prevé la posibilidad de que lleguen a crearse nuevas normas imperativas de derecho internacional general a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como se menciona en el artículo 53. Estos ejemplos se dan, pues, sin perjuicio de que existan o se desarrollen normas de derecho internacional que cumplan los criterios de las normas imperativas a tenor del artículo 53").

[291] Párrafos 1) y 3) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, segunda parte, págs. 271 y 272.

[292] Párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90.

[293] *Ibid*., párrafo 4) del comentario al artículo 40, pág. 120.

[294] Véase *ibid.* ("Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa"). Véase también el párrafo 5) del comentario al artículo 26, *ibid.*, pág. 91 ("Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden l[a] prohibici[ón] de [la] agresión").

la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*"[295]. Aunque no es estrictamente un texto de la Comisión en sí, también cabe destacar la labor realizada en 2006 por su Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional. Al igual que en el comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se hace referencia a la prohibición de la agresión como norma imperativa[296]. En su informe, el Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, tras referirse a la identificación por la Comisión de la prohibición de la agresión, incluyó "la prohibición del uso agresivo de la fuerza" en su lista de "reglas más frecuentemente citadas para el rango de *ius cogens*"[297].

8) La segunda norma que figura en el anexo es la prohibición del genocidio. La Comisión ha utilizado sistemáticamente la misma formulación para referirse a la prohibición del genocidio en toda su labor al respecto. En particular, la prohibición del genocidio se menciona tanto en el comentario al artículo 26 como en el comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[298]. En las conclusiones y el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional también se habla de la prohibición del genocidio[299].

9) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad es la tercera norma incluida en el anexo. El cuarto párrafo del preámbulo del proyecto de artículos de 2019 sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad recuerda que "la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*"[300]. En el comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión no se refirió a la prohibición de los crímenes de lesa humanidad por separado, sino a la prohibición de los "delitos contra la humanidad y [la] tortura"[301]. La prohibición de los crímenes de lesa humanidad también se menciona en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional como una de las "reglas más frecuentemente citadas" para adquirir el rango de *ius cogens*[302].

10) La Comisión habla de las normas básicas del derecho internacional humanitario, la cuarta norma del anexo, en su comentario al artículo 40 de sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[303]. En las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se hace referencia a las

[295] Véase el párrafo 1) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, segunda parte, pág. 271. En el párrafo 3) de ese comentario, la Comisión habló del "uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la Carta" de las Naciones Unidas.

[296] Véase la conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 54 *supra*).

[297] Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (nota 54 *supra*), pág. 84, párr. 374. Cabe señalar que en el informe del Grupo de Estudio también se hace referencia, como norma específica, al derecho de legítima defensa.

[298] Véanse el párrafo 5) del comentario al artículo 26 y el párrafo 4) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 90, 91 y 120.

[299] Conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 54 *supra*) e informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (nota 54 *supra*), pág. 84, párr. 374.

[300] Véase el preámbulo del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), cap. IV, secc. E.1, párr. 44.

[301] Párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 90 y 91.

[302] Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (véase la nota 54 *supra*), pág. 84, párr. 374.

[303] Párrafo 5) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 120 y 121.

normas básicas del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados[304]. En el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, por otra parte, se habla de "la prohibición de las hostilidades contra la población civil ('normas básicas del derecho internacional humanitario')"[305].

11) La quinta norma del anexo es la prohibición de la discriminación racial y del *apartheid*. La prohibición de la discriminación racial y del *apartheid* se menciona en el comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[306]. No obstante, en el comentario al artículo 26 de esos artículos solo se hace referencia a la prohibición de la discriminación racial, sin mención alguna del *apartheid*[307]. En el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional también se hace referencia a la prohibición de la discriminación racial y del *apartheid*[308]. Sin embargo, en las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se menciona la prohibición del *apartheid* junto con la tortura, y no se habla de la discriminación racial[309].

12) El anexo también incluye la prohibición de la esclavitud como sexta norma de la lista de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* a las que la Comisión se ha referido anteriormente. La Comisión se refirió a la prohibición de la esclavitud como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* en el comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[310]. En el comentario al artículo 40 de los mismos artículos se hace referencia a la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos[311]. En el comentario al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, por su parte, se habla de la prohibición de la trata de esclavos[312].

13) La prohibición de la tortura es la séptima norma del anexo. La Comisión se refiere a la prohibición de la tortura en su comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[313]. En el comentario al artículo 26 de esos artículos, la Comisión habla de la prohibición de los "delitos contra la humanidad y [la] tortura"[314]. En las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la

[304] Véase la conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 54 *supra*).

[305] Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (véase la nota 54 *supra*), pág. 84, párr. 374.

[306] Párrafo 4) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 120.

[307] *Ibid*., págs. 90 y 91, párrafo 5) del comentario al artículo 26.

[308] Véase el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (nota 54 *supra*), pág. 84, párr. 374.

[309] Véase la conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 54 *supra*).

[310] Párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90.

[311] *Ibid*., pág. 120, párrafo 4) del comentario al artículo 40. Esa es la formulación empleada en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (véase la nota 54 *supra*), pág. 84, párr. 374.

[312] Párrafo 3) del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, segunda parte, pág. 271.

[313] Párrafo 5) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 120 y 121. En el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (véase la nota 54 *supra*), pág. 84, párr. 374, también se cita la prohibición de la tortura como ejemplo de norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*.

[314] Párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 90 y 91.

fragmentación del derecho internacional, por otra parte, se hace referencia a la prohibición del "*apartheid* y la tortura"[315].

14) La última norma que figura en el anexo es el derecho a la libre determinación. Al calificarla de norma de carácter imperativo, la Comisión, en sus textos en inglés, ha utilizado la formulación *"the right of self-determination"*, aunque a veces ha hablado de *"the right to self-determination"*[316].

15) Como se explica en el párrafo 2), la lista no es exhaustiva, no solo en el sentido de que no pretende abarcar todas las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)* que puedan existir o que puedan surgir en el futuro, sino también en el sentido de que no refleja todas las normas a las que la Comisión se ha referido de alguna manera como normas de carácter imperativo. Esto incluye las normas que la Comisión ha examinado en sus deliberaciones. Por ejemplo, en su comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión se refiere, entre otras cosas, a la prohibición de la piratería y al principio de "igualdad [soberana] de los Estados", que es un principio fundamental de la Carta de las Naciones Unidas[317]. La Comisión también ha hecho referencia al importante papel de la Carta de las Naciones Unidas, en especial las disposiciones que establecen los propósitos y principios de las Naciones Unidas, para el desarrollo de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*. En el proyecto de artículo 19 aprobado en 1976 durante la primera lectura del tema "Responsabilidad del Estado", la Comisión también hizo referencia a las obligaciones "de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares", como normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[318].

16) Las normas contenidas en el anexo no siguen ningún orden determinado. El orden en el que figuran no indica en modo alguno una jerarquía entre ellas.

Anexo

a) La prohibición de la agresión;

b) la prohibición del genocidio;

c) la prohibición de los crímenes de lesa humanidad;

d) las normas básicas del derecho internacional humanitario;

e) la prohibición de la discriminación racial y del *apartheid*;

f) la prohibición de la esclavitud;

g) la prohibición de la tortura;

h) el derecho a la libre determinación.

---

[315] Véase la conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 54 *supra*).

[316] Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en el que la Comisión menciona la "obligación de respetar el derecho a la libre determinación", *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 120 y 121. Véanse también la conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 54 *supra*) y el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) *(ibid.)*, pág. 84, párr. 374. En el párrafo 3) del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión habla del "principio de la libre determinación", *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, segunda parte, pág. 271. En el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión hace referencia al derecho a la libre determinación, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 90 y 91.

[317] Párrafo 3) del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, segunda parte, pág. 271.

[318] Véase el artículo 19, párrafo 3 d), del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 94, leído conjuntamente con los párrafos 17) y 18) del comentario a ese proyecto de artículo (*ibid.*, págs. 100 y 101).

Capítulo V
Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

A. Introducción

45. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados" en su programa de trabajo y nombró Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson[319].

46. La Relatora Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 66º período de sesiones (2014), el segundo informe en su 67º período de sesiones (2015) y el tercer informe en su 68º período de sesiones (2016)[320]. Sobre la base de los proyectos de principio propuestos por la Relatora Especial en sus informes preliminar, segundo y tercero, la Comisión aprobó provisionalmente 16 proyectos de principio[321].

47. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo, presidido por el Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, encargado de examinar el plan a seguir en relación con el tema, dado que la Sra. Jacobsson había dejado de ser miembro de la Comisión[322]. El Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión que nombrara un nuevo Relator Especial para que ayudara a concluir de manera satisfactoria la labor sobre el tema[323]. Tras el informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo, la Comisión decidió nombrar Relatora Especial a la Sra. Marja Lehto[324].

48. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión recibió y examinó el primer informe de la Relatora Especial[325] y tomó nota de los proyectos de principio 19, 20 y 21 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción[326]. En su 71er período de sesiones (2019), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de principio 19, 20 y 21, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 70º período de sesiones y de los que la Comisión había tomado nota en ese mismo período de sesiones[327]. La Comisión examinó el segundo informe de la Relatora Especial[328].

---

319 La decisión se adoptó en la 3171ª sesión de la Comisión, celebrada el 28 de mayo de 2013 (véase *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 167). Para consultar la sinopsis del tema, véase *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), anexo V.

320 Documentos A/CN.4/674 y Corr.1 (informe preliminar), A/CN.4/685 (segundo informe) y A/CN.4/700 (tercer informe).

321 Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 59 a 61.

322 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 255. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los proyectos de comentario preparados por la Relatora Especial, aun cuando ya no era miembro de la Comisión, a los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 68º período de sesiones y de los que la Comisión había tomado nota en ese mismo período de sesiones.

323 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 260.

324 *Ibid*., párr. 262.

325 Documento A/CN.4/720. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Vázquez-Bermúdez con el propósito de ayudar a la Relatora Especial a preparar los proyectos de comentario a los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 69º período de sesiones y de los que la Comisión había tomado nota en ese mismo período de sesiones. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párr. 167.

326 *Ibid*., párr. 172.

327 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 62.

328 Documento A/CN.4/728.

49. También en su 71er período de sesiones (2019), la Comisión aprobó, en primera lectura, todo el proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, que constaba de 28 proyectos de principio con sus comentarios[329]. De conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, la Comisión decidió remitir el proyecto de principios, por conducto del Secretario General, a Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados para que formularan comentarios y observaciones[330].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

50. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/750), así como los comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados (A/CN.4/749).

51. En sus sesiones 3571ª a 3578ª, celebradas del 28 de abril al 10 de mayo de 2022, la Comisión examinó el tercer informe de la Relatora Especial y dio instrucciones al Comité de Redacción para que iniciara la segunda lectura del proyecto de principios, y de un proyecto de preámbulo, sobre la base de las propuestas de la Relatora Especial, teniendo en cuenta los comentarios y observaciones de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados, así como el debate mantenido en el pleno de la Comisión sobre el informe del Relator Especial.

52. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.968) en su 3584ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2022 y aprobó, en segunda lectura, el proyecto de principios, con un preámbulo, sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (secc. E.1 *infra*).

53. En sus sesiones 3602ª a 3606ª, celebradas del 28 de julio al 2 de agosto de 2022, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de principios y al preámbulo (véase la sección E.2 *infra*).

54. De conformidad con su estatuto, la Comisión somete el proyecto de principios y el preámbulo a la Asamblea General, junto con la recomendación que figura a continuación.

C. Recomendación de la Comisión

55. En su 3606ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2022, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar que la Asamblea General:

a) tomara nota del proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados en una resolución, adjuntara los principios a la resolución y alentara a que se le diera la máxima difusión posible;

b) señalara el proyecto de principios, con sus comentarios, a la atención de los Estados y las organizaciones internacionales y de todos cuantos pudieran estar llamados a ocuparse de la cuestión.

D. Agradecimiento a la Relatora Especial

56. En su 3606ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2022, la Comisión, tras aprobar el proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, aprobó la siguiente resolución por aclamación:

"*La Comisión de Derecho Internacional*,

Habiendo aprobado el proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados,

[329] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 62 a 67.

[330] *Ibid*., párr. 68.

Expresa su profundo reconocimiento y su sincera felicitación a la Relatora Especial, Sra. Marja Lehto, por la extraordinaria contribución realizada, con su inagotable esfuerzo y su concienzuda labor, a la preparación del proyecto de principios, así como por los resultados logrados en la elaboración del proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados."

57. La Comisión también reiteró su profundo agradecimiento a la anterior Relatora Especial, la Sra. Marie G. Jacobsson, por su valiosa contribución a la labor sobre el tema.

E. Texto del proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

1. Texto del proyecto de principios

58. A continuación se reproduce el texto del proyecto de principios aprobado por la Comisión, en segunda lectura, en su 73er período de sesiones.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

[...]

Recordando la urgente necesidad y los objetivos comunes de reforzar y promover la conservación, restauración y utilización sostenible del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras,

Recordando también que el principio 24 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece, entre otras cosas, que los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado y cooperar en su ulterior desarrollo,

Reconociendo que las consecuencias ambientales de los conflictos armados pueden ser graves y exacerbar los problemas ambientales mundiales, como el cambio climático y la pérdida de biodiversidad,

Consciente de la importancia del medio ambiente para los medios de vida, la seguridad alimentaria e hídrica, el mantenimiento de las tradiciones y culturas, y el disfrute de los derechos humanos,

Poniendo de relieve que es preciso tener en cuenta los factores ambientales en el contexto de la aplicación de los principios y normas del derecho aplicable en los conflictos armados,

Consciente de la necesidad de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, también en las situaciones de ocupación,

Considerando que la protección efectiva del medio ambiente en relación con los conflictos armados requiere que los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes tomen medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente antes y después de un conflicto armado y durante este,

[...]

Primera parte
Introducción

Principio 1
Alcance

El presente proyecto de principios se aplica a la protección del medio ambiente antes o después de un conflicto armado o durante este, también en las situaciones de ocupación.

Principio 2
Propósito

El presente proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas mediante medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente.

Segunda parte
Principios de aplicación general

Principio 3
Medidas para mejorar la protección del medio ambiente

1. Los Estados, de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional, adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole efectivas para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

2. Además, los Estados deben adoptar otras medidas, cuando proceda, para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

Principio 4
Designación de zonas protegidas

Los Estados deben designar, mediante acuerdo o de otro modo, las zonas de importancia ambiental como zonas protegidas en caso de conflicto armado, también cuando esas zonas sean de importancia cultural.

Principio 5
Protección del medio ambiente de los pueblos indígenas

1. Los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes adoptarán medidas apropiadas, en caso de conflicto armado, para proteger el medio ambiente de las tierras y los territorios en que habiten pueblos indígenas o que sean utilizados tradicionalmente por estos.

2. Cuando un conflicto armado haya afectado de manera adversa al medio ambiente de tierras o territorios en que habiten pueblos indígenas o que sean utilizados tradicionalmente por estos, los Estados mantendrán consultas y una cooperación apropiadas y efectivas con los pueblos indígenas en cuestión, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que los representen, con el fin de adoptar medidas de reparación.

Principio 6
Acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares

Los Estados y las organizaciones internacionales deben, cuando proceda, incluir disposiciones en materia de protección ambiental en relación con los conflictos armados en los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares. Tales disposiciones deben prever medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente.

Principio 7
Operaciones de paz

Los Estados y las organizaciones internacionales que participen en operaciones de paz establecidas en relación con conflictos armados considerarán el impacto de esas operaciones en el medio ambiente y adoptarán, cuando proceda, medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente causados por esas operaciones.

Principio 8
Desplazamientos humanos

Los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes deben adoptar medidas apropiadas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente en las zonas donde se encuentren o por las que transiten personas desplazadas por un conflicto armado, a la vez que prestar socorro y asistencia a esas personas y a las comunidades locales.

Principio 9
Responsabilidad del Estado

1. Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado, en relación con un conflicto armado, que cause daños al medio ambiente generará la responsabilidad internacional de ese Estado, que estará obligado a reparar íntegramente esos daños, incluidos los causados al medio ambiente en sí mismo.

2. El presente proyecto de principios se entenderá sin perjuicio de las normas sobre la responsabilidad del Estado o de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos.

3. El presente proyecto de principios se entenderá también sin perjuicio de:

a) las normas sobre la responsabilidad de los grupos armados no estatales;

b) las normas sobre la responsabilidad penal individual.

Principio 10
Debida diligencia de las empresas

Los Estados deben adoptar medidas apropiadas para que las empresas que operen en su territorio o desde él, o en territorios bajo su jurisdicción, actúen con la debida diligencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente, también en relación con la salud humana, cuando realicen actividades en una zona de conflicto armado. Esas medidas están destinadas, entre otras cosas, a velar por que los recursos naturales se adquieran u obtengan de otro modo de una manera ambientalmente sostenible.

Principio 11
Responsabilidad civil de las empresas

Los Estados deben adoptar medidas apropiadas para que las empresas que operen en su territorio o desde él, o en territorios bajo su jurisdicción, puedan ser consideradas responsables de los daños que hayan causado al medio ambiente, también en relación con la salud humana, en una zona de conflicto armado. Cuando proceda, esas medidas deben estar destinadas, entre otras cosas, a velar por que las empresas puedan ser consideradas responsables en la medida en que esos daños hayan sido causados por una filial suya que actúe bajo su control *de facto*. A tal efecto, los Estados deben prever, cuando proceda, procedimientos y medios de reparación adecuados y efectivos, en particular para las víctimas de esos daños.

Tercera parte
Principios aplicables durante un conflicto armado

Principio 12
Cláusula de Martens con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

En los casos no contemplados por acuerdos internacionales, el medio ambiente quedará bajo la protección y el gobierno de los principios del derecho internacional derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

Principio 13
Protección general del medio ambiente durante un conflicto armado

1. El medio ambiente se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados.

2. Con arreglo al derecho internacional aplicable:

a) se velará por la protección del medio ambiente contra los daños vastos, duraderos y graves;

b) queda prohibido el empleo de métodos y medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños vastos, duraderos y graves al medio ambiente.

3. Ninguna parte del medio ambiente podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

Principio 14
Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente

El derecho de los conflictos armados, incluidos los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad y precaución, será de aplicación al medio ambiente con miras a su protección.

Principio 15
Prohibición de las represalias

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente como represalia.

Principio 16
Prohibición del pillaje

Queda prohibido el pillaje de recursos naturales.

Principio 17
Técnicas de modificación ambiental

De conformidad con sus obligaciones internacionales, los Estados no utilizarán técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves como medios para ocasionar destrucción, daños o perjuicios a otro Estado.

Principio 18
Zonas protegidas

Se protegerán de cualquier ataque las zonas de importancia ambiental designadas mediante acuerdo como zonas protegidas, también cuando se trate de zonas de importancia cultural, salvo en los casos en que contengan un objetivo militar. Esas zonas protegidas gozarán de cualquier protección adicional acordada.

Cuarta parte
Principios aplicables en situaciones de ocupación

Principio 19
Obligaciones ambientales generales de la Potencia ocupante

1. La Potencia ocupante respetará y protegerá el medio ambiente del territorio ocupado de conformidad con el derecho internacional aplicable y tendrá en cuenta las consideraciones ambientales en la administración de dicho territorio.

2. La Potencia ocupante adoptará medidas apropiadas para prevenir los daños sensibles al medio ambiente del territorio ocupado, incluidos los daños que es probable que sean perjudiciales para la salud y el bienestar de las personas protegidas del territorio ocupado o que vulneren de otro modo los derechos de estas.

3. La Potencia ocupante respetará el derecho y las instituciones del territorio ocupado en lo que se refiere a la protección del medio ambiente y solo podrá introducir cambios dentro de los límites previstos por el derecho de los conflictos armados.

Principio 20
Utilización sostenible de los recursos naturales

En tanto que se permita a la Potencia ocupante administrar y utilizar los recursos naturales de un territorio ocupado en beneficio de la población protegida del territorio ocupado y con otros fines lícitos con arreglo al derecho de los conflictos armados, aquella lo hará de forma que asegure su utilización sostenible y reduzca al mínimo los daños al medio ambiente.

Principio 21
Prevención de los daños transfronterizos

La Potencia ocupante adoptará medidas apropiadas para que las actividades en el territorio ocupado no causen daños sensibles al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional o de cualquier zona del Estado ocupado situada fuera del territorio ocupado.

Quinta parte
Principios aplicables después de un conflicto armado

Principio 22
Procesos de paz

1. Las partes en un conflicto armado deben, en el contexto del proceso de paz, también, cuando proceda, en los acuerdos de paz, ocuparse de las cuestiones relativas a la restauración y la protección del medio ambiente dañado como consecuencia del conflicto.

2. Las organizaciones internacionales pertinentes deben, cuando proceda, desempeñar un papel facilitador al respecto.

Principio 23
Intercambio de información y acceso a esta

1. Para facilitar la adopción de medidas destinadas a reparar los daños causados por un conflicto armado, los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes intercambiarán información relevante y permitirán el acceso a esta de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional aplicable.

2. Nada de lo dispuesto en el párrafo 1 afecta al derecho a invocar los motivos para denegar el intercambio de información o el acceso a esta previstos en el derecho internacional aplicable. No obstante, los Estados y las organizaciones internacionales cooperarán de buena fe para proporcionar tanta información como sea posible teniendo en cuenta las circunstancias.

Principio 24
Evaluaciones ambientales y medidas de reparación posteriores a un conflicto armado

Los actores pertinentes, incluidos los Estados y las organizaciones internacionales, deben cooperar en relación con las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación posteriores a un conflicto armado.

Principio 25
Socorro y asistencia

Cuando, en relación con un conflicto armado, la fuente de los daños ambientales no se haya identificado o no haya acceso a una reparación, los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes deben adoptar medidas apropiadas para que los daños no queden sin reparar o sin indemnizar, y pueden considerar el establecimiento de fondos de indemnización especiales o la prestación de otras formas de socorro o asistencia.

Principio 26
Restos de guerra

1. Las partes en un conflicto armado se ocuparán lo antes posible de eliminar o inutilizar los restos de guerra tóxicos u otros restos de guerra peligrosos bajo su jurisdicción o control que estén causando o corran el riesgo de causar daños al medio ambiente. Tales medidas se adoptarán con sujeción a las normas de derecho internacional aplicables.

2. Las partes también se esforzarán por alcanzar un acuerdo, entre ellas y, cuando proceda, con otros Estados y con organizaciones internacionales, sobre asistencia técnica y material, incluida, en su caso, la realización de operaciones conjuntas para eliminar o inutilizar tales restos de guerra tóxicos u otros restos de guerra peligrosos.

3. Los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier derecho u obligación de derecho internacional de limpiar, eliminar, destruir o mantener campos de minas, zonas minadas, minas, trampas explosivas, artefactos explosivos y otros artefactos.

Principio 27
Restos de guerra en el mar

Los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes deben cooperar para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente.

2. Texto del proyecto de principios con sus comentarios

59. A continuación se reproduce el texto del proyecto de principios, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en segunda lectura en su 73er período de sesiones.

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

Comentario general

1) Como ocurre siempre con la labor de la Comisión, el proyecto de principios ha de leerse con sus comentarios.

2) Tras el preámbulo, el proyecto de principios se divide en cinco partes, incluida una primera parte titulada “Introducción”, en la que se enuncian proyectos de principio sobre el alcance y el propósito del proyecto de principios. La segunda parte se ocupa de la protección del medio ambiente *antes* del comienzo de un conflicto armado, pero también contiene proyectos de principio de naturaleza más general que son pertinentes para más de una fase temporal: antes o después de un conflicto armado o durante este. La tercera parte se refiere a la protección del medio ambiente *durante* un conflicto armado y la cuarta parte versa sobre la protección del medio ambiente en las situaciones de ocupación. La quinta parte contiene proyectos de principio relativos a la protección del medio ambiente *después* de un conflicto armado.

3) Las disposiciones se han redactado como proyectos de “principio”. La Comisión ha optado en otras ocasiones por dar al resultado final de sus trabajos la forma de proyectos de principio, tanto en el caso de disposiciones que enuncian principios de derecho internacional como cuando se trata de declaraciones no vinculantes de principios que tienen por objeto

contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional y proporcionar una orientación adecuada a los Estados[331]. El presente proyecto de principios contiene disposiciones de distinto valor normativo, incluidas algunas que reflejan el derecho internacional consuetudinario y otras que contienen recomendaciones para el desarrollo progresivo de este.

4) El proyecto de principios se elaboró teniendo presente que el derecho de los conflictos armados, cuando es aplicable, es *lex specialis*, pero que otras normas de derecho internacional también siguen siendo aplicables en la medida en que no entren en conflicto con él. Por lo general, esas normas pueden complementar y fundamentar la aplicación del derecho de los conflictos armados. Además, el hecho de que pueda aplicarse el derecho de los conflictos armados *(ius in bello)* al mismo tiempo no influye en su naturaleza distintiva.

5) En el proyecto de principios se utiliza la expresión "derecho de los conflictos armados". Aunque esa expresión y la más comúnmente utilizada "derecho internacional humanitario" pueden considerarse sinónimas en derecho internacional[332], se optó por "derecho de los conflictos armados" para mantener la coherencia con los artículos aprobados por la Comisión sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados[333].

Preámbulo

[...]

Recordando la urgente necesidad y los objetivos comunes de reforzar y promover la conservación, restauración y utilización sostenible del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras,

Recordando también que el principio 24 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece, entre otras cosas, que los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado y cooperar en su ulterior desarrollo,

Reconociendo que las consecuencias ambientales de los conflictos armados pueden ser graves y exacerbar los problemas ambientales mundiales, como el cambio climático y la pérdida de biodiversidad,

Consciente de la importancia del medio ambiente para los medios de vida, la seguridad alimentaria e hídrica, el mantenimiento de las tradiciones y culturas, y el disfrute de los derechos humanos,

Poniendo de relieve que es preciso tener en cuenta los factores ambientales en el contexto de la aplicación de los principios y normas del derecho aplicable en los conflictos armados,

Consciente de la necesidad de mejorar la protección del medio ambiente en los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, también en las situaciones de ocupación,

Considerando que la protección efectiva del medio ambiente en relación con los conflictos armados requiere que los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes tomen medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente antes y después de un conflicto armado y durante este,

[...]

[331] Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 374. Véanse también los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 66 y 67, págs. 64 a 100; y los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 176, pág. 177.

[332] Véase una exposición de los aspectos semánticos en Y. Dinstein (ed.), *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2016), párrs. 56, 57 y 60 a 67.

[333] *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 89 a 101.

Comentario

1) El preámbulo trata de establecer un marco conceptual para el proyecto de principios, determinando el contexto general en que se elaboró y sus objetivos principales. El preámbulo consta de siete párrafos y ofrece una introducción general del proyecto de principios, sin entrar en detalle sobre las cuestiones específicas de las que este se ocupa.

2) El primer párrafo contiene una declaración general sobre la urgencia de la protección del medio ambiente y su importancia para las generaciones presentes y futuras. Esta declaración se inspira en un párrafo del preámbulo de la Declaración política del período extraordinario de sesiones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente para conmemorar el 50º aniversario de la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente[334]. Dada la composición universal de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, la referencia a la promoción y el fortalecimiento de la conservación, la restauración y el uso sostenible del medio ambiente como "objetivos comunes" indica la asunción de un compromiso global por los Estados, las organizaciones internacionales y otras partes interesadas.

3) El segundo párrafo contiene una referencia expresa al derecho internacional y a la protección del medio ambiente en épocas de conflicto armado. Recuerda el principio 24 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que establece, entre otras cosas, que los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado y cooperar en su ulterior desarrollo[335]. Además del principio 24, otros principios de la Declaración de Río guardan relación con el presente proyecto de principios. El principio 2 se refiere a la responsabilidad de los Estados de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional, el principio 10 se refiere al acceso a la información sobre el medio ambiente y el principio 23 se refiere a la protección del medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación u ocupación. Los principios de la Declaración de Río también se han citado en los trabajos anteriores de la Comisión[336].

4) El tercer párrafo del preámbulo se refiere a las consecuencias ambientales de los conflictos armados, que pueden ser graves y exacerbar los problemas ambientales mundiales, como el cambio climático y la pérdida de biodiversidad. Ha quedado entendido que con el adjetivo "graves" también se indica que los efectos pueden ser duraderos o irreversibles[337]. Así ocurre, en particular, en el caso de la pérdida de la diversidad biológica: cuando una especie se extingue, no se puede recuperar. El párrafo también hace referencia al hecho de que los efectos ambientales de los conflictos armados no son solo locales, sino que pueden

[334] Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, resolución 1/4 aprobada en el período extraordinario de sesiones, de 3 de marzo de 2022, "Declaración política del período extraordinario de sesiones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente para conmemorar el 50º aniversario de la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente" (UNEP/EA.SS:1/4), quinto párrafo del preámbulo.

[335] Véanse la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río), *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas en la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y correcciones); A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I) y Corr.1), resolución 1, anexo I, pág. 6, principio 24: "La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario".

[336] Artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 97, cuarto párrafo del preámbulo; principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 66, primer párrafo del preámbulo; proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 53, cuarto párrafo del preámbulo.

[337] Véase *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 78, párr. 140, donde la Corte Internacional de Justicia habla del "carácter frecuentemente irreversible de los daños causados al medio ambiente".

tener ramificaciones más amplias. Las investigaciones muestran que han sido frecuentes los conflictos armados en zonas críticas para la biodiversidad[338]. Del mismo modo, la deforestación causada por un conflicto armado puede tener graves efectos a nivel local, pero también contribuye al cambio climático[339].

5) El cuarto párrafo hace referencia a la relación entre el medio ambiente, por una parte, y los medios de vida, la seguridad alimentaria e hídrica, el mantenimiento de las tradiciones y culturas y el disfrute de los derechos humanos, por otra. Esa afirmación general está en consonancia con el reconocimiento, por la Corte Internacional de Justicia, de "que el medio ambiente no es una abstracción, sino el espacio donde viven los seres humanos y del que dependen su calidad de vida y su salud, también para las generaciones venideras"[340]. Los Estados también han reconocido la existencia de un vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente, la última vez en la resolución de la Asamblea General sobre el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible[341]. Cabe también hacer referencia a las dos resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente relativas a la protección del medio ambiente en zonas afectadas por conflictos armados, en las que se reconoce "que el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente contribuyen al bienestar de los seres humanos y al disfrute de los derechos humanos"[342].

6) El quinto párrafo se inspira en el texto de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en la que se destaca que es preciso tener en cuenta los factores ambientales en el contexto de la aplicación de los principios y normas del derecho aplicable en los conflictos armados[343], por ejemplo a fin de determinar qué es necesario y proporcional para la consecución de objetivos militares legítimos[344]. La opinión consultiva también contiene otras aclaraciones importantes sobre la interrelación existente entre el derecho de los conflictos armados, por un lado, y el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos, por otro.

7) Los párrafos sexto y séptimo tratan de proporcionar orientación al lector sobre el alcance y el propósito del proyecto de principios, que se indican en los proyectos de principio 1 y 2, respectivamente. El sexto párrafo afirma la aplicabilidad general del proyecto de principios a los diferentes tipos de conflictos, así como la mejora de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados como objetivo del proyecto de principios. El séptimo párrafo se centra en las medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente, que constituyen un componente importante del proyecto de principios. El párrafo se refiere a los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes por ser los destinatarios de varios proyectos de principio.

---

338 T. Hansson y otros, "Warfare in biodiversity hotspots", *Conservation Biology*, vol. 23 (2009), págs. 578 a 587 (donde se afirma que, entre 1950 y 2000, más del 80 % de los conflictos armados tuvieron lugar en zonas críticas para la biodiversidad: *ibid*., pág. 578). Véase también CICR, *When Rain Turns into Dust. Understanding and Responding to the Combined Impact of Armed Conflict and the Climate and Environment Crisis in People's Lives* (2020).

339 Véase IPCC, *Climate Change and Land: an IPCC Special Report on Climate Change, Desertification, Land Degradation, Sustainable Land Management, Food Security and Greenhouse Gas Fluxes in Terrestrial Ecosystems* (2019). Véase también S. Maljean-Dubois, "Le droit international de biodiversité", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 407 (2020), págs. 123 a 542.

340 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 241, párr. 29.

341 Véase la resolución 76/300 de la Asamblea General, de 28 de julio de 2022. Véase también la resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos, de 8 de octubre de 2021.

342 Resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente 2/15, de 27 de mayo de 2016, sobre "Protección del medio ambiente en zonas afectadas por conflictos armados" (UNEP/EA.2/Res.15), decimotercer párrafo del preámbulo; y 3/1, de 6 de diciembre de 2017, sobre "Mitigación y control de la contaminación en zonas afectadas por conflictos armados o terrorismo" (UNEP/EA.3/Res.1), octavo párrafo del preámbulo.

343 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), pág. 243, párr. 33.

344 *Ibid*., párrs. 30 y 33.

Primera parte
Introducción

Principio 1
Alcance

El presente proyecto de principios se aplica a la protección del medio ambiente antes o después de un conflicto armado o durante este, también en las situaciones de ocupación.

Comentario

1) Esta disposición, en la que se describe el alcance del proyecto de principios, establece que este abarca tres fases temporales: antes y después de un conflicto armado y durante este. Se incluyen las situaciones de ocupación como un tipo especial de conflictos armados internacionales. La conjunción disyuntiva "o" trata de subrayar que no todos los proyectos de principio serán aplicables durante todas las fases. No obstante, conviene poner de relieve que, a veces, se da cierto grado de coincidencia entre esas tres fases.

2) La división de los principios en las fases temporales indicadas más arriba (aunque sin líneas divisorias estrictas) permite establecer el alcance *ratione temporis* del proyecto de principios. En cuanto al alcance *ratione materiae* del proyecto de principios, se hace referencia a la "protección del medio ambiente" en relación con los "conflictos armados". En general, en el presente proyecto de principios no se distingue entre conflictos armados internacionales y no internacionales.

3) Además de a los Estados, varios proyectos de principio se dirigen a las organizaciones internacionales, a las partes en un conflicto armado, incluidos los grupos armados no estatales, o a otros actores pertinentes, como las organizaciones de la sociedad civil. El alcance *ratione personae* del proyecto de principios puede determinarse a partir del texto de cada disposición y su comentario.

Principio 2
Propósito

El presente proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas mediante medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente.

Comentario

1) Esta disposición enuncia el propósito fundamental del proyecto de principios. Deja claro que este tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados e indica los tipos generales de medidas que es preciso adoptar para ofrecer la protección necesaria. Se trata de medidas preventivas, que tienen por objeto evitar o, en cualquier caso, reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante un conflicto armado, y de medidas destinadas a mitigar o reparar los daños que se hayan causado de resultas de un conflicto armado.

2) Al igual que la disposición sobre el alcance, la presente disposición abarca las tres fases temporales, incluidas las situaciones de ocupación. Aunque las tres fases están estrechamente relacionadas entre sí, la referencia a la prevención alude principalmente a la situación existente antes del conflicto armado y durante este, mientras que las referencias a la mitigación y la reparación aluden principalmente a la fase posterior al conflicto. Hay que tener en cuenta que un Estado puede adoptar medidas de reparación para restaurar el medio ambiente incluso antes de que haya terminado el conflicto.

3) Mientras que la prevención exige que se adopten medidas en una etapa temprana, la noción de mitigación hace referencia a la reducción de los daños que ya se hayan producido. La noción de reparación, a su vez, engloba cualquier medida de reparación que pueda tomarse para restaurar el medio ambiente que, entre otras cosas, pueden tener en cuenta las pérdidas o los daños causados por el deterioro del medio ambiente, el gasto en medidas razonables de

restablecimiento y el gasto razonable de limpieza asociado al gasto en medidas de respuesta razonables.

Segunda parte
Principios de aplicación general

Principio 3
Medidas para mejorar la protección del medio ambiente

1. Los Estados, de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional, adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole efectivas para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

2. Además, los Estados deberían adoptar otras medidas, cuando proceda, para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

Comentario

1) El proyecto de principio 3 reconoce que los Estados están obligados a adoptar medidas efectivas para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. En el párrafo 1 se recuerdan las obligaciones dimanantes del derecho internacional y en el párrafo 2 se alienta a los Estados a que adopten voluntariamente otras medidas efectivas. La expresión "para mejorar la protección del medio ambiente", que figura en ambos párrafos, corresponde al propósito del proyecto de principios. Asimismo, la expresión "en relación con los conflictos armados", que también aparece en ambos párrafos, tiene por objeto subrayar el vínculo entre la protección del medio ambiente y los conflictos armados.

2) En el párrafo 1 se indica que los Estados tienen la obligación, en virtud del derecho internacional, de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y se hace referencia a las medidas que los Estados están obligados a tomar con ese fin. La exigencia reflejada en el uso del tiempo verbal en futuro queda matizada por la expresión "de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional", que indica que la disposición no exige a los Estados adoptar medidas que vayan más allá de sus obligaciones internacionales. Las obligaciones específicas que esta disposición impone a cada Estado variarán en función de las obligaciones que incumban a ese Estado en virtud del derecho internacional y pueden cambiar con tiempo.

3) Por consiguiente, el párrafo 1 se formula en términos generales para abarcar un amplio abanico de medidas. La disposición incluye ejemplos de los tipos de medidas que pueden adoptar los Estados, a saber, "medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole". La lista de ejemplos no pretende ser exhaustiva, como indica la expresión general "y de otra índole", sino destacar los tipos de medidas más pertinentes que han de adoptar los Estados.

4) El derecho de los conflictos armados impone a los Estados varias obligaciones que, directa o indirectamente, contribuyen a la consecución del objetivo de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados[345]. No obstante, la expresión "en virtud del derecho internacional" es más amplia y abarca también otras obligaciones convencionales o consuetudinarias relativas a la protección del medio ambiente antes o después de un conflicto armado, o durante este, derivadas ya sea del derecho internacional del medio ambiente, del derecho de los derechos humanos o de otras ramas del derecho[346].

[345] Véase CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: Rules and Recommendations Relating to the Protection of the Natural Environment under International Humanitarian Law, with Commentary (Ginebra, 2020), que pueden consultarse en https://shop.icrc.org/guidelines-on-the-protection-of-the-natural-environment-in-armed-conflict-rules-and-recommendations-relating-to-the-protection-of-the-natural-environment-under-international-humanitarian-law-with-commentary.html (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[346] Sobre la aplicación efectiva de las obligaciones ambientales y de derechos humanos, también en relación con los conflictos armados, véase PNUMA, *Environmental Rule of Law: First Global Report* (2019), disponible en www.unep.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report (consultado por última vez el 2 de agosto de 2022).

Varios de los presentes proyectos de principio hacen referencia a las obligaciones consuetudinarias o convencionales que incumben a los Estados en materia de protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

5) En lo que respecta al derecho de los conflictos armados, la obligación de divulgar el derecho de los conflictos armados entre las fuerzas armadas y, en la medida de lo posible, también entre la población civil contribuye a la protección del medio ambiente[347]. Esta obligación también puede estar relacionada con el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra, en el que los Estados partes se comprometen a respetar y hacer respetar los Convenios en cualquier circunstancia[348]. Esa divulgación puede llevarse a cabo, por ejemplo, mediante la integración de las normas pertinentes en la legislación, así como mediante medidas administrativas e institucionales como la inclusión de dichas normas en los manuales militares[349] y los códigos de conducta[350].

6) También se interpreta que la obligación de respetar y hacer respetar requiere que los Estados, en la medida de lo posible, ejerzan su influencia para impedir la vulneración del derecho de los conflictos armados y poner fin a dicha vulneración[351]. En lo que respecta a la

[347] 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) (Ginebra, 8 de junio de 1977), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3 (en adelante, "Protocolo Adicional I"), art. 83. Véanse también el Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Primer Convenio) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 970, pág. 31 (en adelante, Primer Convenio de Ginebra), art. 47; el Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Segundo Convenio) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 971, pág. 85 (en adelante, "Segundo Convenio de Ginebra"), art. 48; el Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 972, pág. 135 (en adelante, "Tercer Convenio de Ginebra"), art. 127; el Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Cuarto Convenio) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid*., núm. 973, pág. 287 (en adelante, "Cuarto Convenio de Ginebra"), art. 144; el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo Adicional II) (Ginebra, 8 de junio de 1977), *ibid*., núm. 17513, pág. 609, art. 19; el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo Adicional III) (Ginebra, 8 de diciembre de 2005), *ibid*., vol. 2404, núm. 43425, pág. 261, art. 7; y la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Convención sobre Ciertas Armas Convencionales) (Ginebra, 10 de octubre de 1980), *ibid*., vol. 1342, núm. 22495, pág. 137, art. 6. Véase también J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I: *Normas* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), norma 143, págs. 571 a 574.

[348] Primer Convenio de Ginebra, art. 1; Segundo Convenio de Ginebra, art. 1; Tercer Convenio de Ginebra, art. 1; Cuarto Convenio de Ginebra, art. 1.

[349] Entre los Estados que han introducido ese tipo de disposiciones en sus manuales militares figuran Alemania, la Argentina, Australia, Bélgica, Benin, Burundi, el Canadá, el Chad, Colombia, Côte d'Ivoire, España, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, Francia, Italia, Kenya, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Perú, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Centroafricana, Sudáfrica, Suecia, Suiza, el Togo y Ucrania. La información puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule 45 (consulta realizada el 31 de mayo de 2022).

[350] Véase CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párrs. 303 y 304. Véanse también, de forma más general, las normas 26 y 27.

[351] Véanse *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), cuestiones de fondo*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 114 y 115, párr. 220; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial págs. 199 y 200, párrs. 158 y 159; Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 144, pág. 575. Véase también CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párrs. 303 y 304. Véase un panorama más general, entre otras cosas sobre las diferentes posiciones acerca de la existencia de obligaciones positivas a este respecto y el alcance de estas, en el comentario del CICR (2020) sobre el Tercer Convenio de Ginebra, art. 1, párr. 202 (los comentarios a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos

protección del medio ambiente, esto podría conllevar, por ejemplo, el intercambio de conocimientos científicos sobre la naturaleza de los daños causados al medio ambiente por ciertos tipos de armas, o la prestación de asesoramiento técnico sobre la forma de proteger las zonas de especial fragilidad o importancia ecológica.

7) El artículo 36 del Protocolo Adicional I impone además la obligación de realizar "un examen de las armas". Con arreglo a esta disposición, todo Estado parte tendrá la obligación de determinar si el empleo de una nueva arma, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el Protocolo Adicional I o "por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable" al Estado parte[352]. Cabe destacar que la obligación abarca el estudio, el desarrollo, la adquisición o la adopción de todos los medios o métodos de guerra, es decir, tanto de las armas como de la manera de utilizarlas[353]. Según el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) a los Protocolos Adicionales, el artículo 36 implica la obligación de establecer procedimientos internos que permitan dilucidar el problema de la legalidad. Se sabe que varios Estados, incluidos algunos que no son parte en el Protocolo Adicional I, han establecido ese tipo de procedimientos[354].

8) La obligación de realizar "un examen de las armas" es vinculante para todos los Estados partes en el Protocolo Adicional I. La referencia a "cualquier otra norma de derecho internacional aplicable" deja claro que la obligación no es únicamente de estudiar si el empleo de un arma determinada sería contrario al Protocolo Adicional I, incluidos sus artículos 35 y 55, que son directamente pertinentes para la protección del medio ambiente. Dicho de otro modo, es necesario analizar si otras normas del derecho de los conflictos armados, ya sean convencionales o consuetudinarias, o de cualquier otra rama del derecho internacional podrían prohibir el empleo de una nueva arma o de nuevos medios o métodos de guerra. En ese examen también se tiene en cuenta cualquier obligación aplicable en materia de derecho internacional del medio ambiente y de derechos humanos[355].

9) Si bien el Protocolo Adicional I se aplica únicamente a los conflictos armados internacionales, el examen de las armas al que se refiere el artículo 36 también promueve el respeto del derecho en los conflictos armados no internacionales. Por ejemplo, el derecho internacional consuetudinario prohíbe el uso de armas que, por su propia naturaleza, surtan efectos indiscriminados, y de medios o métodos de guerra que sean de tal índole que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios[356]. Esa regla no se aplica únicamente a los

---

pueden consultarse en https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

352 Protocolo Adicional I, art. 36.

353 C. Pilloud y J. Pictet, "Artículo 35: Normas fundamentales", en Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmerman (eds.), *CICR, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949* (Ginebra, Martinus Nijhoff, 1987), pág. 557, párr. 1402. El comentario al artículo 36, titulado "Armas nuevas", remite a esta sección para una explicación de los medios y métodos en la pág. 594, párr. 1472.

354 Sobre la base de la información recibida del CICR en junio de 2022, se sabe que 13 Estados cuentan con mecanismos nacionales para examinar la legalidad de las armas y han hecho públicos los mecanismos de examen previstos en sus leyes nacionales, manuales militares, declaraciones públicas u otras fuentes: Alemania, Australia, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Israel, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y Suiza. Otros 6 Estados han indicado públicamente que llevan a cabo exámenes jurídicos sin hacer públicos sus procedimientos nacionales de examen ni los instrumentos que prevén dichos procedimientos: Argentina, Canadá, China, la Federación de Rusia, Finlandia y Francia. Además, 5 Estados han indicado al CICR que llevan a cabo exámenes siguiendo el mandato y las instrucciones del Ministerio de Defensa. Asimismo, España está revisando una instrucción para proceder al examen de sus armas.

355 Algunos Estados, como el Reino Unido, Suecia y Suiza, estiman útil que se tenga en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos en el examen de las armas militares, porque, en algunos casos (por ejemplo, en misiones de mantenimiento de la paz), el personal militar puede utilizar armas para llevar a cabo misiones de mantenimiento del orden. Véanse otros comentarios al respecto en S. Casey-Maslen, N. Corney y A. Dymond-Bass, "The review of weapons under international humanitarian law and human rights law", en Casey-Maslen (ed.), *Weapons under International Human Rights Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014).

356 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (véase la nota 347 *supra*), normas 70 y 71, págs. 265 a 279.

conflictos armados internacionales[357]. De lo anterior se desprende que las nuevas armas y métodos de guerra deben examinarse teniendo en cuenta todas las disposiciones del derecho internacional aplicables, incluidas aquellas por las que se rigen los conflictos armados no internacionales, en particular en lo que respecta a la protección de los civiles y al principio de distinción. Además, en los conflictos armados internacionales y no internacionales, al proceder a un examen de las armas han de respetarse las prohibiciones de ciertas armas, medios y métodos de guerra (como las armas biológicas y químicas) previstas en el derecho internacional convencional o consuetudinario.

10) Los Estados también tienen la obligación de investigar los crímenes de guerra que puedan haber sido cometidos por sus nacionales o sus fuerzas armadas, o en su territorio o en un territorio sobre el que tengan jurisdicción, y, en su caso, enjuiciar a las personas sospechosas[358]. Esa obligación también es aplicable respecto de los crímenes de guerra que afecten al medio ambiente, como el pillaje de recursos naturales[359] y la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente[360].

11) El párrafo 2 del proyecto de principio se refiere a las medidas voluntarias que contribuirían a mejorar aún más la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Al igual que las medidas a que se hace referencia en el párrafo 1, las medidas adoptadas por los Estados pueden ser legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole. En la medida en que no refleja obligaciones consuetudinarias o convencionales de los Estados, el actual proyecto de principios contiene ejemplos de medidas eficaces que se pueden adoptar a título voluntario para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

12) El párrafo 2 también se refiere a las situaciones en las que un Estado no está obligado por un determinado tratado, pero aplica sus disposiciones por norma. Asimismo, puede referirse a las situaciones en las que determinadas disposiciones convencionales o normas de derecho internacional consuetudinario que son aplicables a los conflictos armados internacionales se apliquen por norma a la protección del medio ambiente, con independencia del tipo de conflicto armado de que se trate. Las directrices del CICR sobre la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados contienen una recomendación en este

[357] En virtud de la norma de derecho internacional consuetudinario que prohíbe que los civiles sean objeto de ataques, las armas que, por naturaleza, tienen efectos indiscriminados también están prohibidas en los conflictos armados no internacionales. También se prohíben esas armas en varios manuales militares aplicables a los conflictos armados no internacionales, por ejemplo, en los de Alemania, Australia, Colombia, el Ecuador, Nigeria y la República de Corea. La información puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_ rule71#Fn_1_19 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), norma 32 y su comentario.

[358] Primer Convenio de Ginebra, art. 50; Segundo Convenio de Ginebra, art. 51; Tercer Convenio de Ginebra, art. 130; Cuarto Convenio de Ginebra, art. 147; Protocolo Adicional I, arts. 11 y 85; Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), normas 157 y 158, págs. 683 a 690. Según estas dos normas, los Estados deben ejercer la jurisdicción penal que confiere su legislación nacional a sus tribunales, independientemente de que esté limitada a la territorial y la personal o incluya la jurisdicción universal, que es obligatoria para las infracciones graves. Véase también el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3, art. 8, párr. 2 a) iv) y b) ii), v), xiii), xvi), xvii) y xviii), así como el art. 8, párr. 2 e) v), xii), xiii) y xiv). Véase también CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), norma 28 y su comentario.

[359] Cuarta Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907), anexo a la Convención: Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, *Consolidated Treaty Series*, vol. 207, pág. 277 (Reglamento de La Haya), arts. 28 y 47; Cuarto Convenio de Ginebra, art. 33, párr. 2; Protocolo Adicional I, art. 4, párr. 2 g); CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), norma 14.

[360] Reglamento de La Haya, art. 23 g); Cuarto Convenio de Ginebra, art. 53; CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), norma 13.

sentido[361]. Los Estados también podrían celebrar acuerdos especiales que prevean una protección adicional del medio ambiente en situaciones de conflicto armado[362].

13) Además de alentar a los Estados a que adopten medidas voluntarias para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados más allá de las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional, el párrafo refleja la evolución reciente de la práctica estatal en ese sentido[363]. Los Estados también pueden adoptar medidas orientadas a mejorar la cooperación, según proceda, con otros Estados y con las organizaciones internacionales pertinentes.

Principio 4
Designación de zonas protegidas

Los Estados deberían designar, mediante acuerdo o de otro modo, las zonas de importancia ambiental como zonas protegidas en caso de conflicto armado, también cuando esas zonas sean de importancia cultural.

Comentario

1) El proyecto de principio 4 se titula “Designación de zonas protegidas” y dispone que los Estados deberían designar, mediante acuerdo o de otro modo, las zonas de importancia ambiental como zonas protegidas, también cuando esas zonas sean de importancia cultural. La segunda parte (“Principios de aplicación general”), en la que figura esta disposición, se ocupa de la fase anterior al conflicto, cuando hay paz, pero también contiene principios de naturaleza más general que son pertinentes para más de una fase temporal. Aun cuando la designación de zonas protegidas podría efectuarse en cualquier momento, debería hacerse preferiblemente antes o, por lo menos, al comienzo del conflicto armado. La expresión “en caso de conflicto armado” indica que puede designarse una zona como zona protegida ante la posibilidad de que haya un conflicto armado en el futuro. Además, el proyecto de principio 4 tiene un proyecto de principio equivalente (el proyecto de principio 18) en la tercera parte (“Principios aplicables durante un conflicto armado”).

2) Las zonas a las que se refiere el proyecto de principio 4 pueden designarse mediante acuerdo o de otro modo. Puede hacerse, entre otras cosas, mediante un acuerdo celebrado verbalmente o por escrito, o mediante unas declaraciones recíprocas y concordantes o una

361 CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), recomendación 18, en la que se alienta a las partes en un conflicto armado no internacional a que apliquen a ese conflicto la totalidad o algunas de las normas de derecho internacional humanitario que protegen el medio ambiente natural en los conflictos armados internacionales si no están ya obligadas a hacerlo en virtud de las normas de derecho internacional humanitario existentes. Véase también CICR, resolución 1 aprobada por la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada del 9 al 12 de diciembre de 2019 (33IC/19/R1), “Acercar el DIH: hoja de ruta para una mejor implementación del derecho internacional humanitario a nivel nacional”: en el párr. 13 de la resolución se “invita a los Estados a compartir ejemplos e intercambiar prácticas idóneas en relación con medidas de implementación nacionales adoptadas en virtud de las obligaciones relativas al DIH, así como otras medidas que puedan exceder las obligaciones de los Estados en materia de DIH”.

362 En relación con los acuerdos especiales, véanse el Primer Convenio de Ginebra, art. 6; el Segundo Convenio de Ginebra, art. 6; el Tercer Convenio de Ginebra, art. 6; y el Cuarto Convenio de Ginebra, art. 7. Véase también el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Véase, además, CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), recomendación 17, relativa a la celebración de acuerdos para reforzar la protección del medio ambiente natural.

363 Véanse, por ejemplo, Eslovenia, Normas de servicio en las fuerzas armadas de Eslovenia, art. 210, que pueden consultarse en https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/2009-01-3757?sop=2009-01-3757 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022); Paraguay, Consejo de la Defensa Nacional, *Política de Defensa Nacional de la República de Paraguay*, 7 de octubre de 1999, párr. I A), que puede consultarse en https://www.mdn.gov.py/application/files/1114/4242/5025/Politica_de_Defensa.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véanse también las intervenciones en la Sexta Comisión de Croacia (A/C.6/70/SR.24), párr. 89, Cuba *(ibid.)*, párr. 10, Nueva Zelandia (A/C.6/70/SR.26), párr. 92, Palau (A/C.6/70/SR.25), párrs. 27 y 28, y la República Checa (A/C.6/70/SR.24), párr. 45.

declaración o designación unilateral por conducto de una organización internacional. Debe tenerse en cuenta que el empleo de la palabra “Estados” no excluye la posibilidad de que se celebren acuerdos con actores no estatales.

3) No es raro que se atribuya a determinadas zonas geográficas un estatus jurídico especial a fin de garantizar su protección y preservación. Puede hacerse mediante acuerdos internacionales o legislación nacional. En algunos casos, tales zonas no solo están protegidas en tiempo de paz, sino que también están protegidas contra los ataques durante un conflicto armado[364]. Por lo general, así ocurre con las zonas desmilitarizadas y neutralizadas. Las zonas desmilitarizadas son establecidas por las partes en un conflicto, que tienen prohibido extender sus operaciones militares a esas zonas si tal extensión es contraria a lo estipulado en su acuerdo[365]. También se pueden establecer y poner en funcionamiento zonas desmilitarizadas en tiempo de paz[366]. Dado que, en el contexto específico de la protección del medio ambiente, no se han establecido criterios particulares sobre el tipo de zonas que pueden ser designadas como zonas desmilitarizadas, se puede hacer incluso con zonas no habitadas.

4) Durante la elaboración de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra se sugirió que se concediera una protección especial a las zonas de importancia ecológica[367]. Cabe también hacer referencia al Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar, en el que se insta a las partes en conflicto a “convenir no llevar a cabo acciones hostiles en zonas marinas que contengan: a) ecosistemas raros o frágiles; o b) el hábitat de especies u otras formas de vida marina diezmadas, amenazadas o en peligro de extinción”[368]. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente también recomendó en 2009 que se elaborara un nuevo instrumento jurídico que previera la protección específica de los recursos naturales críticos y las zonas de importancia ecológica durante los conflictos armados[369]. Más recientemente, en las directrices del CICR sobre la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados se recomienda que las zonas de especial importancia o fragilidad ambiental puedan ser designadas como zonas desmilitarizadas[370].

---

364 A/CN.4/685, párr. 210.

365 Véase el Protocolo Adicional I, art. 60. Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 36, pág. 135. El estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario considera que se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario que se aplica a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

366 Véase, por ejemplo, el Tratado Antártico (Washington, 1 de diciembre de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 402, núm. 5778, pág. 71, art. I. Véase, por ejemplo, la definición que figura en M. Björklund y A. Rosas, *Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering* (Åbo, Åbo Academy Press, 1990). Las Islas Åland están desmilitarizadas y neutralizadas. Björklund y Rosas citan como otros ejemplos de zonas desmilitarizadas y neutralizadas la Isla de Spitzbergen, la Antártida y el Estrecho de Magallanes (*ibid*., pág. 17). Véase también L. Hannikainen, “The continued validity of the demilitarized and neutralized status of the Åland Islands”, *Zeitschrift fur ausländiches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 54 (1994), págs. 614 y ss., en especial pág. 616.

367 El Grupo de Trabajo del Comité III de la Conferencia presentó una propuesta de proyecto de artículo 48 *ter* según la cual “se protegerán y respetarán las reservas naturales públicamente reconocidas provistas de señalamientos y límites apropiados y declarados como tales al adversario, salvo en el caso de que dichas reservas se empleen específicamente para fines militares”. Véase C. Pilloud y J. Pictet, “Artículo 55: Protección del medio ambiente natural”, en Sandoz y otros, *CICR, Comentario del Protocolo*... (nota 353 *supra*), págs. 927 y 928, párrs. 2138 y 2139.

368 L. Doswald-Beck (ed.), *Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar* (Instituto Internacional de Derecho Humanitario, Cambridge, Cambridge University Press, 1995), párr. 11. Ese párrafo refleja el art. 194, párr. 5, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, pág. 397.

369 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law* (Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2009), Recomendación 9, que puede consultarse en https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7813/-Protecting%20the%20Environment%20During%20Armed%20Conflict_An%20Inventory%20and%20Analysis%20of%20International%20Law-2009891.pdf?sequence=3&%3BisAllowed= (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

370 CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), recomendación 17 y su comentario.

5) Algunas convenciones multilaterales sobre medio ambiente también prevén la protección del medio ambiente de zonas específicas. Por ejemplo, en el Convenio sobre la Diversidad Biológica se pide a los Estados partes que, en la medida de lo posible y según proceda, establezcan "un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica"[371]. La Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar)[372], prevé la inscripción en el Registro de Montreux de los sitios "en los que se han producido, se están produciendo o pueden producirse cambios negativos en las características ecológicas y que, por consiguiente, necesitan que se preste una atención prioritaria a su conservación"[373]. La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural dispone que el Comité del Patrimonio Mundial puede incluir lugares en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro[374]. Tanto la Convención del Patrimonio Mundial como la Convención de Ramsar prevén listas de lugares amenazados o afectados por un conflicto armado[375].

6) Al designar zonas protegidas en virtud de este proyecto de principio, se debe dar especial relieve a la protección de las zonas de importancia ambiental susceptibles de sufrir las consecuencias adversas de las hostilidades[376]. En consonancia con las convenciones mencionadas más arriba, la disposición no contiene ningún otro adjetivo, como "gran", para no elevar innecesariamente el umbral establecido más allá de los criterios existentes, y tiene en cuenta que cualquier zona puede ser designada como zona desmilitarizada en virtud del derecho de los conflictos armados.

7) Las zonas designadas como zonas protegidas con arreglo al actual proyecto de principio también pueden ser de importancia cultural, ya que a veces es difícil trazar una distinción clara entre las zonas de importancia ambiental y las de importancia cultural. Así se reconoce también en la Convención del Patrimonio Mundial: el hecho de que los lugares protegidos conforme a esta Convención se seleccionen con arreglo a un conjunto de diez criterios, tanto culturales como naturales (sin diferenciar entre ellos), ilustra ese aspecto[377]. Además, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (UICN) define la zona protegida como "un espacio geográfico claramente definido, reconocido, dedicado y gestionado, por medios legales u otros medios eficaces, para lograr

[371] Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1790, núm. 30619, pág. 79, art. 8 ("Conservación *in situ*"). Véase también S. L. Maxwell y otros, "Area-based conservation in the twenty-first century", *Nature*, núm. 586 (2020), págs. 217 a 227.

[372] Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Ramsar, 2 de febrero de 1971), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 996, núm. 14583, pág. 245.

[373] Convención de Ramsar, resolución VI.1 (1996) aprobada por la Sexta Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes (Brisbane (Australia), 19 a 27 de marzo de 1996), anexo 3, Lineamientos para el funcionamiento del Registro de Montreux, art. 3.1.

[374] Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (Convención del Patrimonio Mundial) (París, 16 de noviembre de 1972), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1037, núm. 15511, pág. 151, art. 11, párr. 4. Véase también UNESCO, Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention (8 de julio de 2015), WHC.15/01.

[375] De los 52 bienes incluidos en la lista de conformidad con el artículo 11, párrafo 4, de la Convención del Patrimonio Mundial, 33 están en peligro a causa de un conflicto armado. La lista puede consultarse en https://whc.unesco.org/en/danger/ (última consulta realizada el 14 de junio de 2022). El Registro de Montreux puede consultarse en www.ramsar.org/search?search_api_views_fulltext=montreux+records (última consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[376] Véase A/CN.4/685, párr. 225. Véase también C. Droege y M.-L. Tougas, "The protection of the natural environment in armed conflict – existing rules and need for further legal protection", *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), págs. 21 a 52, en especial pág. 43.

[377] UNESCO, Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention (véase la nota 374 *supra*), párr. 77.1. Actualmente, 197 lugares naturales en todo el mundo figuran en la Lista del Patrimonio Mundial. Algunos de ellos figuran también en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro de conformidad con el artículo 11, párrafo 4, de la Convención del Patrimonio Mundial.

la conservación a largo plazo de la naturaleza y de los valores culturales y los servicios de los ecosistemas asociados”[378].

8) Conviene recordar que, antes de un conflicto armado, los Estados partes en la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado[379] (Convención de La Haya de 1954) y sus Protocolos están obligados a elaborar listas de los bienes culturales que desean que gocen de protección en caso de conflicto armado, de conformidad con el artículo 11, párrafo 1, del Protocolo de 1999 de la Convención[380]. En tiempo de paz, los Estados partes están obligados a adoptar otras medidas que consideren apropiadas para la salvaguardia de sus bienes culturales contra los efectos negativos previsibles de un conflicto armado, de conformidad con el artículo 3 de la Convención.

9) El presente proyecto de principio no tiene por objeto modificar el régimen de la Convención de La Haya de 1954, cuyos alcance y propósito son diferentes. Aunque el proyecto de principio 4 no es de aplicación a los objetos culturales *per se*, el término “cultural” se utiliza en este contexto para indicar la existencia de una estrecha relación con el medio ambiente. Abarca, por ejemplo, las tierras ancestrales de los pueblos indígenas, que dependen del medio ambiente para su sustento y subsistencia.

10) La designación de zonas prevista en este proyecto de principio puede guardar relación con los derechos de los pueblos indígenas, en particular si la zona protegida es además un lugar sagrado natural que requiere una protección especial. En algunos casos, la zona protegida también puede servir para preservar la cultura, los conocimientos y el modo de vida particulares de las poblaciones indígenas que vivan en ella. La importancia de preservar la cultura y los conocimientos indígenas ha quedado reconocida formalmente en derecho internacional en virtud del Convenio sobre la Diversidad Biológica[381]. Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[382] reconoce el derecho a mantener y proteger los lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos.

11) La expresión “importancia cultural”, que se utiliza también en el proyecto de principio 18, se basa en el reconocimiento de la estrecha relación entre el medio ambiente, los bienes culturales y las características del paisaje en instrumentos de protección ambiental como el Convenio sobre Responsabilidad Civil por los Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, de 1993[383]. Cabe también hacer referencia al Convenio sobre la Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales, que establece que los “efectos sobre el medio ambiente comprenden los relacionados con la salud y la seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras construcciones, o los relacionados con la interacción entre dichos factores; incluyen asimismo los efectos sobre el patrimonio cultural y las condiciones socioeconómicas resultantes de las modificaciones de estos

[378] Puede consultarse en https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/paps-016-es.pdf (última consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[379] Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 14 de mayo de 1954), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 249, núm. 3511, pág. 240.

[380] Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (Segundo Protocolo de 1999) (La Haya, 26 de marzo de 1999), *ibid*., vol. 2253, núm. 3511, pág. 172.

[381] Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 8 j). Véase también Plataforma Intergubernamental Científico-Normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas, Summary for policymakers of the methodological assessment of the diverse values and valuation of nature, IPBES/9/L.13, 9 de julio de 2022.

[382] Resolución 61/295 de la Asamblea General, anexo, art. 12.

[383] Convenio sobre la Responsabilidad Civil por los Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993), Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 150, art. 2, párr. 10 (que define la expresión “medio ambiente” a los efectos del Convenio como “los recursos naturales, bióticos y abióticos, como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre esos factores, los bienes que forman parte del patrimonio cultural y los aspectos característicos del paisaje”).

factores”[384]. Por otra parte, el Convenio sobre la Diversidad Biológica reconoce el valor cultural de la biodiversidad[385].

12) En este contexto, cabe mencionar también algunos ejemplos de leyes nacionales que prevén la protección de las zonas ambientales y culturales. Por ejemplo, la Ley de Protección de los Bienes Culturales del Japón, de 29 de agosto de 1950, dispone la inclusión de los animales y plantas con un alto valor científico en una lista de bienes culturales protegidos[386]. La Ley de Parques Nacionales y Flora y Fauna Silvestres de Nueva Gales del Sur (Australia), de 1974, puede aplicarse a cualquier zona de importancia natural, científica o cultural[387], y la Ley de Zonas Protegidas de Italia, de 6 de diciembre de 1991, define los “parques naturales” como zonas de valor natural y ambiental que constituyen sistemas homogéneos caracterizados por sus componentes naturales, sus paisajes y valores estéticos y la tradición cultural de las poblaciones locales[388].

Principio 5
Protección del medio ambiente de los pueblos indígenas

1. Los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes adoptarán medidas apropiadas, en caso de conflicto armado, para proteger el medio ambiente de las tierras y los territorios en que habiten pueblos indígenas o que sean utilizados tradicionalmente por estos.

2. Cuando un conflicto armado haya afectado de manera adversa al medio ambiente de tierras y territorios en que habiten pueblos indígenas o que sean utilizados tradicionalmente por estos, los Estados mantendrán consultas y una cooperación apropiadas y efectivas con los pueblos indígenas en cuestión, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que los representen, con el fin de adoptar medidas de reparación.

Comentario

1) El proyecto de principio 5 se refiere a la protección del medio ambiente de los pueblos indígenas en relación con los conflictos armados. Reconoce el papel fundamental de esos pueblos, tierras y territorios para la conservación de la diversidad biológica[389]. El párrafo 1 dispone que, en razón de la relación especial existente entre los pueblos indígenas y su medio ambiente, los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes adoptarán medidas apropiadas para proteger las tierras y los territorios de los pueblos indígenas en caso de conflicto armado.

2) El párrafo 1 es un recordatorio general de la necesidad de proteger el medio ambiente de los pueblos indígenas y se dirige a un amplio abanico de actores: los Estados, las

[384] Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1936, núm. 33207, pág. 269, art. 1, párr. 2.

[385] Convenio sobre la Diversidad Biológica, preámbulo y anexo I, párr. 1.

[386] Japón, Ley de Protección de los Bienes Culturales, Ley núm. 214, 30 de mayo de 1950. Se puede consultar en www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/japan/japan_lawprotectionculturalproperty_engtof.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[387] Australia, Compendio Legislativo de Nueva Gales del Sur, Ley de Parques Nacionales y Flora y Fauna Silvestres, Ley núm. 80 de 1974. Se puede consultar en www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/npawa1974247/ (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[388] Italia, Ley núm. 394 por la que se establece el marco jurídico de las zonas protegidas, de 6 de diciembre de 1991. Se puede consultar en http://www.fao.org/faolex/es/ (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[389] Aunque los pueblos indígenas solo representan el 6 % de la población mundial, poseen, ocupan o utilizan el 25 % de la superficie terrestre y protegen el 80 % de la biodiversidad del planeta. Véase Banco Mundial, “Pueblos indígenas”, 14 de abril de 2022, en https://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples (consultada realizada el 16 de junio de 2022). Véase también Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, “Challenges and opportunities for indigenous peoples’ sustainability”, 23 de abril de 2021, en

organizaciones internacionales y otros actores pertinentes. El párrafo 1 tiene en cuenta la función de las organizaciones internacionales en la administración del territorio y la que pueden cumplir determinados grupos armados no estatales cuando ejercen el control *de facto* sobre un territorio. A este respecto, cabe recordar que las partes en un conflicto armado están obligadas a proteger el medio ambiente de conformidad con el derecho de los conflictos armados. Si bien aún sigue siendo objeto de debate el alcance de las obligaciones que incumben a los grupos armados no estatales en virtud del derecho de los derechos humanos, esas obligaciones están bien establecidas en las situaciones en las que ejercen el control sobre un territorio.

3) El párrafo 2, sin embargo, está dirigido únicamente a los Estados. Establece que, cuando el conflicto armado haya afectado negativamente al medio ambiente de tierras y territorios de pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas de reparación. En vista de la relación especial que existe entre los pueblos indígenas y su medio ambiente, estas medidas se adoptarán de manera que se respete esta relación y en consulta y cooperación con esos pueblos, en particular por conducto de sus propios dirigentes y de las instituciones que los representen.

4) La relación especial entre los pueblos indígenas y su medio ambiente se ha reconocido, protegido y propugnado en instrumentos internacionales como el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[390], así como en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. En ese sentido, se ha reconocido que las tierras de los pueblos indígenas tienen una importancia fundamental para la supervivencia colectiva física y cultural de esos pueblos[391].

5) El párrafo 1 se basa en el artículo 29, párrafo 1, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el que se establece el derecho de los pueblos indígenas a "la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos"[392], y en el artículo 7, párrafo 4, del Convenio núm. 169 de la OIT, en el que se reconoce que "los Gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan". También se basa en la jurisprudencia de cortes y tribunales regionales[393]. Cabe asimismo hacer referencia a la obligación que impone el Convenio sobre

www.un.org/development/desa/dspd/2021/04/indigenous-peoples-sustainability/ (consultada realizada el 16 de junio de 2022).

390 Véanse Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Ginebra, 27 de junio de 1989) (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)), que actualiza el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (núm. 107); Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 26. Véase también la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 15 de junio de 2016, Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, *Informe del cuadragésimo sexto período de sesiones, Santo Domingo (República Dominicana), 13 a 15 de junio de 2016*, XLVI-O.2, *Actas y documentos*, vol. I, resolución AG/RES.2888 (XLVI-O/16).

391 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que "la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural", véase *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C, caso núm. 250, 4 de septiembre de 2012, párr. 177, nota 266. Véanse también el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Serie C, caso núm. 125, 17 de junio de 2005, párr. 135, y el caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C, caso núm. 212, 25 de mayo de 2010, párr. 147, nota 160.

392 Véase también la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XIX, párr. 4.

393 Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 146, 29 de marzo de 2006; *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 172, 28 de

la Diversidad Biológica de respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica[394].

6) Los derechos específicos de los pueblos indígenas sobre determinadas tierras o territorios están sujetos a regímenes jurídicos que varían según el Estado de que se trate. Además, en los instrumentos internacionales relativos a los derechos de los pueblos indígenas se emplean diversas fórmulas para referirse a las tierras y territorios relacionados con los pueblos indígenas, sobre los que estos tienen diversos derechos y donde gozan de un régimen de protección. La expresión "tierras y territorios en que habiten pueblos indígenas o que sean utilizados tradicionalmente por estos" se inspira en la formulación establecida en los instrumentos pertinentes[395].

7) Los conflictos armados pueden tener el efecto de aumentar la vulnerabilidad a los daños ambientales o de causar nuevos tipos de daños ambientales en las tierras y territorios afectados y, por consiguiente, afectar a la supervivencia y el bienestar de los pueblos implicados. De conformidad con el párrafo 1, en caso de conflicto armado, los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores interesados adoptarán medidas apropiadas para proteger la relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios ancestrales. Las medidas de protección apropiadas que se mencionan en el párrafo 1 pueden adoptarse, en particular, antes de un conflicto armado o durante este. Con arreglo a esta disposición, los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes solo deben tomar medidas si tienen una relación con el pueblo indígena y el medio ambiente de que se trate. El adjetivo "apropiadas" también califica la obligación y permite que las medidas se ajusten en función de las circunstancias.

8) De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Estado en cuestión adoptará medidas para que no se lleven a cabo actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas en cuestión, o estos lo hayan solicitado[396]. Esto podría lograrse no emplazando instalaciones militares en tierras o territorios de pueblos indígenas y designando esos territorios como zonas protegidas de conformidad con el proyecto de principio 4. En general, el Estado de que se trate celebrará consultas efectivas con los pueblos indígenas en cuestión antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares[397]. Durante un conflicto armado, los derechos, tierras y territorios de los pueblos indígenas también gozan

noviembre de 2007, párr. 134; *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala* (véase la nota 391 *supra*); y *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam* (fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 309, 25 de noviembre de 2015. Véanse además *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, causa núm. 006/2012, fallo, 25 de mayo de 2017, párrs. 122 a 131, y *Centre for Minority Rights in Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, comunicación núm. 276/2003, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, decisión, 4 de febrero de 2010.

394 Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 8 j). Véase también el párrafo 10) del comentario al proyecto de principio 4 *supra*.

395 Véanse, por ejemplo, las expresiones "tierras o territorios, o [...] ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera" utilizada en el artículo 13, párr. 1, del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), de la OIT, o "tierras, territorios y recursos", utilizada en el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

396 Véase la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 30:

> "1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que estos lo hayan solicitado.
>
> 2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares".

397 *Ibid.*

de la protección prevista por el derecho de los conflictos armados y el derecho de los derechos humanos aplicable[398].

9) El párrafo 2 se centra en los daños causados de resultas de un conflicto armado. Esta disposición tiene por objeto facilitar la adopción de medidas de reparación en caso de que un conflicto armado haya afectado de manera adversa al medio ambiente de tierras y territorios en que habiten pueblos indígenas o que sean utilizados tradicionalmente por estos[399]. Así, trata de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a intervenir en las cuestiones que afecten a sus territorios después de un conflicto.

10) En ese caso, los Estados en cuestión mantendrán consultas y una cooperación apropiadas y efectivas con los pueblos indígenas afectados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que los representen. El uso del futuro indica que la obligación de consulta[400] es una obligación establecida.

11) Se ha mencionado la necesidad de recurrir a procedimientos apropiados y a instituciones que representen a los pueblos indígenas para reconocer la diversidad de los procedimientos existentes en los diferentes Estados que prevén consultas y una cooperación efectivas con los pueblos indígenas, y la diversidad de sus modalidades de representación a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar medidas que puedan afectarles[401]. La referencia a consultas apropiadas permite que las estructuras de representación se ajusten a cada situación. También destaca la necesidad de que las consultas

---

398 Véase la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XXX, párrs. 3 y 4, cuyo texto reza así:

> "3. Los pueblos indígenas tienen derecho a protección y seguridad en situaciones o períodos de conflicto armado interno o internacional conforme al derecho internacional humanitario.
>
> 4. Los Estados, en cumplimiento de los acuerdos internacionales de los cuales son parte, en particular el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos incluyendo el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, y el Protocolo II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en caso de conflictos armados tomarán medidas adecuadas para proteger los derechos humanos, instituciones, tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y sus comunidades...".

399 Según el artículo 28 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, "[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado". Del mismo modo, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo XXXIII, establece: "Los pueblos y personas indígenas tienen derecho a recursos efectivos e idóneos, incluyendo los recursos judiciales expeditos, para la reparación de toda violación de sus derechos colectivos e individuales. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, proveerán los mecanismos necesarios para el ejercicio de este derecho".

400 Véase, por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 19. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido salvaguardias que obligan a los Estados a obtener el "consentimiento libre, informado y previo [de los pueblos indígenas], según sus costumbres y tradiciones". Véase *Pueblo Saramaka Vs. Surinam* (nota 393 *supra*), párr. 134. Véase también el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), art. 6, párr. 1. Véase, además, OIT, "Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - Manual para los mandantes tripartitos de la OIT" (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2013), donde se hace referencia a las consultas utilizando palabras como "buena fe", "diálogo auténtico" y "significativas". En el Canadá, se ha interpretado que la obligación de consultar a los pueblos indígenas hace referencia a consultas de buena fe que variarán según los posibles efectos adversos. Véase, por ejemplo, Canadá, Tribunal Supremo del Canadá, *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, sentencia, 18 de noviembre de 2004.

401 Véase, por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 19. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido salvaguardias que obligan a los Estados a obtener el "consentimiento libre, informado y previo [de los pueblos indígenas], según sus costumbres y tradiciones". Véase *Pueblo Saramaka Vs. Surinam* (nota 393 *supra*), párr. 134.

sean apropiadas desde el punto de vista cultural[402]. En cualquier caso, deben ser efectivas en la práctica para no poner en peligro el derecho sustantivo de los pueblos indígenas a la reparación[403].

Principio 6
Acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares

Los Estados y las organizaciones internacionales deberían, cuando proceda, incluir disposiciones en materia de protección ambiental en relación con los conflictos armados en los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares. Tales disposiciones deberían prever medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente.

Comentario

1) El proyecto de principio 6 se ocupa de los acuerdos celebrados entre Estados, o entre Estados y organizaciones internacionales, sobre la presencia de fuerzas militares. La expresión "en relación con los conflictos armados" refleja el propósito del proyecto de principios: mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Por consiguiente, la disposición no se refiere a situaciones en las que se desplieguen fuerzas militares sin relación alguna con un conflicto armado.

2) El proyecto de principio se ha redactado en términos generales para hacer referencia a los "acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares". Esos acuerdos pueden variar en su designación y su finalidad específicas y, según las circunstancias de cada caso, pueden ser acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones. El propósito del proyecto de principio es reflejar la reciente tendencia a incluir cuestiones relacionadas con la protección ambiental en los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares celebrados con los Estados anfitriones[404]. El empleo de "deberían" indica que este principio no es de carácter obligatorio, sino que tiene por objeto reconocer y alentar esa tendencia.

3) Entre los ejemplos de disposiciones ambientales en acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares figura el acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq sobre la retirada de las fuerzas de los Estados Unidos del Iraq y la presencia temporal de estas en el país, que contiene una disposición expresa sobre la protección del medio ambiente[405]. Otro ejemplo es el acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y el Afganistán, en el que las partes convienen en aplicar un enfoque preventivo respecto de la protección ambiental[406]. El acuerdo sobre el estatuto de las misiones en el marco de la Política Europea de Seguridad y Defensa también contiene varias referencias a

[402] Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas (A/HRC/45/34), párr. 55.

[403] En relación con el derecho de los pueblos indígenas a una reparación, véanse la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 28, y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XXXIII.

[404] El Acuerdo entre la Unión Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto de las fuerzas dirigidas por la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia (*Diario Oficial* L 082, 29 de marzo de 2003, págs. 46 a 51, anexo, en adelante, "acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para la operación *Concordia*"), art. 9, preveía la obligación de respetar las normas internacionales en materia de, entre otras cosas, utilización sostenible de los recursos naturales. Véase el Acuerdo entre la Unión Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto de las fuerzas dirigidas por la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/?uri=CELEX:22003A0329(01) (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[405] Agreement between the United States of America and the Republic of Iraq on the Withdrawal of United States Forces from Iraq and the Organization of Their Activities during their Temporary Presence in Iraq (Bagdad, 17 de noviembre de 2008), art. 8 (en adelante, "Acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq"). Puede consultarse en https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/US-Iraqi_SOFA-en.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[406] Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO personnel conducting mutually agreed NATO-led activities in Afghanistan (Kabul, 30 de septiembre de 2014), *International Legal Materials*, vol. 54 (2015), págs. 272 a 305, art. 5, párr. 6, art. 6, párr. 1, y art. 7, párr. 2.

obligaciones ambientales[407]. Cabe citar, como práctica convencional pertinente sin una relación directa con los conflictos armados, el acuerdo entre Alemania y otros Estados de la OTAN, que prevé la determinación, el análisis y la evaluación de los posibles efectos ambientales a fin de evitar problemas ambientales[408]. El Memorando de Entendimiento Especial entre los Estados Unidos de América y la República de Corea también contiene disposiciones sobre protección ambiental[409]. Asimismo, en 2015, el Japón y los Estados Unidos celebraron un acuerdo complementario de cooperación en materia de gestión ambiental en el contexto de la presencia de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en el Japón[410]. Cabe también hacer referencia al acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre los Estados Unidos y Australia, que contiene una disposición pertinente sobre reclamaciones por daños[411], y el acuerdo de cooperación reforzada en materia de defensa entre los Estados Unidos y Filipinas, que contiene disposiciones con las que se trata de prevenir los daños ambientales y prevé un proceso de examen[412]. Algunas disposiciones aplicables a la presencia de fuerzas armadas extranjeras en un país durante períodos breves para la realización de maniobras, el tránsito por tierra o el adiestramiento también contienen disposiciones ambientales[413].

4) Las medidas a que se hace referencia en el proyecto de principio pueden abordar diversos aspectos relevantes. Algunos ejemplos concretos que merecen una mención particular y que se reflejan en la práctica convencional son el reconocimiento de la importancia que tiene la protección ambiental, que incluye la prevención de la contaminación

[407] Acuerdo entre los Estados miembros de la Unión Europea relativo al estatuto del personal militar y civil destacado en las Instituciones de la Unión Europea, de los cuarteles generales y de las fuerzas que pueden ponerse a disposición de la Unión Europea en el marco de la preparación y ejecución de las operaciones previstas en el apartado 17 del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, incluidos los ejercicios, y del personal civil y militar de los Estados miembros puesto a disposición de la Unión Europea para que actúe en ese contexto (EU-SOFA) (Bruselas, 17 de noviembre de 2003). Puede consultarse en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/?uri=CELEX%3A42003A1231%2801%29 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[408] Agreement to Supplement the Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces with respect to Foreign Forces stationed in the Federal Republic of Germany (Bonn, 3 de agosto de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 481, núm. 6986, pág. 329, modificado por los acuerdos de 21 de octubre de 1971 y 18 de marzo de 1993 (en adelante, "Acuerdo entre la OTAN y Alemania"), art. 54A. Véase también el Acuerdo entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte relativo a la condición de las fuerzas, de 19 de junio de 1951, art. XV.

[409] Memorandum of Special Understandings on Environmental Protection, celebrado entre los Estados Unidos y la República de Corea (Seúl, 18 de enero de 2001) (en adelante, "Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea"). Puede consultarse en www.usfk.mil/Portals/105/Documents/SOFA/A12_MOSU.Environmental.Protection.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[410] Agreement between Japan and the United States of America on cooperation in the field of environmental stewardship relating to the United States Armed Forces in Japan, Supplementary to the Agreement under Article VI of the Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America, regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Japan (Washington D. C., 28 de septiembre de 2015), Treaties and Other International Acts Series 15-928, que puede consultarse en https://purl.fdlp.gov/GPO/gpo66458 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[411] Agreement Concerning the Status of United States Forces in Australia (Canberra, 9 de mayo de 1963), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 469, núm. 6784, pág. 55 (Acuerdo entre los Estados Unidos y Australia), art. 12, párr. 7.

[412] Agreement between the Philippines and the United States on enhanced defense cooperation (Acuerdo entre los Estados Unidos y Filipinas) (Quezon City, 28 de abril de 2014). Puede consultarse en www.officialgazette.gov.ph/2014/04/29/document-enhanced-defense-cooperation-agreement/ (consulta realizada 2 de agosto de 2022).

[413] Véase, por ejemplo, Memorandum of Understanding between Finland and NATO regarding the provision of host nation support for the execution of NATO operations/exercises/similar military activity (4 de septiembre de 2014). Puede consultarse en www.defmin.fi/files/2898/HNS_MOU_FINLAND.pdf (consulta realizada el 9 de junio de 2022), referencia HE 82/2014. De conformidad con el artículo 5.3 g), los países de envío deben seguir la reglamentación ambiental de la nación anfitriona, así como cualquier normativa de esta sobre el almacenamiento, traslado o eliminación de materiales peligrosos.

en las instalaciones y zonas cedidas al Estado que realiza el despliegue[414]; el entendimiento de que el acuerdo se aplicará de manera compatible con la protección del medio ambiente[415]; la cooperación y el intercambio de información entre el Estado anfitrión y el Estado que hace el envío con respecto a cuestiones que puedan afectar al medio ambiente y la salud de los ciudadanos[416]; las medidas para prevenir daños ambientales[417]; la respuesta ante los derrames y su prevención[418]; las evaluaciones periódicas del desempeño ambiental[419]; los procesos de examen[420]; la aplicación de la legislación ambiental del Estado anfitrión[421] o, de manera similar, el compromiso del Estado que realiza el despliegue de respetar la legislación, la normativa y las disposiciones ambientales del Estado anfitrión[422]; la obligación de respetar las normas internacionales sobre el uso sostenible de los recursos naturales[423]; la adopción de medidas de restauración cuando no se puedan evitar repercusiones negativas[424], y la regulación de las reclamaciones por daños ambientales[425].

5) La expresión "cuando proceda" apunta a dos consideraciones diferentes. En primer lugar, tiene en cuenta que a veces puede ser especialmente importante que el acuerdo contenga disposiciones en materia de protección ambiental, por ejemplo cuando una zona protegida corra el riesgo de verse afectada negativamente por la presencia de fuerzas militares. En segundo lugar, el proyecto de principio no es de aplicación a los acuerdos en los que no sería apropiado hacer referencia a los conflictos armados. Así pues, la expresión "cuando proceda" permite matizar esta disposición y abarcar distintas situaciones.

Principio 7
Operaciones de paz

Los Estados y las organizaciones internacionales que participen en operaciones de paz establecidas en relación con conflictos armados considerarán el impacto de esas operaciones en el medio ambiente y adoptarán, cuando proceda, medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente causados por esas operaciones.

Comentario

1) Las operaciones de paz pueden estar relacionadas con conflictos armados de múltiples maneras. Antes, muchas de esas operaciones se desplegaban cuando cesaban las hostilidades y se firmaba un acuerdo de paz[426]. Como señaló el Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz, actualmente muchas misiones operan en entornos donde no existe ese tipo de acuerdos políticos o han fracasado los intentos de establecerlos[427]. Además, las misiones modernas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas son multidimensionales y prevén todo un abanico de actividades de consolidación de la paz que van desde establecer entornos seguros hasta vigilar la situación de los derechos humanos o

414 Véase el Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea.
415 Véase el Acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq, art. 8.
416 Véase el Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea.
417 Véanse el Acuerdo entre los Estados Unidos y Filipinas, art. IX, párr. 3, y el Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 54A.
418 Acuerdo complementario entre el Japón y los Estados Unidos, art. 3, párr. 1.
419 Estas evaluaciones permitirían determinar y evaluar los aspectos ambientales de la operación y pueden ir acompañadas del compromiso de planificar, programar y prever los fondos necesarios en consecuencia, como en el Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea.
420 Véase el Acuerdo entre los Estados Unidos y Filipinas, art. IX, párr. 2.
421 Véanse el Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 54A, y el Acuerdo entre los Estados Unidos y Australia, art. 12, párr. 7 e) i).
422 Véase el Acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq, art. 8.
423 Como en el art. 9 del Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para la operación *Concordia*.
424 Véase el Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 54A.
425 Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 41, y Acuerdo entre los Estados Unidos y Australia, art. 12, párr. 7 e) i).
426 Informe del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz: aunar nuestras ventajas en pro de la paz – política, alianzas y personas (en A/70/95-S/2015/446), párr. 23.
427 *Ibid.*

reconstruir la capacidad de un Estado[428]. Los mandatos también prevén la protección de los civiles[429]. El proyecto de principio 7 tiene por objeto abarcar todas las operaciones de paz que pueden guardar relación con los diversos elementos o aspectos de un conflicto armado y cuyo carácter temporal puede variar.

2) No existe ninguna definición clara ni definitiva de "operación de paz" o "mantenimiento de la paz" en el derecho internacional vigente. El actual proyecto de principio tiene por objeto abarcar en general todas las operaciones de paz establecidas en relación con conflictos armados. En el Programa de Paz se destacaba que por "establecimiento de la paz" se entendían las medidas destinadas a lograr que las partes hostiles llegaran a un acuerdo, fundamentalmente por medios pacíficos[430], y por "mantenimiento de la paz" se entendía el despliegue de una presencia de las Naciones Unidas sobre el terreno, con la participación de personal militar o policial y, frecuentemente, también de personal civil[431], mientras que la "consolidación de la paz" podía asumir la forma de proyectos de cooperación en una empresa mutuamente beneficiosa con objeto de aumentar la confianza, fundamental para la paz[432]. Para los fines de su informe, el Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz establece una definición que abarca "una amplia selección de instrumentos [...][que] van de enviados especiales y mediadores; misiones políticas, incluidas misiones de consolidación de la paz; oficinas regionales de diplomacia preventiva; misiones observadoras, incluidas misiones de alto el fuego y electorales; a pequeñas misiones de especialización técnica, como las misiones de apoyo electoral; operaciones multidisciplinarias"[433]. El Consejo de Seguridad entiende "por operaciones de paz de las Naciones Unidas las operaciones de mantenimiento de la paz y las misiones políticas especiales"[434]. Con la expresión "operaciones de paz" se pretende abarcar todos estos tipos de operaciones, así como operaciones de mayor envergadura que las de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, como las de imposición de la paz y las establecidas por organizaciones regionales.

3) La expresión "establecidas en relación con conflictos armados" delimita el ámbito de aplicación del proyecto de principio 7. Deja clara la necesidad de que exista una relación con los conflictos armados para que las obligaciones no se interpreten de manera demasiado amplia (es decir, para que no puedan ser aplicables a todas las actuaciones de una organización internacional relacionadas con la promoción de la paz). Si bien el término debe entenderse desde una perspectiva amplia en el contexto del proyecto de principio, se reconoce que no todas las operaciones de paz tienen una relación directa con un conflicto armado. Cuando una operación de paz desplegada en un conflicto armado acaba implicada en las hostilidades, se imponen las obligaciones del derecho de los conflictos armados.

---

428 V. Holt y G. Taylor, *Protecting Civilians in the Context of UN Peacekeeping Operations: Successes, Setbacks and Remaining Challenges*, estudio independiente encargado conjuntamente por el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.10.III.M.1), págs. 2 y 3. Véase también A. Geslin, "Les organisations internationales et régionales de sécurité et de défense face à la problématique environnementale" en S. J. Kirschbaum, *Les défis du système de sécurité* (Bruselas, Bruylant, 2014), págs. 77 a 94.

429 Véanse, por ejemplo, los siguientes mandatos de misiones dirigidas por las Naciones Unidas que figuran en resoluciones del Consejo de Seguridad: Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona (1289 (2000)); Misión de Observación de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (1291 (2000)); Misión de las Naciones Unidas en Liberia (1509 (2003) y 2215 (2015)); Operación de las Naciones Unidas en Burundi (1545 (2004)); Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (1542 (2004)); Operación de las Naciones Unidas en Côte d'Ivoire (1528 (2004) y 2226 (2015)); Misión de las Naciones Unidas en el Sudán (1590 (2005)); Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur (1769 (2007)); y Misión de las Naciones Unidas en la República Centroafricana y el Chad (1861 (2009)).

430 "Un programa de paz: diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz" (A/47/277-S/24111), párr. 20. Véase también el suplemento, un documento de posición del Secretario General con ocasión del cincuentenario de las Naciones Unidas (A/50/60-S/1995/1).

431 *Ibid*.

432 *Ibid*., párr. 56.

433 A/70/95-S/2015/446, párr. 18.

434 Resolución 2594 (2021) del Consejo de Seguridad, cuarto párrafo del preámbulo.

4) El presente proyecto de principio se refiere a las operaciones de paz establecidas en relación con conflictos armados en las que participan Estados y organizaciones internacionales y en las que pueden tomar parte múltiples actores. Todos esos actores tendrán algún efecto en el medio ambiente. Los diferentes departamentos y órganos de las Naciones Unidas reconocen los daños que las operaciones de mantenimiento de la paz pueden ocasionar en el medio ambiente local[435].

5) El impacto ambiental de una operación de paz puede notarse desde la fase de planificación, mantenerse durante la fase operacional y prolongarse hasta la fase posterior a la operación. El objetivo que se busca es que las actividades de las operaciones de paz se realicen de manera que su impacto en el medio ambiente se reduzca al mínimo. Por tanto, el proyecto de principio se centra en las actividades que deben llevarse a cabo en los casos en que una operación de paz puede tener efectos perjudiciales para el medio ambiente. Al mismo tiempo, se entiende que las medidas "apropiadas" que deben adoptarse pueden variar según el contexto de la operación. Entre las consideraciones que deben tenerse en cuenta cabe citar, en particular, la fase del conflicto armado (antes, en el curso o después del conflicto) a la que se refieren esas medidas, y la viabilidad de estas en las circunstancias del caso.

6) El proyecto de principio refleja el mayor reconocimiento, por parte de Estados y de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, la Unión Europea[436] y la OTAN[437], del impacto ambiental de las operaciones de paz y de la necesidad de adoptar las medidas necesarias para prevenir, mitigar y reparar los efectos negativos de esas operaciones. La expresión "considerarán el impacto […] en el medio ambiente" refleja la formulación que suele utilizar el Consejo de Seguridad en los mandatos de las operaciones de paz, en los que se pide expresamente a las misiones que consideren el impacto ambiental de sus operaciones[438]. Esas operaciones deben presupuestar y ejecutar planes plurianuales para la gestión los residuos, las infraestructuras energéticas y el agua y las aguas residuales, y asegurar la realización sistemática de evaluaciones del impacto ambiental[439]. Algunas misiones de las Naciones Unidas sobre el terreno cuentan con dependencias ambientales encargadas de elaborar y aplicar políticas ambientales específicas para la misión y de velar por el cumplimiento de la normativa ambiental[440]. También cabe mencionar la práctica que se está siguiendo en materia de acción climática, por ejemplo, las últimas decisiones de la

[435] Naciones Unidas, Departamento de Apoyo Operacional, "DOS environment strategy for peace operations (2017-2023)". Puede consultarse en https://operationalsupport.un.org/sites/default/files/dos_environment_strategy_execsum_phase_two.pdf (consulta realizada el 9 de junio de 2022). Véase también Naciones Unidas, Junta de los Jefes Ejecutivos para la Coordinación, "Strategy for sustainability management in the UN system 2020-2030" (CEB/2019/3/Add.2). Puede consultarse en https://unemg.org/wp-content/uploads/2019/09/INF_3_Strategy-for-Sustainability-Management-in-the-UN-System.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[436] Véase, por ejemplo, Unión Europea, "Military concept on environmental protection and energy efficiency for EU-led military operations", 14 de septiembre de 2012, documento EEAS 01574/12.

[437] Véase, por ejemplo, OTAN, "Joint NATO doctrine for environmental protection during NATO-led military activities", 8 de marzo de 2018, documento NSO(Joint)0335(2018)EP/7141. La OTAN también ha establecido una serie de acuerdos de normalización relativos, por ejemplo, a la protección del medio ambiente durante las actividades militares dirigidas por la OTAN (NATO STANAG 7141), que puede consultarse en https://standards.globalspec.com/std/10301156/STANAG%207141 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022) y a las mejores prácticas y normas de protección ambiental en los campamentos militares en las operaciones de la OTAN (NATO STANAG 2582), que puede consultarse en https://standards.globalspec.com/std/9994281/STANAG%202582 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[438] Véase, por ejemplo, la resolución 2612 (2021) del Consejo de Seguridad, párr. 45 ("Solicita a la MONUSCO que considere el impacto ambiental de sus operaciones al ejecutar las tareas incluidas en su mandato"). Puede encontrarse una formulación similar, por ejemplo, en las resoluciones del Consejo de Seguridad 2531 (2020), párr. 59; 2502 (2019), párr. 44; 2448 (2018), párr. 54; 2423 (2018), párr. 67; 2348 (2017), párr. 48; 2364 (2017), párr. 41; y 2295 (2016), párr. 39.

[439] División de Apoyo Operacional, "DOS environment strategy for peace operations ..." (véase la nota 435 *supra*).

[440] "El futuro de las operaciones de paz de las Naciones Unidas: aplicación de las recomendaciones del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz", informe del Secretario General (A/70/357-S/2015/682), párr. 129.

OTAN sobre la reducción de las emisiones de las operaciones militares[441]. La expresión "cuando proceda" indica que existe flexibilidad en cuanto al tipo de medidas que deben adoptarse en cada situación.

7) El proyecto de principio 7 es de índole distinta a la del proyecto de principio 6. Las operaciones de paz, a diferencia de los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares, no conllevan necesariamente la participación de fuerzas armadas o personal militar. Otros tipos de actores, como el personal civil y diversos tipos de especialistas, también pueden estar presentes y participar en esas operaciones. Asimismo, se pretende que el proyecto de principio 7 tenga un alcance más amplio y general, y que se centre en las actividades realizadas en el marco de esas operaciones de paz.

Principio 8
Desplazamientos humanos

Los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes deberían adoptar medidas apropiadas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente en las zonas donde se encuentren o por las que transiten personas desplazadas por un conflicto armado, a la vez que prestar socorro y asistencia a esas personas y a las comunidades locales.

Comentario

1) El proyecto de principio 8 aborda los efectos ambientales involuntarios de los desplazamientos humanos relacionados con conflictos. En el proyecto de principio se reconoce la interrelación entre la prestación de socorro a las personas desplazadas por conflictos armados y la reducción del impacto de los desplazamientos en el medio ambiente. El proyecto de principio abarca tanto los desplazamientos internacionales como los internos.

2) Los conflictos armados suelen provocar el desplazamiento de la población, que causa importantes sufrimientos humanos y daños ambientales[442]. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente ha señalado que el desplazamiento masivo de refugiados y desplazados internos por todo el país ha sido quizás la consecuencia más directa del conflicto de Liberia[443], y que existen vínculos claros e importantes entre los desplazamientos y el medio ambiente en el Sudán[444]. En Rwanda, el desplazamiento y el reasentamiento de la población

[441] Véase el Comunicado de la Cumbre de Bruselas emitido por los Jefes de Estado y de Gobierno participantes en la reunión del Consejo del Atlántico Norte celebrada en Bruselas el 14 de junio de 2021, párr. 6 ("A tal fin, acordamos: […] g) […] reducir significativamente las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de las actividades e instalaciones militares"). Véase también el Plan de Acción de la OTAN sobre Cambio Climático y Seguridad, 14 de junio de 2021, párr. 6, en el que se hace referencia a las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30882, pág. 107) y del Acuerdo de París de 2015 (París, 4 de noviembre de 2016, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 3156, núm. 54113). Ambos documentos de la OTAN pueden consultarse en www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm?selectedLocale=en (consultado por última vez el 2 de agosto de 2022). Véase además Naciones Unidas, Plan de Acción Climática de la Secretaría de las Naciones Unidas 2020-2030, septiembre de 2019. Puede consultarse en www.un.org/management/sites/www.un.org.management/files/united-nations-secretariat-climate-action-plan.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[442] Véase ACNUR, *UNHCR Environmental Guidelines* (Ginebra, 2005). Pueden consultarse en www.refworld.org/docid/4a54bbd10.html (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también ACNUR, CARE International y UICN, "Environmental perspectives of camp phase-out and closure: a compendium of lessons learned from Africa", 1 de agosto de 2009. Puede consultarse en www.unhcr.org/en-us/protection/environment/4a967ce69/environmental-perspectives-camp-phase-out-closure-compendium-lessons-learned.html?query=environmental (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[443] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Desk Study on the Environment in Liberia* (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2004), pág. 23. Puede consultarse en https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/8396 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[444] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Sudan Post-Conflict Environmental Assessment* (Nairobi, 2007), pág. 115. Puede consultarse en https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/22234 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

relacionados con el conflicto y el genocidio de 1990-1994 tuvieron una enorme repercusión en el medio ambiente y alteraron sustancialmente la cubierta terrestre y el uso de la tierra en muchas partes del país[445], y causó importantes daños ambientales en la vecina República Democrática del Congo[446].

3) Cabe también hacer referencia a un estudio de 2014 sobre la protección del medio ambiente durante los conflictos armados, en el que se destaca el impacto humanitario y ambiental de los desplazamientos en diversos conflictos[447]. En el estudio se señala, en referencia a la República Democrática del Congo, que el desplazamiento masivo de la población civil provocado por un conflicto prolongado puede tener efectos aún más destructivos sobre el medio ambiente que las propias operaciones de combate[448]. Los conflictos armados no internacionales, en particular, han provocado importantes desplazamientos que han tenido efectos en el medio ambiente en las zonas afectadas[449]. Del mismo modo, las investigaciones basadas en las evaluaciones ambientales posteriores a conflictos realizadas desde la década de 1990 por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Banco Mundial han determinado que los desplazamientos humanos se cuentan entre las seis principales causas de daños ambientales directos en un conflicto[450].

4) Como señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), las consideraciones relativas al acceso al agua, la ubicación de los campamentos y asentamientos de refugiados y la asistencia alimentaria de los organismos de socorro y desarrollo tienen una repercusión directa en el medio ambiente[451]. Las decisiones no fundamentadas sobre la ubicación de un campamento de refugiados en una zona frágil o protegida internacionalmente, o cerca de esa zona, pueden tener repercusiones irreversibles —a nivel local o no— en el medio ambiente. Esas repercusiones son particularmente graves en las zonas que tienen un alto valor ambiental, ya que pueden poner en riesgo su diversidad biológica, su función de refugio para especies en peligro o los servicios ecosistémicos que proporcionan[452]. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente[453] y la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente también han llamado la atención sobre el impacto ambiental de los desplazamientos[454]. La Asamblea General aprobó en 2016 la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, que, entre otras cosas, llama la atención sobre la necesidad de combatir la degradación del medio ambiente y anuncia el compromiso de "apoyar la rehabilitación ambiental, social y de la infraestructura de las zonas afectadas por los grandes desplazamientos de refugiados"[455], y, en 2018, el pacto

[445] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Rwanda: From Post-Conflict to Environmentally Sustainable Development* (Nairobi, 2011), pág. 74. Puede consultarse en: https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_Rwanda.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[446] Más de 2 millones de personas entraron en el país y salieron de él, y los campamentos situados a lo largo de la frontera con la República Democrática del Congo acogieron hasta 800.000 personas, que tenían que ir a buscar leña en el cercano Parque Nacional de Virunga. *Ibid*., págs. 65 y 66.

[447] Instituto de Derecho Internacional y Política, *Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: An Empirical Study*, Report 12/2014 (Oslo, 2014).

[448] *Ibid*., pág. 5.

[449] *Ibid*., pág. 6.

[450] D. Jensen y S. Lonergan, "Natural resources and post-conflict assessment, remediation, restoration and reconstruction: lessons and emerging issues", en Jensen y Lonergan (eds.), *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding* (Abingdon, Earthscan from Routledge, 2012), págs. 411 a 450, en especial pág. 414.

[451] *UNHCR Environmental Guidelines* (nota 442 *supra*), pág. 5. Véase también G. Lahn y O. Grafham, "Heat, light and power for refugees: saving lives, reducing costs" (Chatham House, 2015).

[452] *Ibid*., pág. 7.

[453] Véase Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Rwanda: From Post-Conflict to Environmentally Sustainable Development* (nota 445 *supra*). Véase también Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Sudan Post-Conflict Environmental Assessment* (nota 444 *supra*).

[454] Véase la resolución 2/15 de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (véase la nota 342 *supra*), párr. 1.

[455] Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, resolución 71/1 de la Asamblea General, de 19 de septiembre de 2016, párrs. 43 y 85.

mundial sobre los refugiados[456]. También el CICR plantea esa cuestión en las directrices actualizadas sobre la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados[457].

5) En la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África, también conocida como Convención de Kampala, se obliga a los Estados partes a tomar las medidas necesarias para proteger contra la degradación ambiental las zonas donde se encuentran desplazados internos, ya sea dentro de la jurisdicción de los Estados partes o en zonas bajo su control efectivo[458]. La Convención de Kampala es de aplicación a los desplazamientos internos provocados por conflictos armados, situaciones de violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos o desastres naturales o antropogénicos, o por la necesidad de evitar los efectos de estos[459].

6) Entre los otros hechos recientes relacionados con los desplazamientos y el medio ambiente, cabe citar el establecimiento, en la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, del Equipo de Tareas sobre los Desplazamientos con el mandato de formular recomendaciones sobre enfoques integrados que permitan evitar, reducir al mínimo y afrontar los desplazamientos relacionados con los efectos adversos del cambio climático[460]. En 2015, los Estados aprobaron el Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres, en el que se pide, entre otras cosas, que se promueva la cooperación transfronteriza para aumentar la resiliencia y reducir el riesgo de desastres y el riesgo de desplazamientos[461]. El más reciente Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular incluye también una sección sobre la relación entre la migración y la degradación ambiental[462]. Aunque algunos de estos acontecimientos se centran en las razones ambientales, y no en los efectos ambientales, de los desplazamientos, indican el reconocimiento por los Estados de la existencia de un nexo entre el medio ambiente y los desplazamientos, y de la necesidad de fomentar la cooperación y la regulación en ese ámbito.

7) El proyecto de principio 8 va dirigido a los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes, incluidos los grupos armados no estatales, que puedan ejercer un control *de facto* sobre los territorios donde se encuentren o por los que transiten personas desplazadas. Entre las organizaciones internacionales que se ocupan de la protección de las personas desplazadas y el medio ambiente en las zonas de conflicto cabe citar el ACNUR, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y otros organismos de las

[456] Pacto mundial sobre los refugiados, resolución 73/151 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 2018: véase Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados: Parte II: Pacto mundial sobre los refugiados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 12* [A/73/12 (Parte II)], párrs. 78 y 79.

[457] CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párrs. 3, 151 y 152.

[458] Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África (Kampala, 23 de octubre de 2009), art. 9, párr. 2 j). Puede consultarse en https://au.int/en/treaties/african-union-convention-protection-and-assistance-internally-displaced-persons-africa (consulta realizada el 2 de agosto de 2022) La Convención entró en vigor el 6 de diciembre de 2012.

[459] *Ibid*., art. 1 k).

[460] Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, decisión 1/CP.21 "Aprobación del Acuerdo de París", párr. 49, en Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 21er período de sesiones, celebrado en París del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2015, Adición (FCCC/CP/2015/10/Add.1). Véase también la Iniciativa Nansen, *Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a Través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático*, vol. 1 (2015). Puede consultarse en https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2017/08/16062016_ES_Protection_Agenda_V1.pdf (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

[461] Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, párr. 28 (aprobado en la Tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Reducción del Riesgo de Desastres y hecho suyo por la Asamblea General en la resolución 69/283, de 3 de junio de 2015). Puede consultarse en https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2017/08/16062016_ES_Protection_Agenda_V1.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[462] Resolución 73/195 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 2018, anexo. Véanse también la resolución 73/326 de la Asamblea General, de 19 de julio de 2019, y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular: Informe del Secretario General (A/76/642).

Naciones Unidas, así como la Unión Europea, la Unión Africana y la OTAN. Los "otros actores pertinentes" a los que se hace referencia en el proyecto de principio pueden ser los donantes internacionales, el CICR y las organizaciones no gubernamentales internacionales. Todos estos actores deben adoptar medidas apropiadas para prevenir y mitigar la degradación ambiental en las zonas donde se encuentren personas desplazadas por un conflicto armado, a la vez que prestar socorro y asistencia a esas personas y a las comunidades locales de conformidad con sus obligaciones internacionales. Los términos "socorro y asistencia" se refieren en general al tipo de asistencia que se presta cuando se producen desplazamientos humanos. No tienen un sentido diferente del que se les atribuye en las labores humanitarias.

8) El proyecto de principio 8 incluye una referencia al socorro prestado a las personas desplazadas y a las comunidades locales. Las Directrices del ACNUR sobre el Medio Ambiente señalan a este respecto que el estado del medio ambiente influirá directamente en el bienestar de las personas que vivan en los alrededores, ya sean refugiadas, personas que retornan o comunidades locales[463]. La provisión de medios de vida para las personas desplazadas depende estrechamente de la preservación y protección del medio ambiente en el que viven las comunidades locales y de acogida. La mejora de la gobernanza ambiental aumenta la resiliencia de las comunidades de acogida, las personas desplazadas y el propio medio ambiente.

9) Del mismo modo, la Organización Internacional para las Migraciones ha destacado la importancia de reducir la vulnerabilidad de las personas desplazadas y su impacto en la sociedad y el ecosistema receptores, señalando que se trata de un nuevo problema que es preciso abordar[464], y ha elaborado además un Atlas de la Migración Ambiental[465]. El Banco Mundial puso esta cuestión de relieve en su informe de 2009 titulado "Forced displacement – The development challenge"[466]. En el informe se destaca el impacto que los desplazamientos pueden tener en la sostenibilidad ambiental y el desarrollo, entre otras cosas por la degradación ambiental que provocan[467]. Cabe también hacer referencia al Proyecto de Pacto Internacional sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de la UICN, que contiene un párrafo sobre los desplazamientos en el que se establece que las partes adoptarán todas las medidas necesarias para socorrer a los desplazados por conflictos armados, incluidos los desplazados internos, teniendo debidamente en cuenta las obligaciones ambientales[468].

10) La referencia en el proyecto de principio 8 a "prestar socorro" a las personas desplazadas por conflictos y a las comunidades locales también debe interpretarse a la luz de la labor anterior de la Comisión sobre el tema "Protección de las personas en caso de desastre"[469]. Como se explica en el comentario correspondiente, el proyecto de artículos sería de aplicación en situaciones de desplazamiento que, por su magnitud, puedan considerarse "emergencias complejas", por ejemplo, cuando se produce un desastre en una zona donde hay un conflicto armado[470].

[463] *UNHCR Environmental Guidelines* (nota 442 *supra*), pág. 5.

[464] Organización Internacional para las Migraciones, *Compendium of Activities in Disaster Risk Reduction and Resilience* (Ginebra, 2013), al que se hace referencia en *IOM Outlook on Migration, Environment and Climate Change* (Ginebra, 2014), pág. 82.

[465] D. Ionesco, D. Mokhnacheva y F. Gemenne, *The Atlas of Environmental Migration* (Abingdon, Routledge, 2019).

[466] A. Christensen y N. Harild, "Forced displacement – The development challenge" (Departamento de Desarrollo Social, Grupo Banco Mundial, Washington D. C., 2009).

[467] *Ibid*., págs. 4 y 11.

[468] UICN, Proyecto de Pacto Internacional sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (2015), art. 40, relativo a las actividades militares y hostiles (anteriormente art. 38). Puede consultarse en www.iucn.org.

[469] Proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), párrs. 48 y 49. Véase también la resolución 73/209 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018.

[470] Párrafo 9) del comentario al artículo 18, párrafo 2, *ibid*., pág. 64. Véase también el proyecto de artículo 3 a), donde se define el "desastre", a los efectos del proyecto de artículos, como "un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa, o daños

11) El proyecto de principio 8 se refiere tanto a las zonas donde se encuentren personas desplazadas como a las zonas por las que estas transiten. Las nociones de "ubicación" y "tránsito" son habituales en el contexto de los desplazamientos humanos, pero rara vez se les da una interpretación específica[471]. El ACNUR reconoce en su práctica que las personas desplazadas pueden encontrarse en entornos formales e institucionalizados, como los campamentos, y en asentamientos informales y no institucionalizados en entornos distintos de los campamentos, y, por lo tanto, en marcos tanto permanentes como temporales[472]. En la aplicación de la Convención de Kampala, las organizaciones internacionales también han interpretado que la expresión "donde se encuentren desplazados internos"[473] se refiere a diversos tipos de campamentos, así como a entornos urbanos y rurales[474]. La Organización Internacional para las Migraciones define el "tránsito" como una parada de duración variable durante un viaje entre dos o más países[475]. Define el "país de tránsito" como el país por el que circulan flujos migratorios, ya sean regulares o irregulares[476]. Por otra parte, los conceptos de "campamento de tránsito" y "centro de tránsito" hacen referencia a disposiciones temporales para alojar a las personas desplazadas de forma segura[477]. La distinción entre ubicación y tránsito no es relevante para el presente proyecto de principio. Los verbos "encuentren" y "transiten" no deben interpretarse de forma estricta, sino de la forma más amplia y general posible como una referencia a los movimientos de personas.

12) El proyecto de principio 8 se ha incluido en la segunda parte porque los desplazamientos humanos relacionados con conflictos constituyen un fenómeno que puede ser necesario abordar tanto durante un conflicto armado como después de este, también en las situaciones de ocupación.

Principio 9
Responsabilidad del Estado

1. Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado, en relación con un conflicto armado, que cause daños al medio ambiente generará la responsabilidad internacional de ese Estado, que estará obligado a reparar íntegramente esos daños, incluidos los causados al medio ambiente en sí mismo.

2. El presente proyecto de principios se entenderá sin perjuicio de las normas sobre la responsabilidad del Estado o de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos.

materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad". *Ibid*., pág. 31.

471 Véanse, por ejemplo, ACNUR, "Tendencias globales: desplazamiento forzado en 2018" (2019), en https://www.acnur.org/5d09c37c4.pdf (consulta realizada el 15 de junio de 2022); ACNUR, Grupo de Trabajo del Grupo Temático de Protección, *Manual para la Protección de los Desplazados Internos* (2007); ACNUDH, "Situación de los migrantes en tránsito" (2016), en https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-12/INT_CMW_INF_7940_S.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022); Organización Internacional para las Migraciones, "Glosario sobre Migración" (2019); ACNUR, "Planificación de emplazamientos de los centros de tránsito", en *Emergency Handbook*, 4ª ed. (2015), puede consultarse en https://emergency.unhcr.org/entry/31295/site-planning-for-transit-centres; ACNUR, "Master glossary of terms" (2006), que puede consultarse en www.unhcr.org/glossary/#t (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

472 ACNUR, " Tendencias globales: desplazamiento forzado..." (véase la nota anterior), págs. 59 y 62; ACNUR, *Handbook for the Protection of Internally Displaced Persons* (véase la nota anterior), pág. 333.

473 Convención de Kampala, art. 9, párr. 2 j).

474 Unión Africana y otros, "Making the Kampala Convention work for IDPs" (2010), pág. 27. Puede consultarse en www.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/2010-making-the-kampala-convention-work-thematic-en.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

475 Organización Internacional para las Migraciones, "Glosario sobre Migración" (véase la nota 471 *supra*), pág. 236.

476 *Ibid*., pág. 162.

477 Véase también Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Environmental Considerations of Human Displacement in Liberia: A Guide for Decision Makers and Practitioners* (Ginebra, 2006), pág. ix. Puede consultarse en https://postconflict.unep.ch/publications/liberia_idp.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

3. El presente proyecto de principios se entenderá también sin perjuicio de:

a) las normas sobre la responsabilidad de los grupos armados no estatales;

b) las normas sobre la responsabilidad penal individual.

Comentario

1) El proyecto de principio 9 se centra en la responsabilidad internacional del Estado por los daños causados al medio ambiente en relación con un conflicto armado. El párrafo 1 parte de la regla general de que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado generará su responsabilidad internacional y dará lugar a la obligación de reparar íntegramente los daños que haya podido causar. Reafirma la aplicabilidad de este principio a los hechos internacionalmente ilícitos en relación con conflictos armados que causen daños ambientales, incluidos daños al medio ambiente en sí mismo.

2) El párrafo 1 se ha inspirado en los artículos 1 y 31, párrafo 1, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Aunque no se mencionan otros artículos, el proyecto de principio debe aplicarse de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, incluidas las que definen los hechos internacionalmente ilícitos. Esto significa, entre otras cosas, que el comportamiento constitutivo del hecho internacionalmente ilícito puede ser una acción o una omisión. Además, para que se genere la responsabilidad internacional de un Estado en relación con un conflicto armado, la acción u omisión debe ser atribuible a ese Estado y constituir una violación de sus obligaciones internacionales[478].

3) Una acción u omisión atribuible a un Estado que cause daños al medio ambiente en relación con un conflicto armado es ilícita si se cumplen dos condiciones. En primer lugar, que la acción u omisión en cuestión vulnere el derecho que regula el uso de la fuerza o una o varias de las normas sustantivas del derecho de los conflictos armados que prevén la protección del medio ambiente[479] u otras normas de derecho internacional aplicables en esas situaciones, incluido, entre otros, el derecho internacional de los derechos humanos[480]. En segundo lugar, que esa norma o normas sean vinculantes para el Estado. El alcance de la responsabilidad del Estado, así como el umbral de los daños ambientales indemnizables, podrá variar en función de las normas primarias aplicables.

4) Las normas del derecho de los conflictos armados relativas a la responsabilidad del Estado son claras y están bien establecidas. El derecho de los conflictos armados también responsabiliza a los Estados partes en un conflicto armado de "todos los actos cometidos por personas que formen parte de su ejército"[481]. En lo que respecta al derecho que regula el uso

[478] Artículo 1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: "Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional", *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 33 a 35.

[479] Entre ellas cabe citar los artículos 35, párrafo 3, y 55 del Protocolo Adicional I y su equivalente en derecho consuetudinario, los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque, así como otras normas relativas al desarrollo de las hostilidades, y el derecho de la ocupación, que también se reflejan en el presente proyecto de principios.

[480] Además, en la medida en que el derecho penal internacional prevé la protección del medio ambiente en los conflictos armados, los crímenes internacionales cometidos pueden generar la responsabilidad del Estado. Véanse el artículo 1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, y el párrafo 3) del comentario al artículo 58, *ibid*., págs. 152 y 153. Véase también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 116, párr. 173.

[481] Cuarta Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (Cuarta Convención de La Haya) (La Haya, 18 de octubre de 1907), J. B. Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, 3ª ed. (Nueva York, Oxford University Press, 1915), pág. 100, art. 3: "[l]a parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento será condenada, si hubiere lugar, a pagar una indemnización. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su ejército". Véase también el Protocolo Adicional I, art. 91. Véase CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), norma 26, párr. 303. Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario*

de la fuerza, toda vulneración del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas genera responsabilidad por los daños que cause, sean o no resultado de una violación del derecho de los conflictos armados[482]. Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos también pueden fundamentar el establecimiento de responsabilidad por los daños ambientales causados en el marco de un conflicto —en particular, pero no exclusivamente— en las situaciones de ocupación. La degradación de las condiciones ambientales puede vulnerar varios derechos humanos específicos, entre ellos el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a la alimentación, como ha quedado reflejado en la jurisprudencia de las cortes y tribunales regionales de derechos humanos y de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos[483]. Por otra parte, en las situaciones de ocupación, la Potencia ocupante es responsable de los actos que vulneren el derecho de los derechos humanos o el derecho de los conflictos armados incluso cuando sean cometidos por actores privados, a menos que pueda demostrarse que el daño en cuestión se produjo a pesar de que esta actuó con la debida diligencia para tratar de prevenir esas vulneraciones[484].

5) Cuando la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas fue establecida por el Consejo de Seguridad en 1991 para tramitar las reclamaciones relativas a la invasión y ocupación de Kuwait por parte del Iraq, se reconoció que los daños ambientales causados en un conflicto armado eran indemnizables con arreglo al derecho internacional[485]. La Comisión de Indemnización basaba su competencia en la resolución 687 (1991) del Consejo de

consuetudinario... (nota 347 *supra*), norma 149, pág. 599. Esta norma también se aplicable a los actos privados de las fuerzas armadas, véanse M. Sassòli, "State responsibility for violations of international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, vol. 84 (2002), págs. 401 a 434; C. Greenwood, "State responsibility and civil liability for environmental damage caused by military operations", en R. J. Grunawalt, J. E. King y R. S. McClain (eds.), "Protection of the environment during armed conflict", *International Law Studies*, vol. 69 (1996), págs. 397 a 415, en especial págs. 405 y 406.

[482] Véase Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, decisión núm. 7, Guidance Regarding *Jus ad Bellum* Liability, U.N.R.I.A.A. (2009), pág. 631, párr. 13. Véase también el comentario del CICR (1987) sobre el Protocolo Adicional I, art. 91, párr. 3650. Véase asimismo *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, providencia, 16 de marzo de 2022, Lista general núm. 182, párrs. 60 y 74.

[483] Véanse *Yanomami Vs. Brasil*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución núm. 12/85, caso núm. 7615, 5 de marzo de 1985; *Öneryildiz v. Turkey*, demanda núm. 48939/99, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2004, ECHR 2004-XII; *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, demanda núm. 9310/81, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de febrero de 1990; *López Ostra v. Spain*, demanda núm. 16798/90, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 9 de diciembre de 1994; *Guerra and Others v. Italy*, demanda núm. 116/1996/735/532, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de febrero de 1998; *Fadeyeva v. Russia*, demanda núm. 55723/00, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 9 de junio de 2005; *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and the Center for Economic and Social Rights (CESR)* v. *Federal Republic of Nigeria*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación núm. 155/96 (2002), párrs. 64 a 66, puede consultarse en https://www.escr-net.org/sites/default/files/serac.pdf (consulta realizada el 22 de julio de 2022). Véanse también las notas 769 a 771 *infra*. Véase además R. Pavoni, "Environmental jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights: comparative insights", en B. Boer, *Environmental Law Dimensions of Human Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 69 a 106.

[484] Véase *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, reparaciones, 9 de febrero de 2022, Lista general núm. 116, párrs. 95 y 364, donde la Corte distingue la responsabilidad de Uganda, como Potencia ocupante, por todos los actos de saqueo, pillaje y explotación de los recursos naturales cometidos en Ituri por no haber ejercido esta su deber de vigilancia de su responsabilidad fuera de Ituri, que se limitaba a los actos que le eran imputables. Véase también el párr. 78 ("Como Potencia ocupante, Uganda tenía el deber de vigilar para impedir la comisión de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario por otros actores presentes en el territorio ocupado, incluidos los grupos rebeldes que actuaban por cuenta propia"). Véanse además *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), fallo, I.C.J. Reports 2005*, pág. 168, en especial págs. 253, 280 y 281, párrs. 250 y 345 4), y Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, laudo parcial: Central Front – Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 and 22, 28 de abril de 2004, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI, págs. 115 a 153, párr. 67.

[485] Resolución 692 (1991) del Consejo de Seguridad, de 20 de mayo de 1991.

Seguridad, en la que se reafirmó que el Iraq era responsable “ante los Gobiernos, los nacionales y las empresas extranjeros, con arreglo al derecho internacional, por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y por todo perjuicio directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”[486].

6) La actuación de la Comisión de Indemnización en la tramitación de reclamaciones ambientales ha sido histórica en el ámbito de la reparación de los daños ambientales causados en tiempo de guerra, además de un importante punto de referencia para contextos distintos de los conflictos armados[487]. Cabe citar como ejemplo la forma de cuantificar los daños ambientales. La Comisión de Indemnización no intentó definir los conceptos de “daños directos al medio ambiente” y “destrucción de recursos naturales” mencionados en la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, sino que admitió reclamaciones por una lista no exhaustiva de pérdidas o gastos resultantes de:

a) La mitigación y prevención de los daños causados al medio ambiente, incluidos los gastos relacionados directamente con la extinción de los incendios petrolíferos y la detención del vertido de petróleo en aguas costeras e internacionales;

b) Las medidas razonables ya adoptadas para limpiar y restaurar el medio ambiente o las medidas que se adopten en el futuro y que pueda demostrarse que son razonablemente necesarias para limpiar y restaurar el medio ambiente;

c) La vigilancia y evaluación razonables de los daños causados al medio ambiente a los fines de evaluar y mitigar los daños y de restaurar el medio ambiente;

d) La vigilancia razonable de la salud pública y la realización de exámenes médicos a los fines de investigar y combatir el aumento de los riesgos para la salud derivados de los daños causados al medio ambiente; y

e) La explotación abusiva o los daños causados a los recursos naturales[488].

7) En el párrafo 1 del proyecto de principio 9 se reafirma que, con arreglo al derecho internacional, los daños causados al medio ambiente en sí mismo son indemnizables. Esta afirmación va en consonancia con la labor anterior de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado[489] y sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[490]. Cabe también hacer referencia a la

[486] Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, de 3 de abril de 1991, párr. 16.

[487] D. D. Caron, “The profound significance of the UNCC for the environment”, en C. R. Payne y P. H. Sand (eds.), *Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission Environmental Liability* (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 265 a 275; P. Gautier, “Environmental damage and the United Nations Claims Commission: new directions for future international environmental cases?”, en T. M. Ndiaye y R. Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law, and Settlement of Disputes*. *Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2007), págs. 177 a 214; P. H. Sand, “Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War”, *Environmental Policy and Law*, vol. 35 (2005), págs. 244 a 249. J.-C. Martin, “La pratique de la Commission d’indemnisation des Nations Unies pour l’Irak en matière de réclamations environnementales”, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Colloque d’Aix-en-Provence, Société Française pour le Droit International (París, Pedone, 2010).

[488] Decisión adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas durante su tercer período de sesiones, en la 18ª sesión, celebrada el 28 de noviembre de 1991, revisada en la 24ª sesión, celebrada el 16 de marzo de 1992 (S/AC.26/1991/7/Rev.1), párr. 35.

[489] Párrafo 15) del comentario al artículo 36 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, pág. 108: “los daños al medio ambiente a menudo no se limitan a los que pueden cuantificarse fácilmente como gastos de limpieza o de pérdida de valor de un bien. Los daños causados a esos valores ecológicos (biodiversidad, esparcimiento, etc., denominados a veces ‘valores no de uso’) no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos”.

[490] Párrafo 6) del comentario al principio 3 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte),

declaración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas de que "nada justifica la afirmación de que el derecho internacional general impide la indemnización de los daños puramente ambientales"[491]. El párrafo 1 del proyecto de principio se inspira además en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*, en el que la Corte dictaminó que "es conforme a los principios del derecho internacional que rigen las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos, incluido el principio de reparación íntegra, considerar que los daños causados al medio ambiente en sí mismo son indemnizables"[492].

8) Se ha explicado que la noción de "daños […] causados al medio ambiente en sí mismo" se refiere a los "daños puramente ambientales"[493]. Esta fue la fórmula utilizada por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en la cita reproducida anteriormente. Ambos conceptos, así como la noción de "daño al medio ambiente *per se*" que la Comisión de Derecho Internacional utilizó en los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, tienen el mismo sentido. Se refieren a los daños al medio ambiente que no causan, o no solo causan, daños materiales, sino que provocan el menoscabo o la pérdida de la capacidad del medio ambiente para proporcionar servicios ecosistémicos como el secuestro de carbono de la atmósfera, los servicios de calidad del aire y la biodiversidad[494].

9) La reparación íntegra a la que se hace referencia en el párrafo 1 debe, de conformidad con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptar la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, según las circunstancias[495]. Como se ha señalado más arriba, los daños causados a los valores ecológicos (como la biodiversidad) no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños causados a bienes[496]. Aunque, por lo general, la reparación de los daños ambientales ha revestido forma de indemnización[497], no se excluyen en absoluto

párrs. 66 y 67, pág. 81: "es importante subrayar que los daños al medio ambiente en sí pueden constituir daños que tengan que ser objeto de una indemnización pronta y adecuada".

491 Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, Consejo de Administración, Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones "F4" (S/AC.26/2005/10), párr. 58.

492 *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua*) [Cuestión relativa a la indemnización], fallo, Corte Internacional de Justicia, *I.C.J. Reports 2018*, págs. 15 y ss, en especial pág. 28, párr. 41. Véase también *Armed Activites*, reparaciones (nota 484 *supra*), párr. 348.

493 *Certain Activities* [Cuestión relativa a la indemnización], fallo (véase la nota anterior), opinión separada de la Magistrada Donoghue, párr. 3: "Los daños al medio ambiente pueden comprender no solo daños a bienes físicos, como plantas y minerales, sino también a los 'servicios' que estos prestan a otros recursos naturales (por ejemplo, el hábitat) y a la sociedad. Esos daños, en caso de determinarse, deben repararse aun cuando los bienes y servicios dañados no tengan valor comercial ni se destinen de otro modo a fines económicos. Por consiguiente, Costa Rica tiene derecho a reclamar una indemnización por los daños 'puramente' ambientales, que la Corte denomina 'daños causados al medio ambiente en sí mismo'".

494 Véase J. B. Ruhl y J. Salzman, "The law and policy beginnings of ecosystem services", *Journal of Land Use and Environmental Law*, vol. 22 (2007), págs. 157 a 172. Véase también *Certain Activities [Cuestión relativa a la indemnización*], fallo (nota 492 *supra*), párr. 75.

495 Artículo 34 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76.

496 Párrafo 15) del comentario al artículo 36, *ibid*., pág. 108.

497 Véanse las reparaciones decretadas por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, Consejo de Administración, Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones "F4" (véase la nota 491 *supra*); la indemnización solicitada por Etiopía ante la Comisión de Reclamaciones en la controversia entre Eritrea y Etiopía, véase Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, reclamación por daños y perjuicios, laudo final – Ethiopia's Claims, 17 de agosto de 2009, U.N.R.I.A.A., vol. XXVI, págs. 631 a 770, en especial pág. 754, párr. 421. Véase también *Certain Activities* [Cuestión relativa a la indemnización], fallo (nota 492 *supra*), pág. 37, párr. 80.

las medidas de restauración y otras formas de reparación complementarias a la indemnización[498].

10) El párrafo 2 del proyecto de principio 9 aclara que el proyecto de principios se entenderá sin perjuicio de las normas sobre la responsabilidad del Estado o de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos. El objetivo de esta cláusula de salvaguardia es dejar claro que el proyecto de principios no se aparta de las normas sobre la responsabilidad del Estado codificadas por los artículos aprobados por la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Puede ser necesario aclarar este extremo en relación con un determinado proyecto de principio[499] o con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos respecto de cuestiones que no se aborden en el presente proyecto de principio ni en su comentario[500]. Teniendo en cuenta que la Comisión ha abordado en trabajos anteriores la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos no solo de los Estados, sino también de las organizaciones internacionales, ambas se tratan en el mismo párrafo[501].

11) El párrafo 3 contiene otra cláusula de salvaguardia que establece que el presente proyecto de principios se entenderá también sin perjuicio de: a) las normas sobre la responsabilidad de los grupos armados no estatales; y b) las normas sobre la responsabilidad penal individual. El párrafo va en consonancia con la mención de las organizaciones internacionales en el párrafo 2. Con la referencia a estos otros tres ámbitos de responsabilidad internacional se pretende indicar que el enfoque sustantivo del actual proyecto de principio en la responsabilidad del Estado no significa que otros actores no puedan causar o contribuir a causar daños ambientales en el contexto de un conflicto armado. Así se ha reconocido también en otros proyectos de principio que no solo se dirigen a los Estados, sino también a las "partes en un conflicto armado", a las organizaciones internacionales o a "otros actores pertinentes".

12) La responsabilidad de los grupos armados no estatales y la responsabilidad penal individual se abordan por separado para distinguir dos ramas diferentes del derecho internacional. La responsabilidad penal individual por los daños causados al medio ambiente durante un conflicto armado está reconocida en el Estatuto de Roma[502] y ocupa un lugar destacado en un documento de políticas elaborado por la Fiscalía en 2016[503]. Las directrices de 2020 del CICR sobre la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados contienen una norma relativa a la represión de los crímenes de guerra que afectan al medio ambiente natural[504]. En la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se ha propuesto incluir el "ecocidio" como quinta categoría de crímenes tipificados en el Estatuto de Roma[505], y un grupo internacional designado en el marco de la

498 *Certain Activities* [Cuestión relativa a la indemnización], fallo (nota 492 *supra*), opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, párr. 2. Véase también un análisis detallado de las formas de reparación, es decir, la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición, en Comité contra la Tortura, observación general núm. 3 (2012), relativa a la aplicación del artículo 14 (Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 44* (A/68/44), anexo X).

499 Véase el párrafo 1) del comentario al proyecto de principio 25 *infra*.

500 Véase, por ejemplo, el artículo 39 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, relativo a la contribución al perjuicio, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76.

501 Artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 a 115, párrs. 87 y 88, y resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo.

502 Estatuto de Roma, art. 8, párr. 2 b) iv).

503 Corte Penal Internacional, Fiscalía, "Policy paper on case selection and prioritization", 15 de septiembre de 2016, párr. 41.

504 CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), norma 28.

505 En el 18º período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, celebrado los días 2 a 7 de diciembre de 2019, Maldivas y Vanuatu propusieron que se añadiera un nuevo crimen de ecocidio al Estatuto de Roma: documentos del debate general disponibles en https://asp.icc-pi.int/en_menus/asp/sessions/general%20debate/Pages/GeneralDebate_18th_session.aspx. La declaración de Vanuatu puede consultarse en https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/GD.VAN.2.12.pdf. La declaración de Maldivas puede consultarse

campaña Stop Ecocide ha publicado un proyecto de definición del crimen de ecocidio[506]. La responsabilidad internacional de los grupos armados no estatales sigue sin estar bien establecida en derecho internacional[507]. No hay diferencias entre el texto de los apartados a) y b) porque las normas aplicables pueden evolucionar con el tiempo.

13) El proyecto de principio 9 se ha ubicado en la segunda parte, que contiene proyectos de principio relacionados con la fase anterior a un conflicto armado y proyectos de principio aplicables a más de una fase, incluidas disposiciones de aplicación general. El proyecto de principio 9 pertenece a esta última categoría.

Principio 10
Debida diligencia de las empresas

Los Estados deberían adoptar medidas apropiadas para que las empresas que operen en su territorio o desde él, o en territorios bajo su jurisdicción, actúen con la debida diligencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente, también en relación con la salud humana, cuando realicen actividades en una zona de conflicto armado. Esas medidas están destinadas, entre otras cosas, a velar por que los recursos naturales se adquieran u obtengan de otro modo de una manera ambientalmente sostenible.

Comentario

1) El proyecto de principio 10 recomienda que los Estados adopten medidas apropiadas para que las empresas que operen en su territorio o desde él, o en territorios bajo su jurisdicción, actúen con la debida diligencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente, también en relación con la salud humana, en las zonas de conflicto armado. En la segunda oración del proyecto de principio 10 se especifica que esas medidas están destinadas, entre otras cosas, a velar por que los recursos naturales se adquieran u obtengan de otro modo de una manera ambientalmente sostenible. El proyecto de principio no refleja una obligación jurídica generalmente vinculante y, por consiguiente, se ha redactado en forma de recomendación.

2) El concepto de “debida diligencia de las empresas” se refiere a una amplia red de marcos normativos destinados a promover prácticas empresariales responsables, incluido el respeto de los derechos humanos y de las normas ambientales internacionales. Estos marcos comprenden tanto directrices no vinculantes como normativas vinculantes a nivel nacional o regional, así como códigos de conducta creados por las propias empresas. El proyecto de principio 10 se basa en los marcos reguladores existentes, que no siempre están claramente centrados en el medio ambiente o en las situaciones de conflicto armado y posteriores a un conflicto armado, y trata de complementarlos.

3) Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos[508] se basan en las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales, y su aplicación depende en gran medida de la actuación de los Estados[509]. Proponen una serie de medidas que los Estados pueden

en https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/GD.MDV.3.12.pdf (consultada por última vez el 16 de enero de 2022).

[506] Un grupo de expertos independientes reunido por Stop Ecocide International publicó una posible definición jurídica del crimen de ecocidio en junio de 2021, véase www.stopecocide.earth/legal-definition (consultado por última vez el 16 de enero de 2022).

[507] Véase el segundo informe de la Relatora Especial, A/CN.4/728, párrs. 51 a 56.

[508] Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar” (A/HRC/17/31, anexo). El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

[509] Hasta la fecha, 21 Estados han publicado planes de acción nacionales para la aplicación de los Principios Rectores y 23 están preparando un plan de acción o se han comprometido a prepararlo. En otros 9 Estados, las instituciones nacionales de derechos humanos o la sociedad civil han tomado disposiciones para elaborar un plan de acción nacional. Información disponible en www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

adoptar para que las empresas que operen en zonas de conflicto no se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos[510]. Cabe citar, entre otras, "[a]segurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos"[511].

4) Las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales[512], de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), abordan expresamente las preocupaciones ambientales y recomiendan que las empresas "tom[en] debidamente en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad públicas y, en general, [...] reali[cen] sus actividades de manera que contribuyan al objetivo más amplio del desarrollo sostenible"[513]. La Guía de diligencia debida de la OCDE para la gestión responsable de las cadenas de suministro de minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo, de 2016[514], entre otras cosas, alienta a las empresas que operen en zonas de conflicto y de alto riesgo o que se abastezcan de minerales procedentes de esas zonas a que evalúen y eviten el riesgo de verse implicadas en graves violaciones de los derechos humanos[515]. Entre los marcos reguladores más específicamente relacionados con los recursos naturales y las zonas de conflicto armado cabe también citar el Mecanismo de Certificación de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos[516] y la Guía de Debida Diligencia para Cadenas de Suministro de Minerales Responsables elaborada por China[517]. También se han creado marcos de debida diligencia para sectores empresariales específicos, como las industrias extractivas, fruto de la cooperación entre los Estados, las empresas y la sociedad civil[518].

5) En algunos casos, esas iniciativas han servido para impulsar a los Estados a incorporar normas similares en su legislación nacional y hacerlas vinculantes para las corporaciones sujetas a su jurisdicción que operen en zonas de conflicto o mantengan una relación comercial con esas zonas. También se han elaborado instrumentos jurídicamente vinculantes en el plano regional. Algunos ejemplos de esos marcos jurídicamente vinculantes, ya sea a nivel regional o nacional, son la Ley Dodd-Frank de 2010 de los Estados Unidos[519], el Protocolo de Lusaka

[510] Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (nota 508 *supra*), principio 7.

[511] *Ibid*., principio 7, párr. d).

[512] OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. Las líneas directrices actualizadas y la decisión correspondiente fueron aprobadas por los 42 Gobiernos adheridos el 25 de mayo de 2011. Pueden consultarse en www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[513] *Ibid*., cap. VI "Medio ambiente", pág. 42.

[514] OCDE, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, 3ª ed. (París, 2016). Puede consultarse en www.oecd.org/daf/inv/mne/mining.htm (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[515] *Ibid*., pág. 16.

[516] Véase *Manual of the Regional Certification Mechanism (RCM) of the International Conference on the Great Lakes Region (ICGLR)*, 2ª ed. (2019). Puede consultarse en https://alphaminresources.com/wp-content/uploads/2021/04/ICGLR-Regional-Certification-Mechanism-Manual-2nd-edittion.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[517] China, Cámara de Comercio de Importadores y Exportadores de Metales, Minerales y Productos Químicos, *Chinese Due Diligence Guidelines for Responsible Mineral Supply Chains*. La guía se aplica a todas las empresas chinas que extraen o utilizan recursos minerales y sus derivados y que intervienen en cualquier punto de la cadena de suministro de minerales. Puede consultarse en http://mneguidelines.oecd.org/chinese-due-diligence-guidelines-for-responsible-mineral-supply-chains.htm (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[518] En lo que respecta a la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas, que tiene por objeto aumentar la transparencia en la gestión de los ingresos procedentes del petróleo, el gas y la minería, véase http://eiti.org/es; en relación con los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos para las empresas de la industria extractiva, véase www.voluntaryprinciples.org; y, en cuanto a los Principios del Ecuador del sector financiero para determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales en la financiación de proyectos, véase http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator_principles_spanish_2013.pdf.

[519] Ley destinada a promover la estabilidad financiera de los Estados Unidos mediante la mejora de la rendición de cuentas y la transparencia en el sistema financiero, a poner fin al principio "demasiado grande para quebrar", a proteger al contribuyente estadounidense poniendo fin a los rescates, a proteger a los consumidores de las prácticas abusivas de los servicios financieros, y a otros fines

de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos[520], el reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto[521] y el reglamento de la Unión Europea sobre la madera[522].

6) El texto del proyecto de principio 10 se basa en los marcos existentes de debida diligencia corporativa, entre otras cosas en lo que respecta a la forma de adquirir y obtener recursos naturales. Al mismo tiempo, de conformidad con el alcance del tema, se centra de manera específica en la protección del medio ambiente en las zonas de conflicto armado. Se inspira en el concepto de "zonas de conflicto o de alto riesgo" utilizado en la Guía de diligencia debida de la OCDE para la gestión responsable de las cadenas de suministro de minerales[523], así como en el reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto[524]. El proyecto de principio 10 no es de aplicación en las situaciones de alto riesgo, ya que estas no siempre se plantean en relación con un conflicto armado. La expresión "zona(s) de conflicto armado" debe entenderse en el mismo sentido que los conceptos de "conflicto armado"[525], incluidas las situaciones de ocupación[526], y de "situación posterior a un conflicto armado"[527] utilizados en el proyecto de principios.

(Ley Dodd-Frank), 11 de julio, Pub.L.111-203, 124 Stat. 1376–2223. El artículo 1502 de la Ley Dodd-Frank, relativo a los minerales de zonas de conflicto procedentes de la República Democrática del Congo, exige que las empresas domiciliadas en los Estados Unidos actúen con la debida diligencia respecto de determinados minerales procedentes de la República Democrática del Congo.

520 Protocolo contra la Explotación Ilegal de los Recursos Naturales de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos (Nairobi, 30 de noviembre de 2006), puede consultarse en https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/icglr_protocol_against_the_illegal_exploitation_of_natural_resourcess.pdf (consulta realizada el 10 de junio de 2022). En el artículo 17, párrafo 1, se exige a los Estados partes que establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas que participen en la explotación ilegal de recursos naturales.

521 Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 130, vol. 60, pág. 1 (Reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto). El reglamento entró en vigor el 1 de enero de 2021. Impone obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro a los importadores de la Unión Europea de determinados minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo. Véase también la propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, 23 de febrero de 2022, en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1145 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

522 Reglamento (UE) núm. 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera (12 de noviembre de 2010), *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 295, pág. 23. El reglamento sobre la madera exige que los agentes actúen con la diligencia debida para minimizar el riesgo de comercializar en el mercado de la Unión Europea madera obtenida ilegalmente o productos derivados de esa madera.

523 *OECD Due Diligence Guidance*... (nota 514 *supra*), pág. 13. La Guía explica que los conflictos armados pueden revestir una variedad de formas, como conflictos de carácter internacional (entre dos o más Estados) o no internacional, guerras de liberación, insurgencias, guerras civiles, etc. Las zonas de alto riesgo pueden ser zonas en las que hay inestabilidad política o represión, debilidad institucional, inseguridad, colapso de la infraestructura civil y violencia generalizada. En ellas son habituales los abusos generalizados contra los derechos humanos y las violaciones del derecho nacional o internacional.

524 El reglamento de la Unión Europea sobre los minerales originarios de zonas de conflicto (nota 521 *supra*) da, en su artículo 2 f), la siguiente definición: "las zonas que se encuentren en situación de conflicto armado o de posconflicto frágil, así como las zonas con gobiernos o seguridad precarios o inexistentes, como los Estados fallidos, y con vulneraciones generalizadas y sistemáticas del Derecho internacional, incluidas las violaciones de los derechos humanos".

525 Véase el párrafo 7) del comentario al proyecto de principio 13 *infra*.

526 Véanse los párrafos 1) a 5) de la introducción de la cuarta parte.

527 Se utiliza más a menudo la expresión "después de un conflicto armado". Esta expresión no se ha definido. No obstante, es evidente que, a los efectos de la protección del medio ambiente, no puede limitarse al período inmediatamente posterior a un conflicto armado.

7) En la primera oración del proyecto de principio 10 se establece que los Estados deberían adoptar “medidas apropiadas”. Se entiende que esa referencia engloba las diversas medidas que los Estados pueden tomar, entre ellas medidas legislativas, administrativas y judiciales. A este respecto, cabe mencionar el proyecto de principio 3, que contiene una lista ilustrativa de los tipos de medidas más relevantes que los Estados pueden adoptar para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. El adjetivo “apropiadas” también indica que las medidas adoptadas a nivel nacional pueden variar de un país a otro. Aunque, para que las empresas actúen con la debida diligencia, suele ser necesario adoptar medidas legislativas, no siempre es así[528]. Esas medidas deben, en todo caso, estar destinadas a velar por que las empresas que operen en el territorio del país en cuestión o desde él, o en un territorio bajo la jurisdicción de este, actúen con la debida diligencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente cuando realicen actividades en una zona de conflicto armado[529].

8) No existe una práctica uniforme sobre la forma de referirse a las entidades empresariales. Los diferentes marcos reguladores emplean expresiones como “corporaciones transnacionales y otras empresas”[530], “empresas multinacionales”[531], “empresas”[532] o “compañías”[533]. En el proyecto de principio se ha escogido el término “empresas” por tratarse de una noción amplia que también se utiliza en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. La forma en que se interprete esta noción dependerá principalmente de la legislación nacional de cada Estado. Del mismo modo, hay diversas formas de describir la relación entre las corporaciones u otras empresas y el Estado[534]. La expresión “que operen en su territorio o desde él” se inspira en la fórmula habitual empleada en la Guía de diligencia debida de la OCDE[535]. Aunque podría interpretarse que engloba tanto el territorio como la jurisdicción[536], la referencia expresa a los territorios bajo la jurisdicción del Estado en cuestión tiene en cuenta que los Estados pueden tener la obligación, en virtud del derecho internacional, de garantizar la observancia de ciertos derechos de las personas que se

528 Véase, por ejemplo, la ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas, Ley núm. 2017-399, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices y contratantes [loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre], en www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

529 Por ejemplo, las medidas adoptadas pueden variar en función de que la empresa opere en el territorio de un Estado o desde él. Cuando hay un conflicto armado en un Estado que carece de marcos legislativos y reguladores de protección del medio ambiente frente a materiales peligrosos, incluidos materiales radiactivos, ese Estado puede recurrir a la normativa internacional pertinente en materia de seguridad, como las Normas de Seguridad del Organismo Internacional de Energía Atómica, para establecer una regulación adecuada.

530 Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, por la que se establece un grupo de trabajo para elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas.

531 *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (nota 512 *supra*).

532 Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (nota 508 *supra*).

533 *Chinese Due Diligence Guidelines for Responsible Mineral Supply Chains* (nota 517 *supra*).

534 Por ejemplo, en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (nota 508 *supra*) se recurre al concepto de “empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción”, véase, por ejemplo, el principio 2.

535 *OECD Due Diligence Guidance* (nota 514 *supra*), pág. 9; y Recomendación del Consejo sobre la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable (2018), págs. 99 a 101, que puede consultarse en https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0443 (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también OCDE, Implementing the OECD Due Diligence Guidance, resumen (París, 28 de mayo de 2018), pág. 6, párr. 16. Puede consultarse en https://tuac.org/wp-content/uploads/2018/05/140PS_E_10_duediligence.pdf (consulta realizada el 31 de mayo de 2022); *OECD Due Diligence Guidance* (nota 514 *supra*), pág. 8.

536 OCDE, *Las Recomendaciones del GAFI de 2012* (2012, actualizadas en 2020), págs. 44, 52 y 119. Pueden consultarse en http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también OCDE, *Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado* (París, 2018), págs. 8 y 84, en https://read.oecd-ilibrary.org/governance/guia-de-la-ocde-de-debida-diligencia-para-cadenas-de-suministro-responsables-en-el-sector-textil-y-del-calzado_59ec2bd3-es#page1 (consulta realizada el 31 de mayo de 2022).

encuentren bajo su jurisdicción. Esa referencia también va en sintonía con la labor anterior de la Comisión en relación con otros temas[537].

9) El proyecto de principio 10 también es de aplicación a las empresas militares y de seguridad privadas, entendidas como "entidades comerciales privadas que prestan servicios militares y/o de seguridad", "como quiera que se describan a sí mismas"[538]. Las empresas militares y de seguridad privadas prestan servicios como apoyo logístico, servicios de inteligencia, adiestramiento de tropas, protección del personal y los activos militares y protección de la navegación comercial contra la piratería[539]. Además de los Estados, las organizaciones internacionales en el contexto de operaciones de paz, las empresas privadas de la industria extractiva y las organizaciones humanitarias, por ejemplo, utilizan habitualmente los servicios de empresas militares y de seguridad privadas[540]. En las fases de transición y en las situaciones posteriores a un conflicto también se puede recurrir a contratistas privados para diferentes tipos de trabajos de reconstrucción, como la eliminación de desechos militares y escombros resultantes del conflicto[541]. Dadas las particularidades de estos servicios, que antes estaban a cargo del ejército o de otras autoridades públicas del Estado, es preciso añadir algunas aclaraciones. En particular, en situaciones de conflicto armado, el derecho de los conflictos armados puede imponer al personal de las empresas militares privadas obligaciones adicionales a las previstas en el presente proyecto de principio. Así ocurre, por ejemplo, cuando una empresa militar privada está facultada para ejercer atribuciones del poder público y puede actuar como parte en el conflicto[542]. Por otra parte, además del Estado de origen de la empresa militar y de seguridad privada y del Estado en el que esta desarrolle su actividad, también tendrá obligaciones jurídicas internacionales el Estado o la organización que haya contratado a la empresa[543]. Cabe mencionar, por ejemplo, la obligación del Estado contratante de velar por que las empresas militares y de seguridad privadas a las que contraten respeten el derecho de los conflictos armados[544]. Además, cuando un Estado contratante es una Potencia ocupante, tiene la obligación general de mantenerse vigilante para impedir la vulneración del derecho de los conflictos armados y el derecho internacional de los derechos humanos[545].

10) La noción de "debida diligencia" utilizada en el proyecto de principio se refiere a la debida diligencia que se espera de las entidades empresariales que operen en zonas de conflicto armado. No se utiliza de manera distinta a la de los marcos de debida diligencia mencionados en los párrafos 2) a 4) *supra*. En lo que respecta a su contenido, cabe remitirse a los parámetros de la "diligencia debida en materia de derechos humanos" explicada en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos:

---

537 Véanse, por ejemplo, el artículo 2, apartado d), de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 97; y el artículo 3, apartado b), de los artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Anuario... 2016*, vol. II (segunda parte), párr. 48.

538 *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados* (Montreux, CICR, 2008) (Documento de Montreux), pág. 6.

539 C. Lehnhardt, "Private military contractors", en A. Nollkaemper e I. Plakokefalos (ed.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2017), págs. 761 a 780.

540 Véase L. Cameron, "Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation", *International Review of the Red Cross*, vol. 88 (2006), págs. 573 a 598, en especial págs. 575 a 577.

541 O. Das y A. Kellay, "Private security companies and other private security providers (PSCs) and environmental protection in *jus post bellum*: policy and regulatory challenges", en C. Stahn, J. Iverson y J. Easterday (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles, and Practices* (Oxford, Oxford University Press, 2017), págs. 299 a 325.

542 *Documento de Montreux*, primera parte, pág. 8, párr. 7. En relación con la responsabilidad del Estado contratante, véase el artículo 5 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76.

543 *Documento de Montreux*, primera parte, págs. 7 a 11, párrs. 1 a 17.

544 *Documento de Montreux*, pág. 7. párr. 3.

545 Véase la nota 486 *supra*.

La diligencia debida en materia de derechos humanos:

a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;

b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;

c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas[546].

El reglamento de la Unión Europea sobre los minerales originarios de zonas de conflicto define la debida diligencia en la cadena de suministro en términos similares, como "un proceso continuo, proactivo y reactivo, a través del cual los agentes económicos supervisan y administran sus compraventas con el fin de garantizar que no contribuyan a conflictos o a los efectos negativos de estos"[547]. Por otra parte, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la documentación conexa contienen una orientación detallada sobre las normas ambientales internacionales[548].

11) Las palabras "también en relación con la salud humana" ponen de relieve el estrecho vínculo entre la degradación ambiental y la salud humana señalado en los instrumentos internacionales sobre el medio ambiente[549], los tratados y la jurisprudencia regionales[550], la

[546] Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (nota 508 *supra*), principio 17.

[547] Véase el reglamento de la Unión Europea sobre los minerales originarios de zonas de conflicto (nota 521 *supra*), undécimo párrafo del preámbulo. Véase también la *OECD Due Diligence Guidance...* (nota 514 *supra*), pág. 13, donde se afirma que la debida diligencia es un proceso continuo, proactivo y reactivo mediante el cual las empresas pueden asegurarse de que respetan los derechos humanos y no contribuyen a los conflictos.

[548] *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (nota 512 *supra*), parte I, cap. VI "Medio ambiente", págs. 46 a 50. Véase también OCDE, "El Medio Ambiente y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Herramientas y Enfoques Empresariales". Puede consultarse en https://www.oecd.org/env/35914152.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[549] Por ejemplo, los siguientes instrumentos hablan de "la salud humana y el medio ambiente": Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1302, núm. 21623, pág. 217, art. 7 d); Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985), *ibid*., vol. 1513, núm. 26164, pág. 293, preámbulo y art. 2, párr. 2 a); Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989), *ibid*., vol. 1673, núm. 28911, pág. 57, preámbulo, art. 2, párrs. 8 y 9, art. 4, párrs. 2 c), d) y f) y 11, art. 10, párr. 2 b), art. 13, párrs. 1 y 3 d), art. 15, párr. 5 a); Protocolo sobre la Prevención de la Contaminación del Mar Mediterráneo Causada por los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación (Esmirna, 1 de octubre de 1996), *ibid*., vol. 2942, núm. 16908, pág. 155, art. 1 j) y k); Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional (Rotterdam, 10 de septiembre de 1998), *ibid*., vol. 2244, núm. 39973, pág. 337, preámbulo, art. 1 y art. 15, párr. 4; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Estocolmo, 22 de mayo de 2001), *ibid*., vol. 2256, núm. 40214, pág. 119, preámbulo, art. 1, art. 3, párr. 2 b) iii) a, art. 6, párr. 1, art. 11, párr. 1 d), art. 13, párr. 4; Convenio de Minamata sobre el Mercurio (Kumamoto, 10 de octubre de 2013), *ibid*., núm. 54669 (número de volumen pendiente de determinar), texto disponible en https://treaties.un.org (consulta realizada el 2 de agosto de 2022), preámbulo, art. 1, art. 3, párr. 6 b) i), art. 12, párrs. 2 y 3 c), art. 18, párr. 1 b), art. 19, párr. 1 c); Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Escazú, 4 de marzo de 2018) (Acuerdo de Escazú), *ibid*., núm. 56654 (número de volumen pendiente de determinar), texto disponible en https://treaties.un.org (consulta realizada el 2 de agosto de 2022), art. 6, párr. 12.

[550] Por ejemplo, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reconoce el derecho a la salud y el derecho explícito a un medio ambiente saludable. Véase Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520,

labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[551] y la del Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente[552]. Cabe también mencionar el amplio reconocimiento del derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible a nivel nacional[553] e internacional[554]. Así pues, esas palabras se refieren a la "salud humana" en el contexto de la protección del medio ambiente.

12) De acuerdo con la segunda oración del proyecto de principio 10, las medidas que han de adoptarse están destinadas, entre otras cosas, a velar por que los recursos naturales se adquieran u obtengan de otro modo de una manera ambientalmente sostenible. El requisito del abastecimiento responsable figura en varios documentos mencionados anteriormente. La Guía de la OCDE, por ejemplo, recomienda que los Estados promuevan el cumplimiento de la Guía por parte de las empresas que operen desde su territorio y se abastezcan de minerales procedentes de zonas de conflicto o de alto riesgo con el fin de garantizar que respeten los derechos humanos, eviten contribuir al conflicto y contribuyan satisfactoriamente a un desarrollo sostenible, equitativo y efectivo[555]. La guía de China exige que las empresas determinen y evalúen los riesgos de contribuir a conflictos y a graves violaciones de los derechos humanos asociados a la extracción, el comercio, la transformación y la exportación de recursos de zonas de conflicto y de alto riesgo[556], así como los riesgos asociados a infracciones graves de carácter ambiental, social o ético[557]. El reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto define la "diligencia debida en la cadena de suministro" como "las obligaciones de los importadores de la Unión [...] en relación con sus sistemas de gestión, su gestión de riesgos, las auditorías externas independientes y la comunicación de información con el fin de identificar y abordar los

núm. 26363, pág. 217, art. 16, párr. 1 (derecho a la salud), y art. 24 ("derecho a un entorno general satisfactorio favorable [al] desarrollo [de cada persona]"). Estos derechos se invocaron en *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Federal Republic of Nigeria* (véase la nota 483 *supra*), y en *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Nigeria*, sentencia núm. ECW/CCJ/JUD/18/12, Tribunal de Justicia de la Comunidad, Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, 14 de diciembre de 2012. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (San Salvador, 17 de noviembre de 1988), Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, núm. 69, reconoce el derecho a la salud. La jurisprudencia regional reconoce que el derecho a la salud guarda relación con la protección ambiental, puesto que incluye el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 1984-1985, cap. V, "Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OEA/Ser.L/V/II.66; véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, 4 de octubre de 1983, OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 29 Rev. 1, cap. XIII, "El derecho a la salud", párr. 41; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución núm. 12/85 en el caso núm. 7615, 5 de marzo de 1985; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 167.

551 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14 (2000), relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2001, suplemento núm. 2* (E/2001/22-E/C.12/2000/21), anexo IV, párr. 30.

552 Véase el informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (A/HRC/37/59).

553 PNUMA, Environmental Rule of Law (véase la nota 346 *supra*), pág. 10 (donde se afirma que 150 países han consagrado la protección del medio ambiente o el derecho a un medio ambiente saludable en sus constituciones"), pág. viii.

554 Véase la resolución 76/300 de la Asamblea General, de 28 de julio de 2022, sobre el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Véase también la resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos, de 8 de octubre de 2021.

555 *OECD Due Diligence Guidance* (nota 514 *supra*), recomendación, págs. 7 a 9.

556 *Chinese Due Diligence Guidelines for Responsible Mineral Supply Chains* (véase la nota 517 *supra*), directriz 5.1.

557 *Ibid*., directriz 5.2.

riesgos reales y potenciales vinculados a las zonas de conflicto o de alto riesgo para impedir o reducir los efectos negativos asociados a sus actividades de abastecimiento"[558].

13) El proyecto de principio 10 se ocupa de las actividades de las empresas en zonas de conflicto armado, pero se refiere a medidas que, en esencia, son preventivas. Por tanto, el proyecto de principio se ha ubicado en la segunda parte, que contiene principios relativos al período anterior al conflicto y principios que son aplicables en más de una fase, incluidos principios generales no asociados a ninguna fase en particular.

Principio 11
Responsabilidad civil de las empresas

Los Estados deberían adoptar medidas apropiadas para que las empresas que operen en su territorio o desde él, o en territorios bajo su jurisdicción, puedan ser consideradas responsables de los daños que hayan causado al medio ambiente, también en relación con la salud humana, en una zona de conflicto armado. Cuando proceda, esas medidas deberían estar destinadas, entre otras cosas, a velar por que las empresas puedan ser consideradas responsables en la medida en que esos daños hayan sido causados por una filial suya que actúe bajo su control *de facto*. A tal efecto, los Estados deberían prever, cuando proceda, procedimientos y medios de reparación adecuados y efectivos, en particular para las víctimas de esos daños.

Comentario

1) El proyecto de principio 11 está estrechamente relacionado con el proyecto de principio 10 relativo a la debida diligencia de las empresas. Tiene por objeto abordar las situaciones en las que unas empresas han causado daños al medio ambiente, también en relación con la salud humana, en zonas de conflicto armado. Los Estados deberían adoptar medidas apropiadas destinadas a velar por que las empresas que operen en el territorio del Estado o desde él, o en territorios bajo su jurisdicción, puedan ser consideradas responsables de haber causado esos daños. Los conceptos de "medidas apropiadas", "empresas", "al medio ambiente, también en relación con la salud humana", "que operen en su territorio o desde él, o en territorios bajo su jurisdicción" y "en una zona de conflicto armado" deben interpretarse del mismo modo que en el proyecto de principio 10.

2) Las nociones de "daños" y "que hayan causado" deben interpretarse con arreglo al derecho aplicable, que puede ser el derecho del Estado de origen de la empresa o el derecho del Estado en el que se hayan causado los daños. A este respecto, cabe remitirse al régimen jurídico aplicable en la Unión Europea[559], que establece que el derecho aplicable a una reclamación será, en general, el del Estado en el que se hayan producido los daños[560].

3) La segunda oración del proyecto de principio 11 sigue la formulación del proyecto de principio 10, al comenzar con una referencia a la oración anterior y añadir una consideración adicional relacionada con su alcance. La expresión "cuando proceda", que no aparece en el proyecto de principio 10, introduce un matiz en cuanto a la forma de aplicar los elementos de la disposición a nivel nacional. En la segunda oración del proyecto de principio 11 se recomiendan medidas destinadas a velar por que una empresa pueda, en determinadas circunstancias, ser considerada responsable si una filial suya ha causado daños al medio ambiente, también en relación con la salud humana, en una zona de conflicto armado. Más concretamente, esto debería ser posible cuando la filial actúe bajo el control *de facto* de la empresa matriz y en la medida en que lo haga. El Tribunal Supremo del Reino Unido ha destacado la importancia de ese control en la causa *Vedanta v. Lungowe*, en la que dictaminó que la responsabilidad civil de la multinacional británica Vedanta Resources por el vertido

[558] Reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto (nota 521 *supra*), art. 2 d).

[559] Así como en Islandia, Noruega y Suiza.

[560] Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II), *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 199, pág. 40, art. 4, párr. 1. Véase también el Convenio relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil (Lugano, 30 de octubre de 2007), *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 339, pág. 3.

de sustancias tóxicas realizado por una filial suya en un curso de agua en Zambia dependía de hasta qué punto y cómo la empresa matriz había dirigido, controlado o supervisado las actividades en cuestión de la filial (incluido el uso de la tierra), intervenido en ellas o brindado asesoramiento al respecto[561].

4) El concepto de control *de facto* debe interpretarse de conformidad con los requisitos de cada jurisdicción nacional. Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales señalan a este respecto que las empresas u otras entidades que forman una empresa multinacional pueden coordinar sus actividades de diversas maneras. "Aunque una o varias de estas entidades puedan ser capaces de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de las demás, su grado de autonomía en el seno de la empresa puede variar ampliamente de una empresa multinacional a otra"[562].

5) A este respecto, cabe mencionar también causas enjuiciadas en cortes y tribunales nacionales que han permitido aclarar los aspectos pertinentes de la relación entre la empresa matriz y su filial. Por ejemplo, a veces los tribunales estadounidenses se muestran dispuestos a considerar a una empresa matriz responsable de las acciones de una filial extranjera si entre ambas existe una relación principal-agente. En la causa *In re Parmalat Securities Litigation*[563], el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York explicó que esa relación de agencia existía si había un acuerdo entre la matriz y la filial en virtud del cual la filial actuaba en nombre de la matriz y esta ejercía el control sobre la filial[564]. En otra causa[565], el mismo tribunal declaró que una empresa matriz podía ser considerada legalmente responsable de las acciones de una filial extranjera si la relación empresarial entre ambas era suficientemente estrecha[566], es decir, si no cumplían las formalidades empresariales, no separaban sus fondos y tenían accionistas, gestores, directivos y personal en común[567]. En la causa *Chandler v. Cape*, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales concluyó que, en determinadas circunstancias, la empresa matriz tenía el deber de velar por la salud y la seguridad de los empleados de su filial. Tal podía ser el caso, por ejemplo, cuando ambas empresas operaban en el mismo sector y la empresa matriz tenía, o debía tener, conocimiento de las consideraciones pertinentes del sector en cuestión en materia de salud y seguridad, así como de las deficiencias de los métodos de trabajo de la filial[568].

6) La tercera oración del proyecto de principio 11 se refiere a las dos oraciones anteriores. Tiene por objeto recordar que los Estados deberían prever procedimientos y medios de reparación adecuados y efectivos para las víctimas de daños ambientales y

[561] *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others*, sentencia, 10 de abril de 2019, [2019] UKSC 20, en apelación de [2017] EWCA Civ 1528.

[562] *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (nota 512 *supra*), cap. I, párr. 4, pág. 19.

[563] Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, *Parmalat Securities Litigation*, 594 F. Supp. 2d 444 (S.D.N.Y. 2009).

[564] *Ibid*., págs. 451 a 453.

[565] Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, *South African Apartheid Litigation*, 617 F. Supp.2d 228 (S.D.N.Y. 2009). En esta causa, los demandantes sudafricanos demandaban a Daimler AG y Barclays National Bank Ltd. por ser cómplices y encubridores del Gobierno de Sudáfrica en su política de *apartheid* a través de sus filiales.

[566] *Ibid*., pág. 271.

[567] *Ibid*., págs. 271 y 272.

[568] *Chandler v. Cape* PLC [2012] EWCA (Civ) 525 (Inglaterra), párr. 80. También era necesario que la empresa matriz supiera o debiera haber sabido que la filial o sus empleados dependían de ella para su protección. Véase también R. McCorquodale, "Waving not drowning: *Kiobel* outside the United States", *American Journal of International Law*, vol. 107 (2013), págs. 846 a 851. Véase además *Lubbe and others v. Cape PLC Afrika and others v. Same*, 20 de julio de 2000, 1 Lloyd's Rep. 139, así como P. Muchlinski, "Corporations in international litigation: problems of jurisdiction and United Kingdom *Asbestos* cases", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50 (2001), págs. 1 a 25. Véase asimismo *Akpan v. Royal Dutch Shell PLC*, Tribunal de Distrito de La Haya, causa núm. C/09/337050/HA ZA 09-1580 (ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854), 30 de enero de 2013. Véase también Tribunal Supremo del Canadá, *Nevsun Resources Ltd. v. Araya* et al., sentencia, 28 de febrero de 2020, SCC 5, párr. 17. Véase además C. Bright, "Quelques réflexions à propos de l'affaire Shell aux Pays-Bas", en Société Française pour le Droit International, *L'entreprise multinationale et le droit international* (París, Pedone, 2016), págs. 127 a 142.

relacionados con la salud causados por empresas o sus filiales en zonas de conflicto armado. Así pues, la oración se refiere a situaciones en las que el Estado de establecimiento puede no estar en condiciones de hacer cumplir su legislación de manera efectiva. A este respecto, cabe mencionar también la observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que interpreta que la obligación de proteger abarca también los actos ilícitos cometidos por corporaciones en el extranjero, "en especial en los casos en que los recursos de que disponen las víctimas ante los tribunales nacionales del Estado en que se ha producido el daño son nulos o ineficaces"[569].

7) Cabe recordar que el colapso de las instituciones estatales y locales es una consecuencia habitual de los conflictos armados que suele dificultar enormemente el período posterior a un conflicto, al socavar la observancia de la ley y la protección de los derechos, así como la integridad de la justicia. Los Estados de origen de las empresas pueden desempeñar una importante función en esas situaciones, como se ve en la causa *Katanga Mining*[570], sobre hechos ocurridos en la República Democrática del Congo. La empresa Katanga Mining Ltd., que se había constituido en las Bermudas y tenía domicilio fiscal en el Canadá[571], desarrollaba toda su actividad comercial en la República Democrática del Congo[572]. Además, las partes habían acordado que someterían cualquier controversia al Tribunal de Primera Instancia de Kolwezi (República Democrática del Congo). No obstante, el tribunal inglés decidió, en vista de las aparentes tentativas generalizadas y endémicas de injerencia en la integridad de la justicia en el país[573], que la República Democrática del Congo no era un foro adecuado para juzgar el asunto en interés de todas las partes y en aras de la justicia[574].

8) Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos también han abordado la cuestión en sus observaciones sobre la situación de determinados Estados. El Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, ha alentado a un Estado parte a que "establezca claramente la expectativa de que todas las empresas comerciales domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción respetarán la normativa de los derechos humanos de conformidad con el Pacto en todas sus actividades" y a "adoptar las medidas adecuadas para reforzar las vías de recurso habilitadas a fin de proteger a las víctimas de actividades de esas empresas comerciales en el extranjero"[575]. Del mismo modo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado casos en que las actividades de empresas transnacionales han socavado los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, a la salud, al medio ambiente y a un nivel de vida adecuado. En ese contexto, ha alentado al Estado parte en cuestión a que "se asegure de que no se introduzcan en su legislación obstáculos que impidan hacer valer de forma efectiva la responsabilidad de [las] empresas [transnacionales] en los tribunales del Estado parte cuando las violaciones [del Pacto] sean cometidas fuera de su territorio"[576].

9) Cabe también hacer referencia al Documento de Montreux, que recuerda las obligaciones que el derecho de los conflictos armados y el derecho internacional de los

[569] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 24 (2017), sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales (E/C.12/GC/24), párr. 30. La observación general vincula esas medidas a la obligación de proteger los derechos reconocidos en el Pacto.

[570] *Alberta Inc. v. Katanga Mining Ltd.*[2008] EWHC 2679 (Comm), 5 de noviembre de 2008 (Tomlinson J.).

[571] *Ibid*., párr. 19.

[572] *Ibid*., párr. 20.

[573] *Ibid*., párr. 34.

[574] *Ibid.*, párr. 33. Del mismo modo, en la causa *Xe Services*, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos desestimó la pretensión de la empresa militar privada de que el asunto se juzgara en el Iraq y sostuvo que no se había demostrado que hubiera otro foro más adecuado que los Estados Unidos. Véase *Xe Services Alien Tort Litigation*, 665 F. Supp. 2d 569, 602 (E.D. Va. 2009). Véase también Canadá, *Nevsun Resources Ltd*. (nota 568 *supra*), párr. 18, donde se habla de un riesgo real de que el procedimiento judicial en Eritrea no se desarrollara con las debidas garantías.

[575] Comité de Derechos Humanos, observaciones finales sobre el informe de Alemania (CCPR/C/DEU/CO/6), párr. 16.

[576] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, observaciones finales sobre el informe del Reino Unido (CERD/C/GBR/CO/18-20), párr. 29.

derechos humanos imponen a los Estados que contratan empresas militares y de seguridad privadas, así como a los Estados de origen de esas empresas y los Estados donde estas operan[577]. En particular, los Estados deben adoptar medidas para prevenir las violaciones graves del derecho de los conflictos armados aplicable, investigar a las personas que las cometan e imponerles sanciones penales efectivas, e investigar y, en su caso, enjuiciar a las personas sospechosas de haber cometido otros crímenes contemplados en el derecho internacional. Para dar efecto a sus obligaciones de derechos humanos, los Estados "tienen la obligación de prevenir los casos de conducta indebida de las [empresas militares y de seguridad privadas] y su personal, y, si procede, llevar a cabo las investigaciones oportunas y garantizar recursos efectivos contra esa conducta"[578]. Aunque el proyecto de principio se ha redactado en forma de recomendación, se entiende sin perjuicio de las obligaciones de derechos humanos que incumben a los Estados, que no se limitan a las empresas militares y de seguridad privadas. Por ejemplo, cuando una empresa se dedique a una explotación ilegal de recursos naturales constitutiva de pillaje, se puede recurrir al derecho de los conflictos armados para impedir y castigar esos actos[579].

10) El término "víctimas" se refiere a las personas cuya salud o cuyos medios de subsistencia se han visto perjudicados por los daños ambientales mencionados en el proyecto de principio 11. Los daños ambientales también pueden afectar a otros derechos humanos, como el derecho a la vida y el derecho a la alimentación[580]. La expresión "en particular para las víctimas" indica, en primer lugar, que las víctimas de los daños ambientales deben tener a su disposición medios de reparación adecuados y efectivos. En segundo lugar, reconoce que esos medios de reparación también pueden estar a disposición de otros destinatarios, dependiendo de la legislación nacional. Así puede ocurrir en un litigio de interés público entablado por grupos de personas o asociaciones de protección del medio ambiente que no pueden alegar una vulneración de sus derechos o intereses individuales[581]. Además, los daños ambientales pueden dar lugar a demandas civiles en las que normalmente no se emplearía el término "víctima". También puede indemnizarse a las comunidades afectadas en los casos en que los daños sean puramente ambientales.

---

577 *Documento de Montreux*, primera parte, párrs. 5, 6, 10 a 12, 16 y 17.

578 *Ibid.*, párr. 15. Véase también Departamento Federal de Asuntos Exteriores de Suiza y Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas (DCAF), "Guía Legislativa para Estados sobre la Regulación de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas" (Ginebra, 2016), que también contiene ejemplos de mejores prácticas y puede consultarse en www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/Legislative-Guidance-Tool-ES_0.pdf (consulta realizada el 8 de julio de 2019). En lo que respecta a la legislación nacional, véase también el estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/218/09/PDF/G1721809.pdf?OpenElement. Las diversas partes del estudio y otros documentos conexos pueden consultarse en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-mercenaries/annual-thematic-reports (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también *Al-Quraishi* et al. *v. Nahkla and L-3 Services*, 728 F Supp 2d 702 (D Md 2010), págs. 35 a 37, 29 de julio de 2010. Tras años de litigio, en 2012 se llegó a un acuerdo en esta causa.

579 Véase el proyecto de principio 16 *infra*.

580 Véanse las notas 756 y 758 *infra*.

581 Véase L. Rajamani, "Public interest environmental litigation in India: exploring issues of access, participation, equity, effectiveness and sustainability", *Journal of Environmental Law*, vol. 19 (2007), págs. 293 a 321. Puede consultarse en www.researchgate.net/publication/316876795_Public_Interest_Environmental_Litigation_in_India_Exploring_Issues_of_Access_Participation_Equity_Effectiveness_and_Sustainability (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también India Environmental Portal, Public Interest Litigation, en www.indiaenvironmentportal.org.in/category/1255/thesaurus/public-interest-litigation-pil (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase además la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus) (Aarhus (Dinamarca), 25 de junio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2161, núm. 37770, pág. 447, art. 6, así como la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.

11) Las palabras “procedimientos y medios de reparación adecuados y efectivos” son de carácter general y, junto con la expresión “cuando proceda”, dan a los Estados cierta flexibilidad para aplicar esta disposición a nivel nacional.

12) El proyecto de principio 11 se ha incluido en la segunda parte como disposición de aplicación general por los mismos motivos que el proyecto de principio 10.

Tercera parte
Principios aplicables durante un conflicto armado

Comentario

1) La tercera parte contiene proyectos de principio aplicables durante cualquier tipo de conflicto armado, a saber, los conflictos armados internacionales, entendidos tradicionalmente como los conflictos armados entre dos o más Estados, incluidas las situaciones de ocupación, y los conflictos armados en los que un pueblo lucha contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas en ejercicio de su derecho a la libre determinación; y los conflictos armados no internacionales, que enfrentan a un Estado con uno o varios grupos armados organizados, o a grupos armados organizados entre ellos en el territorio de un Estado[582].

2) Aunque la tercera parte se centra en los principios y normas de derecho internacional que solo son aplicables en los conflictos armados, hay algunas excepciones. El párrafo 1 del proyecto de principio 13 es de aplicación a las tres fases en la medida en que lo sea el derecho de los conflictos armados. El proyecto de principio 17, relativo a las técnicas de modificación ambiental, se basa en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles[583], cuyo alcance no se limita a los conflictos armados. No obstante, los Estados utilizarán esas técnicas con fines militares u otros fines hostiles “como medio de causar daños, destrucción o perjuicio a otro Estado”[584] principalmente en el contexto de un conflicto armado. Aunque la cláusula de Martens también se ha codificado sobre todo en el derecho de los conflictos armados[585], puede considerarse igualmente aplicable en tiempo de paz cuando se invoca en relación con el medio ambiente[586].

3) La tercera parte contiene proyectos de principio que reflejan algunas de las normas y principios más pertinentes del derecho de los conflictos armados que prevén la protección del medio ambiente. En los comentarios a varios proyectos de principio se mencionan otras disposiciones pertinentes para la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, como, por ejemplo, que “en todo conflicto armado, el derecho de las Partes a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”[587], las prohibiciones de atacar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil[588], las prohibiciones de atacar obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas[589] y la prohibición de la

[582] Primer Convenio de Ginebra; Segundo Convenio de Ginebra, Tercer Convenio de Ginebra; Cuarto Convenio de Ginebra, arts. 2 y 3 comunes; Protocolo Adicional I, art. 1; y Protocolo Adicional II, art. 1.

[583] Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1108, núm. 1711 9, pág. 151.

[584] *Informe de la Conferencia del Comité de Desarme*, vol. I, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 27* (A/31/27), anexo, Entendimiento acerca del artículo II, págs. 96 y 97.

[585] Véanse las notas 642 y 643 *infra*. No obstante, también puede encontrarse una cláusula de Martens en la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, quinto párrafo del preámbulo, así como en la Convención sobre Municiones en Racimo (Dublín, 30 de mayo de 2008), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2688, pág. 39, undécimo párrafo del preámbulo.

[586] Véase el párrafo 6) del comentario al proyecto de principio 12 *infra*. Véae también D. Shelton y A. Kiss, “Martens Clause for environmental protection”, *Environmental Policy and Law*, vol. 30 (2000), págs. 285 y 286, en especial pág. 286.

[587] Protocolo Adicional I, art. 35, párr. 1.

[588] Protocolo Adicional I, art. 54, y Protocolo Adicional II, art. 14.

[589] Protocolo Adicional I, art. 56, y Protocolo Adicional II, art. 15.

destrucción de bienes que no esté justificada por necesidades militares[590]. Las directrices de 2020 del CICR sobre la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados contienen una recopilación exhaustiva de los principios y normas del derecho de los conflictos armados que prevén la protección del medio ambiente[591].

4) La Comisión entiende que el hecho de que la tercera parte se centre en el derecho de los conflictos armados no excluye la aplicación de otras normas de derecho internacional. La aplicabilidad general del derecho internacional de los derechos humanos[592] y del derecho internacional del medio ambiente[593] en los conflictos armados ha proporcionado un claro punto de partida para la labor de la Comisión sobre el tema. Asimismo, se reconoce que, en caso de conflicto con otra norma de derecho internacional aplicable, prevalecerá el derecho de los conflictos armados cuando constituya *lex specialis*. Cuando no exista ese conflicto, también pueden ser aplicables otras normas de derecho internacional pertinentes, como el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos.

5) A diferencia de las disposiciones convencionales en las que se inspiran, los proyectos de principio 13, 14 y 15 emplean la expresión "medio ambiente" en lugar de "medio ambiente natural". En el proyecto de principios se habla siempre de "medio ambiente", de acuerdo con la terminología establecida en el derecho internacional del medio ambiente. Este cambio no debe interpretarse como una alteración del ámbito de aplicación del derecho convencional y consuetudinario vigente aplicable a los conflictos armados o una ampliación del alcance de la noción de "medio ambiente natural" acuñada en ese derecho.

Principio 12
Cláusula de Martens con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

En los casos no contemplados por acuerdos internacionales, el medio ambiente quedará bajo la protección y el gobierno de los principios del derecho internacional derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

Comentario

1) El proyecto de principio 12 se inspira en la cláusula de Martens, que apareció por primera vez en el preámbulo de la Convención II de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1899[594], y se ha reproducido posteriormente en varios tratados[595]. Fundamentalmente, la cláusula de Martens establece que, incluso en los casos que no se rijan por acuerdos internacionales específicos, la población civil y los combatientes permanecen bajo la protección y el gobierno de los principios del derecho internacional que

[590] Reglamento de La Haya, art. 23 g); Cuarto Convenio de Ginebra, art. 147.

[591] CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*).

[592] *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (véase la nota 351 *supra*), pág. 178, párr. 106; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), pág. 240, párr. 25.

[593] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), pág. 243, párr. 33; proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 117 a 143, párrs. 100 y 101, comentario al anexo, párr 55), pág. 140.

[594] Convención II relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 29 de julio de 1899), J. B. Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*. La cláusula de Martens de 1899 reza así: "En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre Naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". Véase un panorama general en el memorando de la Secretaría sobre el efecto de los conflictos armados en los tratados: examen de la práctica y de la doctrina, (A/CN.4/550), párrs. 140 a 142.

[595] Véanse el Primer Convenio de Ginebra, art. 63; el Segundo Convenio de Ginebra, art. 62; el Tercer Convenio de Ginebra, art. 142; y el Cuarto Convenio de Ginebra, art. 158. Protocolo Adicional I, art. 1, párr. 2, y Protocolo Adicional II, cuarto párrafo del preámbulo.

se derivan de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública[596]. La Corte Internacional de Justicia ha sostenido que la cláusula forma parte del derecho internacional consuetudinario[597]. Si bien se concibió inicialmente en el contexto de la ocupación beligerante, la cláusula tiene en la actualidad una aplicación más amplia, que abarca todos los aspectos del derecho de los conflictos armados[598].

2) Por lo general, se considera que la cláusula de Martens brinda una protección subsidiaria en los casos en los que no se pueda aplicar una norma específica[599]. La Corte Internacional de Justicia hizo referencia a la cláusula de Martens en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* para reforzar el argumento sobre la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a la amenaza o el empleo de armas nucleares[600]. Del mismo modo, en su comentario sobre el Primer Convenio de Ginebra, el CICR indica, señalando que se trata de un aspecto dinámico de la cláusula, que esta confirma la aplicación de los principios y normas del derecho humanitario a las nuevas situaciones o a los avances tecnológicos, también cuando estos no estén previstos en el derecho convencional, o al menos no de manera específica[601]. La cláusula impide así que se consideren admisibles todos los medios o métodos de guerra que no estén expresamente prohibidos por los tratados pertinentes[602] o, en términos más generales, que los actos de guerra no expresamente previstos en el derecho convencional, el derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho se consideren admisibles *ipso facto*[603].

3) Por lo demás, no obstante, hay divergencia de opiniones sobre las consecuencias jurídicas de la cláusula de Martens. Se ha considerado que constituye un recordatorio de la función del derecho internacional consuetudinario a falta de normas de derecho convencional aplicables, y de que el derecho internacional consuetudinario sigue siendo de aplicación junto con el derecho convencional[604]. También se ha considerado que la cláusula de Martens ofrece una orientación interpretativa adicional cuando la normativa jurídica establecida por una norma convencional o consuetudinaria es dudosa, incierta o poco clara[605]. Otra interpretación

[596] Protocolo Adicional I, art. 1, párr. 2.

[597] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), pág. 259, párr. 84.

[598] T. Meron, "The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience", *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), págs. 78 a 89, en especial pág. 87.

[599] Párrafo 3) del comentario al artículo 29 de los artículos sobre el derecho del uso de las vías de agua internacionales con fines distintos de la navegación, con sus comentarios, y resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 140; párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 54, pág. 49: "La 'cláusula de Martens' otorga algunas protecciones fundamentales en los casos en los que no se puede aplicar una norma específica".

[600] "Por último, la Corte considera que la cláusula de Martens, cuya existencia y aplicabilidad ininterrumpidas no se deben poner en duda, confirma que los principios y normas del derecho humanitario se aplican a las armas nucleares", *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), pág. 260, párr. 87.

[601] Comentario del CICR (2016) sobre el Primer Convenio de Ginebra, art. 63, párr. 3298. Véase también C. Greenwood, "Historical developments and legal basis", en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008), págs. 33 y 34, en especial pág. 34, donde se afirma que, como siguen desarrollándose armas y sistemas de lanzamiento nuevos que incorporan tecnología robótica e informática cada vez más sofisticada, la venerable cláusula de Martens garantiza que la tecnología no evolucione más rápido que el derecho.

[602] Comentario del CICR (1987) sobre el Protocolo Adicional I, art. 1, párr. 2, párr. 55; comentario del CICR (2016) sobre el Primer Convenio de Ginebra, párr. 3297.

[603] Según el Manual Militar de Alemania, el hecho de que un acto de guerra no esté expresamente prohibido por los acuerdos internacionales o el derecho internacional consuetudinario no significa necesariamente que sea admisible. Véase Ministerio de Defensa Federal, *Humanitarian Law in Armed Conflicts – Manual*, párr. 129 (ZDv 15/2, 1992).

[604] Greenwood, "Historical developments and legal basis" (nota 601 *supra*), pág. 34. Véase también el comentario del CICR (2016) sobre el Primer Convenio de Ginebra, art. 63, párr. 3296, donde se considera que ese es el contenido mínimo de la cláusula.

[605] A. Cassese, "The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?" *European Journal of International Law*, vol. 11 (2000), págs. 187 a 216, en especial págs. 212 y 213; G. Distefano y E. Henry, "Final provisions, including the Martens Clause", en A. Clapham, P. Gaeta y M. Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2015),

vincula la cláusula de Martens a un método de identificación del derecho internacional consuetudinario en el que se da especial importancia a la *opinio iuris*[606]. La inclusión del presente proyecto de principio en el proyecto de principios no significa ni implica que la Comisión esté adoptando una posición sobre las diversas opiniones relativas a las consecuencias jurídicas de la cláusula de Martens.

4) El proyecto de principio 12 se titula "Cláusula de Martens con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados". El título pone de relieve el enfoque ambiental del proyecto de principio, que tiene por objeto proporcionar una protección subsidiaria al medio ambiente en relación con los conflictos armados.

5) No es la primera vez que la cláusula de Martens se invoca en el contexto de la protección del medio ambiente en los conflictos armados[607]. Las Directrices del CICR sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares, de 1994, contienen una disposición que dice lo siguiente: "En los casos no contemplados por las normas de acuerdos internacionales, el medio ambiente queda bajo la protección y el imperio de los principios de derecho internacional derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública"[608]. En 1994, la Asamblea General invitó a todos los Estados a que difundieran ampliamente las directrices del CICR y "examin[aran] debidamente la posibilidad de incorporarlas en sus manuales militares y otras instrucciones dirigidas a su personal militar"[609]. Las directrices de 2020 del CICR sobre la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados contienen una formulación similar[610].

6) Por otra parte, en su segundo Congreso Mundial, celebrado en el año 2000, la UICN instó a los Estados Miembros de las Naciones Unidas a que hicieran suya la siguiente norma:

> Hasta tanto no se haya adoptado un código internacional más completo de protección ambiental, en casos no cubiertos por los acuerdos y la normativa internacional, la biosfera y todos sus componentes y procesos se encuentran bajo la salvaguardia y autoridad de los principios del derecho internacional derivados de los usos establecidos, los dictados de la conciencia pública, y los principios y valores fundamentales de la humanidad, actuando como custodios por las generaciones presentes y futuras[611].

La recomendación se aprobó por consenso[612] y estaba destinada a aplicarse tanto en tiempo de paz como durante los conflictos armados[613].

---

págs. 155 a 188, en especial págs. 185 y 186. Véase también *Prosecutor v. Kupreškić* et al., causa núm. IT-95-16-T, fallo, 14 de enero de 2000, párrs. 525 y 527.

606 Cassese, "The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?" (véase la nota anterior), pág. 214; Meron, "The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience" (véase la nota 598 *supra*), pág. 88.

607 Véase P. Sands y otros, *Principles of International Environmental Law*, 4ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), pág. 832, donde se afirma que, en el derecho internacional moderno, nada impide aplicar los dictados de la conciencia pública a la protección del medio ambiente. Asimismo, M. Bothe y otros, "International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities", *International Review of the Red Cross*, vol. 92 (2010), págs. 569 a 592, en especial págs. 588 y 589; Droege y Tougas, "The protection of the natural environment in armed conflict..." (nota 376 *supra*), págs. 39 y 40; M. Tignino, "Water during and after armed conflicts: what protection in international law?", *Brill Research Perspectives in International Water Law*, vol. 1.4 (2016), págs. 1 a 111, en especial págs. 26, 28 y 41.

608 CICR, Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares (A/49/323, anexo), directriz 7.

609 Resolución 49/50 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994, párr. 11.

610 CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), norma 16.

611 Congreso Mundial de la Naturaleza, resolución 2.97, titulada "Una Cláusula Marten para la protección ambiental" (Ammán, 4 a 11 de octubre de 2000).

612 Los Estados Unidos y los organismos estadounidenses miembros de la UICN no se sumaron al consenso.

613 Shelton y Kiss, "Martens Clause for environmental protection" (nota 586 *supra*) pág. 286.

7) El presente proyecto de principio se inspira en el texto de la cláusula de Martens que figura en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (art. 1, párr. 2), que establece lo siguiente: “En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”. En particular, la referencia a “los dictados de la conciencia pública” como noción general que no se limita intrínsecamente a un sentido específico, justifica la aplicación de la cláusula de Martens al medio ambiente[614]. A este respecto, cabe mencionar la importancia generalmente reconocida de la protección del medio ambiente, así como el auge y la consolidación del derecho internacional del medio ambiente. Más concretamente, la consideración del impacto ambiental de los conflictos ha evolucionado considerablemente desde la aprobación de los tratados que codifican el derecho de los conflictos armados. Cabe considerar también que la expresión “conciencia pública” abarca el concepto de equidad intergeneracional como parte importante del fundamento ético del derecho internacional del medio ambiente.

8) Otro componente esencial de la cláusula de Martens, la referencia a “los principios de humanidad”, muestra una relación más indirecta con la protección del medio ambiente. Cabe incluso preguntarse si el medio ambiente puede permanecer bajo la protección de “los principios de humanidad”, ya que la función de tales principios es servir específicamente a los seres humanos. Conviene recordar a este respecto que las preocupaciones humanitarias y ambientales no son mutuamente excluyentes, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia: “El medio ambiente no es una abstracción, sino el espacio donde viven los seres humanos y del que dependen su calidad de vida y su salud, también para las generaciones venideras”[615]. El vínculo intrínseco entre la supervivencia de las personas y el medio ambiente en el que viven también se ha reconocido en otras declaraciones autorizadas[616]. Asimismo, las definiciones modernas del medio ambiente como objeto de protección no establecen una línea divisoria estricta entre el medio ambiente y las actividades humanas, sino que integran componentes de ambas cosas[617]. Además, la mención de los principios de humanidad forma parte integrante de la cláusula de Martens.

9) La expresión “principios de humanidad” es distinta del “principio de humanidad”, que, junto con el de necesidad militar, es uno de los dos principios cardinales del derecho de los conflictos armados. La referencia a “los principios de humanidad” en la cláusula de Martens es más amplia y puede asociarse al concepto de “consideraciones elementales de humanidad” que, según la Corte Internacional de Justicia, son “aún más exigibles en tiempo de paz que en tiempo de guerra”[618]. En la práctica, ambas expresiones suelen utilizarse

614 Véase también CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párr. 201 y notas 455 y 456.

615 Véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), pág. 241, párr. 29.

616 La Carta Mundial de la Naturaleza establece que “[l]a especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales”. Resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, anexo, preámbulo. El Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente ha vinculado además la dignidad humana al medio ambiente como un “estándar mínimo de dignidad humana”: “Sin un medio ambiente saludable, no podemos satisfacer nuestras aspiraciones ni vivir a la altura de los estándares mínimos de dignidad humana”. Véase ACNUDH, “Introducción”, en www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SRenvironmentIndex.aspx (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). El CICR también ha reconocido la existencia de ese vínculo intrínseco. Véase CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párr. 201.

617 Véase Sands, *Principles of International Environmental Law* (nota 607 *supra*), pág. 14, donde se afirma que el concepto de medio ambiente abarca tanto las características y los productos del mundo natural como los de la civilización humana. Véase también C. R. Payne, “Defining the environment: environmental integrity”, en Stahn, Iverson y Easterday (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace...* (nota 541 *supra*), págs. 40 a 70, en especial pág. 69, donde se afirma que se debe tener en cuenta que las actividades humanas y el medio ambiente interactúan entre sí y que no hay que centrarse exclusivamente en un elemento.

618 *Corfu Channel, fallo de 9 de abril de 1949, I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 22. Véase también el comentario del CICR (2016) sobre el Primer Convenio de Ginebra, art. 63, párr. 3291. Véase también *La Nostra Segnora de la Piedad* (1801), 25 Merlin, Jurisprudence, Prise Maritime, secc. 3, art. 1.3, donde se establece que la captura de esos buques era contraria a “los

indistintamente[619]. También cabe hacer referencia a las "normas mínimas de humanidad fundamentales" reconocidas, entre otros contextos, en la práctica del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia[620] y la Comisión de Derechos Humanos[621]. Por consiguiente, la expresión "los principios de humanidad" puede entenderse como una referencia más general a las normas humanitarias que se encuentran no solo en el derecho internacional humanitario, sino también en el derecho internacional de los derechos humanos[622], que ofrece una importante protección al medio ambiente[623].

10) El proyecto de principio 12 se ha ubicado en la tercera parte, que contiene proyectos de principio aplicables durante un conflicto armado, también en las situaciones de ocupación.

Principio 13
Protección general del medio ambiente durante un conflicto armado

1. El medio ambiente se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados.

2. Con arreglo al derecho internacional aplicable:

a) se velará por la protección del medio ambiente contra los daños vastos, duraderos y graves;

b) queda prohibido el empleo de métodos y medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños vastos, duraderos y graves al medio ambiente.

principios de humanidad y las máximas del derecho internacional. Véase además *The Paquete Habana v. United States*, 175 U.S. 677 (1900), págs. 695 y 708, donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoció que el derecho internacional humanitario prohibía la captura de los barcos dedicados a la pesca costera para el mantenimiento de la población civil y citó la causa *La Nostra Segnora de la Piedad* en apoyo de su razonamiento.

619 Junto con otros conceptos como "leyes de la humanidad", "humanidad" y "espíritu de humanidad"; véase K. M. Larsen y otros (eds.), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2012), págs. 4 y 6. El vínculo de estos conceptos con los derechos humanos se ha reconocido tanto en la práctica como en la doctrina. Véanse, por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka "Pavo"), Hazim Delic and Esad Landžo (aka "Zenga") ("Celebici case")*, causa núm. IT-96-3-A, fallo, 20 de febrero de 2001, párr. 149; Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *M/V Saiga (No. 2), San Vicent and the Grenadines v. Guinea, fallo, ITLOS Reports 1999*, pág. 10, párr. 155; I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1998), pág. 575.

620 *Celebici* case (véase la nota anterior), párr. 149.

621 Comisión de Derechos Humanos, Promoción y protección de los derechos humanos: normas básicas de humanidad, informe del Secretario General (E/CN.4/2006/87).

622 Cassese, "The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?" (nota 605 *supra*), pág. 212, habla de "normas generales de humanidad" derivadas de las normas internacionales de derechos humanos. Véase también P.-M. Dupuy, "Les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", en L.-A. Sicilianos y R.-J. Dupuy (eds.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos: Droit et justice* (París: A. Pedone, 1998), págs. 117 a 130.

623 Varias cortes y tribunales han reconocido explícitamente la interdependencia entre los seres humanos y el medio ambiente al afirmar que los daños ambientales afectan al derecho a la vida. *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Nigeria*, sentencia núm. ECW/CCJ/JUD/18/12, Tribunal de Justicia de la Comunidad, Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, 14 de diciembre de 2012; *Öneryildiz v. Turkey*, demanda núm. 48939/99, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2004, ECHR 2004-XII, párr. 71. En la última resolución en que se hizo, la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, se estableció que existe una relación inalienable entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva núm. OC 23-17, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, 15 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 23. Véase también la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yanomami Vs. Brasil*, resolución núm. 12/85, caso núm. 7615, 5 de marzo de 1985.

3. Ninguna parte del medio ambiente podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

Comentario

1) El proyecto de principio 13 consta de tres párrafos que prevén en general la protección del medio ambiente durante un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional. Enuncia la obligación de respetar y proteger el medio ambiente, el deber de diligencia (formulado con "se velará por" en español) y la prohibición del empleo de determinados métodos y medios de hacer la guerra y de los ataques contra cualquier parte del medio ambiente, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

2) El párrafo 1 establece la regla general según la cual, en el contexto de un conflicto armado, el medio ambiente se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados.

3) Se ha optado por los términos "respetará" y "protegerá" para el presente proyecto de principio porque se han utilizado en varios instrumentos jurídicos del derecho de los conflictos armados, el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos[624]. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, estimó que el "respeto del medio ambiente es uno de los elementos que permiten juzgar si una acción es conforme al principio de necesidad"[625].

4) En lo que concierne a la expresión "derecho internacional aplicable", las palabras "en particular, el derecho de los conflictos armados" indican que ese es el conjunto de normas que regula de manera específica los conflictos armados. Al mismo tiempo, otras normas de derecho internacional relativas a la protección ambiental, como el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos, siguen siendo pertinentes[626]. Así pues, el párrafo 1 del proyecto de principio 13 es de aplicación en las tres fases (antes y después de un conflicto armado y durante este) en la medida en que el derecho de los conflictos armados es aplicable.

5) El párrafo 2 se inspira en el párrafo 1 del artículo 55 y en el párrafo 3 del artículo 35 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. El apartado a) enuncia la norma de que, en la realización de la guerra, se velará por la protección del medio ambiente natural contra los daños vastos, duraderos y graves. El apartado b) prohíbe el empleo de métodos y medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños vastos, duraderos y graves al medio ambiente. El encabezamiento "con arreglo al derecho internacional aplicable" se aplica a ambos apartados.

6) El encabezamiento reconoce que sigue habiendo divergencia de opiniones sobre el carácter consuetudinario del deber de diligencia y la prohibición enunciados en el Protocolo Adicional I[627]. El párrafo 2 no pretende ampliar esas obligaciones a Estados que no sean partes en el Protocolo Adicional I. También tiene en cuenta que algunos Estados partes en el

[624] Un número considerable de instrumentos del derecho de los conflictos armados, el derecho del medio ambiente y el derecho de los derechos humanos contienen los términos "respetar" y "proteger". Cabe destacar la Carta Mundial de la Naturaleza, la resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, en particular el preámbulo y el principio 1, y el Protocolo Adicional I, art. 48, párr. 1, que dispone que se garantice el respeto y la protección de los bienes de carácter civil. Véanse asimismo, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1964), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171, art. 2; el Protocolo Adicional I, art. 55, y la Declaración de Río (nota 335 *supra*), principio 10.

[625] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), párr. 30.

[626] *Ibid*., págs. 240 a 242, párrs. 25 y 27 a 30.

[627] Véase Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados: comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados (A/CN.4/749): comentarios del Canadá, los Estados Unidos, Francia, Israel, el Reino Unido, Suiza y el CICR sobre el proyecto de principio 13.

Protocolo Adicional I han formulado declaraciones o reservas sobre el ámbito de aplicación de dicho Protocolo[628].

7) En lo que respecta al apartado a), el párrafo 1 del artículo 55 del Protocolo Adicional I establece la obligación de velar por la protección del medio ambiente contra los daños vastos, duraderos y graves en los conflictos armados internacionales[629]. La expresión "se velará por" indica que las partes en un conflicto armado están obligadas a mantenerse vigilantes respecto del posible impacto que puedan tener las actividades militares en el medio ambiente[630]. A tal efecto, deben tener en cuenta consideraciones relacionadas con los efectos previsibles de los métodos y medios de guerra utilizados o con las características del terreno en el que se desarrollen las actividades militares, como la importancia de las zonas ecológicamente ricas o de los ecosistemas vulnerables o frágiles. El deber de diligencia también está relacionado con la obligación de actuar con "un cuidado constante de preservar [...] a las personas civiles y a los bienes de carácter civil"[631] y con el principio de precaución[632].

8) Al igual que el párrafo 1 del artículo 55 y el párrafo 3 del artículo 35, los apartados a) y b) del proyecto de principio 13 establecen un triple criterio acumulativo: "vastos, duraderos y graves". Esos términos no están definidos en el Protocolo Adicional I. Aunque también se utilizan en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, que aclara el sentido en que deben entenderse[633], el comentario del CICR al párrafo 1 del artículo 35 indica que el sentido que se da a esos tres términos en ambos instrumentos no es el mismo[634]. También es evidente que, al optar por la conjunción copulativa "y" en lugar de la disyuntiva "o" utilizada en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, los Estados que participaron en las negociaciones sobre el Protocolo Adicional I quisieron establecer un criterio estricto.

9) Al mismo tiempo, para interpretar este criterio no basta con saber qué se entendía por "daños ambientales" en la década de 1970[635], sino que se han de tener en cuenta los conocimientos científicos actuales sobre los procesos ecológicos. A este respecto, el riesgo de daños no debe referirse únicamente a los daños a un bien específico, sino que también es

---

628 Las declaraciones relativas a los artículos 35, párrafo 3, y 55 pueden consultarse en: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=470 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

629 El artículo 55 (Protección del medio ambiente natural) dice lo siguiente:

> "1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población".

630 Pilloud y Pictet, "Artículo 55: Protección del medio ambiente natural" (véase la nota 353 *supra*), pág. 926, párr. 2133. Véase también K. Hulme, "Taking care to protect the environment against damage: a meaningless obligation?", en *International Review of the Red Cross*, vol. 92 (2010) págs. 675 a 691.

631 Protocolo Adicional I, art. 57, párr. 1.

632 Véase el párrafo 8) del comentario al proyecto de principio 14 *infra*.

633 Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles, art. 2. En el entendimiento acerca del artículo I de la Convención se indica la siguiente interpretación de los términos "difundidos" [vastos], "duraderos" y "graves": "'difundidos' [vastos]: que abarcan una región de varios centenares de kilómetros cuadrados"; "'duraderos': que duran un período de meses o, aproximadamente, una estación del año"; "'graves': que entrañan un grave o importante perjuicio o perturbación para la vida humana, los recursos naturales y económicos y otros aspectos del patrimonio" (*Informe de la Conferencia del Comité de Desarme, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 27* (A/31/27), vol. I, pág. 96).

634 Comentario del CICR (1987) sobre el Protocolo Adicional I, art. 35, párr. 1452.

635 También hay que tener en cuenta, como señala Bothe, que, cuando se negoció el Protocolo Adicional I (1974-1977), los participantes apenas tenían experiencia y conocimientos sobre los daños ambientales en general y los causados al medio ambiente en tiempo de guerra en particular. Véase M. Bothe, "The protection of the environment in times of armed conflict: legal rules, uncertainty, deficiencies and possible developments", *German Yearbook on International Law*, vol. 34 (1991), págs. 54 a 62, en especial pág. 56.

preciso tener en cuenta las posibles repercusiones en un sistema frágil con componentes vivos y no vivos interdependientes[636]. El CICR ha señalado asimismo que lo que sí es cierto es que, para evaluar si los daños cumplen los criterios establecidos, deben tenerse en cuenta los conocimientos actuales, tanto sobre la conexión e interrelación entre los distintos componentes del medio ambiente natural como sobre los efectos de los daños causados[637].

10) El párrafo 3 del proyecto de principio 13 se basa en la regla fundamental del derecho de los conflictos armados de que hay que distinguir entre objetivos militares y bienes de carácter civil[638]. Subraya el carácter inherentemente civil del medio ambiente y debe leerse conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 52 del Protocolo Adicional I, que contiene la siguiente definición de "objetivo militar":

> [A]quellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida[639].

La expresión "bienes de carácter civil" se define como "todos los bienes que no son objetivos militares"[640]. A tenor del derecho de los conflictos armados, los ataques solo pueden dirigirse contra objetivos militares y no contra bienes de carácter civil[641]. Existen varios instrumentos vinculantes y no vinculantes que indican que esta norma es aplicable a partes del medio ambiente[642].

---

636 El Convenio sobre la Diversidad Biológica define, en su artículo 2, el "ecosistema" como un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional. Véase también el comentario del CICR (1987) sobre el Protocolo Adicional I, art. 35, párr. 1462, según el cual la norma debía ser aplicable a la "guerra ecológica". Véanse además L.-A. Duvic-Paoli, *The Prevention Principle in International Environmental Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), pág. 75, y B. Sjöstedt, *The Role of Multilateral Environmental Agreements: A Reconciliatory Approach to Environmental Protection in Armed Conflict* (Oxford, Hart Publishing, 2020), págs. 43 a 47.

637 A/CN.4/749, comentarios del CICR sobre el proyecto de principio 13, donde se resume CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párr. 54. Sobre el sentido de los tres términos, véase *ibid*., párrs. 56 a 72.

638 Véase, en general, Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 7 y norma 43, págs. 29 a 33 y 159, respectivamente.

639 Protocolo Adicional I, art. 52, párr. 2. Puede encontrarse una definición similar en el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, que figura en un anexo de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (Ginebra, 10 de octubre de 1980) (en adelante Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1342, núm. 22495, págs. 137 y ss., en especial pág. 168; y el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales y Protocolo III sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias, que figura en un anexo de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales), *ibid*., vol. 1342, núm. 22495, pág. 171, así como el Segundo Protocolo de 1999.

640 Véanse el artículo 52, párrafo 1, del Protocolo Adicional I, así como el artículo 2, párrafo 5, del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; el artículo 2, párrafo 7, del Protocolo II enmendado a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; y el artículo 1, párrafo 4, del Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

641 Véase, en general, Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 7, págs. 29 a 33. El principio de distinción está codificado, en particular, en los artículos 48 y 52, párrafo 2, del Protocolo Adicional I, así como en el Protocolo II enmendado y el Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales. Está reconocido como norma de derecho internacional humanitario consuetudinario en los conflictos armados internacionales y no internacionales.

642 Entre otros, se han mencionado los siguientes instrumentos: el artículo 2, párrafo 4, del Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, las Directrices del CICR sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares (nota 608 *supra*), las Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict, del CICR (nota 345 *supra*), la Declaración final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, las resoluciones 49/50 y 51/157, anexo, de la Asamblea General, los manuales militares de Australia y los Estados Unidos y la legislación nacional de

11) El párrafo 3, no obstante, está condicionado temporalmente por las palabras “se haya convertido en”, que ponen de relieve que esta norma no tiene carácter absoluto: el medio ambiente puede convertirse en un objetivo militar en ciertos casos y, por tanto, ser objeto de ataques lícitos[643]. A este respecto, conviene señalar que el párrafo 3 ha de leerse conjuntamente con el proyecto de principio 14, que se refiere de manera específica a la aplicación de los principios y normas del derecho de los conflictos armados sobre distinción, proporcionalidad y precaución.

Principio 14
Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente

El derecho de los conflictos armados, incluidos los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad y precaución, será de aplicación al medio ambiente con miras a su protección.

Comentario

1) El proyecto de principio 14 lleva por título “Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente” y trata de la aplicación de los principios y normas del derecho de los conflictos armados al medio ambiente con miras a su protección.

2) El proyecto de principio 14 menciona los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad y precaución. El proyecto de principio mismo es de naturaleza general y no detalla cómo se deben interpretar estos principios y normas consolidados en el derecho de los conflictos armados, que se han incluido porque se han considerado los principios y normas del derecho de los conflictos armados más pertinentes en materia de protección del medio ambiente[644]. No obstante, no debe interpretarse que conforman una lista cerrada, puesto que todas las demás normas del derecho de los conflictos armados relativas a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados siguen siendo aplicables y no pueden ser ignoradas[645].

3) Uno de los pilares del derecho de los conflictos armados[646] es el principio de distinción, que obliga a las partes en un conflicto armado a distinguir en todo momento los bienes de carácter civil de los objetivos militares, de modo que los ataques solo pueden dirigirse contra objetivos militares[647]. Está reconocido como norma de derecho internacional

Nicaragua y España. Véase Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 43, págs. 159 y 160.

643 Véanse, por ejemplo, Bothe y otros, “International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities” (nota 607 *supra*); R. Rayfuse, “Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict”, en *War and the Environment: New Approaches to Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict*, R. Rayfuse (ed.) (Leiden, Brill Nijhoff, 2015), pág. 6; véanse también C. Droege y M.-L. Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict...” (nota 376 *supra*), págs. 17 a 19; D. Fleck, “The protection of the environment in armed conflict: legal obligations in the absence of specific rules”, *ibid*., págs. 47 a 52; E. Koppe, “The principle of ambiguity and the prohibition against excessive collateral damage to the environment during armed conflict”, *ibid*., págs. 76 a 82; y M. Bothe, “The ethics, principles and objectives of protection of the environment in times of armed conflict”, *ibid*., pág. 99.

644 Véanse R. Rayfuse, “Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict” (nota 643 *supra*), pág. 6; Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Protecting the Environment During Armed Conflict*... (nota 369 *supra*), págs. 12 y 13.

645 Véase CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*) donde se hacer una recopilación exhaustiva de las normas vigentes del derecho de los conflictos armados que prevén la protección del medio ambiente. Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), normas 43 y 44.

646 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), pág. 257, párr. 78; M. N. Schmitt, “Military necessity and humanity in international humanitarian law: preserving the delicate balance”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50 (2010), págs. 795 a 839, en especial pág. 803.

647 El principio de distinción se encuentra actualmente codificado en los artículos 48, 51, párrafo 2, y 52, párrafo 2, del Protocolo Adicional I; el artículo 13, párrafo 2, del Protocolo Adicional II; el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; el Protocolo III de la

humanitario consuetudinario en los conflictos armados internacionales y no internacionales[648]. Tal y como se explica en el comentario al proyecto de principio 13, el medio ambiente tiene un carácter inherentemente civil, por lo que se acoge a la protección de las normas aplicables a los bienes de carácter civil. No obstante, en determinadas circunstancias, partes del medio ambiente pueden convertirse en objetivo militar, en cuyo caso es lícito atacarlas.

4) En virtud del principio de proporcionalidad, quedan prohibidos los ataques contra objetivos militares legítimos si es de prever que causarán daños incidentales a civiles o a bienes de carácter civil, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista[649]. El principio de proporcionalidad está codificado en varios instrumentos del derecho de los conflictos armados y la Corte Internacional de Justicia también ha reconocido su aplicabilidad en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*[650]. Se considera una norma de derecho internacional consuetudinario, aplicable a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales[651].

5) La aplicación de las normas relativas a la proporcionalidad a la protección del medio ambiente impide atacar objetivo militar legítimo cuando dicho ataque vaya a causar incidentalmente daños ambientales que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista[652]. Al mismo tiempo, se ha afirmado que "si el objetivo es lo suficientemente importante, se podría justificar un mayor riesgo para el medio ambiente"[653]. Por tanto, con arreglo a esta norma, los "daños colaterales" al medio ambiente se consideran lícitos en determinados supuestos.

6) En la medida en que a menudo los efectos de los conflictos armados en el medio ambiente son más indirectos que directos, las normas sobre proporcionalidad resultan especialmente importantes en el contexto de la protección del medio ambiente en los conflictos armados[654]. La Corte Internacional de Justicia ha destacado esa importancia y ha

---

Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; y la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597, pág. 211.

[648] Véase Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 7, pág. 25.

[649] Artículo 51, párrafo 5 b), del Protocolo Adicional I. Véase también Y. Dinstein, "Protection of the environment in international armed conflict", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), pág. 523 a 549, en especial págs. 524 y 525. Véase también L. Doswald-Beck, "International humanitarian law and the advisory opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", *International Review of the Red Cross*, vol. 37 (1997), págs. 35 a 55, en especial pág. 52.

[650] Protocolo Adicional I, arts. 51 y 57; Protocolo Adicional II y Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, así como Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8, párr. 2 b) iv). Véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 340 *supra*), pág. 242, párr. 30.

[651] Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 14, pág. 46.

[652] Véanse también Dinstein, "Protection of the environment..." (nota 649 *supra*), págs. 524 y 525; Doswald-Beck, "International humanitarian law and the advisory opinion of the International Court of Justice..." (nota 649 *supra*); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Protecting the Environment During Armed Conflict*... (nota 649 *supra*), pág. 13; Rayfuse, "Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict" (nota 643 *supra*), pág. 6; Droege y Tougas, "The protection of the natural environment in armed conflict..." (nota 376 *supra*), págs. 19 a 23.

[653] Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, párr. 19. Se puede consultar en www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también Dinstein, "Protection of the environment..." (nota 649 *supra*), págs. 524 y 525.

[654] *Ibid*., norma 44, pág. 150; Droege y Tougas, "The protection of the natural environment in armed conflict..." (nota 376 *supra*), pág. 19; véase también Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Desk Study on the Environment in Liberia* (nota 443 *supra*) y Programa de las Naciones

sostenido que “los Estados deben tener en cuenta las consideraciones ambientales cuando determinen qué es necesario y proporcional al perseguir objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que permiten valorar si una acción es conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad”[655].

7) Dado que el conocimiento del medio ambiente y sus ecosistemas va en constante aumento, se entiende mejor y es más accesible en general, las consideraciones ambientales no pueden permanecer estáticas en el tiempo, sino que deben evolucionar a medida que lo hace la capacidad para entender el medio ambiente.

8) Con arreglo al principio de precaución, las operaciones militares han de realizarse con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil[656]. Además de este principio general, que es aplicable a todas las operaciones militares, la norma sobre precauciones en el ataque exige que se adopten todas las precauciones posibles con miras a evitar y, en cualquier caso, reducir al mínimo el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente esas operaciones[657]. La norma está codificada en diversos instrumentos del derecho de los conflictos armados[658] y también se considera una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable en los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales[659]. Además, las partes en el conflicto han de tomar todas las precauciones posibles para proteger contra los efectos de los ataques los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control[660]. Estas “precauciones pasivas” también pueden tomarse en tiempo de paz, por ejemplo al decidir el emplazamiento de instalaciones militares fijas[661].

9) La frase “será de aplicación al medio ambiente, con miras a su protección” va en consonancia con la finalidad del proyecto de principios y establece un objetivo que deben esforzarse en lograr quienes participen en conflictos armados u operaciones militares.

Principio 15
Prohibición de las represalias

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente como represalia.

Comentario

1) El proyecto de principio 15, titulado “Prohibición de las represalias”, se basa en el párrafo 2 del artículo 55 del Protocolo Adicional I, que establece que “quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias”.

2) Como disposición convencional, la prohibición de los ataques contra el medio ambiente natural como represalia es una norma vinculante para los 174 Estados partes en el

Unidas para el Medio Ambiente, *Environmental Considerations of Human Displacement in Liberia*... (nota 475 *supra*).

655 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase nota 340 *supra*), pág. 242, párr. 30.

656 En relación con la obligación de cuidado constante, véase el Protocolo Adicional I, art. 57, párr. 1. Véase también Henckaerts and Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario …* (nota 347 *supra*), norma 15, primera oración, pág. 31.

657 Protocolo Adicional I, art. 57. Véase también CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), norma 8.

658 El principio de precaución está codificado en el artículo 2, párrafo 3, de la Convención IX de 1907 relativa al Bombardeo por las Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra (La Haya, 18 de octubre de 1907), J. B. Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (véase la nota 481 *supra*); en el artículo 57, párrafo 1, del Protocolo Adicional I, y en el artículo 3, párrafo 10, del Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

659 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 15, pág. 59.

660 Protocolo Adicional I, art. 58 c).

661 Véase CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), norma 9 y comentario.

Protocolo Adicional I[662]. Algunos Estados han incluido la prohibición en sus manuales militares[663].

3) Aunque el Protocolo Adicional I está ampliamente ratificado, todavía no tiene carácter universal, por lo que la prohibición de los ataques contra el medio ambiente como represalia no es una norma consuetudinaria establecida. La práctica de los Estados a este respecto es escasa, pero algunos Estados partes han dado a conocer su posición jurídica mediante reservas o declaraciones sobre el Protocolo Adicional I. La pertinencia de esas declaraciones o reservas para la aplicación del párrafo 2 del artículo 55 debe evaluarse caso por caso, ya que solo algunos Estados han mencionado expresamente esa disposición[664]. En las directrices de 2020 del CICR sobre la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados se afirma que, si bien la mayoría de los países se ha comprometido ya específicamente a no

662 Véase el sitio web del CICR (www.icrc.org/ihl/INTRO/470 (consulta realizada el 12 de junio de 2022)).

663 Véanse S.-E. Pantazopoulos, "Reflections on the legality of attacks against the natural environment by way of reprisals", *Goettingen Journal of International Law*, vol. 10 (2020), págs. 47 a 66, en especial pág. 59, nota 49: Alemania, Ministerio Federal de Defensa, *Joint Service Regulation (ZDv 15/2: Law of Armed Conflict: Manual* (2013), párr. 434; Australia, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (2006), ADDP 06.4, párr. 5.50 (donde se prohíben los ataques contra el medio ambiente como represalia); Canadá, Defensa Nacional, *Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels* (2001) B-GJ-005-104/FP-021, art. 1507, párr. 4 i); Dinamarca, Ministerio de Defensa y Mando de Defensa de Dinamarca, *Military Manual on International Law Relevant to Danish Armed Forces in International Operations* (2016), pág. 425, art. 2.16; España, Ministerio de Defensa, *Orientaciones: El Derecho de los Conflictos Armados*, vol. I (2007), párr. 3.3.c.5); Nueva Zelanda, Fuerza de Defensa, *Manual of Armed Forces Law*, vol. 4, *Law of Armed Conflict* (2008), párr. 17.10.4 e); Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383 (2004), párrs. 16.19.1 y 16.19.2. El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario también hace referencia a los siguientes textos: Croacia, Ministerio de Defensa, Compendio de Derecho de los Conflictos Armados (1991), pág. 19; Hungría, Manual Militar (1992), pág. 35; Italia, Tribunal Militar de Apelación, causa *Hass* y *Priebke*, sentencia, 7 de marzo de 1998; Kenia, Manual de Derecho de los Confictos Armados, 1997, resumen núm. 4, pág. 4; Países Bajos, Manual Militar (1993), pág. IV-6. Véase J. M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), págs. 3473 y 3474, párrs. 1090, 1095 a 1097 y 1099. Véase, sin embargo, Estados Unidos de América, Departamento de Defensa, *Law of War Manual* (Office of General Counsel, Washington D. C., 2015, actualizado en 2016), págs. 1115 a 1117, párrs. 18.18.3.4 y 18.18.4.

664 Véanse las declaraciones y reservas formuladas por los Estados en relación con el artículo 55, párrafo 2, del Protocolo Adicional I en Henckaerts y Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law* (véase la nota anterior), práctica relacionada con la norma 147, secc. D (Represalias contra bienes protegidos), Medio ambiente natural, pág. 3471. Todas las declaraciones y reservas relativas al Protocolo Adicional I pueden consultarse en la base de datos del CICR en https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). La reserva más claramente relacionada con el párrafo 2 del artículo 55 es la del Reino Unido, que acepta las obligaciones enunciadas en los artículos 51 y 55 partiendo del principio de que toda parte adversa contra la cual pudiera combatir el Reino Unido las cumplirá escrupulosamente. Si una parte adversa emprende ataques graves y deliberados contra la población civil, personas civiles o bienes de carácter civil, en contravención de los artículos 51 y 52, o contra objetos o elementos protegidos por los artículos 53, 54 y 55 en contravención de dichos artículos, el Reino Unido se considerará amparado para adoptar las medidas que de otro modo quedan prohibidas en virtud de los artículos en cuestión en la medida en que las considere necesarias con el fin exclusivo de obligar a la parte adversa a poner fin a la contravención de esos artículos, pero únicamente después de que se haya ignorado la advertencia formal dirigida a la parte adversa en la que se le exija poner fin a la contravención y se haya adoptado una decisión en la más alta instancia de gobierno. Las medidas adoptadas en tales circunstancias por el Reino Unido no serán desproporcionadas con respecto a la contravención que las haya originado, no comportarán ningún acto prohibido por los Convenios de Ginebra de 1949 ni se mantendrán una vez que haya cesado la contravención. El Reino Unido notificará a las Potencias protectoras toda advertencia formal dirigida a una parte adversa y, en el caso de que se ignore dicha advertencia, las medidas adoptadas en consecuencia. Véase una descripción parcial de las condiciones en las que se pueden tomar represalias bélicas contra el medio ambiente en Ministerio de Defensa del Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), párrs. 16.18 y 16.19.1.

tomar medidas de represalia contra tales bienes, incluido el medio ambiente natural, en el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario no se considera que esas prohibiciones estén establecidas como normas de derecho internacional consuetudinario[665].

4) Al mismo tiempo, cabe recordar que el medio ambiente está protegido por otras normas —además del párrafo 2 del artículo 55 del Protocolo Adicional I— que prohíben el uso de represalias. En particular, el proyecto de principio 15 también guarda relación con el párrafo 6 del artículo 51 del Protocolo Adicional I, que prohíbe los ataques dirigidos como represalia contra la población civil o las personas civiles, y con el párrafo 1 del artículo 52, que establece que los bienes civiles no serán objeto de represalias. Los Convenios de Ginebra de 1949 también prohíben el uso de represalias contra, entre otros, las personas civiles y los bienes de carácter civil[666]. Estas prohibiciones consuetudinarias se aplican a las represalias contra el medio ambiente como bien de carácter civil, cuando no se haya convertido en un objetivo militar.

5) El Protocolo Adicional I también prohíbe las represalias contra bienes culturales[667] y bienes indispensables para la supervivencia de la población civil[668]. Igualmente, la Convención de La Haya de 1954 protege los bienes culturales de las represalias[669]. Estas prohibiciones se aplican a las represalias contra el medio ambiente cuando los bienes protegidos en cuestión forman parte de este. Además, las normas que prohíben hacer objeto de represalias a las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas[670] son especialmente importantes, por ejemplo, para la protección de las centrales nucleares. Todo ataque contra estas tendría graves consecuencias ambientales.

6) Como disposición convencional, el párrafo 2 del artículo 55 se aplica únicamente a los conflictos armados internacionales. No existe en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra ni en el Protocolo Adicional II una norma equivalente que prohíba expresamente las represalias en los conflictos armados no internacionales (en particular contra las personas civiles, la población civil o los bienes de carácter civil).

7) No obstante, los antecedentes de la elaboración del Protocolo adicional II no permiten afirmar si ha llegado a surgir un derecho a recurrir a las represalias en los conflictos armados no internacionales. Algunos Estados consideraban que las represalias de toda índole estaban prohibidas bajo cualquier circunstancia en los conflictos armados no internacionales. Al mismo tiempo, varios Estados votaron en contra de la prohibición porque pensaban que el concepto de represalias no tenía cabida en los conflictos armados no internacionales[671]. Según el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, no hay "suficientes elementos de prueba que confirmen que el concepto mismo de represalias lícitas en los conflictos armados no internacionales se haya materializado alguna vez en derecho internacional". Además, en el estudio se afirma que toda la práctica relativa a las represalias se refiere a las relaciones entre Estados[672]. La práctica reciente en relación con los conflictos armados no internacionales no ha cambiado la situación, sino que ha destacado la importancia

[665] CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párr. 93.

[666] Primer Convenio de Ginebra, art. 46; Segundo Convenio de Ginebra, art. 47; Tercer Convenio de Ginebra, art. 13; Cuarto Convenio de Ginebra, art. 33.

[667] Protocolo Adicional I, art. 53 c).

[668] *Ibid*., art. 54, párr. 4.

[669] Convención de La Haya de 1954, art. 4.

[670] Protocolo Adicional I, art. 56, párr. 4.

[671] Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados* (Ginebra, 1974-1977) vol. IX, en www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/RC-dipl-conference-records.html (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 148, pág. 594, y práctica conexa, en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule148 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[672] Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 148, pág. 596.

de la protección de las personas civiles, del respeto de los derechos humanos y de los medios diplomáticos para poner fin a las violaciones[673].

8) En el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario se concluye que las partes en un conflicto armado no internacional no tienen derecho a recurrir a represalias bélicas[674]. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia también ha considerado que la prohibición de las represalias contra la población civil es una norma de derecho internacional consuetudinario "en cualquier tipo de conflicto armado"[675]. El presente proyecto de principio pretende ser de aplicación en todos los conflictos armados de cualquier tipo.

9) El actual proyecto de principio retoma el texto del Protocolo Adicional I sin añadir nada porque se consideró que cualquier otra formulación se prestaba a una interpretación que debilitaba la norma existente en el derecho de los conflictos armados, lo cual sería un resultado no deseado, dada la importancia fundamental de las normas del derecho de los conflictos armados existentes relativas a las represalias.

10) Aunque el proyecto de principio 15 refleja el derecho vinculante para la gran mayoría de los Estados en los conflictos armados internacionales y parece ser acorde con la *lex lata* en los conflictos armados no internacionales, aún no ha quedado establecido que tenga carácter consuetudinario. Por ello, conviene afirmar que el principio no pretende matizar ni modificar el alcance o el sentido de las normas de derecho internacional convencional o consuetudinario existentes sobre represalias.

Principio 16
Prohibición del pillaje

Queda prohibido el pillaje de recursos naturales.

Comentario

1) El proyecto de principio 16 tiene por objeto reafirmar la prohibición del pillaje, así como su aplicabilidad a los recursos naturales. La explotación ilegal de los recursos naturales ha originado muchos conflictos armados, en particular no internacionales, en las últimas décadas[676] y ha tenido una enorme repercusión en el medio ambiente de las zonas afectadas[677].

673 *Ibid*. Además, se hace referencia a los manuales militares de varios Estados, que definen las represalias como una medida coercitiva contra otro Estado.

674 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 148, pág. 594, y práctica conexa. Véase también CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párr. 94.

675 *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A 72, decisión sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia, de 2 de octubre de 1995, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1994-1995*, vol. I, págs. 353 y ss., en especial págs. 475 a 478, párrs. 111 y 112. Véase también, en general, Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), págs. 526 a 529.

676 Según el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, el 40 % de los conflictos armados internos de los últimos 60 años han estado relacionados con recursos naturales, y, desde 1990, al menos 18 conflictos armados han sido alimentados directamente por recursos naturales. Véase *Renewable Resources and Conflict: Toolkit and Guidance for Preventing and Managing Land and Natural Resources Conflicts* (Nueva York, Equipo Marco Interinstitucional para la Acción Preventiva de las Naciones Unidas, 2012), pág. 14. Puede consultarse en www.un.org/en/land-natural-resources-conflict/renewable-resources.shtml (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

677 Informe provisional del Grupo de Expertos encargado de examinar la cuestión de la explotación ilegal de los recursos naturales y otras riquezas de la República Democrática del Congo (S/2002/565), párr. 52. Véanse también Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *The Democratic Republic of the Congo: Post-Conflict Environmental Assessment. Synthesis Report for Policy Makers* (Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2011), págs. 26 a 28, en http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/22069 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022); Informe presentado por el Grupo de Expertos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 25 de la resolución 1478 (2003) del Consejo de Seguridad relativa a Liberia (S/2003/779), párr. 14; Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Desk Study on the Environment in Liberia* (nota 443

En este contexto, se ha considerado que la prohibición del pillaje es una de las normas del derecho de los conflictos armados que brindan protección al medio ambiente.

2) El pillaje es una vulneración reconocida del derecho de los conflictos armados y un crimen de guerra. El Cuarto Convenio de Ginebra contiene una prohibición absoluta del pillaje, tanto en el territorio de una parte en un conflicto armado como en un territorio ocupado[678]. El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra confirma la aplicabilidad de esta prohibición general en los conflictos armados no internacionales que cumplan los criterios establecidos en el Protocolo y, en ese contexto, "en todo tiempo y lugar"[679]. La prohibición ha sido ampliamente incorporada en las legislaciones nacionales y en los manuales militares[680]. Existe abundante jurisprudencia de cortes y tribunales penales internacionales, establecidos tanto tras la Segunda Guerra Mundial como más recientemente, que confirma el carácter delictivo del pillaje[681]. El pillaje en los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales también es perseguible como crimen de guerra con arreglo al Estatuto de Roma[682]. Se ha determinado que la prohibición del pillaje constituye una norma de derecho internacional consuetudinario en ambos tipos de conflictos[683].

3) Según el comentario del CICR sobre el Protocolo Adicional II, la prohibición es aplicable a todas las categorías de bienes, ya sean públicos o privados[684]. El alcance del

supra), págs. 16 a 18 y 42 a 51; C. Nellemann y otros (eds.), *The Rise of Environmental Crime – A Growing Threat to Natural Resources, Peace, Development and Security* (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente – INTERPOL, 2016), pág. 69.

678 Reglamento de La Haya, arts. 28 y 47; Cuarto Convenio de Ginebra, art. 33, párr. 2. Véase también el Primer Convenio de Ginebra, art. 15, párr. 1, según el cual "En todo tiempo, y especialmente después de un combate, las Partes en conflicto tomarán sin tardanza todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos y a los enfermos, para protegerlos contra el pillaje". Véase también Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 21, párr. 2: "En caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad, así como a una compensación adecuada". Asimismo, el Protocolo de Lusaka de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos reproduce la misma disposición. Véase el Protocolo contra la Explotación Ilegal de los Recursos Naturales de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos, art. 3, párr. 2.

679 Protocolo Adicional II, art. 4, párr. 2 g).

680 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 52, "Queda prohibido el pillaje", págs. 203 a 206.

681 Véanse, por ejemplo, *Krupp and Others*, fallo de 30 de junio de 1948, *Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals*, vol. IX, págs. 1337 a 1372; *U.S.A. v. von Weizsäcker* et al. *(Ministries case), Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals*, vol. XIV, pág. 741; *Prosecutor v. Goran Jelisić*, causa núm. IT-95-10-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 14 de diciembre de 1999; *The Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić a/k/a "Pavo", Hazim Delić and Esad Landžo a/k/a "Zenga"*, causa núm. IT-96-21-T, fallo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 16 de noviembre de 1998, y fallo condenatorio, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 9 de octubre de 2001; *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, causa núm. IT-95-14-T, fallo (incluida la declaración del Magistrado Shahabuddeen), Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 3 de marzo de 2000, *Judicial Reports 2000*; *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, causa núm. IT-95-14/2-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 26 de febrero de 2001; *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, causa núm. SCSL-04-15-T-1234, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Especial para Sierra Leona, 2 de marzo de 2009; *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, causa núm. SCSL-03-1-T, fallo, 18 de mayo de 2012 (fallo en primera instancia en la causa *Taylor*); *Prosecutor against Charles Ghankay Taylor*, causa núm. SCSL-03-01-A, fallo, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona, 26 de septiembre de 2013.

682 Estatuto de Roma, art. 8, párr. 2 b) xvi) y e) v).

683 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 52, págs. 203 a 206.

684 Comentario del CICR (1987) sobre el Protocolo adicional II, art. 4, párr. 2 g), párr. 4542 del comentario. Véase también el comentario del CICR (1958) sobre el Cuarto Convenio de Ginebra, art. 33, párr. 2. Véase además CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párr. 182, donde se reconoce que la prohibición del pillaje se aplica también a los componentes del medio ambiente natural que pueden ser objeto de propiedad y constituir un "bien".

presente proyecto de principio se limita al pillaje de recursos naturales, que es un fenómeno habitual en los conflictos armados y tiene un grave impacto ambiental. Si bien el pillaje solo se refiere a los recursos naturales que pueden ser objeto de propiedad y constituir un "bien", ese requisito se cumple fácilmente cuando los recursos naturales pueden generar un importante enriquecimiento. Se prohíbe el pillaje de recursos naturales, ya sean propiedad del Estado, de comunidades o de particulares[685]. La aplicabilidad de la prohibición del pillaje a los recursos naturales ha sido confirmada por la Corte Internacional de Justicia que, en su fallo en la causa relativa a las *Actividades armadas*, determinó que Uganda era internacionalmente responsable de los "actos de saqueo, robo y explotación de los recursos naturales [de la República Democrática del Congo]" cometidos por miembros de las fuerzas armadas de Uganda en el territorio de la República Democrática del Congo[686].

4) El pillaje es un término amplio que designa cualquier apropiación u obtención de bienes en un conflicto armado contraria al derecho de los conflictos armados. Según el comentario del CICR sobre el Protocolo Adicional II, la prohibición del pillaje abarca tanto el pillaje organizado como los actos individuales[687], cometidos ya sea por civiles o por personal militar[688]. Los actos de pillaje no implican necesariamente el empleo de la fuerza o la violencia[689]. Al mismo tiempo, el derecho de los conflictos armados prevé una serie de excepciones en que la apropiación o destrucción de bienes pueden ser lícitas[690].

5) No se ha utilizado una terminología uniforme para designar la apropiación ilegal de bienes, incluidos recursos naturales, en un conflicto armado. La Corte Internacional de Justicia, en su fallo en la causa relativa a las *Actividades armadas*, habla de "saqueo, robo y explotación"[691] y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia habla de "robo"[692], mientras que la Carta Africana utiliza el término "expoliación"[693]. No obstante, las investigaciones muestran que los términos "pillaje", "robo", "expoliación" y "saqueo" tienen el mismo sentido jurídico y han sido utilizados indistintamente por las cortes y tribunales internacionales[694]. Así, el Tribunal de Núremberg utilizó las palabras "pillaje" y "robo" como

685 Las normas de propiedad también se han utilizado ampliamente a nivel nacional para la resolución de controversias relativas al acceso a los recursos y a la utilización y el control de estos, por lo que constituyen un mecanismo fundamental para la protección del medio ambiente. T. Hardman Reis, *Compensation for Environmental Damage under International Law. The Role of the International Judge* (Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011), pág. 13.

686 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), fallo... 2005*, (véase la nota 484 *supra*), pág. 253, párr. 250.

687 Comentario del CICR (1987) sobre el Protocolo Adicional II, art. 4, párr. 2 g), párr. 4542 del comentario. Véase también el comentario del CICR (1958) sobre el Cuarto Convenio de Ginebra, art. 33, párr. 2.

688 Comentario del CICR (2016) sobre el Primer Convenio de Ginebra, art. 15, párr. 1495. Véase también Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalić* et al., causa núm. IT-96-21-T, Sala de Primera Instancia, fallo, 16 de noviembre de 1998, párr. 590, donde se afirma que la prohibición del pillaje "abarca tanto los actos de saqueo cometidos por soldados aislados en su propio beneficio como la incautación organizada de bienes en el marco de una explotación económica sistemática del territorio ocupado".

689 *Ibid*., párr. 1494.

690 En relación con el apoderamiento de bienes muebles públicos del adversario que puedan utilizarse con fines militares, véase el Primer Convenio de Ginebra, art. 50. También puede ser lícito destruir los bienes del adversario o apropiarse de ellos en caso de imperiosa necesidad militar; véase el Reglamento de La Haya (1907), art. 23 g). Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), norma 50, págs. 196 a 198. En relación con la utilización lícita, con arreglo al derecho de los conflictos armados, por una Potencia ocupante de los recursos del territorio ocupado para el mantenimiento y las necesidades del ejército de ocupación, véase el comentario al proyecto de principio 21 *infra*.

691 *Armed Activities on the Territory of the Congo*, fallo... 2005 (véase la nota 484 *supra*), párr. 248.

692 Art. 3 e). Aprobado inicialmente mediante la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993. El Estatuto actualizado puede consultarse en www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

693 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 21, párr. 2.

694 J. G. Stewart, *Corporate War Crimes, Prosecuting the Pillage of Natural Resources* (Open Society Foundations, 2011), págs. 15 a 17.

sinónimas[695]. Si bien en la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial se prefería la palabra "expoliación", el Tribunal confirmó que era sinónima de "robo", que era el término empleado en la Ley núm. 10 del Consejo de Control[696]. La jurisprudencia de las cortes y tribunales penales internacionales modernos ha confirmado además que los términos "pillaje", "robo" y "saqueo" designan la apropiación ilícita de bienes públicos o privados en un conflicto armado[697].

6) El término "pillaje" se ha utilizado en el Reglamento de La Haya[698] y en el Cuarto Convenio de Ginebra[699], en el Protocolo Adicional II[700] y en el Estatuto de Roma[701]. El Estatuto de Núremberg[702] empleó el término "robo". El concepto de pillaje se ha definido en los comentarios del CICR sobre los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II, así como en la jurisprudencia de las cortes y tribunales penales internacionales. Por consiguiente, se ha considerado apropiado utilizar el término "pillaje" en el presente proyecto de principio.

7) El pillaje de recursos naturales se inscribe en el contexto más general de la explotación ilegal de recursos naturales, que es habitual en los conflictos armados y en las situaciones posteriores a un conflicto armado. El Consejo de Seguridad y la Asamblea General han destacado a este respecto los vínculos entre las redes de delincuencia transnacional, los grupos terroristas y los conflictos armados, también en relación con el comercio ilícito de recursos naturales[703]. Las situaciones posteriores a un conflicto armado, que suelen caracterizarse por una gobernanza deficiente, una corrupción generalizada y una escasa protección de los derechos sobre los recursos, se prestan especialmente a la comisión de delitos transnacionales contra el medio ambiente[704]. La "explotación ilegal de recursos naturales" a que se hace referencia en las resoluciones pertinentes del Consejo de

---

695 *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I (Washington D. C., Tribunales Militares de Núremberg, 1945), pág. 228.

696 Véase *United States v. Krauch* et al., en *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals (The I.G. Farben Case)*, vols. VII y VIII (Washington D. C., Tribunales Militares de Nuremberg, 1952), págs. 1081 y ss., en especial pág. 1133.

697 *Prosecutor v. Delalić* et al., causa núm. IT-96-21-T, fallo, 16 de noviembre de 1998 (véase la nota 681 *supra*), párr. 591: "el delito de apropiación ilícita de bienes públicos y privados en un conflicto armado se ha calificado de manera diversa de 'pillaje', 'robo' y 'expoliación' [...] La Sala de Primera Instancia llega a esta conclusión basándose en su opinión de que debe entenderse que el robo al que se hace referencia en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional abarca todas las formas de apropiación ilícita de bienes en un conflicto armado que generan responsabilidad penal individual en virtud del derecho internacional, incluidos los actos tradicionalmente calificados de 'pillaje'". Véanse también *Prosecutor v. Alex Tamba Brima* et al., causa núm. SCSL-04-16-T, fallo, Tribunal Especial para Sierra Leona, 20 de junio de 2007, párr. 751; y *Prosecutor v. Blagoje Simić*, causa núm. IT-95-9-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 17 de octubre de 2003, párr. 98.

698 Artículos 28 y 47 del Reglamento de La Haya de 1907.

699 Artículo 33, párrafo 2, del Cuarto Convenio de Ginebra.

700 Artículo 4, párrafo 2 g), del Protocolo Adicional II.

701 Estatuto de Roma, art. 8, párr. 2 b) xvi), y art. 8, párr. 2 e) v), donde se habla de *"pillaging"* (saquear).

702 Estatuto de Núremberg, art. 6 b).

703 Resolución 2195 (2014) del Consejo de Seguridad, de 19 de diciembre de 2014, párr. 3; resolución 69/314 de la Asamblea General, de 30 de julio de 2015, párrs. 2 a 5. Véanse también las resoluciones del Consejo de Seguridad 2134 (2014), de 28 de enero de 2014, y 2136 (2014), de 30 de enero de 2014, sobre las sanciones del Consejo de Seguridad contra personas y entidades involucradas en la caza furtiva y el comercio de fauna y flora silvestres. Véanse además las resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente 2/15 (véase la nota 342 *supra*), párr. 4; y 3/1, de 6 de diciembre de 2017, sobre "Mitigación y control de la contaminación en zonas afectadas por conflictos armados o terrorismo" (UNEP/EA.3/Res.1), párrs. 2 y 3.

704 Se ha señalado que la corrupción es el factor que más propicia el comercio ilegal de fauna y flora silvestres y de madera. Véase Nellemann y otros, *The Rise of Environmental Crime*... (nota 677 *supra*), pág 25, donde se afirma que la delincuencia ambiental transnacional es habitual en los entornos permisivos. Véase también C. Cheng y D. Zaum, "Corruption and the role of natural resources in post-conflict transitions", en C. Bruch, C. Muffett y S. S. Nichols (eds.), *Governance, Natural Resources, and Post-Conflict Peacebuilding* (Abingdon, Earthscan from Routledge, 2016), págs. 461 a 480.

Seguridad[705] es una noción general que puede abarcar las actividades de Estados, grupos armados no estatales u otros actores no estatales, incluidos particulares. Por consiguiente, puede referirse a una ilegalidad contraria al derecho internacional o nacional. Si bien la noción de "explotación ilegal de recursos naturales" se solapa en parte con el concepto de pillaje, no ha sido definida en muchos instrumentos[706] y puede referirse también a los delitos contra el medio ambiente cometidos ya sea en tiempo de conflicto armado o en tiempo de paz. Este contexto más general pone de relieve la importancia de aplicar la prohibición del pillaje a los recursos naturales.

8) El proyecto de principio 16 se ha ubicado en la tercera parte, que contiene proyectos de principio aplicables durante un conflicto armado, también en las situaciones de ocupación.

Principio 17
Técnicas de modificación ambiental

De conformidad con sus obligaciones internacionales, los Estados no utilizarán técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves como medios para ocasionar destrucción, daños o perjuicios a otro Estado.

Comentario

1) El proyecto de principio 17 se ha inspirado en párrafo 1 del artículo 1 de la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles de 1976. La Convención prohíbe utilizar técnicas de modificación ambiental que tengan efectos vastos, duraderos o graves con fines militares u otros fines hostiles[707]. Las técnicas de modificación ambiental se definen en la Convención como "todas las técnicas que tienen por objeto alterar —mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales— la dinámica, la composición o la estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre"[708]. El presente proyecto de principio utiliza el concepto de técnica de modificación ambiental en el mismo sentido.

2) La mención de las obligaciones internacionales en el proyecto de principio se refiere a las obligaciones convencionales de los Estados partes en la Convención, así como a cualquier obligación consuetudinaria que prohíba el uso del medio ambiente como arma. Según el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, "la práctica de los Estados es lo suficientemente amplia, representativa y uniforme como para

[705] Véase, por ejemplo, la resolución 1457 (2003) del Consejo de Seguridad, de 24 de enero de 2003, párr. 2, en la que el Consejo "[c]ondena enérgicamente la explotación ilegal de los recursos naturales de la República Democrática del Congo".

[706] La expresión "explotación ilegal de recursos naturales" aparece en el Protocolo de Lusaka de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos, art. 17, párr. 1, pero no se ha definido. Véase, no obstante, el Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Malabo, 27 de junio de 2014), art. 28L Bis, que define la explotación ilegal de recursos naturales como cualquiera de los siguientes actos que revista una gravedad que afecte a la estabilidad de un Estado, de una región o de la Unión: a) la celebración de un acuerdo de explotación de recursos contrario al principio de soberanía de los pueblos sobre sus propios recursos naturales; b) la celebración de un acuerdo de explotación de recursos naturales con las autoridades del Estado contrario a los procedimientos legales y reglamentarios del Estado en cuestión; c) la celebración de un acuerdo de explotación de recursos naturales recurriendo a prácticas corruptas; d) la celebración de un acuerdo de explotación de recursos naturales en el que se favorece claramente a una de las partes; e) la explotación de recursos naturales sin el acuerdo del Estado afectado; f) la explotación de recursos naturales sin cumplir las normas relativas a la protección del medio ambiente y la seguridad de la población y del personal; y g) la infracción de las normas y estándares establecidos por el mecanismo de certificación del recurso natural de que se trate. Véase un análisis del delito en D. Dam de Jong y J.G. Stewart, "Illicit Exploitation of Natural Resources", en C. C. Jalloh, K. M. Clarke y V. O. Nmehielle (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (Nueva York, Cambridge, 2019), págs. 519 a 618.

[707] Art. I, párr. 1.

[708] Art. II.

sacar la conclusión de que la destrucción del medio ambiente natural no puede utilizarse como arma", independientemente de si las disposiciones de la Convención son consuetudinarias en sí[709]. Las Directrices del CICR sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares reiteran esta obligación[710]. Las directrices de 2020 del CICR sobre la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados también contienen una norma basada en los artículos I y II de la Convención[711].

3) La Convención no especifica claramente si la prohibición del uso de técnicas de modificación ambiental podría tener vigencia en un conflicto armado no internacional. El texto del párrafo 1 del artículo I solo prohíbe las modificaciones ambientales que causen daños a otro Estado parte en la Convención. No obstante, se ha afirmado que esa condición también puede cumplirse en un conflicto armado no internacional si la utilización de una técnica de modificación ambiental por un Estado con fines hostiles en el contexto de ese conflicto causa daños ambientales o de otra índole en el territorio de otro Estado parte[712]. Es perfectamente posible que las técnicas de modificación ambiental que se abordan en la Convención, capaces de provocar "terremotos; maremotos; perturbaciones del equilibrio ecológico de una región, modificación de las pautas meteorológicas (nubosidad, precipitaciones, ciclones de diversos tipos y tormentas huracanadas); modificación de las pautas del clima; modificación de las corrientes oceánicas; modificación del estado de la capa de ozono, y modificación del estado de la ionosfera"[713], tengan efectos transfronterizos.

4) La Convención solo se ocupa de la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines hostiles o militares por parte de los Estados y no aborda la utilización de dichas técnicas con fines hostiles por actores no estatales. En el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario se llega a la conclusión de que la prohibición de la destrucción del medio ambiente natural como arma es una norma de derecho internacional consuetudinario "aplicable en conflictos armados internacionales y, posiblemente, también en los no internacionales"[714].

5) El proyecto de principio 17 está en la tercera parte, que contiene proyectos de principio aplicables durante un conflicto armado. Se ha elegido esta ubicación porque esas son las situaciones en las que es más probable que se aplique la Convención, aunque la prohibición establecida en la Convención sea más amplia y abarque también otras utilizaciones de técnicas de modificación ambiental con fines hostiles.

---

709 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (véase la nota 347 *supra*), pág. 173.

710 CICR, Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares (véase la nota 608 *supra*), directriz 12.

711 CIRC, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (véase la nota 345 *supra*), norma 3.B.

712 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (véase la nota 347 *supra*), norma 44, comentario, pág. 165: "Cabe sostener que la obligación de prestar la debida consideración al medio ambiente se aplica también en los conflictos armados no internacionales si hay consecuencias para otro Estado". Véase también Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (véase la nota 332 *supra*), pág. 243, donde se hace referencia a los daños transfronterizos causados por las técnicas de modificación ambiental. Véase asimismo T. Meron, "Comment: protection of the environment during non-international armed conflicts", en J. R. Grunawalt, J. E. King y R. S. McClain (eds.), *International Law Studies*, vol. 69, *Protection of the Environment during Armed Conflicts* (Newport, Rhode Island, Naval War College, 1996), págs. 353 a 358, donde se afirma, en la pág. 354, que la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles es aplicable en cualquier circunstancia.

713 Entendimiento acerca del artículo II, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 27* (A/31/27), pág. 92.

714 Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*... (nota 347 *supra*), explicación de la norma 45, pág. 168. Véase también la segunda parte del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario (en https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45docs/v2_rul_rule45) y la práctica conexa (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

6) La Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles merece especial atención en el contexto del presente proyecto de principios por ser el primer y, hasta la fecha, único tratado internacional que se ocupa específicamente de los medios y métodos de guerra ambiental. La inclusión del proyecto de principio 17 en el proyecto de principios se entiende sin perjuicio de las normas convencionales o consuetudinarias de derecho internacional vigentes sobre armas específicas que tienen graves efectos en el medio ambiente.

Principio 18
Zonas protegidas

Se protegerán de cualquier ataque las zonas de importancia ambiental designadas mediante acuerdo como zonas protegidas, también cuando se trate de zonas de importancia cultural, salvo en los casos en que contengan un objetivo militar. Esas zonas protegidas gozarán de cualquier protección adicional acordada.

Comentario

1) Este proyecto de principio se corresponde con el proyecto de principio 4. Dispone que se protegerán de cualquier ataque las zonas de importancia ambiental designadas mediante acuerdo como zonas protegidas, salvo en los casos en que contengan un objetivo militar. Las zonas de importancia ambiental también suelen ser importantes desde el punto de vista cultural.

2) A diferencia del proyecto de principio 4, la presente disposición solo se refiere a las zonas designadas mediante acuerdo, ya que implica compromisos de más de una parte. Debe haber un acuerdo expreso sobre la designación, que puede celebrarse en tiempo de paz o durante un conflicto armado. El término “acuerdo” debe interpretarse en su sentido más amplio, de modo que incluya las declaraciones recíprocas y unilaterales aceptadas por la otra parte, los tratados y otros tipos de acuerdos, así como los acuerdos con actores no estatales. Al tener carácter civil, estas zonas están protegidas de los ataques durante un conflicto armado. Con la expresión “salvo en los casos en que contengan un objetivo militar” se pretende indicar que toda la zona, partes de esta, o bienes situados dentro de la zona pueden convertirse en objetivo militar y perder la protección frente a los ataques.

3) Con la protección condicional se trata de lograr un equilibrio entre los aspectos militares, humanitarios y ambientales, al igual que ocurre con el mecanismo de zonas desmilitarizadas previsto en el artículo 60 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Este artículo prohíbe que las partes en un conflicto armado extiendan sus operaciones militares a esas zonas. Si una parte en un conflicto armado utiliza una zona protegida con fines militares concretos, esa zona deja de estar protegida.

4) De conformidad con la Convención de La Haya de 1954, los Estados partes también tienen la obligación de no destruir bienes que hayan sido identificados como bienes culturales con arreglo al artículo 4 de la Convención. No obstante, únicamente se puede conferir dicha protección mientras el bien cultural no sea utilizado con fines militares.

5) Las consecuencias jurídicas de la designación de una zona como zona protegida dependerán del origen y el contenido de la protección, así como de la forma de esta. En razón de su carácter civil, todas estas zonas están protegidas de los ataques, a menos que contengan un objetivo militar y en la medida en que lo contengan. El compromiso especial de designar una zona de importancia ambiental como zona protegida de los ataques durante un conflicto armado debe ir acompañado de medidas destinadas a reducir la probabilidad de que la zona se vea afectada por operaciones militares. Por ejemplo, el acuerdo puede prever disposiciones que prohíban el emplazamiento de instalaciones militares en la zona protegida o la ampliación de cualquier actividad militar a dicha zona. También puede prever disposiciones relativas a la gestión y el funcionamiento de la zona. En lo que respecta a la forma de protección, es evidente que la regla *pacta tertiis* limitará la aplicación del acuerdo a las partes. Como mínimo, la designación de una zona como zona protegida puede servir para orientar a las partes en un conflicto armado de manera que planifiquen sus operaciones militares excluyendo esa zona, y para alertarlas de la necesidad de tener en cuenta el carácter protegido de la zona al aplicar el principio de proporcionalidad o el principio de precauciones en el

ataque en las operaciones que realicen cerca de la zona. Además, puede resultar necesario ajustar las medidas de prevención y reparación para tener en cuenta el estatus especial de la zona.

6) La última oración, en la que se afirma que "[e]sas zonas protegidas gozarán de cualquier protección adicional acordada", tiene dos objetivos. En primer lugar, pretende aclarar la relación entre el presente proyecto de principio y otros proyectos de principio aplicables, en particular los proyectos de principio 4 y 13, para que no pueda interpretarse que reduce el nivel de protección general. En segundo lugar, hace referencia a otras obligaciones internacionales pertinentes, como las enunciadas en los acuerdos ambientales multilaterales que establecen zonas protegidas. A este respecto, cabe citar, por ejemplo, la Convención del Patrimonio Mundial de 1972[715], el Convenio sobre la Diversidad Biológica[716], la Convención de Ramsar sobre los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Cuarta parte
Principios aplicables en las situaciones de ocupación

Comentario

1) Los tres proyectos de principio aplicables a las situaciones de ocupación figuran, por separado, en una cuarta parte. Esta nueva categoría de proyectos de principio no tiene por objeto apartarse del enfoque temporal escogido para el tema, sino aportar una solución práctica que refleje la gran variedad de circunstancias que pueden calificarse de situación de ocupación. Si bien, en el derecho de los conflictos armados, la ocupación militar es una forma específica de conflicto armado internacional[717], las situaciones de ocupación difieren de los conflictos armados en muchos aspectos. En particular, las ocupaciones no siempre se caracterizan por la existencia de hostilidades activas y pueden producirse incluso en situaciones en que las fuerzas armadas invasoras no encuentren resistencia armada[718]. Una ocupación estable tiene algunas características similares a las de una situación posterior a un conflicto y, con el tiempo, sus circunstancias pueden incluso aproximarse a las propias de un tiempo de paz[719] en algunos aspectos, a pesar de que la Potencia ocupante mantenga su dominio militar. No obstante, las ocupaciones también pueden ser inestables y conflictivas. La Potencia ocupante puede encontrar resistencia armada durante la ocupación, e incluso perder temporalmente el control de parte del territorio ocupado, sin que ello afecte a la calificación general de la situación como de ocupación[720]. Además, el inicio de una ocupación no coincide necesariamente con el inicio de un conflicto armado, como tampoco el cese de las hostilidades activas coincide necesariamente con el fin de la ocupación.

2) A pesar de esta variedad, todas las ocupaciones presentan ciertas características comunes, a saber, la transferencia de la autoridad efectiva sobre un determinado territorio del

[715] El artículo 6, párrafo 3, obliga a los Estados a no tomar "deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural […] situado en el territorio de otros Estados Partes" en la Convención.

[716] Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 22, párr. 1 ("Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro").

[717] Cabe recordar, en este contexto, que el final de un conflicto armado internacional viene determinado por el cese general de las operaciones militares o, en el caso de la ocupación, por la terminación de la ocupación. Véanse el Cuarto Convenio de Ginebra, art. 6, y el Protocolo Adicional I, art. 3 b). Véanse también Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict*... (nota 664 *supra*), pág. 277, párr. 11.8; y R. Kolb y S. Vité, *Le droit de l'occupation militaire. Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels* (Bruselas, Bruylant, 2009), pág. 166.

[718] Cuarto Convenio de Ginebra, art. 2.

[719] A. Roberts, "Prolonged military occupation: the Israeli-occupied territories since 1967", *American Journal of International Law*, vol. 84 (1990), págs. 44 a 103, en especial pág. 47.

[720] Comentario del CICR (2016) sobre el Primer Convenio de Ginebra, art. 2, párr. 302. Véase, asimismo, Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict*... (nota 664 *supra*), pág. 277, párr. 11.7.1.

Estado territorial, sin su consentimiento, a la Potencia ocupante. La interpretación asentada del concepto de ocupación se basa en el artículo 42 del Reglamento de La Haya[721], según el cual "[s]e considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse". Según el fallo de 2005 en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, era necesario "no solo que las fuerzas armadas ugandesas en la República Democrática del Congo hubieran estado estacionadas en determinados lugares, sino también que hubieran sustituido a la autoridad del Gobierno congoleño por la suya propia"[722]. La autoridad, en este contexto, es un concepto basado en hechos: la ocupación no transfiere la soberanía al ocupante, sino simplemente la autoridad o el poder para ejercer algunos de los derechos de soberanía[723].

3) Una vez establecida en el territorio de un Estado ocupado, al menos cuando se ha ocupado todo el territorio, la autoridad temporal de la Potencia ocupante se extiende a las zonas marítimas adyacentes bajo la soberanía del Estado territorial. Del mismo modo, la autoridad de la Potencia ocupante puede extenderse al espacio aéreo sobre el territorio ocupado y el mar territorial. Esa autoridad pone de relieve la obligación de la Potencia ocupante de adoptar medidas apropiadas para prevenir la contaminación marina y los daños ambientales transfronterizos[724].

4) La consideración de un territorio como ocupado es a menudo objeto de controversia, en particular cuando la Potencia ocupante recurre a un representante local, un gobierno de transición o un grupo rebelde para ejercer el control sobre el territorio ocupado[725]. Se reconoce ampliamente que el derecho de la ocupación es aplicable en esos casos siempre que el representante local que actúe en nombre de un Estado ejerza un control efectivo sobre el territorio ocupado[726]. La posibilidad de esa "ocupación indirecta" ha sido reconocida por el

[721] Reglamento de La Haya, art. 42. La definición que figura en el artículo 42 ha sido confirmada por la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, que la han considerado el criterio exclusivo para determinar la existencia de una situación de ocupación con arreglo al derecho de los conflictos armados. Véanse, respectivamente, *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (véase la nota 351 *supra*), pág. 167, párr. 78, y *Prosecutor v. Mladen Naletilić, aka "TUTA", and Vinko Martinović, aka "ŠTELA"*, causa núm. IT-98-34-T, fallo de 31 de marzo de 2003, Sala de Primera Instancia, párr. 215. Véase también el comentario del CICR (2016) sobre el Primer Convenio de Ginebra, art. 2, párr. 298.

[722] *Armed Activities on the Territory of the Congo*, *fallo... 2005* (véase la nota 484 *supra*), párr. 173; véase, asimismo, Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict*... (nota 664 *supra*), pág. 275, párr. 11.3.

[723] Estados Unidos, Departamento de Defensa, *Law of War Manual* (véase la nota 663 *supra*), art. 11.4, págs. 772 a 774. Véase también H.-P. Gasser y K. Dörmann, "Protection of the civilian population", en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (nota 600 *supra*), págs. 231 a 320, en especial pág. 274, párr. 529.

[724] *Manual of the Laws of Naval War* (Oxford, 9 de agosto de 1913), secc. VI, art. 88. Puede consultarse en https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/265?OpenDocument (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véanse también Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge University Press, 2009), pág. 47; E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2ª ed. (Oxford University Press, 2012), pág. 55, donde se hace referencia a la práctica de varios ocupantes, y M. Sassòli, "The concept and the beginning of occupation", en A. Clapham, P. Gaeta y M. Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (Oxford University Press, 2015), págs. 1389 a 1419, en especial pág. 1396.

[725] Roberts, "Prolonged military occupation..." (véase la nota 719 *supra*), pág. 95; Gasser y Dörmann, "Protection of the civilian population" (véase la nota 723 *supra*), pág. 272.

[726] Benvenisti, *The International Law of Occupation* (véase la nota 724 *supra*), págs. 61 y 62. Véase, asimismo, CICR, "Occupation and other forms of administration of foreign territory", informe de una reunión de expertos (2012), págs. 10 y 23 (donde se acogió favorablemente la teoría del control efectivo indirecto). Véase también Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict*... (nota 664 *supra*), pág. 276, párr. 11.3.1 (donde se afirma que es probable). Véanse además Kolb y Vité, *Le droit de l'occupation militaire*… (nota 717 *supra*), pág. 181, así como el comentario del CICR (2016) sobre el Primer Convenio de Ginebra, art. 2, párrs. 328 a 332.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia[727], la Corte Internacional de Justicia[728] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[729].

5) El derecho de la ocupación es aplicable a las situaciones que cumplan los requisitos objetivos que determinan el control efectivo de un territorio extranjero, con independencia de que la Potencia ocupante invoque el régimen jurídico de la ocupación[730]. También es aplicable a los territorios en situación poco clara que se encuentren bajo dominación extranjera[731]. Del mismo modo, y de conformidad con la distinción fundamental entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*, el derecho de la ocupación se aplica por igual a todas las ocupaciones, sean o no resultado de un uso de la fuerza lícito en el sentido del *ius ad bellum*[732]. El derecho de la ocupación también puede ser aplicable a la administración de un territorio por una organización internacional, siempre y cuando la situación cumpla los criterios establecidos en el artículo 42 del Reglamento de La Haya[733]. El término "Potencia ocupante" utilizado en el presente proyecto de principios es suficientemente amplio para abarcar esos casos. Incluso si no es así, como ocurre con las operaciones llevadas a cabo con el consentimiento del Estado territorial, el derecho de la ocupación, aunque no sea legalmente aplicable, puede proporcionar orientación e inspiración para la administración internacional

[727] Véase *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-T, fallo en primera instancia, 7 de mayo de 1997, *Judicial Reports 1997*, párr. 584, donde se hace referencia a circunstancias en las que la Potencia extranjera "ocupa" determinado territorio u opera en él únicamente mediante los actos de órganos o agentes locales *de facto*. Véase también *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, causa núm. IT-95-14-T, fallo, 3 de marzo de 2000, *Judicial Reports 2000*, párrs. 149 y 150.

[728] La Corte parece haber aceptado, en la causa relativa a las *Actividades armadas*, que Uganda habría sido una Potencia ocupante en las zonas controladas y administradas por los movimientos rebeldes congoleses si esos grupos armados no estatales hubieran estado "bajo el control" de Uganda. Véase *Armed Activities on the Territory of the Congo*, fallo... 2005 (véase la nota 484 *supra*), pág. 231, párr. 177. Véase también la opinión separada del Magistrado Kooijmans, *ibid*., pág. 317, párr. 41.

[729] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado que la obligación de un Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de garantizar los derechos y libertades consagrados en el Convenio en una zona, situada fuera de su territorio nacional, sobre la que ejerza un control efectivo, se deriva del hecho mismo de ese control, con independencia de que se ejerza directamente, a través de sus fuerzas armadas, o por medio de una administración local subordinada, véase *Loizidou v. Turkey*, sentencia (fondo), 18 de diciembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-VI*, párr. 52. Véanse también *Ilaşcu v. Moldova and Russia* [Gran Sala], demanda núm. 48787/99, sentencia, 8 de julio de 2004, párr. 314; y *Chiragov and others v. Armenia* [Gran Sala], demanda núm. 13216/05, sentencia (fondo), TEDH 2015, párr. 152.

[730] *The Hostages Trial: Trial of Wilhelm List and Others*, causa núm. 47, Tribunal Militar de los Estados Unidos en Núremberg, *Law Reports of Trial of War Criminals*, vol. VIII (Londres, Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, 1949, Londres), pág. 55, donde se afirma que la cuestión de si la invasión se ha convertido en una ocupación es una cuestión de hecho. Véanse también *Armed Activities on the Territory of the Congo*, fallo ... *2005* (nota 484 *supra*), pág. 230, párr. 173; *Naletilić and Martinović* (nota 721 *supra*), párr. 211; y comentario del CICR (2016) sobre el Primer Convenio de Ginebra, art. 2, párr. 300.

[731] *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (véase la nota 351 *supra*), págs. 174 y 175, párr. 95.

[732] Véase CICR: "Occupation and other forms of administration of foreign territory" (nota 726 *supra*), prólogo de K. Dörmann, pág. 4. Del mismo modo, en los juicios por crímenes de guerra celebrados después de la Segunda Guerra Mundial se invocaron e interpretaron el Reglamento de La Haya y el derecho consuetudinario.

[733] M. Sassòli, "Legislation and maintenance of public order and civil life by Occupying Powers", *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), págs. 661 a 694, en especial pág. 688; T. Ferraro, "The applicability of the law of occupation to peace forces", CICR e Instituto Internacional de Derecho Humanitario, *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, G. L. Beruto (ed.), 31ª Mesa Redonda sobre Problemas Actuales de Derecho Internacional Humanitario, San Remo, 4 a 6 de septiembre de 2008, *Proceedings*, págs. 133 a 156; D. Shraga, "The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to acceptance", *ibid*., págs. 90 a 99; S. Wills, "Occupation law and multi-national operations: problems and perspectives", *British Yearbook of International Law*, vol. 77 (2006), págs. 256 a 332, Benvenisti, *The International Law of Occupation* (véase la nota 724 *supra*), pág. 66. Véase también CICR: "Occupation and other forms of administration of foreign territory" (nota 726 *supra*), págs. 33 y 34. No obstante, véase también una opinión más reservada en Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (nota 724 *supra*), pág. 37.

del territorio, que implica el ejercicio sobre este de funciones y facultades comparables a las que corresponden a una Potencia ocupante con arreglo al derecho de los conflictos armados[734].

6) Si bien la naturaleza y la duración de la ocupación no afectan a la aplicabilidad del derecho de la ocupación, las obligaciones que incumben a la Potencia ocupante en virtud del derecho de la ocupación son, en cierta medida, específicas para cada contexto. Como se señala en el comentario del CICR sobre el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, las obligaciones negativas (prohibiciones principalmente) que impone el derecho de la ocupación son de aplicación inmediata, mientras que la aplicación de las obligaciones positivas depende del nivel del control ejercido, de las limitaciones prevalentes en las fases iniciales de la ocupación, y de los recursos de que dispongan las fuerzas extranjeras[735]. Así pues, se reconoce cierta flexibilidad en la aplicación del derecho de la ocupación hasta que la situación se haya estabilizado y la Potencia ocupante esté en condiciones de ejercer plenamente su autoridad. Asimismo, el alcance exacto de las obligaciones respectivas dependerá de la naturaleza y la duración de la ocupación. En otras palabras, las responsabilidades que incumben a la Potencia ocupante serán proporcionales a la duración de la ocupación[736]. Además, si bien las ocupaciones prolongadas siguen rigiéndose por el derecho de la ocupación, otras ramas del derecho, como el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente, van ganando importancia a medida que pasa el tiempo y pueden servir de complemento u orientación para aplicar las normas del derecho de la ocupación. En las ocupaciones prolongadas, se debe contar con la participación de la población protegida para introducir los cambios necesarios con fines de desarrollo económico y social.

7) Los proyectos de principio de las partes primera, segunda, tercera y quinta son de aplicación, *mutatis mutandis*, a las situaciones de ocupación teniendo cuenta de la variedad de las diferentes situaciones de ocupación. Por ejemplo, los proyectos de principio de la segunda parte, relativos a las medidas que deben adoptarse con miras a mejorar la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado, siguen siendo pertinentes. En la medida en que los períodos de hostilidades intensas durante una ocupación se rigen por las normas relativas a la conducción de las hostilidades, los proyectos de principio relativos a la conducción de las hostilidades que figuran en la tercera parte son directamente pertinentes para la protección del medio ambiente en caso de ocupación. Además, el medio ambiente de un territorio ocupado sigue gozando de la protección otorgada al medio ambiente durante un conflicto armado de conformidad con el derecho internacional aplicable y como se indica en el proyecto de principio 13 en particular. Los proyectos de principio de la quinta parte, que tratan de las situaciones posteriores a un conflicto armado, serán pertinentes sobre todo para las situaciones de ocupación prolongada. En cada una de las partes, los proyectos de principio pueden necesitar algunos ajustes, y de ahí la expresión *mutatis mutandis*.

Principio 19
Obligaciones ambientales generales de la Potencia ocupante

1. La Potencia ocupante respetará y protegerá el medio ambiente del territorio ocupado de conformidad con el derecho internacional aplicable y tendrá en cuenta las consideraciones ambientales en la administración de dicho territorio.

2. La Potencia ocupante adoptará medidas apropiadas para prevenir los daños sensibles al medio ambiente del territorio ocupado, incluidos los daños que es

[734] Gasser y Dörmann, “Protection of the civilian population” (véase la nota 723 *supra*), pág. 267; Y. Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law and its Interaction with International Human Rights Law* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2009), pág. 605; M. Zwanenburg, “Substantial relevance of the law of occupation for peace operations”, CICR e Instituto Internacional de Derecho Humanitario, *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations* (véase la nota anterior), págs. 157 a 167.

[735] Comentario del CICR (2016) sobre el Primer Convenio de Ginebra, art. 2, párr. 322.

[736] *Ibid*., donde se afirma que, si la ocupación se prolonga, la Potencia ocupante tendrá cada vez más responsabilidades.

probable que sean perjudiciales para la salud y el bienestar de las personas protegidas del territorio ocupado o que vulneren de otro modo los derechos de estas.

3. La Potencia ocupante respetará el derecho y las instituciones del territorio ocupado en lo que se refiere a la protección del medio ambiente y solo podrá introducir cambios dentro de los límites previstos por el derecho de los conflictos armados.

Comentario

1) El párrafo 1 del proyecto de principio 19 establece la obligación general de la Potencia ocupante de respetar y proteger el medio ambiente del territorio ocupado y de tener en cuenta las consideraciones ambientales en la administración de dicho territorio. La disposición se basa en la obligación de la Potencia ocupante de velar por el bienestar de la población ocupada, derivada del artículo 43 del Reglamento de La Haya, que obliga a la Potencia ocupante a restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos en el territorio ocupado[737]. La obligación de velar por que la población del territorio ocupado lleve una vida lo más normal posible en esas circunstancias[738] implica la protección del medio ambiente en cuanto función pública ampliamente reconocida del Estado moderno. Además, las cuestiones ambientales constituyen un interés esencial del soberano territorial[739] que el Estado ocupante, en su calidad de autoridad provisional, debe respetar.

2) El derecho de la ocupación es una rama del derecho de los conflictos armados, y el proyecto de principio 19 deberá interpretarse en el contexto del proyecto de principio 13, que dispone que "el medio ambiente se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados". Ambos proyectos de principio se refieren a la obligación de "respetar y proteger" el medio ambiente de conformidad con el derecho internacional aplicable, aunque el proyecto de principio 19 lo hace en el contexto más específico de la ocupación[740].

3) Por "derecho internacional aplicable" se entiende, en particular, el derecho de los conflictos armados, pero también el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos. La aplicación simultánea del derecho de los derechos humanos es de especial importancia en las situaciones de ocupación. Cabe destacar que la Corte Internacional de Justicia ha interpretado que el respeto de las normas aplicables de ese derecho forma parte de las obligaciones de la Potencia ocupante de conformidad con el

[737] Reglamento de La Haya, art. 43: "Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, este tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país". La versión en francés auténtica del artículo 43 utiliza la expresión *"l'ordre et la vie publics"* (*"public order and safety"* en inglés), por lo que la disposición se ha interpretado en el sentido de que se refiere no solamente a la seguridad física, sino también a las funciones sociales y transacciones ordinarias que constituyen la vida cotidiana, es decir, a toda la vida social y económica de la región ocupada, véase M. S. McDougal y F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: the Legal Regulation of International Coercion* (New Haven, Yale University, 1961), pág. 746. Véanse también Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (nota 724 *supra*), pág. 89, y Sassòli, "Legislation and maintenance of public order..." (nota 733 *supra*). Esta interpretación también viene respaldada por los trabajos preparatorios: en la Conferencia de Bruselas de 1874 se interpretó que la expresión *"vie publique"* se refería a *"des fonctions sociales, des transactions ordinaires qui constituent la vie de tous les jours"*. Véase Bélgica, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une convention internationale concernant la guerre*, pág. 23. Puede consultarse en https://babel.hathitrust.org/ (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[738] T. Ferraro, "The law of occupation and human rights law: some selected issues", en R. Kolb y G. Gaggioli (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2013), págs. 273 a 293, en especial pág. 279.

[739] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* (véase la nota 337 *supra*), págs. 7 y ss., en especial pág. 41, párr. 53.

[740] Cabe asimismo hacer referencia a la Declaración de Río, que establece que "deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación". Véase la Declaración de Río, principio 23.

artículo 43 del Reglamento de La Haya[741]. Cuando tanto el derecho de la ocupación como el derecho internacional de los derechos humanos regulan la misma cuestión y comparten el mismo objetivo, se puede recurrir a una rama del derecho para complementar y desarrollar las normas de la otra. En ocasiones, el derecho de los derechos humanos puede establecer una normativa más clara y detallada, que además es posible adaptar a las realidades existentes[742]. Por ejemplo, el derecho de los derechos humanos puede ofrecer especificaciones para interpretar el concepto de "vida civil" o para formular de forma más exacta las obligaciones de los Estados a fin de garantizar la "salud pública". Esto también puede incluir cuestiones ambientales, que influyen en el bienestar de la población[743].

[741] *Armed Activities on the Territory of the Congo*, fallo... *2005* (véase la nota 484 *supra*), pág. 231, párr. 178. Véase también pág. 243, párr. 216, donde la Corte confirma que los acuerdos internacionales de derechos humanos son aplicables respecto de los actos realizados por un Estado en ejercicio de su jurisdicción fuera de su territorio, "particularmente en los territorios ocupados". Véase también *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (nota 351 *supra*), págs. 177 a 181, párrs. 102 a 113. Asimismo, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha declarado que, debido a la distinción entre una fase de hostilidades y una situación de ocupación, "las obligaciones de la Potencia ocupante son más onerosas que las que recaen sobre una parte en un conflicto armado internacional", véase *Naletilić and Martinović*, párr. 214. Véanse también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), sentencia, 23 de marzo de 1995, Serie A, núm. 310, párr. 62, y sentencia (fondo), 18 de diciembre de 1996 (nota 729 *supra*), párr. 52; y *Al-Skeini and others v. United Kingdom* [Gran Sala], demanda núm. 55721/07, *Reports of Judgments and Decisions 2011*, párr. 94, donde se hace referencia al caso *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134, en apoyo del deber de investigar las supuestas violaciones del derecho a la vida en situaciones de conflicto armado y ocupación. La aplicabilidad de las normas de derechos humanos durante la ocupación también ha sido reconocida por el Comité de Derechos Humanos, véanse la observación general núm. 26 (1997), relativa a la continuidad de las obligaciones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 40*, vol. I (A/53/40 (Vol. I)), anexo VII, párr. 4; la observación general núm. 29 (2001), relativa a la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 40*, vol. I (A/56/40 (Vol. I)), anexo VI, párr. 3; y la observación general núm. 31 (2004), relativa a la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 40*, vol. I (A/59/40 (Vol. I)), anexo III, párr. 10. Véanse también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observaciones finales: Israel, E/C.12/1/Add.69, 31 de agosto de 2001; y observaciones finales: Israel, E/C.12/ISR/CO/3, 16 de diciembre de 2011, así como el informe sobre la situación de los derechos humanos en Kuwait bajo la ocupación iraquí, elaborado por Sr. Walter Kälin, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 1991/67, E/CN.4/1992/26, de la Comisión, 16 de junio de 1992. Esta aplicabilidad también se ha respaldado ampliamente en la doctrina: véanse, por ejemplo, Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (nota 724 *supra*), págs. 69 a 71; Kolb y Vité, *Le droit de l'occupation militaire*... (nota 717 *supra*), págs. 299 a 332; A. Roberts, "Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights", *American Journal of International Law*, vol. 100 (2006), págs. 580 a 622; J. Cerone, "Human dignity in the line of fire: the application of international human rights law during armed conflict, occupation, and peace operations", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2006), págs. 1447 a 1510; Benvenisti, *The International Law of Occupation* (véase la nota 724 *supra*), págs. 12 a 16;. Arai-Takahashi, *The Law of Occupation*... (nota 734 *supra*); N. Lubell, "Human rights obligations in military occupation", *International Review of the Red Cross*, vol. 94 (2012), págs. 317 a 337; Ferraro, "The law of occupation and human rights law..." (nota 738 *supra*), págs. 273 a 293; y M. Bothe, "The administration of occupied territory", en Clapham, Gaeta y Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: a Commentary* (véase la nota 724 *supra*), págs. 1455 a 1484. Puede verse un enfoque diferente en M. J. Dennis, "Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation", *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), págs. 119 a 141.

[742] CICR, "Occupation and other forms of administration of foreign territory" (nota 726 *supra*), pág. 8, donde se afirma que el derecho internacional de los derechos humanos puede utilizarse para complementar el derecho de la ocupación cuando este no regule la cuestión, sea ambiguo o no esté claro.

[743] Véase también CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párr. 40.

4) En cuanto a la aplicación del derecho internacional del medio ambiente, cabe hacer referencia a la opinión consultiva de 1996 de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, que confirma de manera importante la tesis de que el derecho ambiental internacional consuetudinario y los tratados sobre la protección del medio ambiente siguen siendo de aplicación en situaciones de conflicto armado[744]. Del mismo modo, en los artículos aprobados por la Comisión sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados se indica que los tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente, los tratados relativos a cursos de agua internacionales o a acuíferos y los tratados multilaterales normativos pueden seguir aplicándose durante un conflicto armado[745]. Además, en la medida en que los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente se ocupan de problemas ambientales de carácter transfronterizo o alcance mundial y han sido ampliamente ratificados, puede resultar difícil concebir que se suspenda su aplicación únicamente entre las partes en un conflicto[746]. Las obligaciones dimanantes de esos tratados protegen un interés colectivo y vinculan frente a un grupo de Estados más amplio que los que intervienen en el conflicto o la ocupación[747].

5) La referencia a las consideraciones ambientales encuentra su origen e inspiración en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*. La Corte sostuvo que "el derecho internacional vigente relativo a la protección y salvaguardia del medio ambiente identifica importantes factores ambientales que han de tenerse debidamente en cuenta en el contexto de la aplicación de los principios y normas del derecho aplicable en los conflictos armados"[748]. Además, un tribunal de arbitraje ha afirmado que, cuando un Estado ejerce en el territorio de otro Estado un derecho que le corresponde en virtud del derecho internacional, también deben tenerse en cuenta las consideraciones relativas a la protección del medio ambiente[749]. Como noción genérica, la expresión "consideraciones ambientales" utilizada en el párrafo 1 es comparable a las expresiones "factores ambientales" o "consideraciones relativas a la protección del medio ambiente" por tener un contenido general[750]. Por otra parte, las consideraciones

[744] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), págs. 241 a 243, párrs. 27 a 33.

[745] Artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 117 a 143, párrs. 100 y 101. Véase también CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párrs. 33 a 36.

[746] K. Bannelier-Christakis, "International Law Commission and protection of the environment in times of armed conflict: a possibility for adjudication?", *Journal of International Cooperation Studies*, vol. 20 (2013), págs. 129 a 145, en especial págs. 140 y 141; D. Dam-de Jong, *International Law and Governance of Natural Resources in Conflict and Post-Conflict Situations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), págs. 110 y 111.

[747] En el sentido del artículo 48, párrafo 1 a), de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el párrafo 7) del comentario pertinente se refiere a los tratados sobre el medio ambiente en este contexto. Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 26 a 153, en especial pág. 135.

[748] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), pág. 243, párr. 33.

[749] Laudo dictado en el arbitraje relativo al caso *Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway* entre el Reino de Bélgica y el Reino de los Países Bajos, 24 de mayo de 2005, *Reports of International Arbitral Awards* (U.N.R.I.A.A.), vol. XXVII, págs. 35 a 131 *(Iron Rhine)*, párrs. 222 y 223. Véase también el laudo final sobre el caso *Indus Waters Kishenganga* entre el Pakistán y la India, 20 de diciembre de 2013, U.N.R.I.A.A., vol. XXXI, págs. 1 a 358, por ejemplo los párrafos 101, 104 y 105. Puede consultarse en https://pca-cpa.org/en/cases/20/ (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[750] Véase, no obstante, Estados Unidos, Departamento de Defensa, *Dictionary of Military and Associated Terms* (2021), pág. 75, donde se definen las consideraciones ambientales como el espectro de medios, recursos o programas ambientales que pueden afectar a la planificación y ejecución de operaciones militares. Puede consultarse en https://irp.fas.org/doddir/dod/dictionary.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

ambientales dependen del contexto[751] y evolucionan[752]. También se entiende que esa noción se refiere a los efectos ambientales de la ocupación que persisten después de esta[753].

6) El párrafo 2 establece que la Potencia ocupante adoptará medidas apropiadas para prevenir los daños sensibles al medio ambiente del territorio ocupado. Esto incluye los daños que es probable que sean perjudiciales para la salud y el bienestar de las personas protegidas del territorio ocupado o que vulneren de otro modo los derechos de estas. El concepto de "salud y bienestar" se refiere a los objetivos comunes de los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la salud, por un lado, y el derecho de la ocupación, por otro, como el bienestar de la población. Además, se trata de un concepto utilizado sistemáticamente por la Organización Mundial de la Salud, que recuerda que la salud y el bienestar afectan a la sociedad de las generaciones presentes y futuras y requieren un medio ambiente saludable[754]. Cabe también hacer referencia a la Declaración de Estocolmo, que reafirma "el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que [...] permita llevar una vida digna y gozar de bienestar"[755]. El párrafo 2 debe leerse en el contexto de la obligación general establecida en el párrafo 1. Tiene por objeto indicar que los daños sensibles al medio ambiente de un territorio ocupado pueden tener consecuencias adversas para la población de dicho territorio, en particular en lo que respecta al disfrute de ciertos derechos humanos, como el derecho a

[751] Véanse ejemplos prácticos de consideraciones ambientales en el contexto de un conflicto armado en D. E. Mosher y otros, *Green Warriors: Army Environmental Considerations for Contingency Operations from Planning Through Post-Conflict* (RAND Corporation, 2008), págs. 71 y 72, donde se afirma que, habida cuenta de la importancia que se da a la conveniencia militar durante el combate, las responsabilidades ambientales de una unidad son bastante limitadas, y que la experiencia de las recientes operaciones de emergencia ha demostrado que las consideraciones ambientales son mucho más importantes en otros ámbitos, como los campamentos de base, la estabilidad y la reconstrucción, y el movimiento de fuerzas y de material; pág. 75, donde se señala que el movimiento de fuerzas y de material puede implicar importantes consideraciones ambientales; pág. 121, donde se afirma que la búsqueda de un equilibrio entre las consideraciones ambientales y otros factores que contribuyen al éxito de la misión es una tarea constante y requiere una mejora de la concienciación, la capacitación, la información, la doctrina y las directrices; y pág. 126, donde se afirma que, por ejemplo, la experiencia en el Iraq indica la necesidad de contar con información de gran calidad sobre las condiciones y la infraestructura ambientales antes de iniciar una operación. Véase también *UNHCR Environmental Guidelines* (nota 442 *supra*), pág. 5, donde se afirma que deben tenerse en cuenta las consideraciones ambientales en casi todos los aspectos de la labor del ACNUR con los refugiados y los repatriados. Véase además Comisión Europea, "Integración de las consideraciones medioambientales en otras políticas: balance del proceso de Cardiff", documento COM(2004) 394 final.

[752] Véase el párrafo 7) del comentario al proyecto de principio 14 *supra*.

[753] Véase Benvenisti, *The International Law of Occupation* (véase la nota 724 *supra*), pág. 87, donde se afirma que estas consideraciones implican que, ya durante la ocupación, el ocupante debe tener en cuenta el período posterior a la ocupación y tomar las disposiciones necesarias para cuando deje de ejercer el control. Véase también Y. Ronen, "Post-Occupation Law" en C. Stahn, J. S. Easterday y J. Iverson, Jus Post Bellum: *Mapping the Normative Foundations* (Oxford, Oxford University Press, 2014), págs. 428 a 446.

[754] De conformidad con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, "[l]a salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". La Constitución fue aprobada por la Conferencia Internacional de la Salud celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y fue enmendada en 1977, 1984, 1994 y 2005; el texto consolidado puede consultarse en www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[755] Declaración de Estocolmo, principio 1. Véase también *UNHCR Environmental Guidelines* (nota 442 *supra*), pág. 5, donde se afirma que el estado del medio ambiente influirá directamente en el bienestar de las personas que vivan en ese entorno.

la vida[756], el derecho a la salud[757] o el derecho a la alimentación[758]. En general, los derechos humanos fundamentales están estrechamente vinculados a la protección de la calidad del

[756] Véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6, párr. 1. Véase también Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 36 (2018), párr. 26 (CCPR/C/GC/36), en la que el Comité cita la "degradación del medio ambiente" entre las condiciones generales en la sociedad que pueden suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar con dignidad de su derecho a la vida. Véase también Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Israel (CCPR/C/ISR/CO/3), párr. 18. Véase además la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531, pág. 3, art. 6, párr. 1, que dispone que "[l]os Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida". En su observación general núm. 16, el Comité de los Derechos del Niño ha relacionado el derecho del niño a la vida con la degradación del medio ambiente y la contaminación provocadas por las actividades empresariales; véase la observación general núm. 16 (2013), sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño (CRC/C/GC/16), párr. 19. Véase asimismo la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217, art. 4, que estipula que los seres humanos tienen derecho a que se respete su vida. En la causa *SERAP v. Nigeria*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental afirmó que la calidad de la vida humana dependía de la calidad del medio ambiente. Véase *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Nigeria*, fallo núm. ECW/CCJ/JUD/18/12, 14 de diciembre de 2012, párr. 100. Véanse también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OEA, Res. XXX, 2 de mayo de 1948, reimpresa en *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OEA/Ser.L/V/I.4 Rev. 9 (2003), art. 1; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 22 de noviembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955, art. 4, párr. 1; y *Yanomami Vs. Brasil*, caso núm. 7615, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución núm. 12/85, 5 de marzo de 1985, en la que se reconoce que un medio ambiente saludable y el derecho a la vida están interrelacionados. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medio Ambiente y Derechos Humanos* (nota 623 *supra*), párrs. 55 y 59.

[757] Véanse la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, párr. 1; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14 (2000), relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2001, suplemento núm. 2* (E/2001/22-E/C.12/2000/21), anexo IV, párr. 4. Véase además Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 15 (2013), sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (CRC/C/GC/15), párrs. 49 y 50. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) consagra el derecho a la salud, y la jurisprudencia regional reconoce la conexión entre el derecho a la salud y la protección del medio ambiente en el contexto de los exámenes periódicos universales. Véase el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Mapping human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment: individual report on the General Assembly and the Human Rights Council, including the universal periodic review process", informe núm. 6, diciembre de 2013, parte III C. Véase también el informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (A/HRC/37/59).

[758] Véase *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and the Center for Economic and Social Rights (CESR)* v. *Federal Republic of Nigeria* (véase la nota 483 *supra*), párrs. 64 a 66. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 12 (1999), relativa al derecho a una alimentación adecuada (art. 11), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2001, suplemento núm. 2* (E/C.12/2000/22-E/C.12/1999/11), anexo V, párr. 7, donde se determina que el concepto de adecuación está interrelacionado con la noción de sostenibilidad, lo que entraña la obligación de dar acceso a los alimentos a las generaciones futuras. Véanse también los párrafos 8 y 10, en los que se afirma que los alimentos disponibles no deben contener sustancias nocivas. Además, el derecho a la alimentación se ha relacionado con el agotamiento de los recursos naturales tradicionalmente en manos de las comunidades indígenas. *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2001, suplemento núm. 2* (E/2000/22-E/C.12/1999/11), párr. 337; *ibid., 2010, suplemento núm. 2* (E/2010/22-E/C.12/2009/3), párr. 372; *ibid., 2012, suplemento núm. 2* (E/2012/22-E/C.12/2011/3), párr. 268; *ibid., 2008, suplemento núm. 2* (E/2008/22-E/C.12/2007/3), párr. 436. Véanse además la resolución 7/14 del Consejo de Derechos humanos sobre el derecho a la

suelo y el agua, así como de la biodiversidad, con objeto de que los ecosistemas sean viables y saludables[759]. Los derechos mencionados incluyen también los de las personas protegidas en virtud del derecho de la ocupación.

7) El criterio de los "daños sensibles" mencionado en el párrafo 2 se usa con frecuencia en el derecho internacional del medio ambiente[760]. En la jurisprudencia regional en materia de derechos humanos también se ha reconocido que, para determinar que se han vulnerado los derechos en cuestión, los daños ambientales deben cumplir ciertos criterios[761], como el de ser "daños sensibles"[762]. En cuanto al contenido de ese criterio, cabe hacer referencia a la labor anterior de la Comisión sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[763] y la asignación de la pérdida en caso de producirse dicho daño[764]. Así, los "daños sensibles" son "algo más que 'detectable[s]', pero sin necesidad de alcanzar el nivel de 'grave[s]' o 'sustancial[es]'"[765]. Esos daños deben tener efectos realmente perjudiciales para el medio ambiente. Al mismo tiempo, "la determinación de [los] 'daño[s] sensible[s]' supone tanto unos criterios fácticos y objetivos como un juicio de valor", que depende de las circunstancias del caso en particular[766]. En el contexto del párrafo 2, constituirán "daños sensibles" los daños que es probable que sean perjudiciales para la salud y el bienestar de la población del territorio ocupado.

8) El párrafo 2 se refiere a "las personas protegidas del territorio ocupado" en términos generales. Esta referencia es acorde con la definición dada en el artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra y engloba a toda la población de los territorios ocupados (excepto los nacionales de la Potencia ocupante)[767]. En el comentario del CICR se señala que, si bien las

---

alimentación, de 27 de marzo de 2008, y el Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (A/76/179).

759 Véase, por ejemplo, Organización Mundial de la Salud, "Our planet, our health, our future: human health and the Rio Conventions: Biological Diversity, Climate Change and Desertification", documento de debate, 2012, pág. 2, donde se reconoce el papel de la biodiversidad como fundamento de la salud humana. Puede consultarse en www.who.int/globalchange/publications/reports/healthrioconventions.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

760 Véanse los párrafos 2) y 6) del comentario al proyecto de principio 21 *infra* y las notas 797 y 807.

761 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véanse, por ejemplo, *Fadeyeva* (nota 483 *supra*), párrs. 68 y 70; *Kyrtatos v. Greece*, demanda núm. 41666/98, 22 de mayo de 2003, ECHR 2003-VI (extracts), párr. 52.

762 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medio Ambiente y Derechos Humanos (*Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal* – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, págs. 55 a 57.

763 Párrafos 1) a 7) del comentario al artículo 2 de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 98, págs. 162 y 163.

764 Párrafos 1) a 3) del comentario al principio 2 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 67, págs. 71 y 72.

765 Párrafo 4) del comentario al artículo 2 de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 98, pág. 162 (en cursiva en el original).

766 Párrafo 3) del comentario al principio 2 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 67, pág. 72. En el contexto de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 49* (A/51/49), vol. III, resolución 51/229, anexo), los "daños sensibles" se han definido de manera similar como "el menoscabo real de un uso, establecido por pruebas objetivas. Para que unos daños se consideren sensibles no deben ser triviales, pero no tienen que alcanzar el nivel de sustanciales; lo que debe determinarse caso por caso". Véase "No significant harm rule", ficha informativa para el usuario, núm. 5. Puede consultarse en www.unwatercoursesconvention.org/documents/UNWC-Fact-Sheet-5-No-Significant-Harm-Rule.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

767 Comentario del CICR (1958) sobre el Cuarto Convenio de Ginebra, art. 4, pág. 46.

otras distinciones y excepciones que figuran en el artículo 4 pueden ampliar o restringir esos límites, no lo hacen en una medida apreciable[768].

9) El párrafo 3 del proyecto de principio 19 dispone que la Potencia ocupante respetará el derecho y las instituciones del territorio ocupado en lo que se refiere a la protección del medio ambiente y solo podrá introducir cambios dentro de los límites previstos por el derecho de los conflictos armados[769]. Con la expresión "el derecho y las instituciones" se pretende abarcar también las obligaciones internacionales del Estado ocupado[770]. El párrafo se basa en las últimas palabras del artículo 43 del Reglamento de La Haya, "respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país", así como en el artículo 64 del Cuarto Convenio de Ginebra[771]. Estas disposiciones consagran el llamado principio conservacionista, que pone de relieve el carácter temporal de la ocupación y la necesidad de mantener el *statu quo ante*.

10) A pesar de su estricta redacción, las dos disposiciones se han interpretado en el sentido de que reconocen a la Potencia ocupante la competencia de legislar, cuando resulte necesario para el mantenimiento del orden público y la vida civil, y de modificar la legislación que sea contraria a las normas de derechos humanos establecidas[772]. En el comentario del CICR sobre el artículo 47 del Cuarto Convenio de Ginebra se señala que cabe imaginar que algunos cambios en las instituciones sean necesarios e, incluso, supongan una mejora, y se explica que la finalidad del texto en cuestión era proteger a los seres humanos, y no a las instituciones

---

768 *Ibid.*

769 Los derechos ambientales han sido reconocidos a nivel nacional en las constituciones de más de un centenar de Estados. No obstante, existen diferencias importantes en la forma en que se conciben los respectivos derechos y deberes. Véase P. Sands, *Principles of International Environmental Law* (nota 607 *supra*), pág. 816. Se puede consultar una lista de las constituciones pertinentes en Earthjustice, *Environmental Rights Report 2008*, en http://earthjustice.org/sites/default/files/library/reports/2008-environmental-rights-report.pdf (apéndice) (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

770 Los principales acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente han sido ampliamente ratificados. Véase https://research.un.org/en/docs/environment/treaties, (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

771 El artículo 64 del Cuarto Convenio de Ginebra establece lo siguiente:

> "Permanecerá en vigor la legislación penal del territorio ocupado, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. A reserva de esta última consideración y de la necesidad de garantizar la administración efectiva de la justicia, los tribunales del territorio ocupado continuarán actuando con respecto a todas las infracciones previstas en tal legislación.
>
> Sin embargo, la Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice". En el comentario del CICR se señala que, a pesar de la referencia a la legislación penal, las autoridades de ocupación están obligadas a respetar toda la legislación del territorio ocupado; véase el comentario del CICR (1958) sobre el Cuarto Convenio de Ginebra, art. 64, pág. 335; véase también Sassòli, "Legislation and maintenance of public order..." (nota 733 *supra*), pág. 669; véanse asimismo Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (nota 724 *supra*), pág. 111; Benvenisti, *The International Law of Occupation* (véase la nota 724 *supra*), pág. 101; Kolb y Vité, *Le droit de l'occupation militaire...* (nota 717 *supra*), págs. 192 a 194. Véase también P. Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. II, 8ª ed. (Rousseau, París, 1921), pág. 228 ("Comme la situation de l'occupant est éminemment provisoire, il ne doit pas bouleverser les *institutions* du pays". [Como la situación del ocupante es eminentemente temporal, no debe perturbar a las instituciones del país]).

772 Sassòli, "Legislation and maintenance of public order..." (véase la nota 733 *supra*), pág. 663. Véase también Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict*... (nota 664 *supra*), pág. 284, párr. 11.25, donde se reconoce que podría ser necesario promulgar nueva legislación en razón de las exigencias del conflicto armado, el mantenimiento del orden o el bienestar de la población. Véase asimismo McDougal y Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*... (nota 737 *supra*), pág. 757.

políticas y la estructura gubernamental del Estado como tal[773]. Además, es evidente que la "vida civil" y la "administración normal" son conceptos evolutivos, comparables a los de "bienestar y desarrollo" o "misión sagrada" que la Corte Internacional de Justicia calificó de "evolutivos por definición" en su opinión consultiva sobre *Namibia*[774]. Cuanto más dure la ocupación, más evidente será la necesidad de tomar medidas proactivas y permitir que la Potencia ocupante cumpla los deberes que le impone el derecho de la ocupación, lo que, entre otras cosas, supone actuar en beneficio de la población del territorio ocupado[775]. Al mismo tiempo, la Potencia ocupante no puede asumir la función de legislador soberano.

11) En el párrafo 3 se tiene en cuenta que los conflictos armados pueden haber afectado de manera considerable al medio ambiente del Estado ocupado y haber provocado un colapso institucional, que es una característica común de muchos conflictos armados[776], y se reconoce que la Potencia ocupante puede tener que adoptar medidas proactivas para hacer frente a los problemas ambientales inmediatos. Cuanto más prolongada sea la ocupación, más diversas serán las medidas que habrá que adoptar para proteger el medio ambiente. En el marco del mantenimiento del orden público y la vida civil en el territorio ocupado, que hace necesario velar por el bienestar de la población ocupada, esas medidas proactivas deben prever la implicación de la población del territorio ocupado en la toma de decisiones[777].

---

[773] Comentario del CICR (1958) sobre el Cuarto Convenio de Ginebra, art. 47, pág. 274.

[774] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 31, párr. 53. Véase, asimismo, *Aegean Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1978*, págs. 3 y ss., en especial pág. 32, párr. 77, donde la Corte sostuvo que el sentido de algunos términos genéricos "debía seguir la evolución del derecho y corresponderse en todo momento con el sentido que les diera el derecho vigente". Véase también Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R (Informe del Órgano de Apelación), 6 de noviembre de 1998, *Dispute Settlement Reports*, vol. VII (1998), pág. 2755, párr. 129, donde se afirma que la expresión "recursos naturales agotables" debe interpretarse a la luz de las preocupaciones contemporáneas por la protección y conservación del medio ambiente. Puede consultarse en https://docs.wto.org (consulta realizada el 2 de agosto de 2022); Corte Permanente de Arbitraje, laudo en el arbitraje del caso *Iron Rhine* (nota 749 *supra*), párrs. 79 a 81. Véase también la labor de la Comisión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, comentario a la conclusión 3 (Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/68/10), párr. 39, págs. 25 a 32.

[775] E. H. Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (Washington D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 1942), pág. 49, quien apunta a la necesidad de modificar la legislación tributaria en toda ocupación que se prolongue varios años, señalando que la total indiferencia hacia esas realidades puede perfectamente afectar al bienestar del país y, en última instancia, al "orden y la vida públicos" en el sentido del artículo 43. Véase asimismo McDougal y Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*... (nota 737 *supra*), pág. 746. Véase también CICR, "Occupation and other forms of administration of foreign territory" (nota 726 *supra*), pág. 58, donde se destaca la capacidad del ocupante de legislar para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Cuarto Convenio de Ginebra o para mejorar la vida civil en el territorio ocupado. No obstante, Sassòli, "Legislation and maintenance of public order..." (véase la nota 733 *supra*), pág. 676, sostiene que el ocupante debe introducir únicamente los cambios que sean absolutamente necesarios con arreglo a sus obligaciones en materia de derechos humanos.

[776] Véase Jensen y Lonergan, "Natural resources and post-conflict assessment, remediation, restoration and reconstruction: lessons and emerging issues" (nota 450 *supra*), pág. 415. Véase también K. Conca y J. Wallace, "Environment and peacebuilding in war-trown societies: lessons from the UN Environment Programme's experience with post-conflict assessment", en *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding* (nota 450 *supra*), págs. 63 a 84.

[777] Véase CICR, "Occupation and other forms of administration of foreign territory" (nota 726 *supra*), págs. 75 y 76. Dado que los ordenamientos jurídicos internos de la mayoría de las regiones del mundo reconocen ampliamente derechos de participación, la legislación del territorio ocupado también puede exigir la participación de la población. Véase J. Razzaque, "Information, public participation and access to justice in environmental matters" en S. Alam y otros (eds.), *Routledge Handbook on International Environmental Law* (Abingdon, Routledge, 2014), págs. 137 a 153, en especial pág. 139. Véase asimismo la Declaración de Río, principio 10: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre

12) Así pues, si bien puede ser necesario intervenir activamente en el derecho y las instituciones del territorio ocupado en lo que se refiere al medio ambiente, la Potencia ocupante no podrá introducir cambios permanentes en las instituciones fundamentales del país y deberá tener en cuenta un conjunto limitado de consideraciones: el orden público, la vida civil y el bienestar en el territorio ocupado[778]. La expresión "dentro de los límites previstos por el derecho de los conflictos armados" del párrafo 3 también remite al artículo 64 del Cuarto Convenio de Ginebra. Según esta disposición, podrán cambiarse las leyes locales cuando ello sea indispensable: a) para que la Potencia ocupante pueda cumplir las obligaciones derivadas del Convenio; b) para garantizar la administración normal del territorio; o c) para garantizar la seguridad de las fuerzas o de la administración de ocupación[779].

Principio 20
Utilización sostenible de los recursos naturales

En tanto que se permita a la Potencia ocupante administrar y utilizar los recursos naturales de un territorio ocupado en beneficio de la población protegida del territorio ocupado y con otros fines lícitos con arreglo al derecho de los conflictos armados, aquella lo hará de forma que asegure su utilización sostenible y reduzca al mínimo los daños al medio ambiente.

Comentario

1) El propósito del proyecto de principio 20 es establecer las obligaciones de la Potencia ocupante con respecto a la utilización sostenible de los recursos naturales. Como se indica en la primera parte de la oración, el proyecto de principio es aplicable "[e]n tanto que se permita a la Potencia ocupante administrar y utilizar los recursos naturales de un territorio ocupado". La frase se refiere a las diversas normas y limitaciones establecidas por el derecho de los conflictos armados y otras normas del derecho internacional con respecto a la explotación de las riquezas y los recursos naturales del territorio ocupado.

2) La disposición se basa en el artículo 55 del Reglamento de La Haya, que dispone que la Potencia ocupante no debe considerarse "sino como administrador[a] y usufructuari[a]" de los bienes inmuebles públicos del territorio ocupado[780]. Esta descripción se interpreta en el sentido de que prohíbe la destrucción por dilapidación o negligencia del valor en capital, ya sea por tala o explotación minera excesivas o por otra forma de explotación abusiva[781]. Una

el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes". Véanse además los principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente (A/HRC/37/59, anexo), principio 9: "Los Estados deben prever y facilitar la participación pública en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente y tener en cuenta las opiniones de la sociedad en ese proceso".

778 Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (nota 775 *supra*), pág. 89. Véase también Ferraro, "The law of occupation and human rights law..." (nota 738 *supra*), págs. 273 a 293; véase asimismo Tribunal Supremo de Israel: H.C. 351/80, *The Jerusalem District Electricity Company Ltd. v. a) Minister of Energy and Infrastructure, b) Commander of the Judea and Samaria Region* 35(23), Piskei Din 673, reimpreso parcialmente en *Israel Yearbook on Human Rights* (1981), págs. 354 a 358.

779 Cuarto Convenio de Ginebra, art. 64.

780 Véase el Reglamento de La Haya, art. 55: "El Estado ocupante no debe considerarse sino como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas que pertenezcan al Estado enemigo y se encuentren en el país ocupado. Deberá defender el capital de esas empresas y administrar conforme a las reglas del usufructo". Los recursos naturales suelen ser bienes inmuebles. En particular, los recursos naturales que no se extraen *(in situ)* constituyen bienes inmuebles.

781 J. Stone, *Legal Controls of International Conflict: a Treatise on the Dynamics of Disputes and War-Law* (Londres, Stevens and Sons Limited, 1954), pág. 714. Véanse también G. von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent*

limitación similar, derivada de la naturaleza de la ocupación como administración temporal del territorio, impide a la Potencia ocupante utilizar los recursos del país o territorio ocupado para sus propios fines nacionales[782]. Únicamente se permite la explotación de bienes en la medida necesaria para sufragar los gastos de la ocupación, que no deben superar lo razonable para la economía del país[783].

3) En la segunda frase del proyecto de principio se señala de manera explícita que la Potencia ocupante solo podrá administrar y utilizar los recursos naturales del territorio ocupado "en beneficio de la población protegida del territorio ocupado y con otros fines lícitos con arreglo al derecho de los conflictos armados"[784]. En este contexto, la referencia a "la población protegida del territorio ocupado" debe entenderse en el sentido del artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra, en el que se define a las personas protegidas[785]. A diferencia del proyecto de principio 19, se habla de "población" porque el presente proyecto de principio no se centra en los derechos individuales sino, más colectivamente, en el beneficio de la utilización de los recursos naturales. Las expresiones "personas protegidas" y "población protegida" pueden utilizarse indistintamente. Las palabras "del territorio ocupado" ponen de relieve este sentido.

4) Otra disposición que prevé la protección de los recursos naturales y otros componentes del medio ambiente del territorio ocupado es la prohibición general de la destrucción o incautación de bienes, ya sean públicos o privados, muebles o inmuebles, en el territorio ocupado, a menos que tal destrucción o incautación sean absolutamente necesarias para las operaciones militares[786]. Asimismo, la prohibición del pillaje de recursos naturales es de aplicación en las situaciones de ocupación[787]. "La destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario" también constituyen violaciones graves con arreglo al artículo 147 del Cuarto Convenio de Ginebra y están tipificadas como crimen de guerra de *"pillaging"* (saqueo) en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[788].

Occupation (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1957), pág. 177, quien hace hincapié en que la Potencia ocupante no tiene permitido explotar bienes inmuebles más allá de su uso normal ni puede realizar una tala superior a la que se hacía antes de la ocupación; y L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. II, *War and Neutrality*, 2ª ed. (Londres, Longmans, Green and Co., 1912), pág. 175, quien señala que la Potencia ocupante tiene prohibido ejercer su derecho de una manera dilapiladora o negligente que reduzca el valor de las existencias y de la planta y no debe talar un bosque entero a menos que sea imperativo por las necesidades de la guerra. Véase también CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párr. 194, donde se afirma que la jurisprudencia ha reconocido la prohibición de toda explotación de recursos naturales en territorios ocupados que exceda de las reglas del usufructo, es decir, todo consumo excesivo de recursos sin tener en cuenta la economía local.

782 Singapur, Tribunal de Apelaciones, *N.V. de Bataafsche Petroleum Maatschappij and Others v. The War Damage Commission*, 13 de abril de 1956, Reports: 1956 Singapore Law Reports, pág. 65; publicado en *International Law Reports*, vol. 23 (1960), págs. 810 a 849, en especial pág. 822 (causa *Singapore Oil Stocks*); *Krupp and Others*, sentencia de 30 de junio de 1948, *Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals*, vol. IX, pág. 1340.

783 *The United States of America and Others v. Goering and Others*, sentencia de 1 de octubre de 1946, en *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I (Núremberg, 1947), pág. 239.

784 Como resume el Instituto de Derecho Internacional, la Potencia ocupante solo puede disponer de los recursos del territorio ocupado en la medida necesaria para su administración y para satisfacer las necesidades básicas de la población. Véase Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 70, segunda parte, período de sesiones de Brujas (2003), págs. 285 y ss., en www.idi-iil.org, declaraciones, pág. 288.

785 Cuarto Convenio de Ginebra, art. 4. Véase también el comentario del CICR (1958) sobre el Cuarto Convenio de Ginebra, art. 4, pág. 45, según el cual hay dos clases principales de civiles cuya protección contra la actuación arbitraria del enemigo es esencial en tiempo de guerra: por una parte, las personas de nacionalidad enemiga que viven en el territorio de un Estado beligerante y, por otra, los habitantes de los territorios ocupados.

786 Artículo 23 g) y artículo 53 del Reglamento de La Haya.

787 Véanse *supra* el proyecto de principio 18 y su comentario.

788 Estatuto de Roma, art. 8, párr. 2 a) iv) y b) xiii).

5) El principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales también incide en la interpretación del artículo 55 del Reglamento de La Haya. De acuerdo con este principio, consagrado tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales sin perjuicio de las obligaciones que se derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia[789]. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado el carácter consuetudinario de este principio[790]. Del mismo modo, cabe invocar el principio de libre determinación en relación con la explotación de los recursos naturales de territorios ocupados, en particular en el caso de territorios que no formen parte de ningún Estado establecido[791].

6) Si bien, tradicionalmente, se ha considerado que el derecho de usufructo es aplicable a la explotación de todo tipo de recursos naturales, incluidos los no renovables[792], las diversas limitaciones señaladas permiten restringir los derechos de la Potencia ocupante a explotar los recursos naturales del territorio ocupado. Estas limitaciones también se reflejan en el uso del verbo “permita”.

7) La última frase del proyecto de principio 20 se refiere a las situaciones en las que se permite a la Potencia ocupante administrar y utilizar los recursos naturales del territorio ocupado. Establece la obligación de hacerlo de forma que se asegure la utilización sostenible de esos recursos y se reduzcan al mínimo los daños ambientales. Esta exigencia se basa en el deber que incumbe a la Potencia ocupante, en virtud del artículo 55 del Reglamento de La Haya, de salvaguardar el capital de los bienes inmuebles públicos, que lleva mucho tiempo interpretándose en el sentido de que entraña ciertas obligaciones en materia de protección de los recursos naturales del territorio ocupado. Habida cuenta de la evolución del marco jurídico internacional relativo a la explotación y conservación de los recursos naturales, debe entenderse que las consideraciones ambientales y la sostenibilidad son inherentes al deber de salvaguardar el capital. A este respecto, cabe hacer referencia al fallo en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, en el que la Corte Internacional de Justicia, al interpretar un tratado anterior a ciertas normas recientes de derecho del medio ambiente, aceptó que “el Tratado no es estático y puede adaptarse a las nuevas normas de derecho internacional”[793].

---

[789] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1, párr. 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 1, párr. 2. Véanse también las resoluciones de la Asamblea General 1803 (XVII), de 14 de diciembre de 1962; 3201 (S-VI), de 1 de mayo de 1974 (Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional); y 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974 (Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados).

[790] *Armed Activities on the Territory of the Congo*, fallo... *2005* (véase la nota 484 *supra*), pág. 251, párr. 244.

[791] En la opinión consultiva sobre el *Muro*, la Corte Internacional de Justicia afirma que la construcción del muro, así como otras medidas adoptadas por el Estado ocupante, “menoscaba gravemente el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación”: *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (véase la nota 351 *supra*), pág. 184, párr. 122. También se hace referencia al derecho a la libre determinación en *Namibia, opinión consultiva* (véase la nota 774 *supra*), pág. 31, párrs. 52 y 53, y *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, págs. 12 y ss., en especial págs. 32 y 33, párrs. 56 a 59, así como en la causa relativa a *Timor Oriental*, en que la Corte afirma el carácter *erga omnes* del principio, véase *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 90 y ss., en especial pág. 102, párr. 29.

[792] Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (véase la nota 775 *supra*), pág. 55. Véanse también Oppenheim, *International Law...* (nota 781 *supra*), pág. 175, y Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory...* (nota 781 *supra*), pág. 177. Véase, asimismo, Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict...* (nota 664 *supra*), pág. 303, párr. 11.86. Véase, no obstante, N. Schrijver, *Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties* (Cambridge, Cambridge University Press 1997), pág. 268.

[793] *Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 337 *supra*), págs. 67 y 68, párr. 112. Véase también la pág. 78, párr. 140, donde la Corte señala que, siempre que sea necesario para la aplicación de un tratado, “han de tenerse en cuenta las nuevas normas y considerarse debidamente los nuevos principios”. Además, véase Corte Permanente de Arbitraje, laudo en el caso *Iron Rhine* (nota 749 *supra*), en el que la Corte aplicó conceptos de derecho ambiental internacional consuetudinario a tratados que se remontaban a mediados del siglo XIX.

Además, un tribunal de arbitraje ha afirmado que han de tenerse en cuenta los principios del derecho internacional del medio ambiente incluso cuando se interpreten tratados celebrados antes del desarrollo de ese corpus de derecho[794].

8) La noción de uso sostenible de los recursos naturales puede considerarse, en este sentido, como el equivalente moderno del concepto de "usufructo", que es, en esencia, un criterio de buena administración, según el cual la Potencia ocupante no debe excederse de lo que es necesario o habitual[795] en la explotación del recurso de que se trate. Ello quiere decir que la Potencia ocupante deberá mostrar prudencia en la explotación de los recursos no renovables, sin superar los niveles de producción anteriores a la ocupación, y explotar los recursos renovables de una manera que asegure su utilización a largo plazo y su capacidad de regeneración.

9) El concepto de reducción al mínimo de los daños ambientales se deriva del objeto del proyecto de principios. A este respecto, el proyecto de principio 2 establece que el proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas mediante medidas para prevenir, mitigar y reparar los daños al medio ambiente. Se entiende que las medidas preventivas tienen por objeto evitar o, en cualquier caso, reducir al mínimo los daños al medio ambiente. Si bien la obligación de asegurar la utilización sostenible de los recursos naturales es más pertinente a largo plazo, la utilización de los recursos naturales y la necesidad de reducir al mínimo los daños ambientales son pertinentes tanto en las ocupaciones a corto plazo como en las prolongadas.

Principio 21
Prevención de los daños transfronterizos

La Potencia ocupante adoptará medidas apropiadas para que las actividades en el territorio ocupado no causen daños sensibles al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional o de cualquier zona del Estado ocupado situada fuera del territorio ocupado.

Comentario

1) El proyecto de principio 21 contiene el principio establecido de que cada Estado tiene la obligación de no permitir que desde su territorio o jurisdicción se causen daños sensibles al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de la jurisdicción nacional. La Corte Internacional de Justicia citó este principio en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* y confirmó su naturaleza consuetudinaria, afirmando que la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control respeten el medio ambiente de otros Estados y de zonas fuera del control nacional forma parte del corpus de normas de derecho internacional del medio ambiente[796].

[794] *Indus Waters Kishengaga* (véase la nota 749 *supra*), párr. 452, donde la Corte sostuvo que había quedado establecido que debían tenerse en cuenta los principios del derecho internacional del medio ambiente incluso cuando se interpretaran tratados celebrados antes del desarrollo de ese corpus de derecho, por lo que debía interpretar y aplicar el Tratado de 1960 a la luz de los principios internacionales consuetudinarios de protección del medio ambiente vigentes en la actualidad. Además, la Asociación de Derecho Internacional ha señalado que los tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario deben interpretarse a la luz de los principios del desarrollo sostenible, a menos que ello sea contrario a una disposición convencional clara o sea de otro modo inapropiado, al afirmar que las interpretaciones que pueda parecer que menoscaban el objetivo del desarrollo sostenible solo deben tener prioridad cuando lo contrario socave los aspectos fundamentales del orden jurídico mundial, infrinja de otro modo los términos expresos de un tratado o viole una norma de *ius cogens*. Véase International Law Association, Comité de Derecho Internacional sobre el Desarrollo Sostenible, resolución núm. 7 (2012), anexo (Declaración de orientación de Sofía), párr. 2.

[795] *The Law of War on Land Being Part III of the Manual of Military Law* (Gran Bretaña, Ministerio de Guerra, 1958), art. 610. Véase, asimismo, Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict*... (nota 664 *supra*), pág. 303, párr. 11.86.

[796] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 340 *supra*), págs. 241 y 242, párr. 29. Véanse también *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J.*

2) La obligación de impedir que se causen daños sensibles al medio ambiente de otros Estados es una obligación ya asentada en el ámbito transfronterizo y ha sido particularmente pertinente con respecto a los recursos naturales compartidos, como los cursos de agua internacionales y los acuíferos transfronterizos. Esta obligación está expresamente enunciada en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación y en el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, así como en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[797]. Numerosos tratados regionales establecen las correspondientes obligaciones de prevención, cooperación, notificación o indemnización con respecto a los daños causados a ríos o lagos[798]. La jurisprudencia internacional y regional también ha confirmado este principio[799].

3) La Comisión ha incluido este principio en sus artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[800]. Según el comentario correspondiente, la obligación de observar la diligencia debida constituye la norma básica de la protección del medio ambiente contra los daños, como puede deducirse de varias convenciones internacionales[801].

4) En lo que respecta a la aplicabilidad de este principio en el contexto específico de la ocupación, cabe remitirse a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre *Namibia*, en que la Corte destacó las obligaciones y responsabilidades internacionales de Sudáfrica para con otros Estados en el ejercicio de sus facultades en el territorio ocupado y afirmó que “el control físico de un territorio, y no la soberanía o la legitimidad del título, es

Reports 2010, pág. 14), párr. 101; *Construction of a Road/Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* y *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 665, párrs. 153 y 156. Véase además Sands, *Principles of International Environmental Law* (nota 559 *supra*), pág. 206, así como U. Beyerlin, “Different types of norms in international environmental law: policies, principles and rules”, en D. Bodansky, J. Brunnée y E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008), págs. 425 a 448, en especial pág. 439. Véase asimismo *A. Boyle y C. Redgwell, Birnie, Boyle, and Redgwell's International Law and the Environment, 4ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2021), pág. 211.*

797 Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997), en https://treaties.un.org (Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, cap. XXVII), art. 7; Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1936, núm. 33207, pág. 269, art. 2; y Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 1, párr. 1. Véanse también el Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, art. 1, párr. 2; la Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos (Wellington, 2 de junio de 1988), *International Legal Materials*, vol. 27 (1988), pág. 868, art. 4, párr. 2; y el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, núm. 34028, pág. 309, art. 1, párr. 2.

798 Véanse, por ejemplo, el Convenio sobre la Protección del Rin (1999), el Acuerdo sobre el Plan de Acción para la Ordenación Ambientalmente Racional del Sistema Fluvial Común del Zambeze (1987), y el Acuerdo de Cooperación para el Desarrollo Sostenible de la Cuenca del Río Mekong (1995), todos disponibles en www.ecolex.org (consulta realizada el 2 de agosto de 2022), y el Acuerdo revisado sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos (Estados Unidos y Canadá, 2012), en https://ijc.org (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

799 Varias de las causas en las que la Corte Internacional de Justicia ha aclarado obligaciones ambientales se referían al uso y la protección de recursos hídricos como humedales o ríos; por ejemplo, las causas acumuladas *Construction of a Road/Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua))* (véase la nota 796 *supra*) y en la causa *Pulp Mills* (véase la nota 796 *supra*), así como la causa *Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 337 *supra*). Véase también *Indus Waters Kishenganga* (véase la nota 749 *supra*), párrs. 449 y 450. Hay amplia jurisprudencia regional al respecto en www.ecolex.org (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

800 Artículo 3 de los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 97 y 98, pág. 156: “El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo”.

801 Párrafo 8) del comentario al artículo 3, *ibid*., pág. 164.

la base de la responsabilidad del Estado por los actos que afectan a otros Estados"[802]. Además, en su fallo en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*[803], así como en las causas acumuladas relativas a *Determinadas actividades* y a la *Construcción de una carretera*[804], la Corte se ha referido a la obligación general de los Estados de velar por que las actividades llevadas a cabo dentro de su jurisdicción y bajo su control respeten el medio ambiente de los demás Estados o de las zonas fuera del control nacional.

5) En los artículos de la Comisión sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas se indica que esta obligación es de aplicación a las actividades realizadas en el territorio de un Estado o en otros lugares sujetos a su jurisdicción o control[805]. Cabe recordar que la Comisión ha utilizado sistemáticamente esta formulación para hacer referencia no solo al territorio del Estado, sino también a las actividades llevadas a cabo en otros territorios bajo el control de este. Como se explica en el comentario al artículo 1, "el concepto abarca situaciones en las que un Estado ejerce su jurisdicción *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de iure*, como en los casos de intervención y ocupación ilícitas y de anexión"[806].

6) El proyecto de principio 21 refleja la obligación de prevención establecida en el derecho ambiental internacional consuetudinario, que se aplica únicamente a los daños que sobrepasan un determinado umbral, que muy a menudo es el de los "daños sensibles"[807]. Al mismo tiempo, algunos tratados incorporan la obligación de prevención sin el umbral de los daños sensibles[808]. La obligación de prevención es una obligación de comportamiento que

[802] *Namibia*, opinión consultiva (véase la nota 774 *supra*), pág. 54, párr. 118.

[803] *Pulp Mills* (véase la nota 796 *supra*), págs. 55 y 56, párr. 101.

[804] Véase la nota 799 *supra*.

[805] Párrafo 10) del comentario al artículo 2 (términos empleados) de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 97 y 98, pág. 163.

[806] Párrafo 12) del comentario al artículo 1, *ibid*., pág. 161.

[807] Véanse, por ejemplo, *Pulp Mills* (nota 796 *supra*), págs. 55, 56 y 58, párr. 101; *Certain Activities and Construction of a Road* (nota 796 *supra*), págs. 720 y 721, párrs. 153 y 156; y *South China Sea Arbitration (the Republic of the Philippines v. the People's Republic of China)*, caso núm. 2013-19, Corte Permanente de Arbitraje, laudo, 12 de julio de 2016, párr. 941. Véase también Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, Consejo de Administración, Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones "F4" (S/AC.26/2003/31), párr. 33: si bien el Grupo señaló que, de conformidad con la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, el Iraq era responsable de todo "daño", no negó que el umbral aceptado generalmente para que los daños sean resarcibles debe ser "significativo". Véanse además Duvic-Paoli, *The Prevention Principle in International Environmental Law* (nota 636 *supra*), pág. 164, y K. Hulme, *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2004), pág. 68, donde se afirma que, en caso de daños ambientales, es habitual utilizar el criterio de los daños "sensibles". Véase asimismo T. Koivurova, "Due diligence", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, pág. 241, párr. 23, en www.mpepil.com. Véanse también J. M. Arbour, S. Lavallée, y H. Trudeau, *Droit International de l'Environnement*, 2ª ed. (Cowansville, Editions Yvon Blais, 20122012), pág. 1058; U. Beyerlin y T. Marauhn, *International Environmental Law* (Hart-C.H. Beck-Nomos 2011), pág. 41; P.M. Dupuy and J.E. *Viñuales*, *International Environmental Law*, 2ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), págs. 64 y 65 (donde se afirma que, si bien los daños que no llegan a ser sensibles no infringirán el principio de no hacer daño, los Estados seguirán estando obligados a prevenirlos (véase el principio de prevención) en virtud del deber de diligencia debida, así como de una norma como el principio de quien contamina paga, que hace recaer en quien contamina la carga de demostrar que los daños son tolerables (y no sobrepasan el umbral)); J. Brunnée, "Harm prevention" en L. Rajamani y J. Peel (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2ª ed. (Oxford, Oxford University Press 2021), págs. 271 y 272 (donde se afirma que, aunque el principio 21 [de la Declaración de Río] no establece ningún umbral específico del daño, en la actualidad se acepta que la norma se centra en los daños "sensibles", es decir, en los daños que son más que "detectables", pero no necesariamente "graves" ni "sustanciales").

[808] Véanse, por ejemplo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 3; y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 194, párr. 2. Véase, no obstante, *South China Sea Arbitration* (véase la nota anterior), párr. 941: (donde se afirma que los Estados tienen el deber positivo de prevenir, o al menos mitigar, los daños sensibles al medio ambiente cuando lleven a cabo

exige que, en las situaciones de ocupación, la Potencia ocupante adopte todas las medidas que quepa razonablemente esperar de ella[809]. La noción de daños sensibles se describe más arriba en el comentario al proyecto de principio 19[810].

7) El enunciado del proyecto de principio 21 sigue los precedentes establecidos, pero añade una referencia a "cualquier zona del Estado ocupado situada fuera del territorio ocupado". Con esta fórmula se tienen en cuenta las situaciones en las que solo se ha ocupado una parte del territorio de un Estado, y no la totalidad de este. Aunque podría interpretarse que las palabras "al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional" excluyen el territorio de otras partes del Estado ocupado, el proyecto de principio 21 pretende referirse a tres cosas: el territorio de otros Estados, las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional y el territorio del Estado ocupado que no esté sujeto a ocupación.

Quinta parte
Principios aplicables después de un conflicto armado

Principio 22
Procesos de paz

1. Las partes en un conflicto armado deberían, en el contexto del proceso de paz, también, cuando proceda, en los acuerdos de paz, ocuparse de las cuestiones relativas a la restauración y la protección del medio ambiente dañado como consecuencia del conflicto.

2. Las organizaciones internacionales pertinentes deberían, cuando proceda, desempeñar un papel facilitador al respecto.

Comentario

1) El proyecto de principio 22 refleja la creciente tendencia a tener en cuenta las consideraciones ambientales en el contexto de los procesos de paz, entre otras cosas mediante la regulación de las cuestiones ambientales en los acuerdos de paz. Cabe también hacer referencia al fuerte impacto ambiental de los conflictos armados no internacionales, que ha hecho que cada vez más Estados prevean medidas para proteger y restaurar el medio ambiente en los procesos de justicia de transición[811].

actividades de construcción a gran escala. El tribunal considera que ese deber define el alcance de la obligación general establecida en el artículo 192).

809 Segundo informe de la International Law Association, Grupo de Estudio sobre la Diligencia Debida en el Derecho Internacional, julio de 2016, pág. 8.

810 Véase el párrafo 7) del comentario al párrafo 2 del proyecto de principio 19 *supra*.

811 "La noción de justicia de transición [...] abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos", informe del Secretario General sobre "El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos" (S/2004/616), párr. 8; numerosos países afectados por crisis posteriores a un conflicto han adoptado mecanismos de justicia de transición para mejorar su protección y restauración del medio ambiente, algunos de ellos con la asistencia del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente: véase, por ejemplo, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, "Reporting on the state of the environment in Afghanistan: workshop report" (2019); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *South Sudan: First State of the Environment and Outlook Report 2018* (Nairobi, 2018); A. Salazar y otros, "The ecology of peace: preparing Colombia for new political and planetary climates", *Frontiers in Ecology and the Environment* (septiembre de 2018), en www.researchgate.net/publication/327605932_The_ecology_of_peace_preparing_Colombia_for_new_political_and_planetary_climates/download (consulta realizada el 8 de julio de 2019); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, "Addressing the role of natural resources in conflict and peacebuilding" (Nairobi, 2015); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente,

2) La inclusión de la expresión “proceso de paz” en el proyecto de principio tiene por objeto ampliar su ámbito de aplicación de modo que abarque el proceso de paz en su integridad, así como cualquier acuerdo de paz de carácter formal que se celebre[812]. Los conflictos armados modernos llegan a su fin de muchas maneras que no necesariamente adoptan la forma de acuerdos de carácter formal. Por ejemplo, al término de las hostilidades, puede haber un acuerdo de alto el fuego, un armisticio o una situación de paz *de facto* sin que medie acuerdo alguno. La conclusión de un proceso de paz a menudo implica varias etapas y la aprobación de una serie de instrumentos. El proceso de paz también puede comenzar antes del fin efectivo del conflicto armado. Así pues, la celebración de un acuerdo de paz, que, de producirse, puede tener lugar varios años después del final del conflicto armado, tan solo representa un aspecto del proceso. Por ello, y a fin de evitar cualquier laguna temporal, se ha empleado la expresión “en el contexto del proceso de paz”.

3) Se utiliza la expresión “[l]as partes en un conflicto armado” en el párrafo 1 para indicar que la disposición abarca los conflictos armados internacionales y no internacionales. Esto se ajusta al entendimiento general de que el proyecto de principios es de aplicación a los conflictos armados internacionales y no internacionales. Se entiende que la expresión también alude a las partes en un conflicto armado que haya terminado.

4) Se utiliza la palabra “deberían” a fin de reflejar la voluntad normativa de la disposición, si bien reconociendo también que no se corresponde con ninguna obligación jurídica de carácter general.

5) El proyecto de principio está redactado en términos generales para dar cabida a la amplia variedad de situaciones que pueden darse a raíz de un conflicto armado. Los conflictos armados a menudo tienen uno o varios aspectos relacionados con el medio ambiente, como el hecho de estar motivados por la degradación ambiental y la escasez de recursos, financiarse mediante la explotación de recursos naturales o provocar daños ambientales. El estado del medio ambiente puede variar enormemente en función de distintos factores[813]. En algunos casos, el medio ambiente puede haber sufrido daños graves y serios que son visibles inmediatamente y pueden ser necesario reparar con carácter urgente; en otros casos, los daños causados al medio ambiente pueden no ser tan importantes como para justificar una restauración urgente[814]. Algunos daños ambientales pueden no ser visibles hasta meses o incluso años después del fin del conflicto armado.

Rwanda: From Post-Conflict to Environmentally Sustainable Development (nota 445 *supra*); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Sierra Leone: environment, conflict and peacebuilding assessment” (Ginebra, 2010); Camboya, Ministerio de Medio Ambiente, “Cambodia environment outlook” (2009); Sierra Leona, *An Agenda for Change* (2008); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Environmental assessment of the Gaza Strip following the escalation of hostilities in December 2008–January 2009* (Nairobi, 2009).

812 La base de datos de acuerdos de paz de las Naciones Unidas, una herramienta de referencia que pone al alcance de los profesionales del establecimiento de la paz cerca de 800 documentos que pueden considerarse en sentido amplio acuerdos de paz y materiales conexos, contiene una amplia variedad de documentos, como acuerdos y subacuerdos de paz de carácter formal, así como acuerdos y documentos más informales como declaraciones, comunicados, declaraciones públicas conjuntas fruto de conversaciones oficiosas, actas de reuniones pactadas entre las partes, intercambios de cartas y documentos finales fundamentales de algunas conferencias internacionales o regionales. La base de datos también contiene una selección de normativa, leyes y decretos que constituyen un acuerdo entre las partes o que fueron el resultado de negociaciones de paz. También se incluye una selección de resoluciones del Consejo de Seguridad. La base de datos puede consultarse en http://peacemaker.un.org/document-search (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también la base de datos Language of Peace, que complementa y amplía la base de datos de acuerdos de paz de las Naciones Unidas, disponible en www.languageofpeace.org/#/search (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

813 Por ejemplo, la intensidad y la duración del conflicto, así como las armas utilizadas, pueden influir en la magnitud de los daños ambientales causados en un conflicto armado particular.

814 Como ejemplos conocidos de daños ambientales causados en un conflicto armado pueden mencionarse los daños ocasionados a raíz del uso de agente naranja en Viet Nam por las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos o la quema de pozos petrolíferos en Kuwait por parte de las tropas iraquíes en la Guerra del Golfo, que están bien documentados. También se han documentado casos de daños ambientales, de diferente gravedad, en otros conflictos armados, como los conflictos en

6) El proyecto de principio tiene por objeto abarcar todos los acuerdos de paz de carácter formal, así como otros instrumentos o acuerdos celebrados o aprobados en cualquier momento en el transcurso del proceso de paz, ya sea entre dos o más Estados, entre Estados y grupos armados no estatales o entre dos o más grupos armados no estatales. Estos acuerdos e instrumentos pueden adoptar distintas formas, como subacuerdos de acuerdos de paz de carácter formal, acuerdos informales, declaraciones, comunicados, declaraciones públicas conjuntas fruto de conversaciones oficiosas y actas de reuniones pactadas entre las partes, así como normativas, leyes y decretos relevantes que constituyan un acuerdo entre las partes o que sean el resultado de negociaciones de paz[815].

7) Algunos acuerdos de paz modernos contienen disposiciones ambientales[816]. Entre las disposiciones ambientales que se han incluido en los instrumentos celebrados durante procesos de paz o en acuerdos de paz figuran, por ejemplo, las que obligan a las partes a cooperar en cuestiones ambientales o las alientan a hacerlo y las disposiciones que establecen

---

Colombia y en la República Democrática del Congo, el Iraq y Siria. Véanse Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Colombia, “UN Environment will support environmental recovery and peacebuilding for post-conflict development in Colombia”, en www.unenvironment.org/news-and-stories/story/un-environment-will-support-environmental-recovery-and-peacebuilding-post (consulta realizada el 2 de agosto de 2022); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Post-conflict environmental assessment of the Democratic Republic of the Congo”, en https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_DRC_PCEA_EN.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Post-conflict environmental assessment, clean-up and reconstruction in Iraq”, en https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17462/UNEP_Iraq.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consulta realizada el 2 de agosto de 2022); y “Lebanon Environmental Assessment of the Syrian Conflict” (con el apoyo del PNUMA y la Unión Europea), en https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/lb/EASC-WEB.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también International Law and Policy Institute, “Protection of the natural environment in armed conflict: an empirical study” (Oslo, 2014), págs. 34 a 40.

[815] Véase C. Bell, “Women and peace processes, negotiations, and agreements: operational opportunities and challenges”, Norwegian Peacebuilding Resource Centre, reseña de políticas, marzo de 2013, en https://noref.no dentro del apartado “Publications”, pág. 1 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[816] Esos instrumentos son suscritos sobre todo en conflictos armados no internacionales por un Estado y un actor no estatal, y entre ellos cabe citar los siguientes: el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) (Bogotá, 24 de noviembre de 2016), en https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/N01.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

El Acuerdo sobre Soluciones Generales entre el Gobierno de la República de Uganda y el Ejército/Movimiento de Resistencia del Señor (Yuba, 2 de mayo de 2007), en https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UG_070502_AgreementComprehensiveSolutions.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022), párr. 14.6; el Acuerdo de Paz de Darfur (Abuya, 5 de mayo de 2006), en http://peacemaker.un.org/node/535 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022), cap. 2, pág. 21, art. 17, párr. 107 g) y h), y pág. 30, art. 20; el Acta Final de las negociaciones políticas intercongoleñas (Sun City, 2 de abril de 2003), en http://peacemaker.un.org/drc-suncity-agreement2003 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022), resolución núm. DIC/CEF/03, págs. 40 y 41, y resolución núm. DIC/CHSC/03, págs. 62 a 65; el Acuerdo General de Paz entre el Gobierno de la República del Sudán y el Movimiento/Ejército de Liberación del Pueblo del Sudán (Machakos, 20 de julio de 2002), en http://peacemaker.un.org/node/1369 (consulta realizada el 15 de junio de 2022), cap. V, pág. 71, y cap. III, pág. 45, que establece como principios rectores que se han de seguir las mejores prácticas conocidas en la utilización sostenible y el control de los recursos naturales (párr. 1.10) (se pueden encontrar más disposiciones sobre los recursos petrolíferos en los párrafos 3.1.1 y 4); el Acuerdo de Arusha para la Paz y la Reconciliación en Burundi (Arusha, 28 de agosto de 2000), en http://peacemaker.un.org/node/1207 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022), Protocolo Adicional III, pág. 62, art. 12, párr. 3 e), y Protocolo Adicional IV, pág. 81, art. 8 h); el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona (Lomé, 7 de julio de 1999), en https://peacemaker.un.org/sierraleone-lome-agreement99 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022), S/1999/777, anexo, art. VII; el Acuerdo Provisional de Paz y Autogobierno en Kosovo (Acuerdos de Rambouillet) (París, 18 de marzo de 1999), S/1999/648, anexo; el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (Acuerdo de Chapultepec) (Ciudad de México, 16 de enero de 1992), A/46/864, anexo, cap. II.

en detalle la autoridad responsable de los asuntos relacionados con el medio ambiente, como la prevención de los delitos ambientales y la aplicación de las leyes y la normativa nacionales en materia de recursos naturales, así como el uso compartido de los recursos comunales[817]. Los aspectos ambientales en los procesos de paz abarcan también la necesidad de mitigar y reducir al mínimo los efectos negativos específicos de la degradación del medio ambiente sobre las personas en situaciones de vulnerabilidad, que tradicionalmente han sido las más afectadas por los daños ambientales a largo plazo[818]. Además, cabe mencionar el importante papel de las comunidades locales en la consolidación de la paz[819] y el derecho de las mujeres a participar plenamente y en igualdad de condiciones en los procesos de toma de decisiones, planificación y ejecución relacionados con la restauración y la protección de los recursos naturales y el medio ambiente[820]. El objetivo del presente proyecto de principio es alentar a las partes a considerar la posibilidad de incluir tales disposiciones en los acuerdos.

8) La finalidad del párrafo 2 es alentar a las organizaciones internacionales pertinentes a que tengan en cuenta las consideraciones ambientales cuando actúen como facilitadoras en los procesos de paz. La formulación del párrafo pretende ser lo suficientemente amplia como para abarcar las situaciones que hayan sido objeto de resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, así como las situaciones en las que las organizaciones internacionales pertinentes desempeñen un papel facilitador con el consentimiento del Estado en cuestión o de las partes en un conflicto armado determinado.

9) El párrafo 2 hace referencia a las “organizaciones internacionales pertinentes” para indicar que no todas las organizaciones están en condiciones de ocuparse de esta cuestión concreta. En el contexto del presente proyecto de principio se consideran pertinentes, entre otras, las organizaciones a las cuales se ha reconocido un papel importante en los procesos de paz de varios conflictos armados en el pasado, como, entre otras, las Naciones Unidas y sus órganos, así como la Unión Africana, la Unión Europea y la Organización de los Estados

[817] Acuerdo de Chapultepec (véase la nota anterior), cap. II. Se pueden encontrar más disposiciones en el artículo 13 del anexo II del Acuerdo de Paz; en ellas se estipula que la División del Medio Ambiente de la Policía Nacional Civil “se encargará de prevenir y combatir los delitos y faltas contra el medio ambiente”. El Acuerdo de Arusha para la Paz y la Reconciliación en Burundi, Protocolo III, pág. 62, art. 12, párr. 3 e), y pág. 81, art. 8 h), contiene varias referencias a la protección del medio ambiente, una de las cuales estipula que una de las misiones de los servicios de inteligencia es detectar lo antes posible toda amenaza para el entorno ecológico del país. Asimismo, afirma que la política de distribución o asignación de nuevas tierras ha de tener en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente y gestionar el sistema hídrico del país mediante la protección de los bosques. Mientras que entre 1989 y 2004 los recursos naturales se mencionaban en aproximadamente la mitad de los acuerdos de paz, entre 2005 y 2018 se incluyeron disposiciones sobre los recursos naturales en todos los acuerdos de paz importantes. Véase S. J. A. Mason, D. A. Sguaitamatti y M. del Pilar Ramirez Gröbli, “Stepping stones to peace? Natural resource provisions in peace agreements”, en Bruch, Muffett y Nichols (eds.), *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding* (nota 704 *supra*), págs. 71 a 119.

[818] Incluidos los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad, las personas de edad, los pueblos indígenas, los refugiados y los desplazados internos, y los migrantes: véase la resolución 2/15 de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (véase la nota 342 *supra*), decimocuarto párrafo del preámbulo.

[819] Resolución 2282 (2016) del Consejo de Seguridad y resolución 70/262 de la Asamblea General, de 12 de mayo de 2016. Véase también T. Ide y otros, “The past and future(s) of environmental peacebuilding”, *International Affairs*, vol. 97 (2021), págs. 1 a 16, en especial pág. 8, donde se indica que las comunidades locales suelen gestionar los recursos naturales y mitigar o gestionar los conflictos ambientales de manera satisfactoria.

[820] Véase la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad. Véanse también las recomendaciones generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer núm. 30 (2013), sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos; núm. 34 (2016), sobre los derechos de las mujeres rurales; núm. 35 (2017), sobre la violencia de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19; y núm. 37 (2018), sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático. Véase además la resolución 4/17 de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, de 15 de marzo de 2019, titulada “Promoción de la igualdad de género y los derechos humanos y el empoderamiento de las mujeres y las niñas en la gobernanza ambiental” (UNEP/EA.4/Res.17) y UNEP/EA.3/Res.1, de 5 de diciembre de 2017, titulada “Mitigación y control de la contaminación en zonas afectadas por conflictos armados o terrorismo”, preámbulo, párr. 10.

Americanos[821]. El proyecto de principio también contiene la expresión “cuando proceda” para indicar que la participación de las organizaciones internacionales a estos efectos no siempre es necesaria o deseada por las partes. Además, se reconoce que, cuando participen en la facilitación, las organizaciones internacionales deben cooperar con todo el sistema humanitario, con inclusión de las comunidades locales y los actores nacionales e internacionales.

Principio 23
Intercambio de información y acceso a esta

1. Para facilitar la adopción de medidas destinadas a reparar los daños al medio ambiente causados por un conflicto armado, los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes intercambiarán información relevante y permitirán el acceso a esta de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional aplicable.

2. Nada de lo dispuesto en el párrafo 1 afecta al derecho a invocar los motivos para denegar el intercambio de información o el acceso a esta previstos en el derecho internacional aplicable. No obstante, los Estados y las organizaciones internacionales cooperarán de buena fe para proporcionar tanta información como sea posible teniendo en cuenta las circunstancias.

Comentario

1) El proyecto de principio 23 trata de la obligación de intercambiar información pertinente o dar acceso a esta para facilitar la adopción de medidas destinadas a reparar los daños al medio ambiente causados por un conflicto armado. Se refiere a los “Estados” por tratarse de un término más amplio que “partes en un conflicto armado”. Estados que no sean parte en un conflicto armado pueden verse afectados como terceros Estados y pueden disponer de información que es pertinente para la adopción de medidas de reparación y que podría ser conveniente facilitar a otros Estados u organizaciones internacionales. Si bien los Estados suelen ser los sujetos más pertinentes, el proyecto de principio también alude a las organizaciones internacionales, con el calificativo añadido de “pertinentes”.

2) Aunque esa obligación de intercambiar información o permitir el acceso a esta solo se aplica a los Estados y las organizaciones internacionales, cabe recordar que el derecho de los conflictos armados también impone obligaciones a los grupos armados no estatales, por ejemplo en lo que respecta a la remoción de minas terrestres, que son pertinentes a los efectos del proyecto de principio. Los grupos armados no estatales también pueden disponer de otra información ambiental en relación con un conflicto armado, y se les debe alentar a compartirla.

[821] Las Naciones Unidas han ejercido una función de facilitación en numerosos conflictos armados, como los conflictos armados en Angola, Libia, Mozambique y la República Democrática del Congo. Las organizaciones regionales también han desempeñado un papel facilitador en los procesos de paz de todo el mundo. Por ejemplo, la Unión Africana ha participado en aspectos de los procesos de paz de, entre otros lugares, las Comoras, Côte d’Ivoire, Guinea-Bissau, Liberia y Somalia. Véase Chatham House, Africa Programme, “The African Union’s role in promoting peace, security and stability: from reaction to prevention?”, resumen de la reunión, pág. 3, en www.chathamhouse.org (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). La Organización de los Estados Americanos participó, entre otros, en los procesos de paz en el Estado Plurinacional de Bolivia y Colombia. Véase P. J. Meyer, “Organization of American States: background and issues for Congres” (Congressional Research Service, 2014), pág. 8, en www.fas.org, pág. 8 (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también Unión Africana y Centre for Humanitarian Dialogue, *Managing Peace Processes: Towards more inclusive processes*, vol. 3 (2013), pág. 106. La Unión Europea ha participado, entre otros, en procesos de paz en conflictos armados en el Oriente Medio e Irlanda del Norte. Véase también Suiza, Departamento Federal de Asuntos Internacionales, “Mediation and facilitation in today’s peace processes: centrality of commitment, coordination and context”, exposición de Thomas Greminger en un retiro de la Organización Internacional de la Francofonía, 15 a 17 de febrero de 2007, en www.swisspeace.ch, dentro del apartado “Publications” (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

3) El proyecto de principio 23 consta de dos párrafos. El párrafo 1 se refiere a las obligaciones que pueden incumbir a los Estados y las organizaciones internacionales, en virtud del derecho internacional, de intercambiar información y permitir el acceso a esta para facilitar la adopción de medidas destinadas a reparar los daños al medio ambiente causados por un conflicto armado. Esas medidas también pueden adoptarse durante un conflicto armado. El párrafo 2 hace referencia a los motivos para denegar dicho intercambio o acceso.

4) La expresión "de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional aplicable" indica que algunos tratados contienen obligaciones que son pertinentes en el contexto de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y pueden invocarse para adoptar medidas de reparación después de un conflicto armado. Se refiere a obligaciones previstas en tratados y no a normas equivalentes de derecho internacional consuetudinario, e indica que cada Estado puede tener diferentes obligaciones.

5) Mientras que el término "intercambiar" se refiere a la información que se transmiten los Estados y las organizaciones internacionales en sus relaciones mutuas y como medio de cooperación, el término "acceso" hace referencia fundamentalmente al hecho de dar acceso a dicha información a los particulares, y, por lo tanto, refleja una relación más unilateral.

6) La obligación de intercambiar información relativa al medio ambiente y permitir el acceso a esta puede encontrarse en numerosos instrumentos de derecho internacional, tanto a nivel mundial como regional.

7) En el derecho internacional de los derechos humanos moderno, el derecho de acceso a la información tiene su origen en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[822], así como en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[823]. La observación general núm. 34 relativa al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el párrafo 2 del artículo 19 debe interpretarse en el sentido de que enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos[824].

8) También se ha desarrollado un derecho a la información sobre el medio ambiente en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como se pone de manifiesto en el asunto *Guerra y otros c. Italia*[825], en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que los demandantes tenían derecho a recibir información sobre el medio ambiente en virtud del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida familiar y la privacidad). También cabe hacer referencia a la directiva de la Unión Europea relativa al acceso del público a la información medioambiental y a una sentencia al respecto del Tribunal de Justicia europeo de 2011[826]. Además del derecho a la privacidad, también se ha reconocido un derecho a la información medioambiental sobre la base del derecho a la libertad de expresión (como, por ejemplo, en el caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile* dirimido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)[827].

9) El artículo 2 de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus) define "información(es) sobre el medio ambiente" como toda información que se refiera al estado de los elementos del medio ambiente, a factores que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente y al estado de la salud y la seguridad de los seres humanos en la medida en que puedan ser alterados por dichos elementos[828]. El artículo 4 de la Convención de Aarhus dispone que los Estados partes han

[822] Resolución 217 (III) A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

[823] Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14531, pág. 3.

[824] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011) sobre el artículo 19 (libertad de opinión y libertad de expresión), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 40*, vol. I (A/66/40 (Vol. I)), anexo V, párr. 18.

[825] *Guerra and Others v. Italy*, 19 de febrero de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I.

[826] Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso del público a la información medioambiental; *Office of Communications v. Information Commissioner*, asunto C-71/10, sentencia de 28 de julio de 2011.

[827] Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 151 (2006).

[828] Convención de Aarhus, art. 2.

de “pon[er] a disposición del público, en el marco de su legislación nacional, las informaciones sobre el medio ambiente”. Esta obligación impone a los Estados el deber de recabar dichas informaciones para ponerlas a disposición del público en caso de que se le solicite. Además, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), aprobado el 4 de marzo de 2018, contiene disposiciones similares[829].

10) También resultan pertinentes el párrafo 2 del artículo 9, titulado “Registro y utilización de información sobre campos de minas, zonas minadas, minas, armas trampa y otros artefactos”, del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, y el párrafo 2 del artículo 4, titulado “Registro, conservación y transmisión de la información”, del Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales. Con respecto a algunos restos de guerra, los instrumentos y las normas consuetudinarias en la materia establecen la obligación de facilitar información sobre el medio ambiente u otra información que pueda contribuir a la adopción de medidas de reparación. Por ejemplo, las solicitudes de prórroga del plazo para completar la limpieza y la destrucción de restos de municiones en racimo presentadas con arreglo a la Convención sobre Municiones en Racimo deben indicar las posibles implicaciones medioambientales y humanitarias de la prórroga[830]. La Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción contiene obligaciones similares[831]. Cabe mencionar también las Normas Internacionales para la Acción contra las Minas[832].

11) En cuanto a la práctica de las organizaciones internacionales, la política ambiental para las misiones de las Naciones Unidas sobre el terreno de 2009 dispone que las misiones de mantenimiento de la paz han de designar un oficial de medio ambiente responsable de facilitar la información sobre el medio ambiente pertinente para las operaciones de la misión y de tomar medidas para fomentar la concienciación sobre las cuestiones ambientales[833]. La política también establece la obligación de difundir y estudiar la información sobre el medio ambiente, lo que presupondría tener acceso a información que pueda realmente ser difundida y, por tanto, no sea reservada.

12) Las Directrices del CICR sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares contienen una disposición relativa a la protección de las organizaciones, entre las que puede haber organizaciones ambientales que recaben datos sobre el medio ambiente como medio de “contribu[ir] a prevenir o reparar los daños al medio ambiente”[834].

13) En relación con las evaluaciones ambientales posteriores a un conflicto armado, cabe recordar que las directrices del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

[829] Véanse también la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 6; el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Montreal, 29 de junio de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2226, pág. 208, art. 23; el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional, art. 15; el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, art. 10; el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, art. 18; el Acuerdo de París, art. 4, párr. 8, y art. 12; la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África (París, 14 de octubre de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1954, núm. 33480, pág. 3, arts. 16 y 19.

[830] Art. 4, párr. 6 h).

[831] Art. 5.

[832] Normas Internacionales para la Acción contra las Minas, en www.mineactionstandards.org (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[833] Naciones Unidas, Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno, “Environmental Policy for UN Field Missions”, 2009, párr. 23.5.

[834] Véase CICR, Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares (nota 608 *supra*), directriz 19, en la que se hace referencia al Cuarto Convenio de Ginebra, art. 63, párr. 2, y al Protocolo Adicional I, arts. 61 a 67. Véase también CICR, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict (nota 345 *supra*), párr. 13, donde se indica que el contenido de las Directrices de 1994 sigue siendo válido en la actualidad.

sobre la integración del medio ambiente en las evaluaciones de las necesidades en situaciones posteriores a un conflicto mencionan la importancia de la participación pública y el acceso a la información, dado que, en los contextos posteriores a un conflicto, la asignación y ordenación de los recursos naturales se llevan a cabo de manera puntual, descentralizada o informal[835].

14) La obligación de *intercambiar información* y cooperar en este contexto está reflejada en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación[836]. El Convenio sobre la Diversidad Biológica contiene una disposición sobre el intercambio de información en su artículo 14, en el que se requiere que cada una de las partes contratantes, en la medida de lo posible y según proceda, promueva "la notificación, el intercambio de información y las consultas acerca de las actividades bajo su jurisdicción o control que previsiblemente tendrían efectos adversos importantes para la diversidad biológica de otros Estados o de zonas no sujetas a jurisdicción nacional, alentando la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales, según proceda"[837]. Asimismo, el artículo 17 del Convenio exhorta a las partes a facilitar el intercambio de información pertinente para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

15) El párrafo 2 contiene una cláusula de salvaguardia que hace referencia a los motivos para denegar el intercambio de información o el acceso a esta previstos en el derecho internacional aplicable. La primera oración del párrafo indica que las obligaciones de intercambiar información y/o permitir el acceso a esta enunciadas en los tratados pertinentes suelen venir acompañadas de excepciones o límites en que se indican los motivos por los cuales puede denegarse la divulgación de información. Estos motivos aluden, entre otras cosas, a la divulgación de información confidencial sobre "[l]as relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública" o a situaciones en que la divulgación aumentaría la probabilidad que se dañara el medio ambiente al que se refiere dicha información[838]. Al mismo tiempo, muchos acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente excluyen "la información sobre la salud y la seguridad humanas y del medio ambiente" de las categorías de información que pueden considerarse confidenciales[839]. Para algunas organizaciones internacionales, los requisitos de confidencialidad pueden influir en el alcance de la información que pueden intercambiar o a la cual pueden conceder acceso de buena fe[840]. En general, los tratados aplicables establecen condiciones y excepciones muy diferentes en cuanto al intercambio de información y el acceso a esta. Así pues, el párrafo 2 se refiere a los motivos de denegación existentes y confirma que lo dispuesto en el párrafo 1 del proyecto de principio no les afecta. En la segunda oración del párrafo se establece que los Estados y las organizaciones internacionales proporcionarán tanta información como sea posible teniendo en cuenta las circunstancias, mediante una cooperación de buena fe.

---

835 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, nota de orientación, *Integrating Environment in Post-Conflict Needs Assessments* (Ginebra, 2009): véase Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, "Disasters and conflicts programme", pág. 3.

836 Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, arts. 9, 11, 12, 14 a 16, 19, 30, 31 y 33, párr. 7.

837 Art. 14, párr. 1 c).

838 Véase la Convención de Aarhus, art. 4. Otros motivos son la confidencialidad de la información comercial e industrial y la confidencialidad de los datos personales. Además, los motivos de denegación deberán interpretarse de manera restrictiva, teniendo en cuenta el interés que la divulgación de la información solicitada tendría para el público y si esa información guarda relación con las emisiones al medio ambiente. Véase también el Convenio para la Protección del Medio Marino del Nordeste Atlántico (París, 22 de septiembre de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2354, núm. 42279, pág. 67, art. 9, párr. 3 g). Véase también el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), art. 5, párr. 6 b).

839 Véanse, por ejemplo, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, art. 9, párr. 5; el Protocolo de Cartagena, art. 21, párr. 6 c); y el Convenio de Minamata sobre el Mercurio, art. 17, párr. 5.

840 Véase, por ejemplo, ACNUR, *Política sobre la Protección de Datos Personales de las Personas de Interés del ACNUR* (2015).

Principio 24
Evaluaciones ambientales y medidas de reparación posteriores a un conflicto armado

Los actores pertinentes, incluidos los Estados y las organizaciones internacionales, deberían cooperar en relación con las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación posteriores a un conflicto armado.

Comentario

1) El propósito del proyecto de principio 24 es alentar a los actores pertinentes a que cooperen a fin de que se puedan llevar a cabo evaluaciones ambientales y adoptar medidas de reparación en situaciones posteriores a un conflicto.

2) La referencia a los "actores pertinentes" designa actores tanto estatales como no estatales. No solo los Estados, sino también una amplia variedad de actores, incluidas las organizaciones internacionales, tienen un papel que desempeñar en lo que respecta a las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación. La palabra "deberían" indica la escasez de práctica en evaluaciones ambientales posteriores a un conflicto armado. Su uso en el proyecto de principio se entiende sin perjuicio de las diversas obligaciones convencionales de reparación de los daños al medio ambiente causados por un conflicto armado[841].

3) La "evaluación ambiental" es distinta de la "evaluación del impacto ambiental", que se suele llevar a cabo *ex ante* como medida de prevención[842]. Estas evaluaciones del impacto desempeñan una importante función en la preparación y aprobación de planes, programas, políticas y legislación, según proceda. En ellas se pueden evaluar los efectos ambientales probables, también en la salud, de un plan o programa[843].

4) Este es el contexto en el que la evaluación ambiental posterior a un conflicto ha surgido como instrumento para incorporar las consideraciones ambientales en los planes de desarrollo para la fase posterior a un conflicto. Estas evaluaciones suelen tener por objeto determinar los principales riesgos ambientales para la salud, los medios de vida y la seguridad, y presentar a las autoridades nacionales recomendaciones sobre el modo de abordarlos[844]. La evaluación ambiental posterior a un conflicto pretende atender varias necesidades y procesos normativos de distinto alcance, objetivo y enfoque según las exigencias[845]. Estas evaluaciones ambientales posteriores a un conflicto, que se llevan a cabo

[841] Esas obligaciones pueden derivarse de tratados de desarme, como el Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996), anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Ginebra, 3 de mayo de 1996); el Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra (Protocolo V), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2399, núm. 22495, pág. 100; la Convención sobre Municiones en Racimo, o el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (Nueva York, 7 de julio de 2017), Naciones Unidas, *Treaty Series*, núm. 56478 (número de volumen por determinar), en https://treaties.un.org. Cabe citar también instrumentos sobre derecho del medio ambiente, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica o la Convención del Patrimonio Mundial, que prevén evaluaciones ambientales posteriores a un suceso importante, como un conflicto armado. La obligación de cooperar puede basarse también en el derecho de los conflictos armados o el derecho internacional de los derechos humanos.

[842] Véase, por ejemplo, el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, núm. 34028, pág. 309.

[843] Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente del Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, en https://unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolspanish.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[844] "Post-crisis environmental assessment", en www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/preparedness-and-response/post-crisis-environmental (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[845] D. Jensen, "Evaluating the impact of UNEP's post conflict environmental assessments", *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding* (véase la nota 450 *supra*), págs. 17 a 62, en especial pág. 18.

a petición de un Estado, pueden adoptar la forma de: a) una evaluación de las necesidades[846]; b) una evaluación cuantitativa de los riesgos[847]; c) una evaluación estratégica[848]; o d) una evaluación integral[849]. En la evaluación integral de Rwanda, por ejemplo, se procedió a una evaluación y una valoración periciales de carácter científico que implicaron una serie de actividades, como la definición del alcance del problema, el estudio de la documentación, el trabajo de campo, la recogida de muestras ambientales, la modelización a partir de sistemas de información geográfica, la elaboración de análisis e informes y la celebración de consultas nacionales. Se reconoce que los conflictos a menudo tienen repercusiones ambientales, directas o indirectas, que afectan a la salud humana y a los medios de vida, así como a los servicios de los ecosistemas[850].

5) Se alienta a llevar a cabo estas evaluaciones porque, si no se afrontan las repercusiones ambientales de los conflictos armados, es muy probable que puedan provocar más desplazamientos de población e inestabilidad socioeconómica, lo que dificultaría la recuperación y la reconstrucción en las zonas afectadas por un conflicto y crearía un círculo vicioso[851]. Además, esas evaluaciones pueden ser cruciales para facilitar la adopción de medidas destinadas a reparar los daños al medio ambiente causados por un conflicto armado.

6) A fin de armonizar el texto con otros proyectos de principio, en particular el proyecto de principio 2, en el presente principio se utilizan las palabras “de reparación” aun cuando el término “recuperación” sea más habitual en la práctica. Una vez completada la evaluación, hay que asegurarse de que se pongan en marcha programas de recuperación ambiental con objeto de reforzar la labor de las autoridades ambientales nacionales y locales, rehabilitar los ecosistemas, mitigar los riesgos y garantizar la utilización sostenible de los recursos en el contexto de los planes de desarrollo del Estado en cuestión[852].

Principio 25
Socorro y asistencia

Cuando, en relación con un conflicto armado, la fuente de los daños ambientales no se haya identificado o no haya acceso a una reparación, los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes deberían adoptar medidas apropiadas para que los daños no queden sin reparar o sin indemnizar, y pueden considerar el establecimiento de fondos de indemnización especiales o la prestación de otras formas de socorro o asistencia.

---

[846] La evaluación de las necesidades y el estudio de la documentación pueden llevarse a cabo durante un conflicto o después de este, a partir de una recopilación de información secundaria preexistente sobre las tendencias ambientales y la gestión de los recursos naturales, así como sobre los problemas de las fuentes internacionales y nacionales. Esta información, con limitadas visitas de verificación sobre el terreno, se recopila posteriormente en un informe en el que se intenta determinar y priorizar las necesidades ambientales. *Ibid*., págs. 18 y 19.

[847] Las evaluaciones cuantitativas de los riesgos, que conllevan visitas sobre el terreno, análisis de laboratorio e imágenes satelitales, se centran en el impacto ambiental directo de los conflictos ocasionado por los bombardeos y la destrucción de edificios, zonas industriales e infraestructuras públicas. *Ibid*., págs. 19 y 20.

[848] Las evaluaciones estratégicas valoran el impacto indirecto de las estrategias de supervivencia y respuesta de la población local y los problemas institucionales causados por el colapso de las estructuras de gobierno y las capacidades. Suelen ser de larga duración. *Ibid*., pág. 20.

[849] Las evaluaciones integrales persiguen ofrecer una imagen detallada de cada uno de los sectores de los recursos naturales y las tendencias ambientales, los problemas de gobernanza y las necesidades de capacidad. A partir de consultas nacionales con los interesados, las evaluaciones integrales tratan de determinar prioridades y calcular los costos de las intervenciones necesarias a corto, mediano y largo plazo. *Ibid*., pág. 20.

[850] Network on Environment and Development Cooperation (ENVIRONET) del Comité de Asistencia para el Desarrollo, “Strategic environment assessment and post-conflict development SEA toolkit” (2010), pág. 4, en http://content-ext.undp.org/aplaws_publications/2078176/Strategic%20Environment%20Assessment%20and%20Post%20Conflict%20Development%20full%20version.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[851] *Ibid.*

[852] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Disasters and Conflicts Programme”, pág. 3.

Comentario

1) El proyecto de principio 25 tiene por objeto alentar a los Estados a que adopten medidas apropiadas para reparar e indemnizar los daños ambientales causados durante un conflicto armado. Más concretamente, se ocupa del socorro y la asistencia en situaciones en las que no se haya identificado la fuente de los daños ambientales o no haya acceso a una reparación. Esas situaciones pueden plantearse por diferentes motivos. Las características particulares de los daños ambientales pueden complicar el establecimiento de la responsabilidad: los daños pueden ser el resultado de una cadena de acontecimientos y no de un solo acto, y prolongarse a lo largo de muchos años, lo que dificulta el establecimiento de una relación causal con actos específicos[853]. La presencia de múltiples actores estatales y no estatales en los conflictos contemporáneos puede complicar todavía más la atribución de responsabilidad[854]. Aunque esas dificultades no eximen al Estado responsable de la obligación de reparar[855], es posible que no se pueda identificar al actor responsable, o que no existan medios para hacer efectiva la responsabilidad y obtener una reparación[856]. Además,

[853] En primer lugar, la distancia que separa a la fuente del lugar de los daños puede ser de docenas o incluso cientos de millas, lo que crea dudas sobre la relación causal, incluso cuando se puede determinar la existencia de actividades contaminantes; en segundo lugar, es posible que los efectos nocivos de una sustancia contaminante no se sientan hasta años o decenios después del hecho; en tercer lugar, algunos tipos de daños solo se producen si la contaminación se prolonga en el tiempo; y, en cuarto lugar, la misma sustancia contaminante no siempre produce los mismos efectos perjudiciales debido a importantes variaciones en las circunstancias físicas. A. C. Kiss y D. Shelton, *Guide to International Environmental Law* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2007), págs. 20 y 21. Véase también P.-M Dupuy, "L'État et la réparation des dommages catastrophiques", en F. Francioni y T. Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm* (Boston, Graham and Trotman, 1991), págs. 125 a 147, en especial pág. 141, que describe las características inherentes a los daños ecológicos de la siguiente manera: "au-delà de ses incidences immédiates et souvent spectaculaires, il pourra aussi être diffus, parfois différé, cumulatif, indirect" [más allá de sus consecuencias inmediatas y a menudo espectaculares, también pueden ser difusos, a veces diferidos, acumulativos, indirectos]. Véase también C. R. Payne, "Developments in the law of environmental reparations. A case study of the UN Compensation Commission", en Stahn, Iverson y Easterday (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace...* (nota 541 *supra*), págs. 329 a 366, en especial pág. 353. Véase la definición de daños ambientales en Sands, *Principles of International Environmental Law* (nota 607 *supra*), págs. 741 a 748.

[854] Véase *Armed Activities*, reparaciones (nota 484 *supra*), párr. 94. Véase también CICR, "International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts", documento elaborado para la 32ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (2015), *International Review of the Red Cross*, vol. 97 (2015), págs. 1427 a 1502, en especial págs. 1431 y 1432.

[855] *Armed Activities*, reparaciones (nota 484 *supra*), párr. 97 ("No obstante, el hecho de que el daño se deba a causas concurrentes no basta para eximir a la parte demandada de su obligación de reparar").

[856] Sobre la historia de las reparaciones de guerra, véase P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*. *La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre* (Bruselas, Bruylant, 2002). Véase también el comentario del CICR (1987) sobre el Protocolo Adicional I, art. 91, párr. 3651: "Cuando se firma un tratado de paz, las Partes pueden, en principio, solucionar a su manera los problemas relacionados con los daños de guerra en general y las responsabilidades por el desencadenamiento del conflicto". La actuación de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en la tramitación de reclamaciones ambientales ha sido histórica en el ámbito de la reparación de los daños causados al medio ambiente en tiempo de guerra (véase la nota 487 *supra*). Entre los otros instrumentos internacionales pertinentes que se ocupan de los daños causados al medio ambiente en tiempo de guerra o están facultados para ello, cabe citar la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía establecida en 2000 (véase el Acuerdo de Cesación de Hostilidades entre el Gobierno de la República Democrática Federal de Etiopía y el Gobierno del Estado de Eritrea (Argel, 18 de junio de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2138, núm. 37273, pág. 85, y el Acuerdo entre el Gobierno de la República Democrática Federal de Etiopía y el Gobierno del Estado de Eritrea relativo al reasentamiento de las personas desplazadas, así como a la rehabilitación y la construcción de la paz en ambos países (Argel, 12 de diciembre de 2000), *ibid*., núm. 37274, pág. 93); y la opinión consultiva de 2004 de la Corte Internacional de Justicia sobre la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado, véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (nota 351 *supra*), pág. 189, párr. 131, y pág. 192, párr. 136. Véase también *Armed Activities on the Territory of the Congo*, fallo, 2005 (nota 484 *supra*), pág. 257, párr. 259.

los daños ambientales causados en un conflicto armado pueden ser consecuencia de actividades lícitas con arreglo al derecho de los conflictos armados[857].

2) Es habitual que los Estados y las organizaciones internacionales recurran a los pagos a título graciable para reparar los daños y perjuicios causados en tiempo de guerra sin reconocer responsabilidad alguna, y posiblemente tratando de excluir también toda responsabilidad civil ulterior. Estos pagos tienen diferentes propósitos y pueden efectuarse cuando los daños y perjuicios son consecuencia de acciones lícitas[858]. En la mayoría de los casos, las reparaciones se pagan en caso de lesiones o muerte de civiles o daños a bienes de carácter civil, pero pueden servir asimismo para reparar los daños al medio ambiente, también en los casos en que partes del medio ambiente constituyan bienes de carácter civil. La asistencia a las víctimas es un concepto más amplio y reciente que se utiliza en relación con los conflictos armados —pero también en otros contextos— para responder a los daños causados a personas o comunidades, entre otras cosas por actividades militares[859].

3) Un ejemplo de rehabilitación del medio ambiente en una situación contemplada en el proyecto de principio es la asistencia prestada al Líbano tras el bombardeo de la central eléctrica de Yiya en 2006. Tras el ataque de las fuerzas armadas israelíes contra la central eléctrica situada en la costa libanesa, se calcula que se vertieron 15.000 t de petróleo en el mar Mediterráneo[860]. A raíz de las solicitudes de asistencia del Gobierno del Líbano, el Centro Regional de Respuesta a Situaciones de Emergencia de Contaminación Marina en el Mar Mediterráneo proporcionó asistencia técnica a distancia y sobre el terreno para las labores de limpieza. La asistencia se prestó en el marco del Protocolo de Cooperación para Luchar contra la Contaminación por Hidrocarburos y Otras Substancias Dañinas en Casos de Emergencia en el Mar Mediterráneo, de 2002, uno de los protocolos del Convenio de

[857] Podría decirse que así ocurre con la mayoría de los daños ambientales causados en un conflicto, dado que las prohibiciones específicas establecidas en el derecho de los conflictos armados no atañen a los daños operacionales normales al medio ambiente que quedan tras la cesación de las hostilidades, provocados por, entre otras fuentes, el uso de vehículos de oruga en superficies desérticas frágiles; la eliminación de desechos sólidos, tóxicos y médicos; el agotamiento de los escasos recursos hídricos; o la recuperación incompleta de las municiones, como señala C. R. Payne, "The norm of environmental integrity in post-conflict legal regimes", en Stahn, Easterday e Iverson (eds.), Jus Post Bellum: *Mapping the Normative Foundation* (nota 753 *supra*), págs. 502 a 518, en especial pág. 511. Véanse *supra* el proyecto de principio 14 y el párrafo 8) de su comentario.

[858] Universidad de Ámsterdam y Center for Civilians in Conflict, "Monetary payments for civilian harm in international and national practice" (2015). Véanse también Estados Unidos, Oficina Gubernamental de Rendición de Cuentas, "Military operations. The Department of Defense's use of solatia and condolence payments in Iraq and Afghanistan", informe, mayo de 2007; y W. M. Reisman, "Compensating collateral damage in elective international conflict", *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 8 (2013), págs. 1 a 18.

[859] Véase, por ejemplo, Handicap International, "Victim Assistance in the context of mines and explosive remnants of war", Handicap International (julio de 2014), en https://handicap-international.ch/sites/ch/files/documents/files/assistance-victimes-mines-reg_anglais.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también Clínica Internacional de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de Harvard, "Environmental remediation under the treaty on the prohibition of nuclear weapons" (abril de 2018), en http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2018/04/Environmental-Remediation-short-5-17-18-final.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véanse además Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005, anexo. El principio 9 establece que "[u]na persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado".

[860] Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Lebanon Post-Conflict Environmental Assessment* (2007), págs. 42 a 45, en https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_Lebanon.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, "Environmental emergency response to the Lebanon crisis", en https://www.unocha.org/sites/dms/Documents/Report_on_response_to_the_Lebanon_Crisis.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

Barcelona[861]. Las medidas de reparación adoptadas por los Estados Unidos en la guerra de Viet Nam en relación con el uso de agente naranja (herbicida que contiene dioxinas, unas sustancias tóxicas) constituyen un ejemplo de respuesta a título graciable a los efectos de un conflicto armado en el medio ambiente y la salud[862].

4) El término "reparación" se utiliza en el proyecto de principio como una noción general que abarca diferentes formas de reparación por hechos internacionalmente ilícitos[863]. No obstante, se trata de un contexto en el que no hay acceso a una reparación, como el de las situaciones en que no ha habido ningún hecho ilícito. Del mismo modo, las palabras "sin reparar" se refieren a la falta de medidas de reparación, mientras que "sin indemnizar" se refieren concretamente a la falta de indemnización económica. Estas expresiones definen las circunstancias específicas en las que se alienta a los Estados a que adopten medidas apropiadas de socorro y asistencia, como puede ser el establecimiento de un fondo de indemnización[864]. También debería entenderse que el "socorro" y la "asistencia" incluyen las medidas de reparación en el sentido en que se han utilizado en el presente proyecto de principios, que abarcan cualquier medida de reparación que pueda adoptarse para restaurar el medio ambiente[865]. La disposición se entiende sin perjuicio de las obligaciones que los Estados puedan tener en materia de reparaciones.

5) El proyecto de principio 25 se ha ubicado en la quinta parte, que contiene proyectos de principio aplicables después de un conflicto armado. Si bien se reconoció que podía ser preferible adoptar medidas para hacer frente a los daños ambientales ya durante el conflicto armado, dado que los daños ambientales se acumulan y la reparación se vuelve más difícil con el tiempo, se consideró que el proyecto de principio era pertinente sobre todo en las situaciones posteriores a un conflicto armado.

---

[861] Protocolo de Cooperación para Luchar contra la Contaminación por Hidrocarburos y Otras Substancias Dañinas en Casos de Emergencia en el Mar Mediterráneo (Valetta, 25 de enero de 2002), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2942, anexo A, núm. 16908, pág. 87.

[862] Véase Estados Unidos, Congressional Research Service, "U.S. Agent Orange/Dioxin Assistance to Vietnam" (actualizado el 21 de febrero de 2019), en https://fas.org/sgp/crs/row/R44268.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[863] Artículo 34 y su comentario de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 101 y 102.

[864] El proyecto de principio 25 se ha redactado sobre la base del artículo 12, relativo a la reparación colectiva, de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre responsabilidad en sentido general y responsabilidad civil en virtud del derecho internacional por daños ambientales, de 1997, que establece que, en caso de que la fuente de los daños ambientales no se haya identificado o no haya acceso a una indemnización de la entidad responsable o de otras fuentes complementarias, los regímenes ambientales deben garantizar que los daños no queden sin indemnizar y pueden considerar la posibilidad de recurrir a fondos de indemnización especiales u otros mecanismos de reparación colectiva, o, en caso necesario, al establecimiento de tales mecanismos. International Law Institute, resolución titulada "Responsibility and liability under international law for environmental damage", *Yearbook*, vol. 67, segunda parte, período de sesiones de Estrasburgo (1997), págs. 486 y ss., en especial pág. 499.

[865] Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de principio 2 *supra*. Véase el párrafo 6) del comentario al proyecto de principio 24 *supra*. Véase además S. Hanamoto, "Mitigation and remediation of environmental damage", en Y. Aguila y J. Vinuales (eds.), *A Global Pact for the Environment – Legal Foundations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2019), pág. 79, donde se afirma que la mitigación y reparación de los daños ambientales tienen por objeto "evitar, reducir y, si fuera posible, compensar los efectos adversos significativos" (art. 5, párr. 3 b), Directiva 2011/92/UE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente). Más precisamente, "[l]a mitigación es el empleo de prácticas, procedimientos o tecnologías con el objeto de reducir al mínimo o prevenir los impactos asociados a las actividades propuestas" y "[l]a remediación abarca todas las medidas que puedan tomarse una vez que los impactos se han producido, a fin de promover, tanto como sea posible, el regreso de las condiciones del medioambiente a su estado original" (Reunión Consultiva del Tratado Antártico, Lineamientos revisados para la Evaluación de Impacto Ambiental en la Antártida, 3.5, 2016).

Principio 26
Restos de guerra

1. Las partes en un conflicto armado se ocuparán lo antes posible de eliminar o inutilizar los restos de guerra tóxicos u otros restos de guerra peligrosos bajo su jurisdicción o control que estén causando o corran el riesgo de causar daños al medio ambiente. Tales medidas se adoptarán con sujeción a las normas de derecho internacional aplicables.

2. Las partes también se esforzarán por alcanzar un acuerdo, entre ellas y, cuando proceda, con otros Estados y con organizaciones internacionales, sobre asistencia técnica y material, incluida, en su caso, la realización de operaciones conjuntas para eliminar o inutilizar tales restos de guerra tóxicos u otros restos de guerra peligrosos.

3. Los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier derecho u obligación de derecho internacional de limpiar, eliminar, destruir o mantener campos de minas, zonas minadas, minas, trampas explosivas, artefactos explosivos y otros artefactos.

Comentario

1) El proyecto de principio 26 tiene por objeto reforzar la protección del medio ambiente en una situación posterior a un conflicto. Pretende garantizar que los restos de guerra tóxicos u otros restos de guerra peligrosos que causen o puedan causar daños al medio ambiente sean eliminados o inutilizados después de un conflicto armado. Este proyecto de principio se refiere a los restos de guerra tóxicos u otros restos de guerra peligrosos en tierra, así como a los que han sido emplazados o vertidos en el mar, siempre que se encuentren bajo la jurisdicción o el control de una parte que haya intervenido en el conflicto armado. Las medidas se adoptarán con sujeción a las normas de derecho internacional aplicables.

2) El párrafo 1 está redactado en términos generales. Los restos de guerra adoptan varias formas. No se trata únicamente de restos explosivos de guerra, sino también de otros materiales y objetos peligrosos. Algunos restos de guerra no son en absoluto peligrosos para el medio ambiente o pueden ser menos peligrosos si se mantienen en su ubicación una vez finalizado el conflicto[866]. En otras palabras, eliminar los restos de guerra puede acarrear en algunas situaciones un mayor riesgo ambiental que dejarlos donde están. Por este motivo, el proyecto de principio contiene las palabras “o inutilizar”, a fin de indicar que, en algunas circunstancias, puede ser apropiado no hacer nada o adoptar medidas distintas de la eliminación.

3) La obligación de “ocuparse de” es de comportamiento y se refiere a “los restos de guerra tóxicos u otros restos de guerra peligrosos” que “estén causando o corran el riesgo de causar daños al medio ambiente”. Los términos “tóxicos” y “peligrosos” se utilizan a menudo para referirse a restos de guerra que representan un peligro para los seres humanos o el medio ambiente, y se ha considerado apropiado usarlos en el presente proyecto de principio[867]. El término “peligrosos” es algo más amplio que “tóxicos”, en el sentido de que todos los restos de guerra que representan una amenaza para los seres humanos o el medio ambiente pueden ser considerados peligrosos, pero no todos son tóxicos. La expresión “restos de guerra

[866] Por ejemplo, así sucede a menudo con las armas químicas que se han vertido al mar. Véase T. A. Mensah, “Environmental damages under the Law of the Sea Convention”, *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, J. E. Austin y C. E. Bruch (eds.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), págs. 226 a 249. El proyecto Chemical Munitions Search and Assessment (CHEMSEA) es un ejemplo de proyecto de cooperación entre los Estados bálticos que está financiado en parte por la Unión Europea. Puede encontrarse información sobre el proyecto CHEMSEA en http://ec.europa.eu/regional_policy/en/projects/finland/chemsea-tackles-problem-of-chemical-munitions-in-the-baltic-sea (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Véase también el sitio web de la Comisión para la Protección del Medio Marino del Báltico (Comisión de Helsinki) en https://helcom.fi/baltic-sea-trends/hazardous-subtances/sea-dumped-chemical-munitions/ (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

[867] Véase, para más información, CICR, “Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados”, informe elaborado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en 2011, núm. 31IC/11/5.1.1 3, pág. 23.

tóxicos” no cuenta con una definición en derecho internacional, pero ha sido utilizada para describir toda sustancia tóxica o radiológica derivada de actividades militares que suponga un riesgo para los seres humanos y los ecosistemas[868].

4) La expresión “lo antes posible” indica un plazo para la eliminación o inutilización de los restos de guerra tóxicos u otros restos de guerra peligrosos que no está relacionado con el momento en que termina oficialmente el conflicto armado. Se emplea en varios tratados pertinentes para el proyecto de principio[869].

5) Las palabras “jurisdicción o control” hacen referencia a las zonas bajo control *de iure* y *de facto*, aunque este no venga establecido por la existencia de un vínculo territorial. El término “jurisdicción” abarca, además del territorio del Estado, las actividades sobre las cuales el Estado está autorizado por el derecho internacional a ejercer su competencia y autoridad extraterritorialmente[870]. El término “control” designa las situaciones en las que un Estado (o una parte en un conflicto armado) ejerce un control *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de iure*[871]. Por tanto, “se refiere a la capacidad real de controlar eficazmente actividades que no estén sujetas a la jurisdicción de un Estado”[872].

6) El presente proyecto de principio está destinado a aplicarse a los conflictos armados internacionales y no internacionales, también en las situaciones de ocupación. Por esta razón, el párrafo 1 se refiere a las “partes en un conflicto”. La expresión “parte en un conflicto” ha sido utilizada en varias disposiciones de tratados sobre el derecho de los conflictos armados en el contexto de los restos de guerra[873]. Se usa en el presente proyecto de principio porque es previsible que puedan darse situaciones en que haya restos de guerra tóxicos o peligrosos en una zona sobre la que el Estado no tenga pleno control. Por ejemplo, un actor no estatal puede tener control sobre un territorio en el que haya restos de guerra tóxicos y peligrosos.

7) El párrafo 2 debe leerse conjuntamente con el párrafo 1. Alienta la cooperación y la asistencia técnica entre las partes para inutilizar los restos de guerra a los que se hace referencia en el párrafo 1. El párrafo 2 no tiene por objeto imponer a las partes ninguna nueva obligación de derecho internacional para que cooperen. No obstante, cabe prever que se den situaciones en que siga habiendo restos de guerra tóxicos u otros restos de guerra peligrosos en un territorio en el que el Estado no tenga un control absoluto y no esté en condiciones de asegurarse que se inutilicen dichos restos. Por ello, se consideró conveniente alentar a las partes a cooperar en tal sentido.

---

868 Véase M. Ghalaieny, “Toxic harm: humanitarian and environmental concerns from military-origin contamination”, documento de debate (proyecto Toxic Remnants of War, 2013), pág. 2. Véase también https://paxforpeace.nl/media/download/987_icbuw-toxicharmtrwproject.pdf (consulta realizada el 2 de agosto de 2022). Para más información sobre los restos de guerra tóxicos, véase también Geneva Academy, *Weapons Law Encyclopedia*, en www.weaponslaw.org (consulta realizada el 2 de agosto de 2022), apartado “Glossary”, donde se cita al CICR, “Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados”, pág. 23. Véanse las intervenciones de Austria, Costa Rica, Irlanda y Sudáfrica ante la Primera Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones.

869 Por ejemplo, la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, y la Convención sobre Municiones en Racimo.

870 Véase el párrafo 9) del comentario al artículo 1 de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 97 y 98, pág. 161. Véase también la resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo.

871 Párrafo 12) del comentario al artículo 1, *ibid.*

872 A/CN.4/692, párr. 33. En cuanto al concepto de “control”, véase la opinión consultiva relativa a *Namibia* (nota 774 *supra*), pág. 54, párr. 118, donde la Corte afirma que el hecho de que Sudáfrica ya no tenga título para administrar el Territorio no la exime de las obligaciones y responsabilidades que le impone el derecho internacional para con otros Estados respecto del ejercicio de sus facultades en relación con este Territorio. El control físico de un territorio, y no la soberanía o la legitimidad del título, es la base de la responsabilidad del Estado por los actos que afectan a otros Estados.

873 Véanse, por ejemplo, el Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales y el Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

8) El párrafo 3 contiene una cláusula sin perjuicio para evitar cualquier incertidumbre con respecto a la vigencia de las obligaciones convencionales o de derecho internacional consuetudinario existentes. Existen diversos tratados sobre el derecho de los conflictos armados y obligaciones de derecho internacional consuetudinario referentes a los restos de guerra, por lo que cada Estado tiene obligaciones diferentes a ese respecto[874].

9) La expresión "limpiar, eliminar, destruir o mantener", así como los restos de guerra específicos enumerados, a saber, "campos de minas, zonas minadas, minas, trampas explosivas, artefactos explosivos y otros artefactos", se han elegido específicamente y se han retomado de los tratados existentes sobre el derecho de los conflictos armados a fin de que el párrafo se base en el derecho de los conflictos armados en su estado actual[875].

Principio 27
Restos de guerra en el mar

Los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes deberían cooperar para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente.

Comentario

1) A diferencia del proyecto de principio 26, que es más amplio y se ocupa de los restos de guerra de un modo más general, el proyecto de principio 27 aborda la situación específica de los restos de guerra en el mar, incluidos sus efectos duraderos en el medio marino. El proyecto de principio 27 tiene valor añadido en la medida en que el proyecto de principio 26 se ocupa únicamente de los restos de guerra bajo la jurisdicción o el control de una de las partes que haya intervenido en un conflicto armado, por lo que no es lo suficientemente amplio como para abarcar todos los restos de guerra en el mar. Este proyecto de principio fomenta expresamente la cooperación internacional a fin de que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente[876].

2) Dada la naturaleza polifacética del derecho del mar, un Estado concreto podría tener soberanía, jurisdicción, ambas cosas o ni soberanía ni jurisdicción, dependiendo del lugar en el que se ubicaran los restos[877]. Por tanto, no resulta sorprendente que los restos de guerra en

[874] Véanse, por ejemplo, el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; el Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre Su Destrucción; la Convención sobre Municiones en Racimo; y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (Ginebra, 3 de septiembre de 1992), *ibid.*, vol. 1974, núm. 33757, pág. 45.

[875] Véase la redacción del Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre Su Destrucción; y la Convención sobre Municiones en Racimo.

[876] La necesidad de adoptar medidas de cooperación para valorar los efectos ambientales de los desechos de municiones químicas vertidas al mar y concienciar acerca de ellos está reconocida explícitamente por la Asamblea General desde 2010, en particular en su resolución 71/220. La resolución reafirma la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y recuerda varios instrumentos internacionales y regionales pertinentes. Observa asimismo la importancia de concienciar acerca de los efectos ambientales de los desechos de municiones químicas vertidas al mar e invita al Secretario General a recabar las opiniones de los Estados Miembros y las organizaciones internacionales y regionales pertinentes sobre las medidas de cooperación previstas en la resolución a fin de identificar los órganos intergubernamentales apropiados dentro de las Naciones Unidas para el ulterior examen y aplicación, según proceda, de dichas medidas.

[877] Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Los restos de guerra podrían hallarse en las aguas interiores, el mar territorial, las aguas archipelágicas, la plataforma continental, la zona económica exclusiva o en alta mar, y esto incidirá en los derechos y las obligaciones de los Estados.

el mar planteen problemas jurídicos importantes[878]. El Estado o los Estados de que se trate pueden tener la obligación jurídica de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino[879]. No obstante, no siempre es así, y el Estado ribereño, que tiene que cooperar en la labor de eliminación de los restos, puede no haber sido siquiera parte en el conflicto. Además, como ocurre con cualquier resto de guerra, las partes en el conflicto armado pueden haber dejado de existir o el Estado ribereño puede no tener los recursos necesarios para asegurarse de que los restos de guerra en el mar no representen un peligro para el medio ambiente. Otro problema previsible es que los restos constituyan un riesgo ambiental, pero que la parte que los dejó no hubiera incumplido en ese momento las obligaciones que le incumbían en virtud del derecho internacional.

3) Por consiguiente, el proyecto de principio 27 se refiere a los Estados en general, no solo a los que han participado en un conflicto armado. Tiene por objeto alentar a todos los Estados, así como a las organizaciones internacionales pertinentes[880], a cooperar para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente. La referencia a las "organizaciones internacionales" viene acompañada del calificativo "pertinentes" porque las cuestiones que se plantean suelen requerir competencias especializadas.

4) Se consideró apropiado utilizar las palabras "deberían cooperar" en lugar del verbo "cooperarán", más prescriptivo, dado que se trata de un ámbito en el que aún se está desarrollando la práctica internacional. La cooperación es un elemento importante en relación con los restos de guerra en el mar, puesto que los Estados ribereños afectados negativamente por dichos restos pueden no disponer de los recursos necesarios y, por ende, de capacidad para asegurarse de que no representen un riesgo ambiental.

5) Los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes pueden cooperar de diversos modos para que los restos de guerra en el mar no representen un riesgo ambiental. Por ejemplo, podrían estudiar las zonas marítimas y poner la información a disposición de los Estados afectados sin costo alguno, proporcionar mapas con balizas y facilitar información tecnológica y científica e información que permita determinar si los restos suponen un riesgo o pueden suponer un riesgo en el futuro.

6) Cada vez hay más concienciación sobre los efectos ambientales de los restos de guerra en el mar[881]. Los peligros que los restos de guerra representan para el medio ambiente podrían ocasionar considerables daños colaterales a la salud y la seguridad de las personas, especialmente de los marinos y pescadores[882]. Varios instrumentos de derecho internacional han reconocido la clara relación entre el peligro para el medio ambiente y la salud y la seguridad públicas y, por ello, se ha considerado particularmente importante alentar a los

[878] Véanse A. Lott, "Pollution of the marine environment by dumping: legal framework applicable to dumped chemical weapons and nuclear waste in the Arctic Ocean", *Nordic Environmental Law Journal*, vol. 1 (2015), págs. 57 a 69, y W. Searle y D. Moody, "Explosive Remnants of War at Sea: Technical Aspects of Disposal", en *Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects*, A. Westing (ed.) (Taylor & Francis, 1985).

[879] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 194, párr. 1 ("Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto"). Véanse también el artículo 192 y el artículo 194, párrafo 2.

[880] Por ejemplo, el proyecto CHEMSEA, puesto en marcha en 2011 como proyecto de cooperación entre los Estados bálticos y financiado en parte por la Unión Europea (véase la nota 866 *supra*).

[881] Véanse las resoluciones de la Asamblea General 65/149, de 20 de diciembre de 2010, y 68/208, de 20 de diciembre de 2013, y el documento A/68/258. Véase también Mensah, "Environmental damages under the Law of the Sea Convention", pág. 233.

[882] La Comisión para la Protección del Medio Marino del Báltico (Comisión de Helsinki), órgano rector del Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico, elaboró unas directrices para pescadores que encuentren municiones químicas vertidas al mar en una fase inicial. Para tener una visión general fácilmente accesible, véase el trabajo realizado por el James Martin Center for Nonproliferation Studies en www.nonproliferation.org/chemical-weapon-munitions-dumped-at-sea/ (consulta realizada el 2 de agosto de 2022).

Estados y las organizaciones internacionales a que cooperen entre sí para que los restos de guerra en el mar no representen ningún peligro para el medio ambiente[883].

[883] Existe una clara relación entre el peligro para el medio ambiente y la salud y la seguridad públicas. Véanse, por ejemplo, el artículo 55, párrafo 1, del Protocolo Adicional I, que habla de la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados internacionales y prohíbe emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen daños al medio ambiente, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población; el artículo 1, párrafo 2, del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales dispone que los efectos adversos para el medio ambiente incluyen: "los que afectan a la salud y la seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras físicas, o a la interacción entre dichos factores; incluyen asimismo los efectos sobre el patrimonio cultural y las condiciones socioeconómicas resultantes de las modificaciones de estos factores".

Capítulo VI
Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

A. Introducción

60. La Comisión, en su 59º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado" y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin[884]. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se puso a disposición de la Comisión en su 60º período de sesiones (2008)[885].

61. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63er período de sesiones (2011)[886]. La Comisión no pudo examinar el tema en sus períodos de sesiones 61º (2009) y 62º (2010)[887].

62. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que había dejado de ser miembro de la Comisión[888]. Recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014) y el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015). El quinto informe fue examinado por la Comisión en los períodos de sesiones 68º (2016) y 69º (2017), el sexto informe en los períodos de sesiones 70º (2018) y 71º (2019), el séptimo informe en el 71er período de sesiones (2019) y el octavo informe en el 72º período de sesiones (2021)[889]. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo, la Comisión ha aprobado provisionalmente 12 proyectos de artículo con sus comentarios. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, seguía en proceso de redacción[890].

---

884 En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta que figuraba en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/61/10), párr. 257).

885 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/62/10), párr. 386. El memorando de la Secretaría figura en el documento A/CN.4/596 y Corr.1.

886 A/CN.4/601, A/CN.4/631 y A/CN.4/646, respectivamente.

887 Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/64/10), párr. 207; e *ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/65/10), párr. 343.

888 *Ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/67/10), párr. 266.

889 A/CN.4/654, A/CN.4/661, A/CN.4/673, A/CN.4/686, A/CN.4/701, A/CN.4/722, A/CN.4/729 y A/CN.4/739, respectivamente.

890 Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/68/10), párrs. 48 y 49.

En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios (*ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/68/10), párrs. 48 y 49).

En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2, apartado e), y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios (*ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 130 a 132).

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

63. La Relatora Especial no presentó a la Comisión ningún informe nuevo en el actual período de sesiones. No obstante, el Comité de Redacción siguió examinando los proyectos de artículo pendientes que le habían sido remitidos anteriormente por la Comisión y que figuraban en los informes segundo (A/CN.4/661), séptimo (A/CN.4/729) y octavo (A/CN.4/739) de la Relatora Especial.

64. En su 3586ª sesión, celebrada el 3 de junio de 2022, la Comisión recibió y examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.969) y aprobó el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en primera lectura (véase la sección C.1).

65. En sus sesiones 3604ª a 3609ª, celebradas del 29 de julio al 3 de agosto de 2022, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de artículos antes mencionado (véase la sección C.2).

66. En su 3609ª sesión, celebrada el 3 de agosto de 2022, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir a los Gobiernos el proyecto de artículos (véase la sección C), por conducto del Secretario General, para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que los enviaran al Secretario General antes del 1 de diciembre de 2023.

67. En su 3609ª sesión, celebrada el 3 de agosto de 2022, la Comisión expresó su profundo reconocimiento a la Relatora Especial, la Sra. Concepción Escobar Hernández, por la extraordinaria contribución realizada, que había permitido a la Comisión culminar con éxito la primera lectura del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. También reiteró su profundo agradecimiento al anterior Relator Especial, el Sr. Roman A. Kolodkin, por su valiosa contribución a la labor sobre el tema.

C. Texto del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de artículos

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

En su 3329ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2, apartado f), y 6, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y de los que la Comisión había tomado nota en su 67º período de sesiones, y en sus sesiones 3345ª y 3346ª, que tuvieron lugar el 11 de agosto de 2016, la Comisión aprobó sus comentarios (*ibid.*, *septuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/71/10), párrs. 194, 195 y 250).

En su 3378ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 en votación registrada, y en sus sesiones 3387ª a 3389ª, que tuvieron lugar los días 3 y 4 de agosto de 2017, aprobó sus comentarios (*ibid.*, *septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 74, 76, 140 y 141).

En su 3501ª sesión, celebrada el 6 de agosto de 2019, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe provisional del Comité de Redacción sobre la "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado", con el proyecto de artículo 8 *ante* aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en el 71er período de sesiones (A/CN.4/L.940). La Comisión tomó nota del informe provisional del Comité de Redacción sobre el proyecto de artículo 8 *ante*, que se presentó a la Comisión a título informativo únicamente (*ibid.*, *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 125 y nota 1469).

En sus sesiones 3530ª y 3549ª, celebradas el 3 de junio y el 26 de julio de 2021, respectivamente, la Comisión recibió y examinó los informes del Comité de Redacción (A/CN.4/L.940, A/CN.4/L.953 y Add.1) y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 8 *ante*, 8, 9, 10, 11 y 12 (*ibid.*, *septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párr. 114).

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Primera parte
Introducción

Artículo 1
Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.

2. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.

3. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados parte en acuerdos internacionales que establecen cortes y tribunales penales internacionales, en las relaciones entre las partes en esos acuerdos.

Artículo 2
Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por “funcionario del Estado” un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales, y se refiere tanto a los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios;

b) se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.

Segunda parte
Inmunidad *ratione personae*

Artículo 3
Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*

Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Artículo 4
Alcance de la inmunidad *ratione personae*

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.

3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

Tercera parte
Inmunidad *ratione materiae*

Artículo 5
Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Artículo 6
Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

Artículo 7
Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:

a) crimen de genocidio;

b) crímenes de lesa humanidad;

c) crímenes de guerra;

d) crimen de *apartheid*;

e) tortura;

f) desapariciones forzadas.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

Cuarta parte
Disposiciones y garantías procesales

Artículo 8
Aplicación de la cuarta parte

Las disposiciones y garantías procesales de la presente parte se aplicarán en relación con todo ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro sobre un funcionario de otro Estado, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en la segunda parte y en la tercera parte del presente proyecto de artículos, incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no se aplica en virtud de cualquiera de los presentes proyectos de artículo.

Artículo 9
Consideración de la inmunidad por el Estado del foro

1. Cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el ejercicio de su jurisdicción penal deberán considerar sin dilación la cuestión de la inmunidad.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, las autoridades competentes del Estado del foro deberán considerar siempre la cuestión de la inmunidad:

a) antes de iniciar el procedimiento penal;

b) antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional.

Artículo 10
Notificación al Estado del funcionario

1. Antes de que las autoridades competentes del Estado del foro inicien el procedimiento penal o adopten medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado, el Estado del foro notificará dicha circunstancia al Estado del funcionario. Los Estados considerarán el establecimiento de los procedimientos adecuados para facilitar dicha notificación.

2. La notificación incluirá, *inter alia*, la identidad del funcionario, los motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal y la autoridad competente para el ejercicio de la jurisdicción.

3. La notificación se realizará por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

Artículo 11
Invocación de la inmunidad

1. El Estado podrá invocar la inmunidad de su funcionario cuando tenga conocimiento de que la jurisdicción penal de otro Estado se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario. La invocación de la inmunidad debe realizarse a la mayor brevedad posible.

2. La invocación de la inmunidad se realizará por escrito, indicando la identidad y el cargo que ocupa el funcionario y los motivos por los que se invoca la inmunidad.

3. La inmunidad se puede invocar por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. Las autoridades ante quienes se ha invocado la inmunidad informarán inmediatamente de ese hecho a las demás autoridades interesadas.

Artículo 12
Renuncia a la inmunidad

1. El Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario.

2. La renuncia a la inmunidad ha de ser siempre expresa y por escrito.

3. La renuncia a la inmunidad se puede comunicar por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. Las autoridades a las que se ha comunicado la renuncia informarán inmediatamente a las demás autoridades interesadas de que se ha renunciado a la inmunidad.

5. La renuncia a la inmunidad es irrevocable.

Artículo 13
Solicitudes de información

1. El Estado del foro podrá solicitar al Estado del funcionario la información que considere pertinente a los efectos de decidir si la inmunidad se aplica o no.

2. El Estado del funcionario podrá solicitar al Estado del foro la información que considere pertinente a los efectos de decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella.

3. La información podrá ser solicitada por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. El Estado requerido considerará toda solicitud de información de buena fe.

Artículo 14
Determinación de la inmunidad

1. La determinación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado será realizada por las autoridades competentes del Estado del foro, de acuerdo con su derecho y sus procedimientos y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

2. Para realizar la determinación de la inmunidad, dichas autoridades competentes deberán tomar en consideración, en particular:

a) si el Estado del foro ha realizado la notificación prevista en el proyecto de artículo 10;

b) si el Estado del funcionario ha invocado o ha renunciado a la inmunidad;

c) cualquier otra información relevante proporcionada por las autoridades del Estado del funcionario;

d) cualquier otra información relevante proporcionada por otras autoridades del Estado del foro; y

e) cualquier otra información relevante procedente de otras fuentes.

3. Cuando el Estado del foro considere la aplicación del proyecto de artículo 7 para determinar la inmunidad:

a) las autoridades que realicen la determinación deben tener un nivel suficientemente alto;

b) además de lo previsto en el párrafo 2, las autoridades competentes deberán:

i) asegurarse de que existen razones sustanciales para creer que el funcionario cometió alguno de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7;

ii) tomar en consideración toda petición o notificación de otra autoridad o tribunal relativa a su ejercicio o su intención de ejercer la jurisdicción penal sobre el funcionario.

4. Las autoridades competentes del Estado del foro deberán determinar siempre la inmunidad:

a) antes de iniciar el procedimiento penal;

b) antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar al funcionario, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional. Este subapartado no impide la adopción o el mantenimiento de medidas cuya ausencia impida un posterior proceso penal contra el funcionario.

5. Toda determinación de que un funcionario de otro Estado no goza de inmunidad deberá poder ser impugnada por vía judicial. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la impugnación de cualquier otra determinación de la inmunidad que pueda realizarse en virtud del derecho aplicable en el Estado del foro.

Artículo 15
Remisión del procedimiento penal

1. Las autoridades competentes del Estado del foro podrán, *proprio motu* o a petición del Estado del funcionario, ofrecer al Estado del funcionario la remisión del procedimiento penal.

2. El Estado del foro deberá considerar de buena fe toda petición de remisión del procedimiento penal. Dicha remisión solo tendrá lugar si el Estado del funcionario acepta someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

3. Una vez acordada la remisión, el Estado del foro suspenderá su procedimiento penal, sin perjuicio de la adopción o el mantenimiento de medidas cuya ausencia impida un posterior proceso penal contra el funcionario.

4. El Estado del foro podrá reanudar su procedimiento penal si, tras la remisión, el Estado del funcionario no somete con prontitud y de buena fe el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

5. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra obligación del Estado del foro o del Estado del funcionario en virtud del derecho internacional.

Artículo 16
Trato justo del funcionario del Estado

1. Todo funcionario de otro Estado sobre el que se está ejerciendo o se podría ejercer la jurisdicción penal del Estado del foro tendrá garantizado un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos y garantías procesales de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluidos el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

2. Dicho funcionario, cuando se encuentre en prisión, detenido o recluido en el Estado del foro, tendrá derecho a:

a) comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado del funcionario;

b) recibir la visita del representante de ese Estado; y

c) ser informado sin demora de los derechos que le 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 del foro, en el entendido de que dichas leyes y

normativas han de permitir que tenga pleno efecto el propósito de los derechos mencionados en el párrafo 2.

Artículo 17
Consultas

El Estado del foro y el Estado del funcionario celebrarán consultas, cuando sea apropiado, a petición de cualquiera de las partes, sobre las cuestiones relacionadas con la inmunidad del funcionario cubierta por el presente proyecto de artículos.

Artículo 18
Arreglo de controversias

1. En caso de controversia sobre la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos, el Estado del foro y el Estado del funcionario tratarán de buscarle solución mediante la negociación u otros medios pacíficos de su elección.

2. Si no se puede alcanzar una solución mutuamente aceptable en un plazo razonable, la controversia se someterá, a petición del Estado del foro o del Estado del funcionario, a la Corte Internacional de Justicia, a menos que ambos Estados convengan en someter la controversia a arbitraje o a otro medio de solución conducente a una decisión obligatoria.

Anexo

Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2

Crimen de genocidio

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 6.
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, artículo II.

Crímenes de lesa humanidad

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 7.

Crímenes de guerra

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 8, párrafo 2.

Crimen de *apartheid*

- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, artículo II.

Tortura

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, artículo 1, párrafo 1.

Desapariciones forzadas

- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, artículo 2.

2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios

69. El texto del proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en primera lectura en su 73er período de sesiones figura a continuación.

Comentario general

1) El presente proyecto de artículos se ocupa de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Como ocurre siempre con la labor de la Comisión, el proyecto de artículos ha de leerse con sus comentarios.

2) La Comisión de Derecho Internacional se ha ocupado con anterioridad de la inmunidad de los funcionarios del Estado, bien sea en el contexto de las relaciones e inmunidades diplomáticas[891] y consulares[892], las misiones especiales[893], las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales[894], bien sea en el contexto de las inmunidades de los Estados y de sus bienes[895]. Junto a ello, la cuestión de la inmunidad ha sido objeto de consideración por parte de la Comisión al examinar otros temas relacionados con la responsabilidad penal del individuo, incluidos los Principios de Núremberg[896] y los distintos trabajos que han concluido con la aprobación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad[897] y, más recientemente, el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad[898].

3) El presente proyecto de artículos adopta un enfoque diferente a los anteriores, pues aborda específicamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En el proyecto de artículos se define el régimen jurídico general aplicable a esta categoría de inmunidad, que se caracteriza por los siguientes elementos: a) se limita a la inmunidad de jurisdicción penal; b) se limita a la jurisdicción penal extranjera y no afecta al régimen aplicable ante los tribunales penales internacionales; y c) se extiende a todos los funcionarios del Estado, con independencia de la posición que ocupen o las funciones específicas que desempeñen en el Estado, con la única excepción de aquellos funcionarios del Estado que estén cubiertos por regímenes especiales.

4) Al elaborar el presente proyecto de artículos, la Comisión ha tenido en cuenta los distintos elementos que figuran a continuación.

---

891 Véase el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas aprobado por la Comisión en su décimo período de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Anuario...), 1958*, vol. II, documento A/3859, págs. 96 y ss., párr. 53. Véanse, en especial, los proyectos de artículo 29, 30 y 36 a 38, y los comentarios correspondientes, *ibid*., págs. 105 a 110.

892 Véase el proyecto de artículos sobre relaciones consulares aprobado por la Comisión en su 13er período de sesiones, *Anuario… 1961*, vol. II, documento A/4843, págs. 103 y ss., párr. 37. Véanse, en especial, los proyectos de artículo 41 a 45, 53, 57 y 61, y los comentarios correspondientes, *ibid*., págs. 128 a 132, 136, 139 y 140.

893 Véase el proyecto de artículos sobre las misiones especiales aprobado por la Comisión en su 19º período de sesiones, *Anuario... 1967*, vol. II, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.1, págs. 361 y ss., párr. 35. Véanse, en especial, los proyectos de artículo 9, 29, 31, 36 a 41 y 44, y los comentarios correspondientes, *ibid*., págs. 365 y 366, 376 y 378 a 380.

894 Véase el proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en su 23er período de sesiones, *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), documento A/8410/Rev.1, págs. 307 y ss., párr. 60. Véanse, en especial, los proyectos de artículo 22, 28, 30, 31, 36 a 38, 50, 53, 59, 61, 62, 67 a 69 y 74, y los comentarios correspondientes, *ibid*., págs. 323, 324, 327 a 329, 332 a 335, 340 a 342, 344 a 346, 348, 349, 351 y 352.

895 Véase el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobado por la Comisión en su 43er período de sesiones, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 13 y ss., párr. 28. Véanse, en especial, los proyectos de artículo 2 y 3, y los comentarios correspondientes, *ibid*., págs. 14 a 23.

896 Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg (Principios de Núremberg), *Yearbook of the International Law Commission* (*Yearbook...*) *1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, págs. 374 a 378, párrs. 97 a 127. Véase, en especial, el principio III, con su comentario, *ibid*., pág. 375.

897 *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 50. Véase, en especial, el proyecto de artículo 7, con su comentario, *ibid*., págs. 29 y 30.

898 El texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en su 71er período de sesiones y los comentarios correspondientes figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 44 y 45. Véase, en especial, el proyecto de artículo 6, párrafo 5, con su comentario

5) El primero de estos elementos es la necesidad de garantizar el respeto del principio de igualdad soberana del Estado, que constituye el fundamento mismo de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En general, el propósito de la concesión de inmunidad en virtud del derecho internacional a un funcionario del Estado es garantizar su capacidad de representar al Estado o ejercer funciones estatales. En efecto, como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia, la inmunidad se reconoce a los funcionarios del Estado en su beneficio a fin de proteger sus derechos e intereses y no a título privativo del funcionario[899]. Además, teniendo en cuenta la diversidad de posiciones en que se pueden encontrar distintos funcionarios del Estado, el proyecto de artículos distingue entre dos regímenes jurídicos, a saber: la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.

6) En segundo lugar, con arreglo al principio de igualdad soberana de los Estados, el Estado del foro tiene derecho a ejercer su propia jurisdicción penal. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, existe una estrecha relación entre jurisdicción e inmunidad, ya que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera solo puede entenderse en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal[900].

7) En tercer lugar, la inmunidad de los funcionarios del Estado se aplica teniendo en cuenta que el derecho internacional es un sistema jurídico congruente[901]. Por tanto, al elaborar este proyecto de artículos se deben tener en cuenta las normas ya existentes en distintas esferas del derecho internacional contemporáneo. En especial, se deben tener en consideración los logros del derecho penal internacional, que se concretan en la tipificación y sanción de los más graves crímenes de derecho internacional y en la definición del principio de rendición de cuentas como uno de sus elementos constitutivos, y en la consolidación de la lucha contra la impunidad como un objetivo de la comunidad internacional[902]. Aunque

899 *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial pág. 14, párr. 31.

900 *Ibid*., pág. 19, párr. 46.

901 Véase la conclusión 1 del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, adoptada por la Comisión en 2006: “1) El derecho internacional como sistema jurídico. El derecho internacional es un sistema jurídico. Sus reglas y principios (es decir, sus normas) surten efectos en relación con otras normas y principios y deben interpretarse en el contexto de estos. Como sistema jurídico, el derecho internacional no es una compilación aleatoria de esas normas. Entre ellas existen útiles relaciones. Así, pueden existir normas de rango superior o inferior, su formulación puede tener mayor o menor generalidad o especificidad y su validez puede remontarse a períodos anteriores o posteriores”. *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), cap. XII, párr. 251, pág. 195.

902 La Asamblea General ha destacado el importante papel de la rendición de cuentas y la lucha contra la impunidad. En la declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, los Estados se “compromete[n] a asegurar que no se tolere la impunidad por el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, ni por las violaciones del derecho internacional humanitario y las violaciones graves de las normas de derechos humanos, y que tales violaciones se investiguen debidamente y reciban las sanciones apropiadas, lo que incluye hacer comparecer ante la justicia a los autores de cualquier delito, mediante mecanismos nacionales o, cuando proceda, mecanismos regionales o internacionales, de conformidad con el derecho internacional”. Véase la resolución 67/1 de la Asamblea General, de 24 de septiembre de 2012, párr. 22. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos ha afirmado la necesidad de “garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia [y] brindar vías de recurso a las víctimas” en el preámbulo de su resolución 27/3, de 25 de septiembre de 2014. El principio de responsabilidad también ha sido destacado por la Corte Internacional de Justicia, que ha afirmado que el sistema de supervisión establecido por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes tiene por objeto evitar que los presuntos autores de actos de actos de tortura queden impunes, velando por que no puedan hallar refugio en ningún Estado parte (*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. 461, párr. 120). Los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal se refirieron a la relación entre la inmunidad, por una parte, y la rendición de cuentas y la lucha contra la impunidad, por otra, en su opinión separada en la causa relativa a la *Orden de detención*, señalando que el reconocimiento cada vez mayor de que “los autores de crímenes internacionales graves no quedan impunes ha tenido repercusiones en las inmunidades de las que gozan los altos dignatarios del Estado en virtud del derecho consuetudinario tradicional” (*Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 85, párr. 74).

"inmunidad" e "impunidad" no son términos equivalentes ni intercambiables, es importante evitar que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado tenga como consecuencia la impunidad de los más graves crímenes de derecho internacional[903].

8) Por todo ello, la Comisión ha incluido en el proyecto de artículos varias disposiciones relativas, respectivamente, a la excepción a la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado respecto de varios crímenes de derecho internacional; a la separación entre el presente proyecto de artículos y el régimen aplicable a los tribunales penales internacionales; y a la existencia o la definición de mecanismos que permitan el posible ~~el~~ enjuiciamiento de los funcionarios del Estado, bien sea por los tribunales de su propio Estado o de un tercer Estado, bien —cuando ello sea posible— por un tribunal internacional.

9) Por último, la Comisión ha tomado igualmente en consideración que, en determinadas circunstancias, el ejercicio de la jurisdicción penal sobre los funcionarios de otro Estado puede responder a motivaciones políticas o producirse de forma abusiva, generando tensiones no deseables en las relaciones entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. Por ello, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado puede contribuir a la estabilidad de las relaciones internacionales.

10) Así pues, el presente proyecto de artículos incluye un conjunto de disposiciones y garantías procesales cuya finalidad es favorecer la confianza, el entendimiento mutuo y la cooperación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, y ofrecer garantías frente al eventual abuso y la politización del ejercicio de la jurisdicción penal contra el funcionario de otro Estado.

11) Estos elementos se reflejan tanto en el contenido como en la estructura del presente proyecto de artículos y contribuyen al equilibrio del proyecto entendido en su conjunto. El proyecto de artículos está dividido en cuatro partes, dedicadas, respectivamente, al ámbito de aplicación y las definiciones (primera parte), la inmunidad *ratione personae* (segunda parte), la inmunidad *ratione materiae* (tercera parte) y las disposiciones y garantías procesales (cuarta parte).

12) Como es habitual en los trabajos de la Comisión, el proyecto de artículos contiene propuestas tanto de codificación como de desarrollo progresivo del derecho internacional. En los comentarios a los proyectos de artículo se hacen las oportunas referencias a esta cuestión, con la finalidad de ofrecer a los Estados información suficiente al respecto y asegurar la transparencia que debe regir los trabajos de la Comisión.

13) Por último, debe tenerse en cuenta que la Comisión no se ha pronunciado aún sobre la recomendación que se deba dirigir en su día a la Asamblea General respecto del presente proyecto de artículos: bien sea someterlo a la consideración de los Estados de forma general, bien sea recomendar que sea utilizado como base para la negociación de un futuro tratado en la materia. Como es habitual, la Comisión deberá adoptar dicha decisión en el momento de aprobar el proyecto de artículos en segunda lectura, beneficiándose así de los comentarios que puedan realizar los Estados sobre esta cuestión.

[903] En el fallo de la causa relativa a la *Orden de detención*, la Corte Internacional de Justicia determinó que "la *inmunidad* de jurisdicción de que disfrutan los Ministros de Relaciones Exteriores en el desempeño de su cargo no significa que disfruten de *impunidad* respecto de los delitos que puedan haber cometido, con independencia de su gravedad. La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Mientras que la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo. La inmunidad de jurisdicción puede obstaculizar las acciones penales durante un cierto período o respecto de ciertas infracciones; no puede exonerar de toda responsabilidad penal a la persona que se beneficia de la inmunidad". La Corte añade que "en consecuencia, las inmunidades reconocidas en virtud del derecho internacional a un ministro de relaciones exteriores en ejercicio o a un ex ministro de asuntos exteriores no impide la incoación de un proceso penal en determinadas circunstancias". Véase *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 899 *supra*), pág. 25, párrs. 60 y 61.

Primera parte
Introducción

Comentario

La primera parte, titulada “Introducción”, incluye las disposiciones que definen el marco general en el que opera el proyecto de artículos. El proyecto de artículo 1 delimita el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, y el proyecto de artículo 2 recoge las definiciones de “funcionario del Estado” y “acto realizado a título oficial”, que, por su propia naturaleza, son de especial relevancia para la correcta comprensión del proyecto de artículos en su conjunto y que se emplean de forma transversal en este.

Artículo 1
Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.

2. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.

3. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados parte en acuerdos internacionales que establecen cortes y tribunales internacionales, en las relaciones entre las partes en esos acuerdos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 se dedica a la definición del ámbito de aplicación del proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. En él se han incorporado en una única disposición las dos perspectivas, positiva y negativa, que determinan los límites del ámbito de aplicación. El párrafo 1 define el supuesto al que se aplica el proyecto de artículos, mientras que el párrafo 2 contiene una cláusula “sin perjuicio” en la que se enumeran las situaciones que, en virtud del derecho internacional, están sometidas a regímenes especiales que no se ven afectados por el presente proyecto de artículos. El párrafo 3 contiene una cláusula referida a las cortes y los tribunales penales internacionales, que quedan igualmente fuera del ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Aunque la Comisión ha empleado en el pasado diferentes técnicas para definir esta doble perspectiva del ámbito de aplicación de un proyecto de artículos[904], en esta ocasión

[904] En el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párr. 28), la Comisión optó por abordar la doble dimensión del ámbito de aplicación en dos proyectos de artículo separados, lo que finalmente se reflejó en la Convención aprobada en 2004 (Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004), resolución 59/38 de la Asamblea General, anexo, arts. 1 y 3). Por el contrario, en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, de 1975 (Viena, 14 de marzo de 1975), Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1975* (núm. de venta: S.77.V.3), pág. 91, o *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, Viena, 4 de febrero a 14 de marzo de 1975*, vol. II, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.75.V.12), pág. 205, documento A/CONF.67/16, y en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2999, núm. 52106, pág. 77), se definieron los diversos aspectos del ámbito de aplicación en un único artículo que se refiere también a los regímenes especiales. Por su parte, el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, aprobado por la Comisión en 2014 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/69/10), párrs. 44 y 45), ha abordado también el ámbito de aplicación en un único artículo

era preferible incluir ambas perspectivas en un único proyecto de artículo, ya que esta fórmula ofrece la ventaja de permitir un tratamiento paralelo de ambas aproximaciones al ámbito de aplicación bajo la cobertura de un solo título.

Párrafo 1

2) El párrafo 1 enuncia el ámbito de aplicación del proyecto de artículos en su dimensión positiva. Para ello, la Comisión ha decidido emplear en este primer párrafo la fórmula "[e]l presente proyecto de artículos se aplica", que se corresponde con una formulación que ha sido empleada recientemente en otros proyectos de artículos adoptados por la Comisión que contienen una disposición referida al ámbito de aplicación[905]. Por otro lado, la Comisión ha considerado que el ámbito de aplicación del proyecto de artículos debe ser definido de la manera más sencilla posible, de tal forma que sirva de marco al resto de proyectos de artículo y que no incida ni prejuzgue el contenido de otras cuestiones que serán abordadas posteriormente en otras disposiciones. Por ello, la Comisión ha decidido referirse al ámbito de aplicación de una forma descriptiva que enuncie los elementos del propio título del tema. Por esta misma razón, se ha excluido de la definición del ámbito de aplicación la expresión "frente al ejercicio de", referida a la jurisdicción penal extranjera, que había sido sugerida inicialmente. Dicha expresión fue interpretada por diversos miembros de la Comisión de manera distinta, e incluso contradictoria, por lo que se refiere a las consecuencias que tendría a la hora de definir el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Además, se ha tenido igualmente en cuenta que la expresión "ejercicio de" se contiene en otros proyectos de artículos. Por ello, la Comisión ha considerado que dicha expresión no es necesaria a los efectos de definir el ámbito general de aplicación del proyecto de artículos y ha reservado su utilización para otros proyectos de artículos en los que encuentra un lugar más adecuado[906].

3) El párrafo 1 recoge los tres elementos que definen el objeto del presente proyecto de artículos, a saber: a) quiénes son los beneficiarios de la inmunidad (los funcionarios del Estado); b) qué tipo de jurisdicción se vería afectada por la inmunidad (la jurisdicción penal); y c) cuál es el plano en el que opera dicha jurisdicción penal (la jurisdicción penal de otro Estado).

4) Por lo que se refiere al primero de los elementos, la Comisión ha optado por circunscribir el proyecto de artículos a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que pueden gozar aquellas personas que representan o actúan en nombre del Estado. La referencia a los beneficiarios de la inmunidad se ha reflejado en los trabajos previos de la Comisión con el término "funcionarios"[907]. Sin embargo, el empleo de este término —y sus equivalentes en las otras versiones lingüísticas— suscitó ciertos problemas[908], y debe destacarse que los términos empleados en las distintas versiones lingüísticas no son necesariamente intercambiables entre sí ni tienen el mismo significado. A pesar de ello, por razones de simplificación del texto, la Comisión ha decidido mantener la expresión "funcionario del Estado" para referirse de forma general a todas las personas que se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera a que se refiere el presente proyecto de artículos. Ese concepto ha sido definido en el proyecto de artículo 2, apartado a), a cuyo texto y comentario se remite. La expresión "funcionario de otro Estado" que se utiliza en algunos proyectos de artículo es equivalente a la de "funcionario del Estado".

5) En segundo lugar, la Comisión ha decidido circunscribir el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos a la inmunidad de jurisdicción penal. Siguiendo su práctica en otros proyectos en los que se ha ocupado de la inmunidad de jurisdicción penal, la Comisión no ha considerado necesario definir qué se entiende por inmunidad y por jurisdicción penal.

---

con dos párrafos, si bien en el mismo proyecto de artículos se incluyen otras disposiciones autónomas cuyo objeto es preservar ciertos regímenes especiales en ámbitos concretos.

905 Esta fórmula ha sido empleada, por ejemplo, en el proyecto de artículo 1 del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros.

906 Véanse los proyectos de artículo 3, 5, 7, 8, 10, 14 y 16.

907 Las expresiones empleadas en las otras versiones lingüísticas son las siguientes: *"المسؤولون"* (árabe), "官员" (chino), *"représentants"* (francés), *"officials"* (inglés) y "должностные лица" (ruso).

908 Informe preliminar, *Anuario... 2012*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/654, párr. 66; y segundo informe, *Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, párr. 32.

Sin embargo, a efectos meramente descriptivos, cabe señalar que el presente proyecto de artículos se refiere a los supuestos en los que, en virtud de la inmunidad, se produce el bloqueo de la jurisdicción penal, entendida esta como la potestad del Estado de realizar actos de distinta naturaleza cuya finalidad última es contribuir a la determinación de la responsabilidad penal de un individuo.

6) En tercer lugar, la Comisión ha decidido circunscribir el ámbito de aplicación del proyecto de artículos a la inmunidad de jurisdicción penal "extranjera", es decir, la que refleja la relación horizontal entre dos Estados. Ello implica que el proyecto de artículos tan solo se aplicará en relación con la inmunidad de jurisdicción penal "de otro Estado".

7) Ha de destacarse que el párrafo 1 se refiere a "la inmunidad [...] respecto de la jurisdicción penal de otro Estado". El empleo de la locución "respecto de" establece una relación entre los conceptos de "inmunidad" y "jurisdicción penal extranjera" (o "de otro Estado") que debe ser debidamente tenida en cuenta. En relación con esta cuestión, la Comisión considera que los conceptos de inmunidad y jurisdicción penal extranjera están estrechamente relacionados entre sí, no siendo posible entender la inmunidad en términos abstractos y sin ponerla en contacto con una jurisdicción penal extranjera que, a pesar de existir, no será ejercida por el Estado del foro precisamente como consecuencia de la presencia de la inmunidad. O, como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia, "solo cuando un Estado tiene, en derecho internacional, jurisdicción respecto de una determinada cuestión puede plantearse el problema de la inmunidad respecto del ejercicio de dicha jurisdicción"[909].

8) La Comisión entiende que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera tiene una naturaleza procesal. Por consiguiente, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no constituye un medio de exención de la responsabilidad penal de una persona respecto de las normas sustantivas del derecho penal, pues se trata de una responsabilidad que pervive con independencia de que un Estado no pueda ejercer su jurisdicción para deducir la citada responsabilidad en un momento concreto y respecto de una determinada persona. Por el contrario, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera es, en sentido estricto, un obstáculo o barrera procesal para el ejercicio de la jurisdicción penal de un Estado respecto de los funcionarios de otro Estado. Esa fue la posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*[910], y que es seguida mayoritariamente en la práctica estatal y en la doctrina.

Párrafo 2

9) El párrafo 2 se refiere a aquellos supuestos en los que existen reglas especiales de derecho internacional referidas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Esta categoría de reglas especiales tiene su manifestación más conocida y citada en el régimen de privilegios e inmunidades reconocido por el derecho internacional a los agentes diplomáticos y a los funcionarios consulares[911]. Sin embargo, existen otros ejemplos en el derecho internacional contemporáneo, convencional y consuetudinario, que, a juicio de la Comisión, deben igualmente ser tenidos en cuenta a los efectos de definir el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos. En relación con los citados regímenes especiales, la Comisión considera que se trata de regímenes jurídicos bien establecidos en derecho internacional y que el presente proyecto de artículos no debe afectar a su contenido y aplicación. Por otro lado, debe recordarse que, aunque en otro plano, la propia Comisión ha reconocido ya la existencia de regímenes especiales en el ámbito de la inmunidad con ocasión de la

[909] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 19, párr. 46. Véanse igualmente los comentarios de la Comisión al artículo 6 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, en particular los párrafos 1) a 3) (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 24 y 25).

[910] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 25, párr. 60. La misma posición ha sido mantenida por la Corte en relación con la inmunidad del Estado: véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 124, párr. 58, y pág. 143, párr. 100.

[911] Véanse Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, núm. 7310, pág. 95, art. 31; y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963), *ibid*., vol. 596, núm. 8638, pág. 261, art. 43.

elaboración del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, refiriéndose expresamente a ellos en el artículo 3, que lleva el título de "Privilegios e inmunidades no afectados por los presentes artículos"[912]. La relación entre el régimen de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado contenido en el presente proyecto de artículos y los regímenes especiales que han sido mencionados ha sido definida por la Comisión mediante la incorporación en el párrafo 2 de una cláusula "sin perjuicio", en virtud de la cual lo previsto en el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de lo establecido en los citados regímenes especiales, siguiendo así la fórmula que ya fue empleada en su día por la Comisión en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

10) La Comisión ha utilizado la expresión "reglas especiales" como sinónimo de la de "regímenes especiales" empleada en trabajos anteriores. Aunque la Comisión no ha dado una definición del concepto de "régimen especial", debe llamarse la atención sobre las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, en especial las conclusiones 2 y 3[913]. A los efectos del presente proyecto de artículos, la Comisión entiende por "reglas especiales" aquellas normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, que regulan la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de personas adscritas a actividades de determinados sectores de las relaciones internacionales. La Comisión considera que esas "reglas especiales" coexisten con el régimen definido en el presente proyecto de artículos, aplicándose preferentemente el régimen especial en caso de conflicto potencial de ambos regímenes[914]. En todo caso, la Comisión considera que los regímenes especiales en cuestión son únicamente aquellos establecidos por "reglas [...] de derecho internacional", constituyendo esta referencia al derecho internacional un elemento esencial a los efectos de definir el alcance de la cláusula "sin perjuicio"[915].

11) Los regímenes especiales que han sido incluidos en el párrafo 2 se refieren, en particular, a tres bloques de la práctica internacional en los que se ha identificado la existencia de normas que regulan la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, a saber: a) la presencia exterior del Estado a través de las misiones diplomáticas, las oficinas consulares y las misiones especiales; b) las diversas actividades de representación y de otro tipo vinculadas con las organizaciones internacionales; y c) la presencia de las fuerzas armadas de un Estado en el extranjero. Aunque en los tres sectores es posible identificar normas de naturaleza convencional que establecen un régimen de inmunidad de jurisdicción penal extranjera, la Comisión no ha considerado necesario incluir en el párrafo 2 una referencia expresa a tales convenciones e instrumentos convencionales[916].

12) En el primer grupo se incluyen las reglas especiales referidas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera aplicables a las personas adscritas al desempeño de una función de representación o protección de los intereses del Estado en otro Estado, sea de forma permanente o no, mediante su adscripción a una misión diplomática, una oficina consular o una misión especial. En este ámbito, la Comisión ha considerado, en particular, las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de

912 *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 21 a 23, proyecto de artículo 3 y su comentario.

913 *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 251.

914 En su comentario al artículo 3 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la Comisión se refirió a este efecto en los siguientes términos: "[e]sta disposición tiene por objeto impedir que los presentes artículos afecten a los regímenes especiales vigentes, especialmente con respecto a las personas adscritas a las misiones mencionadas" (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párrafo 5) del comentario). Véase igualmente el párrafo 1) del comentario.

915 Esta referencia al sometimiento al derecho internacional fue incluida también por la Comisión en el ya citado artículo 3 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Se debe destacar que la Comisión llamó especialmente la atención sobre ese extremo en su comentario a dicho proyecto de artículo, en especial en los párrafos 1) y 3).

916 Téngase en cuenta que la Comisión tampoco enumeró esas convenciones en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Sin embargo, en el comentario al proyecto de artículo 3, párrafo 2), se refirió a los ámbitos en los que existen dichos regímenes especiales, citando expresamente algunas de las convenciones que establecen esos regímenes.

Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención sobre las Misiones Especiales[917], así como las reglas de derecho internacional consuetudinario aplicables en este ámbito.

13) En el segundo grupo se incluyen aquellas reglas especiales aplicables a la inmunidad de jurisdicción penal de que gozan las personas vinculadas a una actividad llevada a cabo en relación o en el marco de una organización internacional. En este ámbito se incluyen las reglas especiales aplicables a las personas adscritas a una misión ante una organización internacional, a las delegaciones ante los órganos de organizaciones internacionales o a una delegación en una conferencia internacional[918]. La Comisión entiende que no es necesario incluir en este grupo de reglas especiales las que se aplican con carácter general a las organizaciones internacionales en sí mismas consideradas. Por el contrario, ha entendido que sí forman parte de esta categoría las normas que se aplican a los agentes de la organización internacional, en especial en aquellos supuestos en que el agente haya sido puesto a disposición de la organización por un Estado y siga disfrutando de la condición de funcionario del Estado durante el período de tiempo en que actúa en nombre y por cuenta de la organización. En relación con este segundo grupo de regímenes especiales, la Comisión ha tenido en cuenta la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas[919] y la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados[920], así como otras normas convencionales y consuetudinarias aplicables en este ámbito.

14) En el tercer grupo de reglas especiales se han incluido aquellas normas que reconocen la inmunidad de jurisdicción penal aplicables a las personas adscritas a las fuerzas armadas de un Estado cuando se encuentren en otro Estado. Esa categoría incluye el conjunto de reglas que rigen en los supuestos de estacionamiento de tropas en el territorio de un tercer Estado, bien sean las incluidas en los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas, bien las incluidas en acuerdos de sede o en convenios de cooperación militar que contemplen el estacionamiento de tropas. Igualmente se incluyen en este grupo aquellos acuerdos celebrados con ocasión de actividades puntuales de las fuerzas armadas en un Estado extranjero.

15) La enumeración de las reglas o regímenes especiales descritos en el párrafo 2 está matizada por la expresión “en particular” para indicar que la cláusula no se aplica de manera exclusiva a esos tres grupos de reglas especiales. En ese sentido, varios miembros de la Comisión han llamado la atención sobre el hecho de que en la práctica es posible encontrar reglas especiales que se aplican en otros ámbitos, en particular en el marco del establecimiento en el territorio de un Estado de instituciones y centros extranjeros dedicados a la cooperación económica, técnica, científica o cultural, habitualmente sobre la base de acuerdos de sede específicos. Sin embargo, aunque la Comisión reconoce en términos generales esos regímenes especiales, ha considerado que no es necesario mencionarlos en el párrafo 2.

16) Por último, ha de señalarse que la Comisión consideró la posibilidad de hacer referencia en el párrafo 2 a la práctica consistente en que un Estado conceda a un funcionario extranjero una inmunidad de jurisdicción penal extranjera de forma unilateral. Sin embargo, la Comisión decidió no hacerlo.

17) Por otro lado, la Comisión ha considerado que la formulación del párrafo 2 debe seguir un paralelismo con el párrafo 1. Por ello, ha de tenerse en cuenta el hecho de que el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de ciertas personas calificadas como “funcionarios del Estado” y, por consiguiente, este elemento subjetivo debe reflejarse también en la cláusula “sin perjuicio”. A ello obedece la mención

[917] Convención sobre las Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1400, núm. 23431, pág. 231.

[918] Esta enumeración sigue la formulada ya en su día por la Comisión en el proyecto de artículo 3, párrafo 1 a), del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

[919] Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1, núm. 4, pág. 15, y vol. 90, pág. 327.

[920] Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 21 de noviembre de 1947), *ibid*., vol. 33, núm. 521, pág. 261.

expresa de “las personas adscritas” que se contiene en el párrafo 2. Se ha empleado la expresión “personas adscritas” siguiendo la terminología de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes (art. 3). El alcance del concepto de “personas adscritas” dependerá de lo dispuesto en las reglas que definan el régimen especial que les resulta aplicable, por lo que no es posible establecer *a priori* una definición única de dicha categoría. Ello resulta igualmente aplicable respecto del personal civil adscrito a las fuerzas armadas de un Estado, que quedará incluido en el régimen especial únicamente en la medida en que así lo establezca el instrumento jurídico aplicable en cada caso.

18) La combinación del concepto de “personas adscritas” y del concepto de “reglas especiales” es imprescindible para determinar el alcance y significado de la cláusula “sin perjuicio” contenida en el párrafo 2. Así, la Comisión entiende que las personas contempladas en el citado párrafo (agentes diplomáticos, funcionarios consulares, miembros de una misión especial, agentes de una organización internacional o miembros de las fuerzas armadas del Estado) no quedan automáticamente fuera del ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos por el mero hecho de pertenecer a esta categoría de funcionarios, sino por el hecho de que en una situación concreta se les aplica uno de los regímenes especiales a que se hace referencia en el párrafo 2 del proyecto de artículo 1. Cuando concurra dicha circunstancia, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de que puedan beneficiarse dichas personas en virtud de los regímenes especiales que les sean aplicables no resultará afectada por lo establecido en el presente proyecto de artículos.

Párrafo 3

19) El párrafo 3 se refiere a la relación entre el presente proyecto de artículos y los derechos y obligaciones de los Estados parte en acuerdos internacionales que establecen cortes y tribunales internacionales, en las relaciones entre las partes en esos acuerdos.

20) Como se ha señalado en el párrafo 6) *supra*, el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado ante la jurisdicción de otro Estado. En consecuencia, quedan fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la inmunidad ante las cortes y tribunales penales internacionales, que están sometidas a su propio régimen jurídico.

21) Sin embargo, a lo largo de los trabajos de la Comisión sobre el presente tema se han suscitado distintas cuestiones que guardan relación con la actuación de las cortes y tribunales penales internacionales, incluida la incidencia que pudiera tener en el presente proyecto de artículos la existencia de normas internacionales que imponen a los Estados la obligación de cooperar con aquellos. Junto a ello, a lo largo de los debates en la Comisión se ha llamado la atención en múltiples ocasiones sobre la necesidad de preservar los logros alcanzados en las últimas décadas en el marco del derecho penal internacional, en especial la creación de cortes y tribunales penales internacionales y, en particular, la Corte Penal Internacional como jurisdicción penal internacional permanente, habiéndose puesto énfasis por miembros de la Comisión en que el presente proyecto de artículos no perjudique tales logros. Por su parte, también algunos Estados en la Sexta Comisión han destacado la necesidad de preservar dichos logros, de modo que su valor y significado no se vean disminuidos como consecuencia de la elaboración del presente proyecto de artículos.

22) La Comisión ha considerado necesario incluir una referencia expresa a la cuestión de los tribunales penales internacionales como parte del proyecto de artículo 1, dedicado al ámbito de aplicación del proyecto de artículos. El párrafo 3 destaca la separación e independencia entre el proyecto de artículos y los regímenes especiales aplicables a las cortes y tribunales penales internacionales. De ese modo, la Comisión reconoce el importante papel que desempeñan las cortes y tribunales penales internacionales en el derecho internacional.

23) El párrafo 3 se inspira en el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, que, bajo el título “Otros acuerdos internacionales”, establece lo siguiente: “[l]o dispuesto en la presente Convención se entenderá sin perjuicio de los derechos y deberes enunciados en los acuerdos internacionales vigentes suscritos por Estados partes, relacionados con cuestiones a que se refiere la presente Convención”. Esta formulación se ha considerado idónea para abordar la

relación existente entre el proyecto de artículos y las cortes y tribunales penales internacionales. Su finalidad es dejar a salvo "los derechos y obligaciones de los Estados parte en acuerdos internacionales que establecen cortes y tribunales penales internacionales, en las relaciones entre las partes en esos acuerdos".

24) Con la expresión "los derechos y obligaciones de los Estados parte", se hace referencia a cualquiera de los derechos y obligaciones derivados de un acuerdo internacional concreto por el que se establece una corte o tribunal penal internacional. La Comisión ha considerado preferible esta redacción frente a otras propuestas tales como "la cuestión de la inmunidad" regulada en esos acuerdos o "las normas que rigen el funcionamiento de los tribunales penales internacionales", que fueron consideradas, respectivamente, como demasiado restrictiva o demasiado amplia a los efectos del fin perseguido por el párrafo 3 del proyecto de artículos.

25) Con la expresión "acuerdos internacionales que establecen cortes y tribunales penales internacionales" se hace referencia a las normas internacionales que se consideran como regímenes especiales a los efectos del párrafo 3 del proyecto de artículo 1, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la misma. Por ello, no se ha seguido en este punto la redacción del artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, ya que la frase "relacionados con cuestiones a que se refiere la presente Convención" no era suficientemente clara para reflejar la cuestión de la relación entre el presente proyecto de artículos y los regímenes aplicables a las cortes y tribunales penales internacionales. Por "acuerdos internacionales" se entiende el instrumento constitutivo de cada tribunal penal internacional, celebrado entre Estados o entre Estados y organizaciones internacionales, incluido el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[921]. Sin embargo, se ha cuestionado por algún miembro de la Comisión que el empleo del término "acuerdos internacionales" sea adecuado para referirse a este tipo de instrumentos, ya que algunos tribunales penales internacionales —como el Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991 y el 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— han sido creados por resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y otros, en particular los tribunales híbridos o internacionalizados, han sido creados a menudo por normas de derecho interno, en ocasiones a raíz de iniciativas provenientes de organizaciones internacionales universales o regionales.

26) El párrafo 3 termina con la frase "en las relaciones entre las partes en esos acuerdos". De esta manera se quiere destacar que los regímenes jurídicos convencionales aplicables a los tribunales penales internacionales, como cuestión de derecho de los tratados, se aplican únicamente en las relaciones entre las partes en el acuerdo que establece la corte o tribunal penal internacional. Esa expresión no implica, sin embargo, pronunciamiento alguno sobre cualquier otra obligación que se pueda imponer a los Estados con arreglo al derecho internacional, en particular por el Consejo de Seguridad o cualquier otra organización internacional.

Artículo 2
Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por "funcionario del Estado" un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales, y se refiere tanto a los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios;

[921] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3.

b) se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.

Comentario

1) El proyecto de artículo 2 se dedica a las definiciones de las expresiones “funcionario del Estado” (apartado a)) y “acto realizado a título oficial” (apartado b)), que constituyen dos categorías esenciales para el proyecto de artículos entendido en su conjunto[922].

2) El proyecto de artículo lleva por título “Definiciones”. Este título se utiliza como equivalente al de “Uso de términos” que ha sido empleado por la Comisión en otros proyectos de artículos. El uso de un título distinto no introduce ningún significado diferente respecto de la naturaleza de la disposición.

Apartado a)

3) El apartado a) del proyecto de artículo 2 está dedicado a definir a las personas a quienes se aplica el presente proyecto de artículos, a saber, los “funcionarios del Estado”. La definición del concepto de funcionario del Estado favorece la comprensión de uno de los elementos normativos de la inmunidad: los beneficiarios inmediatos de la inmunidad. La mayoría de los miembros de la Comisión consideraban útil contar con una definición de funcionario del Estado a los efectos del presente proyecto de artículo, ya que la inmunidad penal extranjera se aplica a los individuos. Algunos miembros de la Comisión expresaron dudas sobre la necesidad de incluir esta definición.

4) La definición del concepto de “funcionario del Estado” contenida en el apartado a) del proyecto de artículo 2 tiene un carácter general, aplicándose a cualquier persona que se beneficie de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en virtud del presente proyecto de artículos, tanto si se trata de inmunidad *ratione personae* como de inmunidad *ratione materiae*. En consecuencia, no debe confundirse la naturaleza y objeto del proyecto de artículo 2, apartado a), con la naturaleza y objeto de los proyectos de artículo 3 y 5, dedicados a definir quiénes son los beneficiarios de cada categoría de inmunidad[923]. La determinación de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* se realiza partiendo de la definición de “funcionario del Estado”, que es común a ambas categorías.

5) El derecho internacional no ha definido el concepto de “funcionario del Estado” o “funcionario” con alcance general, aunque esos términos aparecen en ocasiones en determinados tratados e instrumentos internacionales[924]. Por otro lado, el concepto de

[922] La Comisión ha considerado también las definiciones de “inmunidad”, “jurisdicción penal”, “ejercicio de la jurisdicción penal” e “inviolabilidad”, que fueron presentadas por la Relatora Especial en su segundo informe (*Anuario... 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661) y en el marco de los trabajos del Comité de Redacción. Sin embargo, siguiendo la práctica de trabajos anteriores, la Comisión no ha considerado necesario incluir estas definiciones en el proyecto de artículo 2.

[923] En el proyecto de artículo 3 se establece que “[l]os Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera” En el proyecto de artículo 5 se establece que “[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera”.

[924] Esos términos son empleados en los siguientes tratados multilaterales: Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, núm. 15410, pág. 167; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948), *ibid*., vol. 78, núm. 1021, pág. 277; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), *ibid*., vol. 1465, núm. 24841, pág. 85; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003), *ibid*., vol. 2349, núm. 42146, pág. 41; Convenio Penal sobre la Corrupción (Consejo de Europa) (Estrasburgo, 27 de enero de 1999), *ibid*., vol. 2216, núm. 39391, pág. 225; Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996), E/1996/99; y Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción

"funcionario del Estado", o simplemente "funcionario", puede tener significados o alcances distintos en cada ordenamiento jurídico interno. Por consiguiente, la definición de "funcionario del Estado" a la que se refiere este comentario es autónoma y ha de entenderse a los fines del presente proyecto de artículos.

6) La definición de "funcionario del Estado" utiliza el término "individuo" para indicar que el presente proyecto de artículos solo se aplica a las personas físicas. El proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas aplicables a las personas jurídicas.

7) Como se ha señalado *supra*, el término "funcionario del Estado" ha de entenderse en el sentido de que comprende tanto a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* como a los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*. En relación con ellos, ha de destacarse que la Comisión ha identificado a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* mediante la técnica de elaborar una lista de individuos que son citados *eo nomine* en el proyecto de artículo 3, a saber: el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. Sin embargo, se ha optado por no mencionarlos expresamente en el apartado a) del proyecto de artículo 2 por considerar que dichos individuos son *per se* funcionarios del Estado en el sentido del presente proyecto de artículos y que, por esa razón, no deben ser diferenciados del resto de funcionarios del Estado a los efectos de la definición.

8) Por lo que se refiere a los "funcionarios del Estado" a los que se aplica la inmunidad *ratione materiae*, la Comisión no considera posible utilizar la técnica de identificación *eo nomine*. Teniendo en cuenta tanto la diversidad de cargos de los individuos a los que se podría aplicar la inmunidad como la variedad de los sistemas jurídicos estatales que definen quiénes son sus funcionarios, la Comisión considera que no es posible elaborar una lista exhaustiva que incluya a todos los individuos cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*. Por los mismos motivos, la Comisión tampoco ha considerado posible ni adecuado elaborar una lista orientativa en un proyecto de artículo de los cargos de los individuos a los que se puede aplicar dicha inmunidad. En ambos casos, la lista sería necesariamente incompleta ya que no podría recoger todos los cargos de los funcionarios del Estado contemplados en los derechos internos, debería ser actualizada permanentemente y, por todo ello, podría generar confusión entre los órganos estatales encargados de aplicar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En consecuencia, la identificación de los individuos a los que se puede calificar como "funcionarios del Estado" a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* deberá realizarse caso por caso, aplicando los criterios que se incluyen en la definición, que permiten concluir la existencia de un vínculo específico entre el Estado y el funcionario, a saber: representar al Estado o ejercer funciones estatales.

9) Sin embargo, a efectos meramente de ejemplo, se enumeran a continuación algunos "funcionarios del Estado" mencionados en la jurisprudencia nacional e internacional en relación con la inmunidad de jurisdicción penal y, en la medida en que pueda ser pertinente, de jurisdicción civil: un antiguo Jefe de Estado; un Ministro de Defensa y un antiguo Ministro de Defensa; un Vicepresidente y Ministro de Bosques; un Ministro del Interior; un Fiscal General del Estado y un Fiscal de la República; un Jefe de Seguridad Nacional y un antiguo jefe de un servicio de inteligencia; un director de una Autoridad Marítima; un Fiscal General y varios funcionarios de menor rango de un Estado federado (un fiscal, sus asistentes legales, un detective vinculado a la Fiscalía y un jurista de una agencia del Gobierno); militares de distintos rangos y varios miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, incluido un director de policía; agentes fronterizos; el subdirector de un centro penitenciario; y un responsable de archivos estatales[925].

(Maputo, 11 de julio de 2003), *International Legal Materials*, vol. 43 (2004), pág. 5. Véase un análisis de estos instrumentos a los efectos de la definición de "funcionario del Estado" en el tercer informe de la Relatora Especial (A/CN.4/673), párrs. 51 a 93.

[925] Véanse Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "FENVAC SOS Catastrophe"; Association des familles des victimes du Joola et al., Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 19 de enero de 2010 (09-84.818) (*Bulletin des Arrêts, Chambre criminelle*, núm. 1 (enero de 2010), pág. 41); *Jones v. Saudi Arabia, Cámara de los Lores* (Reino Unido), 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26 (*International Law Reports*, vol. 129, pág. 744); *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 23 de noviembre de 2004 (*Bulletin criminel 2004*, núm. 292, pág. 1096);

10) En todo caso, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores pueden beneficiarse tanto de la inmunidad *ratione personae* como de la inmunidad *ratione materiae*, en virtud del presente proyecto de artículos. El primero de los supuestos se contempla expresamente en el proyecto de artículo 3. El segundo se refleja en el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, conforme al cual "[l]a extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*". Las condiciones en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores se beneficien de la inmunidad *ratione personae* o de la inmunidad *ratione materiae* dependerán de las reglas aplicables a cada una de estas categorías de inmunidad que se contienen en el presente proyecto de artículos[926].

Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom, The Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones, Corte Suprema (Irlanda), sentencia de 24 de abril de 1997, [1997] 2IR 121; *Iglesia de la Cienciología*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, sentencia de 26 de septiembre de 1978 (*International Law Reports*, vol. 65, pág. 193); *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Sección Séptima, Segunda Sala de Instrucción, sentencia de 13 de junio de 2013; *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza) (BB.2011.140), sentencia de 25 de julio de 2012; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others – Ex Parte Pinochet*, Cámara de los Lores (Reino Unido), fallo de 24 de marzo de 1999 (*International Legal Materials*, vol. 38 (1999), pág. 581); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), sentencia de 29 de julio de 2011 ([2011] EWHC 2029 (Admin), *International Law Reports*, vol. 147, pág. 633); *Fiscal c. Adler y otros*, Tribunal de Milán, Sección Penal Cuarta (Italia), sentencia de 1 de febrero de 2010 (puede consultarse en http://opil.ouplaw.com, International Law in Domestic Courts [ILDC 1492 (IT 2010)]); *United States of America v. Noriega*, Tribunal de Apelaciones, Undécimo Circuito (Estados Unidos de América), sentencia de 7 de julio de 1997, 117 F.3d 1206 (*International Law Reports*, vol. 121, pág. 591); *Enjuiciamiento de guardias fronterizos*, Corte Suprema Federal (Alemania), sentencia de 3 de noviembre de 1992 (asunto núm. 5 StR 370/92, *ibid*., vol. 100, pág. 364); *Mr. and Mrs. Doe*, Tribunal de Apelaciones, Segundo Circuito (Estados Unidos de América), sentencia de 19 de octubre de 1988 (860 F. 2d 40 (1988), *ibid*., vol. 121, pág. 567); *R. c. Lambeth Justices, ex parte Yusufu*, Tribunal Divisional (Reino Unido), sentencia de 8 de febrero de 1985 (*ibid*., vol. 88, pág. 323); *Estate of the late Zahra (Ziba) Kazemi and Stephan (Salman) Hashemi v. the Islamic Republic of Iran, Ayatollah Ali Khamenei, Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi*, Tribunal Superior, Sección Mercantil (Canadá), sentencia de 25 de enero de 2011; *Ali Saadallah Belhas* et al. *v. Moshe Ya'alon*, Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia (Estados Unidos de América), sentencia de 15 de febrero de 2008, 515 F.3d 1279 (*International Legal Materials*, vol. 47 (2008), pág. 144); *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar* et al. *v. Avraham Dichter*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York (Estados Unidos de América), sentencia de 2 de mayo de 2007, 500 F. Supp. 2d 284; *Jaffe v. Miller and Others*, Tribunal de Apelaciones de Ontario (Canadá), sentencia de 17 de junio de 1993 (*International Law Reports*, vol. 95, pág. 446); y asunto núm. 3 StR 564/19, Tribunal Federal de Justicia de Alemania *(Bundesgerichtshof)*, sentencia de 28 de enero de 2021. Respecto de los tribunales internacionales, véanse *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 2008*, pág. 177; *Jones and Others v. the United Kingdom*, demandas núms. 34356/06 y 40528/06, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions* (ECHR) 2014; *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, causa núm. IT-95-14-AR 108 *bis*, fallo de 29 de octubre de 1997, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Judicial Reports 1997, vol. 1, pág. 1099; e *In the matter of an arbitration before an Arbitral Tribunal constituted under annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (the Italian Republic v. the Republic of India) concerning the "Enrica Lexie" incident*, Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2015-28, laudo de 21 de mayo de 2020, párrs. 839 y 841 (puede consultarse en https://pca-cpa.org/, en el apartado "Cases"). Véase también la declaración del Magistrado Kittichaisaree en relación con el asunto núm. 26 del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *Detention of three Ukrainian naval vessels (Ukraine v. Russian Federation)*, medidas provisionales, auto de 25 de mayo de 2019, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, vol. 18 (2018-2019), pág. 283. La jurisprudencia del Tribunal puede consultarse en el sitio web del Tribunal (www.itlos.org/), en francés e inglés.

926 En este sentido, debe recordarse que en el párrafo 15) del comentario del proyecto de artículo 4 *infra* se dice lo siguiente: "La Comisión entiende que la cláusula "sin perjuicio" se limita a reconocer la aplicabilidad de las reglas relativas a la inmunidad *ratione materiae* a un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores. El párrafo 3 no prejuzga el

11) Ha de destacarse que la definición de "funcionario del Estado" se refiere únicamente al beneficiario de la inmunidad, sin que ello prejuzgue ni implique pronunciamiento alguno sobre la cuestión de cuáles sean los actos que pueden quedar cubiertos por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Desde esta perspectiva, el elemento esencial que debe tenerse en cuenta para identificar a un individuo como funcionario del Estado a los fines del presente proyecto de artículos es la existencia de un vínculo entre esa persona y el Estado. Dicho vínculo se refleja en el apartado a) del proyecto de artículo 2 mediante la referencia a que el individuo en cuestión "representa al Estado o […] ejerce funciones estatales". Se trata de una fórmula clara y sencilla sobre los criterios identificativos del concepto de funcionario, y que reitera el planteamiento ya aceptado por la Comisión en relación con el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 1 al declarar que el presente proyecto de artículos se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que pueden gozar aquellas personas que representan o actúan en nombre del Estado[927]. Por último, ha de destacarse que un funcionario del Estado puede cumplir los dos requisitos —representar al Estado y ejercer funciones estatales— o solo uno de ellos.

12) Las palabras "que representa al Estado" han de entenderse en un sentido amplio, incluyendo a cualquier "funcionario del Estado" que ejerza funciones representativas. La referencia a la representación reviste un especial significado respecto del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, ya que —como se señala en el comentario al proyecto de artículo 3— las personas que ocupan esos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado[928]. Sin embargo, la referencia a la representación del Estado puede resultar igualmente de aplicación a otros funcionarios del Estado distintos de la denominada "troika", en virtud de reglas o actos propios de los sistemas estatales. En consecuencia, la determinación de si un funcionario representa o no al Estado deberá realizarse caso por caso. Por último, ha de destacarse que la referencia autónoma a la "representación del Estado" como uno de los criterios para definir la existencia de un vínculo con el Estado permite dar cobertura a algunas personas, por ejemplo algunos Jefes de Estado, que no suelen ejercer funciones estatales en sentido estricto pero representan al Estado de forma inequívoca.

13) Por la expresión "ejerce funciones estatales" ha de entenderse, en un sentido amplio, el ejercicio de las actividades propias del Estado. Bajo esta denominación se incluyen las funciones legislativas, judiciales, ejecutivas o de otra índole que son propias del Estado. En consecuencia, el "funcionario del Estado" es el individuo que está en situación de realizar estas funciones estatales. Con la referencia al ejercicio de funciones estatales se define con mayor precisión el vínculo que debe existir entre el funcionario y el Estado, permitiendo que se tome suficientemente en consideración que la inmunidad se otorga al individuo en beneficio último del Estado. Aunque se han considerado diversas expresiones para reflejar esta idea, tales como "prerrogativas del poder público", "funciones públicas", "autoridad soberana", "autoridad gubernativa" o "funciones inherentes del Estado", la Comisión ha mantenido "funciones estatales" como la expresión más adecuada. Dicha elección obedece a dos razones: en primer lugar, refleja suficientemente la existencia de un vínculo entre el Estado y el funcionario, que se relaciona con las tareas propias de aquel; y, en segundo lugar, al emplear "funciones" y no "actos realizados en nombre del Estado" se evita la posible confusión entre los elementos subjetivo (funcionario) y sustantivo (acto) de la inmunidad. En todo caso, estos términos deben entenderse en el sentido más amplio posible, teniendo en cuenta que el contenido preciso de qué se entiende por "funciones estatales" depende, en buena medida, de las leyes y del propio poder de autoorganización del Estado. No obstante, algunos miembros de la Comisión dijeron que la expresión elegida no era afortunada.

14) Ha de advertirse que el empleo de los verbos "representa" y "ejerce" en presente no debe interpretarse como un pronunciamiento respecto del alcance temporal de la inmunidad. El uso de este tiempo verbal obedece a la intención de identificar de modo genérico el vínculo que une al Estado con el funcionario, y no se refiere a si el funcionario del Estado debe

contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*, que es objeto de desarrollo en la tercera parte del presente proyecto de artículos".

927 Véase *supra* el párrafo 4) del comentario al proyecto de artículo 1.

928 Véase *infra* el párrafo 2) del comentario al proyecto de artículo 3.

continuar siéndolo en el momento en que se alega la inmunidad. El alcance temporal de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* es objeto de tratamiento en otros proyectos de artículo.

15) A los efectos de la definición de "funcionario del Estado" lo relevante es la existencia de un vínculo entre el individuo y el Estado, siendo irrelevante la forma que revista. En ese sentido, la Comisión considera que dicho vínculo puede revestir múltiples formas, dependiendo de la legislación nacional y de la práctica seguida por cada Estado. No obstante, la mayoría de los miembros de la Comisión entiende que ese vínculo no puede ser interpretado extensivamente, hasta el punto de dar cobertura a todos los funcionarios *de facto*. El término "funcionario *de facto*" se emplea para referirse a múltiples supuestos, y dependerá de cada caso concreto que pueda o no considerársele como funcionario del Estado a los efectos del presente proyecto de artículos. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que las cuestiones relacionadas con los funcionarios *de facto* pueden ser abordadas más adecuadamente en el marco de una definición de "acto realizado a título oficial".

16) Dado que el concepto de "funcionario del Estado" depende únicamente de que el individuo en cuestión represente al Estado o ejerza funciones estatales, el rango jerárquico que ocupe en su Estado resulta irrelevante a los meros efectos de la definición. Así, aunque en muchos casos las personas que han sido reconocidas como funcionarios del Estado a los efectos de la inmunidad se encuadran en un nivel jerárquico alto o medio, también es posible encontrar algunos ejemplos de personas que se sitúan en un nivel jerárquico bajo. El nivel jerárquico no es, por tanto, un elemento integrante de la definición de funcionario del Estado.

17) Por último, ha de tenerse en cuenta que la definición de "funcionario del Estado" no se refiere al tipo de actos cubiertos por la inmunidad. En consecuencia, las palabras "representar" y "ejercer funciones estatales" no pueden interpretarse en el sentido de que definen en forma alguna el alcance sustantivo de la inmunidad.

18) Por lo que se refiere a la cuestión terminológica, para referirse a los beneficiarios de la inmunidad la Comisión ha decidido emplear los términos "*مسؤول الدولة*" en árabe, "国家官员" en chino, "funcionario del Estado" en español, *"représentant de l'État"* en francés, *"State official"* en inglés y "должностное лицо государства" en ruso. Aunque la Comisión entiende que no son términos que tengan un significado necesariamente idéntico ni sean intercambiables entre sí, ha considerado preferible continuar con el empleo de esos términos, en especial teniendo en cuenta que el término en inglés *"State official"*, que se emplea profusamente en la práctica, es adecuado para referirse a todas las categorías de personas a las que se refiere el presente proyecto de artículos. No obstante, debe advertirse de que el empleo de diferentes términos en cada una de las versiones lingüísticas no tiene valor semántico alguno. Por el contrario, los distintos términos empleados en cada una de las versiones lingüísticas tienen idéntico significado a los fines del presente proyecto de artículos y no guardan relación alguna con el significado que cada uno pueda tener en los sistemas jurídicos nacionales.

19) Tal como se indica en la frase final del apartado, la expresión "funcionario del Estado" se refiere tanto a los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios. De esta manera, se llama la atención sobre el hecho de que la inmunidad puede aplicarse tanto a un individuo que es "funcionario del Estado" cuando se suscita la cuestión de la inmunidad como a un individuo que lo fue pero que ya no continúa teniendo esta condición en el momento en que la cuestión de la inmunidad se plantea. Sin embargo, se debe destacar que con esta frase tan solo se quiere hacer mención expresa a la situación temporal en que se puede encontrar el funcionario en su relación con el Estado (antiguo o en ejercicio), y que ello no impide que se pueda beneficiar de la inmunidad, aunque haya dejado de serlo. Por el contrario, la inclusión de la referencia a "los funcionarios en activo" y a los "antiguos funcionarios" no altera el alcance temporal de la inmunidad de jurisdicción penal, que se ha de determinar en virtud de lo previsto en el proyecto de artículo 4, párrafo 1, respecto de la inmunidad *ratione personae*, y en los proyecto de artículo 6, párrafos 2 y 3, y el proyecto de artículo 4, párrafo 3, respecto de la inmunidad *ratione materiae*. Por tanto, aunque la expresión "funcionario del Estado" incluye tanto a "los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios" a los efectos de su definición, se debe destacar que "los antiguos funcionarios" únicamente se beneficiarán de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*.

20) En el mismo sentido, se debe llamar la atención sobre el hecho de que la referencia expresa al "funcionario [...] antiguo o en ejercicio" en el proyecto de artículo 8 es equivalente a la frase "tanto a los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios", por lo que ha de interpretarse conforme a lo antes señalado. La mención expresa de esta circunstancia en el proyecto de artículo 8 se justifica únicamente por el especial significado que la Comisión atribuye a dicho proyecto de artículo, pero no altera el alcance de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, que se sigue rigiendo por los artículos citados en el párrafo anterior.

Apartado b)

21) El apartado b) del proyecto de artículo 2 define el concepto de "acto realizado a título oficial" a los efectos del presente proyecto de artículos. A pesar de la duda expresada por algunos de sus miembros sobre la necesidad de esta disposición, la Comisión ha considerado útil incluir la definición en el proyecto de artículos teniendo en cuenta el lugar central que el concepto de "acto realizado a título oficial" ocupa en el régimen de la inmunidad *ratione materiae.*

22) En la definición contenida en el apartado b), la Comisión ha incorporado los elementos que permiten identificar un determinado acto como "realizado a título oficial" a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Con el empleo del término "actos", la Comisión entiende que se hace referencia tanto a las acciones como a las omisiones. Aunque la terminología que se debe emplear ha sido objeto de debate, la Comisión ha decidido usar el término "actos" siguiendo la versión inglesa de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que en su artículo 1 utiliza el término *"act"*, en el entendimiento de que un acto "puede consistir en una o varias acciones u omisiones o en una combinación de ambas cosas"[929]. Además, el empleo del término "acto" es común en el ámbito del derecho internacional penal para definir las conductas (activas y omisivas) de las que se deriva la responsabilidad penal. Así, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se emplea el término "actos" de forma general en los artículos 6, 7, 8 y 8 *bis*, sin que ello haya generado dudas respecto de la inclusión bajo esta denominación tanto de las acciones como de las omisiones, dependiendo ello únicamente de cada concreto tipo penal. Por su parte, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia[930] y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda[931] emplean igualmente el término "acto" para referirse a los comportamientos, tanto activos como omisivos, que constituyen un crimen de la competencia de dichos tribunales. El término "acto" ha sido utilizado igualmente en tratados que definen conductas de las que se puede derivar responsabilidad penal. Así sucede, por ejemplo, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. II), y en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (art. 1).

23) Mediante la expresión "en ejercicio de la autoridad estatal", la Comisión quiere expresar la necesidad de que exista un vínculo entre el acto y el Estado. En otras palabras, quiere poner de manifiesto que no es suficiente que un funcionario del Estado realice un acto para que el mismo sea considerado automáticamente un "acto realizado a título oficial". Por el contrario, es igualmente necesario que dicho acto tenga una conexión directa con el ejercicio de funciones y poderes del Estado, ya que es esa conexión lo que justifica el reconocimiento de la inmunidad a fin de preservar el principio de igualdad soberana del Estado.

---

929 *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 33, comentario al artículo 1, párr. 1). Ha de advertirse que si bien las versiones española y francesa utilizan un término distinto para referirse a la misma categoría ("hecho" y *"fait"*, respectivamente), la parte del comentario de la Comisión que se reproduce *supra* es idéntico en las tres versiones lingüísticas.

930 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 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 Corr.1 [y Add.1]), anexo.

931 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, anexo.

24) En este sentido, la Comisión considera que, para calificar un acto como "acto realizado a título oficial", es preciso, en primer lugar, que pueda ser atribuido al Estado. No obstante, ello no implica necesariamente que solo el Estado pueda ser considerado como responsable de ese acto. Por el contrario, la atribución al Estado del acto es un requisito necesario para calificar un acto como realizado a título oficial, pero no impide que pueda ser atribuido igualmente al individuo, conforme al modelo "un acto, dos responsabilidades" (doble atribución), que ya ha sido recogido por la Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (art. 4)[932], en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (art. 58)[933] y en los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (art. 66)[934]. Conforme a este modelo, un mismo acto puede generar tanto la responsabilidad del Estado como la responsabilidad individual de su autor, especialmente en el ámbito penal.

25) A los efectos de la atribución de un acto al Estado es preciso tomar en consideración, como punto de partida, las reglas que se incluyen en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones. No obstante, ha de tenerse en cuenta que dichas reglas fueron definidas por la Comisión en el contexto y a los efectos de la responsabilidad del Estado. En consecuencia, su aplicación al proceso de atribución del acto de un funcionario a un Estado a los efectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado debe ser analizada de forma cuidadosa. En este sentido, a los efectos de la inmunidad, no parecen aplicables con carácter general los criterios de atribución contenidos en los artículos 7 a 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En especial, la Comisión entiende que, como regla, no podrán ser considerados actos realizados a título oficial los actos realizados por un funcionario en beneficio e interés exclusivamente propios, aunque puedan tener apariencia de haber sido realizados a título oficial. En tales actos no resulta posible identificar un interés propio del Estado y, por tanto, no se justifica el reconocimiento de una inmunidad cuyo objetivo es, en último extremo, proteger el principio de igualdad soberana del Estado[935]. No obstante, ello

[932] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y 26.

[933] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 152 y 153. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión en su 53er período de sesiones figuran en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

[934] *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 115. Los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados por la Comisión en su 63er período de sesiones figuran en la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.

[935] Especialmente clarificadora de los motivos que explican la exclusión de los actos *ultra vires* es la siguiente argumentación formulada por un tribunal de los Estados Unidos de América: "[c]uando los poderes de los funcionarios están limitados por ley, sus acciones más allá de dichos límites han de ser consideradas acciones individuales y no soberanas. El funcionario no está haciendo las tareas para las que el soberano le ha otorgado poder". Para el citado tribunal, "la Ley de Inmunidad de Soberanía Extranjera no otorga inmunidad respecto de las conductas ilegales de los funcionarios del Gobierno" y, por tanto, "[u]n funcionario que actúa bajo la apariencia de autoridad *[under color of authority]*, pero no dentro de un mandato oficial, puede violar el derecho internacional y no tener derecho a la inmunidad en virtud de la Ley" (*Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation; Hilao and Others v. Estate of Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, sentencia de 16 de junio de 1994, 25 F.3d 1467 (9th Cir.1994), *International Law Reports*, vol. 104, págs. 119 y ss., en particular págs. 123 y 125). En un sentido similar, otro tribunal ha concluido que los actos *ultra vires* no pueden beneficiarse de inmunidad soberana, ya que sus autores han actuado más allá de su autoridad al violar los derechos humanos de los demandantes: "si los funcionarios realizan actos que no tienen cobertura oficial del Estado, es decir, si no se trata de 'funcionarios que actúan a título oficial mediante actos dentro del ámbito de su autoridad', no podrán beneficiarse de la inmunidad" (In re *Doe I*, et al. *v. Liu Qi*, et al., *Plaintiff A*, et al. *v. Xia Deren*, et al., Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, para el Distrito Norte de California (2004), 349 F. Supp.2d 1258 C 02-0672 CW (EMC), C 02-0695 CW). Cabe señalar que antes de *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010), muchos tribunales de los Estados Unidos examinaban la inmunidad de los funcionarios extranjeros en casos civiles con arreglo a la Ley de Inmunidad de Soberanía Extranjera. En *Samantar*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo que la inmunidad de los funcionarios de Estados extranjeros no se regía por esa Ley, sino por las normas de *common law*. No obstante, las decisiones anteriores en que los tribunales de los Estados Unidos analizaban la inmunidad con arreglo a la Ley

no significa que un acto ilícito, como tal, no pueda beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae*. Varios tribunales han concluido que los actos ilícitos no pierden la cobertura de la inmunidad por el mero hecho de ser ilícitos[936], ni siquiera en el caso de que el acto sea contrario al derecho internacional[937].

26) La calificación de un acto como "realizado a título oficial" requiere además la existencia de una especial conexión entre el acto y el Estado. Esa vinculación se ha definido en el apartado b) del proyecto de artículo 2 con la fórmula "autoridad estatal", que ha sido considerada por la Comisión como suficientemente amplia para referirse de modo general a los actos realizados por los funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones y en interés del Estado, y que debe entenderse que da cobertura a las funciones enunciadas en el apartado a) del proyecto de artículo 2, referido a los individuos "que representa[n] al Estado o que ejerce[n] funciones estatales".

27) Esta fórmula ha sido considerada preferible a la inicialmente propuesta ("en ejercicio de prerrogativas del poder público") y a otras que han sido sucesivamente consideradas por la Comisión, en especial las de "autoridad gubernamental" (en inglés *governmental authority*) o "autoridad soberana". Aunque todas ellas reflejan igualmente el requisito de la especial conexión que debe existir entre el acto y el Estado, presentan la dificultad de que se puede interpretar que se refieren exclusivamente a un tipo de actividad estatal (gubernamental o ejecutiva), o generar el problema añadido de tener que definir las prerrogativas del poder público o de soberanía, lo que sería extremadamente difícil y no se considera una función de la Comisión. También se ha considerado preferible no utilizar la expresión "funciones estatales", que fue empleada en el apartado a) del proyecto de artículo 2, a fin de favorecer la clara diferenciación entre las definiciones contenidas en los apartados a) y b) de este proyecto de artículo. En este sentido, se debe recordar que la expresión "funciones estatales", junto con la de "representación del Estado", se empleó en el apartado a) del proyecto de artículo 2 como un término neutro que define el vínculo entre el funcionario y el Estado, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el tipo de actos que quedan cubiertos por la inmunidad[938]. El empleo del término "autoridad" en lugar del de "funciones" ofrece, además, la ventaja de evitar el debate sobre si los crímenes de derecho internacional son o no "funciones del Estado". Sin embargo, un miembro de la Comisión consideró que habría sido más adecuado emplear la expresión "funciones estatales" en el apartado b) del proyecto de artículo 2.

28) La Comisión no ha considerado apropiado incluir en la definición de "acto realizado a título oficial" una referencia a que haya de tener una naturaleza o carácter penal. Se trata de evitar así una eventual interpretación de que todo acto realizado a título oficial es, por definición, un acto de naturaleza penal. En cualquier caso, el concepto de "acto realizado a título oficial" debe interpretarse en el contexto del presente proyecto de artículos, dedicado a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

29) Por último, aunque la definición contenida en el apartado b) del proyecto de artículo 2 está dedicada al "acto realizado a título oficial", la Comisión ha considerado necesario incluir en dicha definición una referencia expresa al autor del acto, es decir, al funcionario del Estado. Con ello se llama la atención sobre el hecho de que solo un funcionario del Estado puede realizar un acto a título oficial, expresando de esa manera la necesidad de una

---

de Inmunidad de Soberanía Extranjera siguen ofreciendo una valiosa perspectiva sobre el alcance de dicha inmunidad, ya que el razonamiento en que se basan sigue siendo válido.

936 *Jaffe v. Miller and Others*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, 17 de junio de 1993 (véase la nota 925 *supra*); *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation and Others*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 23 de enero de 1989, 488 U.S. 428, *International Law Reports*, vol. 81, pág. 658; *McElhinney v. Williams*, Tribunal Supremo de Irlanda, 15 de diciembre de 1995, *ibid.*, vol. 104, pág. 691.

937 *I Congreso del Partido*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 16 de julio de 1981, [1983] A.C. 244, *International Law Reports*, vol. 64, pág. 307. En el asunto *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 14 de junio de 2006 (véase la nota 925 *supra*), Lord Hoffmann rechazó el argumento de que un acto contrario al *ius cogens* no puede ser un acto oficial.

938 Véase *supra* el párrafo 13) del presente comentario. En este marco, la Comisión ha entendido que en las funciones estatales "se incluyen las funciones legislativas, judiciales, ejecutivas o de otra índole que son propias del Estado".

vinculación entre el autor del acto y el Estado. Además, la referencia al funcionario del Estado favorece una continuidad lógica con la definición de "funcionario del Estado" contenida en el apartado a) del proyecto de artículo 2.

30) La Comisión considera que no es posible establecer una lista exhaustiva de actos realizados a título oficial. Por el contrario, la identificación de dichos actos deberá realizarse caso por caso, teniendo en cuenta los criterios antes analizados, a saber: que sea un acto realizado por un funcionario del Estado, que pueda ser atribuido de modo general al Estado y que se haya realizado "en ejercicio de la autoridad estatal". No obstante, la práctica judicial nos ofrece ejemplos de actos o categorías de actos que pueden considerarse realizados a título oficial, con independencia de la denominación específica con que los tribunales se refieran a ellos. Estos ejemplos pueden ayudar al juez y a otros operadores jurídicos nacionales a identificar si un determinado acto entra dentro de esta categoría.

31) De manera general, los tribunales nacionales han considerado como actos que encajan dentro de la categoría de actos realizados a título oficial los siguientes: actividades militares o relacionadas con las fuerzas armadas[939], actos relacionados con el ejercicio del poder de policía[940], actividades diplomáticas y propias de las relaciones exteriores[941], actos legislativos (incluidas las nacionalizaciones)[942], actos de la administración de justicia[943], actos administrativos de distinta naturaleza (tales como expulsión de extranjeros o abanderamiento de buques)[944], actos referidos a préstamos públicos[945] y actos de naturaleza política de distinto tipo[946].

---

939 *Empire of Iran*, Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, 30 de abril de 1963, *International Law Reports*, vol. 45, pág. 57; *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, US 336 F 2d 354 (Segundo Circuito, 1964), *ibid.*, vol. 35, pág. 110; *Saltany and Others v. Reagan and Others*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 23 de diciembre de 1988, 702 F. Supp 319, *ibid.*, vol. 80, pág. 19; *Holland v. Lampen-Wolfe* (Reino Unido), [2000] 1 WLR 1573; *Lozano v. Italy*, caso núm. 31171/2008, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 24 de julio de 2008 (puede consultarse en http://opil.ouplaw.com, International Law in Domestic Courts [ILDC 1085 (IT 2008)]). El Tribunal Arbitral constituido en el seno de la Corte Permanente de Arbitraje para examinar el caso *"Enrica Lexie"* ha considerado que los actos realizados por marines italianos para proteger un buque comercial constituyen un acto realizado a título oficial. Véase *In the matter of an arbitration before an Arbitral Tribunal constituted under annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea* (nota 925 *supra*), párrs. 839 y 841.

940 *Empire of Iran* (véase la nota 939 *supra*); *Iglesia de la Cienciología*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, 26 de septiembre de 1978 (véase la nota 925 *supra*); *Saudi Arabia and Others v. Nelson*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1993): 507 U.S. 349, *International Law Reports*, vol. 100, pág. 544; Propend *Finance Pty Ltd. v. Sing*, Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, *ibid*., vol. 111, pág. 611; *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, The *Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones*, Corte Suprema de Irlanda, 24 de abril de 1997 (véase la nota 925 *supra*); *First Merchants Collection v. Republic of Argentina*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida, 31 de enero de 2002, 190 F. Supp. 2d 1336 (S.D. Fla. 2002).

941 *Empire of Iran* (véase la nota 939 *supra*); *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 939 *supra*).

942 *Empire of Iran* (véase la nota 939 *supra*); *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 939 *supra*).

943 *Empire of Iran* (véase la nota 939 *supra*); asunto núm. 12-81.676, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 19 de marzo de 2013, y asunto núm. 13-80.158, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), sentencia de 17 de junio de 2014 (véase www.legifrance.gouv.fr/). En el mismo sentido se han manifestado los tribunales suizos en el caso ATF 130 III 136, referido a una orden internacional de detención emitida por un juez español.

944 *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 939 *supra*); *Kline and Others v. Kaneko and Others*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York (Estados Unidos de América), 3 de mayo de 1988, US, 685 F Supp 386 (1988), *International Law Reports*, vol. 101, pág. 497; *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), 23 de noviembre de 2004 (véase la nota 925 *supra*).

945 *Victory Transport Inc. v. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes* (véase la nota 939 *supra*).

946 *Doe I v. Israel*, US, 400 F.Supp.2d 86, 106 (DCC 2005) (constitución de asentamientos israelíes en los territorios ocupados); *Youming* Jin et al. *v. Ministry of State Security* et al., US, 557 F.

32) Además, la inmunidad de los funcionarios del Estado ha sido invocada ante tribunales penales en relación con los siguientes actos realizados, según se alega, a título oficial: tortura, exterminio, genocidio, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, embarazo forzoso, deportación, privación del estatuto de prisionero de guerra, esclavitud y trabajos forzados, así como actos de terrorismo[947]. Estos delitos se mencionan en ocasiones *eo nomine*, mientras que en otros asuntos el tribunal se refiere de forma genérica a crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos[948]. Los tribunales nacionales han examinado otros actos cometidos por miembros de las fuerzas armadas o servicios de seguridad que no se pueden encuadrar en las categorías antes mencionadas, tales como malos tratos, sevicias, detención ilegal, secuestro, delitos contra la administración de justicia y otros actos relacionados con el mantenimiento del orden público y la aplicación de la ley[949].

Supp. 2d 131 (DDC 2008) (contratación de sicarios para amenazar a miembros de un grupo religioso, con resultado de muertes y violencia excesiva).

947 *Rauter*, Tribunal Especial de Casación de los Países Bajos, sentencia de 12 de enero de 1949, *International Law Reports*, vol. 16, pág. 526 (crímenes cometidos por fuerzas de ocupación alemanas en Dinamarca); *Fiscal General de Israel c. Adolf Eichmann*, Tribunal de distrito de Jerusalén (caso núm. 40/61), sentencia de 12 de diciembre de 1961, y Tribunal Supremo (Tribunal de Apelaciones, sentencia de 29 de mayo de 1962, *ibid.*, vol. 36, págs. 18 y 277 (crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, incluidos crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); *Yaser Arafat (Carnevale re. Valente – Imp. Arafat e Salah)*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 28 de junio de 1985, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 69, núm. 4 (1986), pág. 884 (venta de armas y colaboración con las Brigadas Rojas en relación con actos de terrorismo); *R. v. Mafart and Prieur/Raimbow Warrior*, Nueva Zelandia, Tribunal Superior, Secretaría del Tribunal de Auckland, 22 de noviembre de 1985, *International Law Reports*, vol. 74, pág. 241 (actos realizados por miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad franceses, consistentes en el minado del barco Rainbow Warrior, que provocaron el hundimiento del barco y la muerte de varias personas y que fueron calificados como actos terroristas); *Antiguo Embajador de Siria en la República Democrática Alemana*, Tribunal Supremo Federal de Alemania, Tribunal Constitucional Alemán, sentencia de 10 de junio de 1997, *ibid.*, vol. 115, pág. 595 (en el asunto se sustanció la acción contra un antiguo embajador que supuestamente almacenó en los locales diplomáticos armas que fueron utilizadas posteriormente para actos terroristas); *Bouterse*, R 97/163/12 Sv y R 97/176/12 Sv, Países Bajos, Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam, sentencia de 20 de noviembre de 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), págs. 266 a 282 (tortura, crímenes contra la humanidad); *Kadhafi*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 20 de octubre de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia núm. 1414, de 13 de marzo de 2001, *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001) (versión inglesa reproducida en *International Law Reports*, vol. 125, págs. 490 y 508) (ordenar el derribo de un avión mediante explosivos que causó la muerte a 170 personas, considerado como terrorismo); *Hissène Habré*, Tribunal de Apelaciones de Dakar (Senegal), sentencia de 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 20 de marzo de 2001, *International Law Reports*, vol. 125, págs. 571 y 577 (actos de torturas y crímenes contra la humanidad): *Sharon and Yaron*, Tribunal de Apelaciones de Bruselas, sentencia de 26 de junio de 2002, *ibid*., vol. 127, pág. 110 (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio); *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (véase la nota 925 *supra*) (tortura y otros crímenes de lesa humanidad); asunto núm. 3 StR 564/19, Tribunal Federal de Justicia de Alemania, 28 de enero de 2021 (véase la nota 925 *supra*) (tortura como crimen de guerra).

948 *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10)*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Séptimo Circuito, 8 de septiembre de 2004 (383F.3d 620) (a diferencia de los citados en la nota 947 *supra* y en la nota 949 *infra*, este asunto fue examinado por un tribunal civil).

949 *Enjuiciamiento de guardias fronterizos*, Corte Suprema Federal de Alemania, 3 de noviembre de 1992 (véase la nota 925 *supra*) (muerte de un joven alemán como consecuencia de los disparos realizados por los guardias de fronteras de la República Democrática Alemana cuando quería atravesar el denominado “Muro de Berlín”); *Norbert Schmidt v. The Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, The Commissioner of the Metropolitan Police and David Jones, Corte Suprema (Irlanda), 24 de abril de 1997 (véase la nota 925 *supra*) (circunstancias irregulares de la detención del demandante por funcionarios del Estado); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia del Reino Unido, 29 de julio de 2011 (véase la nota 925 *supra*) (secuestro y detención ilegal).

33) En un cierto número de casos los tribunales nacionales han concluido que el acto en cuestión excede los límites de las funciones oficiales o de las funciones del Estado. Así, en una causa relacionada con el asesinato de un opositor político, un tribunal indicó que el "comportamiento que tiene como el propósito asesinar a una persona" no es un acto cubierto por la inmunidad[950]. De una manera similar, y con carácter general, los tribunales nacionales han denegado la inmunidad en los casos vinculados a la corrupción, bien sea en forma de desviación y apropiación ilícita de fondos públicos y blanqueo de capitales, bien sea en alguna otra forma de expresión de la corrupción, por considerar que dichos actos "se alejan del ejercicio de las funciones estatales protegidas por la costumbre internacional en nombre de los principios de soberanía y de inmunidad diplomática"[951], y que "por su naturaleza, no participan del ejercicio de la soberanía, ni de los poderes públicos, ni tienen relación con el interés general"[952]. Siguiendo la misma lógica, los tribunales no han admitido que puedan beneficiarse de la inmunidad actos realizados por funcionarios del Estado que guardan una estrecha relación con una actividad privada y cuyo objetivo es el enriquecimiento personal del funcionario y no el beneficio del soberano[953].

34) En relación con los ejemplos de posibles actos realizados a título oficial merece una mención especial el tratamiento dado por los tribunales nacionales a los crímenes de derecho internacional, y en especial la tortura. Así, mientras que en ocasiones han sido considerados actos realizados a título oficial (aunque ilegales y aberrantes)[954], en otras han sido calificados como actos *ultra vires* o como actos que no responden a la naturaleza propia de las funciones

[950] Estados Unidos, Tribunal del Distrito de Columbia, *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980), pág. 673.

[951] *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, 13 de junio de 2013 (véase la nota 925 *supra*).

[952] *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, Sección Séptima, Segunda Sala de Instrucción, demanda de anulación, sentencia de 16 de abril de 2015.

[953] *United States of America v. Noriega*, Tribunal de Apelaciones (Estados Unidos), 7 de julio de 1997 (véase la nota 925 *supra*); *Jungquist v. Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, sentencia de 20 de septiembre de 1996, 94 F. Supp. 312, *International Law Reports*, vol. 113, pág. 522; *Mellerio c. Isabel de Bourbon*, Tribunal de Apelaciones de París, 3 de junio de 1872, *Recueil général des lois et des arrêts 1872*, pág. 293; *Seyyid Ali Ben Hamond, prince Raschid c. Wiercinski*, Tribunal Civil del Sena, sentencia de 25 de julio de 1916, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol. 15 (1919), pág. 505; *Ex-roi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 11 de abril de 1957, *Journal du droit international*, vol. 84, núm. 1 (1957), págs. 716 a 718; *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Tribunal de Apelaciones de París, sentencia de 28 de abril de 1961, *Revue générale de droit international public*, vol. 66, núm. 2 (1962), pág. 418 (reproducida también en *International Law Reports*, vol. 47, pág. 275); *Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation Trajano v. Marcos and Another*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, 21 de octubre de 1992, 978 F 2d 493 (1992), *International Law Reports*, vol. 103, pág. 521; *Jimenez v. Aristeguieta* et al., Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Quinto Circuito, 311 F 2d 547 (1962), *ibid*., vol. 33, pág. 353; *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal Federal de Suiza, sentencia de 22 de diciembre de 2005 (1A 288/2005) (puede consultarse en http://opil.ouplaw.com, International Law in Domestic Courts [ILDC 339 (CH 2005)]); *Republic of the Philippines v. Marcos and Others*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 26 de noviembre de 1986, 806 F.2d 344, *International Law Reports*, vol. 81, pág. 581; *Republic of the Philippines v. Marcos and Others* (núm. 2), Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, 4 de junio de 1987 y 1 de diciembre de 1988, 862 F.2d 1355, *ibid*., vol. 81, pág. 608; *Republic of Haiti and Others v. Duvalier and Others*, [1990] 1 QB 2002 (Reino Unido), *ibid*., vol. 107, pág. 491.

[954] *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147. Solo Lord Goff consideró que se trataba de actos oficiales que quedaban cubiertos por la inmunidad. Para Lord Browne-Wilkinson y Lord Hutton la tortura no podían ser "una función pública" o "una función gubernamental". Por el contrario, Lord Goff, que votó en contra de la sentencia, concluyó que era una "función gubernamental". También se expresaron en un sentido similar Lord Hope ("acto criminal pero gubernamental"), Lord Saville (que se refirió a "la tortura oficial"), Lord Millett ("actos públicos y oficiales") y Lord Phillips ("acto criminal y oficial"). Véanse también *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores (Reino Unido), 14 de junio de 2006 (nota 925 *supra*) y *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso *Prince Nasser*), Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division, Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014, [2014] EWHC 3419 (Admin.). Véase asimismo el asunto núm. 3 StR 564/19, Tribunal Federal de Justicia de Alemania, 28 de enero de 2021 (nota 925 *supra*).

del Estado[955], por lo que deberían de ser excluidos de la categoría de actos definidos en este párrafo. Además, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que este distinto tratamiento de los crímenes de derecho internacional se produce tanto en los casos en que los tribunales nacionales han reconocido la inmunidad, como en los supuestos en que han rechazado que la misma sea aplicable.

35) En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la definición de "acto realizado a título oficial" contenida en el apartado b) del proyecto de artículo 2 se refiere a los elementos distintivos de dicha categoría de actos y no prejuzga la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad, que se aborda en el proyecto de artículo 7.

Segunda parte
Inmunidad *ratione personae*

Comentario

1) Aunque la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es una categoría jurídica única, ello no impide que se puedan establecer diferencias en función de los distintos tipos de funcionarios del Estado, en especial por razón de las diferentes posiciones que cada uno de ellos ocupe en el Estado y las diferentes funciones que desempeñen. La Comisión ha tenido en cuenta estas circunstancias a los efectos de definir dos regímenes jurídicos que se abordan en las partes segunda y tercera del proyecto de artículos bajo la denominación de "Inmunidad *ratione personae*" e "Inmunidad *ratione materiae*".

2) La segunda parte del proyecto de artículos está dedicada a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* de los funcionarios del Estado y en ella se enuncian los elementos normativos que definen el régimen jurídico aplicable a este tipo de inmunidad. Esta parte está integrada por dos proyectos de artículo. El proyecto de artículo 3 se refiere al elemento subjetivo de la inmunidad *ratione personae* (funcionarios del Estado que gozan de inmunidad) y el artículo 4 recoge los elementos sustantivos (actos cubiertos por la inmunidad) y temporal (período de aplicabilidad de la inmunidad). Ambos han de leerse conjuntamente para una correcta comprensión del régimen jurídico aplicable a la inmunidad *ratione personae*.

3) El párrafo 3 del proyecto de artículo 4 define, además, la relación entre la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* y la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* aplicable a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores tras la terminación de su mandato.

Artículo 3
Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*

Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Comentario

1) El proyecto de artículo 3 enumera los funcionarios del Estado que se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*, a saber: el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. El proyecto de artículo se limita a definir las personas a las que se aplica este tipo de inmunidad, sin hacer referencia a su alcance sustantivo.

2) La Comisión considera que hay dos razones, una de orden representativo y otra de orden funcional, para reconocer la inmunidad *ratione personae* a los Jefes de Estado, los

[955] *Pinochet*, Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, *International Law Reports*, vol. 119, pág. 345; *Bouterse*, Países Bajos, Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam, 20 de noviembre de 2000 (véase la nota 947 *supra*); *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, Tribunal de primera instancia de Leivadia (Grecia), sentencia de 30 de octubre de 1997 (*American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 4 (1998), pág. 765).

Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores. En primer lugar, en virtud de las normas del derecho internacional, las personas que ocupan esos tres cargos, por el solo hecho del ejercicio de sus funciones, representan al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales de forma directa y sin necesidad de una atribución específica de poderes por parte del Estado[956]. En segundo lugar, han de poder desempeñar sus funciones sin obstáculos[957]. Es irrelevante que esos funcionarios sean o no nacionales del Estado en el que desempeñan el cargo de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores.

3) La afirmación de que los Jefes de Estado se benefician de la inmunidad *ratione personae* no es objeto de controversia, reconociéndose la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario que así lo establecen. Además, diversas convenciones contienen disposiciones que se refieren directamente a la inmunidad de jurisdicción del Jefe de Estado. En este sentido, cabe mencionar el artículo 21, párrafo 1, de la Convención sobre las Misiones Especiales, que reconoce expresamente que el Jefe de Estado cuando encabece una misión especial gozará, además de las inmunidades reconocidas en dicha Convención, de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional al Jefe de Estado en visita oficial. En el mismo sentido, el artículo 50, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, se refiere a las otras "inmunidades reconocid[a]s por el derecho internacional a los Jefes de Estado". En una línea similar, aunque en un plano diferente, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes incorpora en la cláusula de salvaguardia del artículo 3, párrafo 2, una referencia expresa a las inmunidades de que goza el Jefe de Estado en virtud de normas de derecho internacional.

4) La inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Estado ha sido reconocida igualmente en la jurisprudencia, tanto a nivel internacional como estatal. Así, la Corte Internacional de Justicia se ha referido explícitamente a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Estado en las causas relativas a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*[958] y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*[959]. Ha de destacarse que la práctica judicial nacional, aunque limitada en cuanto a su número, es constante en declarar que los Jefes de Estado se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*, bien sea en el marco de procesos que tienen como objeto la inmunidad del Jefe de Estado, bien sea como parte del razonamiento que los citados tribunales siguen para concluir la concurrencia o no de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de otros funcionarios del Estado[960].

---

956 La Corte Internacional de Justicia ha afirmado que "es una regla bien establecida de derecho internacional que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se consideran que representan al Estado por el solo hecho del ejercicio de sus funciones" *(Armed activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial pág. 27, párr. 46).

957 Véase la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 899 *supra*), págs. 21 y 22, párrs. 53 y 54, en que la Corte Internacional de Justicia desarrollaba especialmente este segundo elemento en relación con el Ministro de Relaciones Exteriores.

958 *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), págs. 20 y 21, párr. 51.

959 *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 925 *supra*), págs. 236 y 237, párr. 170.

960 Los tribunales nacionales han declarado en varias ocasiones la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* del Jefe de Estado como fundamento de su decisión sobre el fondo, concluyendo la imposibilidad de actuar penalmente contra un Jefe de Estado en ejercicio. En este sentido, véanse Re *Honecker*, Tribunal Supremo Federal, Segunda Sala de lo Penal (República Federal de Alemania), sentencia de 14 de diciembre de 1984 (causa núm. 2 ARs 252/84), reproducida en *International Law Reports*, vol. 80, págs. 365 y 366; *Rey de Marruecos*, Audiencia Nacional (España), auto de la Sala de lo Penal de 23 de diciembre de 1998; *Kadhafi*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), 13 de marzo de 2001 (nota 947 *supra*); *Fidel Castro*, Audiencia Nacional (España), auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 13 de diciembre de 2007 (la Audiencia Nacional ya se había pronunciado en el mismo sentido respecto de otras dos querellas introducidas contra Fidel Castro en 1998 y 2005); y *Case against Paul Kagame*, Audiencia Nacional, Juzgado Central de

5) La Comisión considera que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* del Jefe de Estado se reconoce exclusivamente a las personas que ocupan efectivamente esa posición, siendo irrelevantes a los efectos del presente proyecto de artículos la denominación que la figura del Jefe de Estado reciba en cada Estado, el título por el que se acceda a la condición de Jefe de Estado (a título de soberano u otro), así como el hecho de que la posición en cuestión sea unipersonal o colegiada[961].

6) El reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* a favor del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores se ha producido porque el derecho internacional ha ido aproximando paulatinamente sus funciones de representación del Estado a las del Jefe de Estado. Como ejemplo de ello se puede citar el reconocimiento de los poderes plenos del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores en el proceso de celebración de los tratados[962], así como la equiparación de las tres figuras en relación con su

---

Instrucción núm. 4 (España), auto de procesamiento de 6 de febrero de 2008. También en el marco de un proceso penal, pero en tanto que *obiter dicta*, diversos tribunales han reconocido de modo general la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* en varias ocasiones. En esos casos el tribunal nacional no ha declarado la inmunidad de un Jefe de Estado en concreto, bien porque la persona ha terminado su mandato y no es ya un Jefe de Estado en ejercicio, bien porque la persona no es ni ha sido nunca un Jefe de Estado. Véanse *Pinochet* (solicitud de extradición), Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (España), auto de solicitud de extradición de 3 de noviembre de 1998; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others – Ex Parte Pinochet*, Cámara de los Lores (Reino Unido), 24 de marzo de 1999 (nota 925 *supra*); *H.S.A.*, et al. *c. S.A.*, et al. (procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros), Tribunal de Casación (Bélgica), sentencia de 12 de febrero de 2003 (P-02-1139.F), reproducida en *International Legal Materials*, vol. 42, núm. 3 (2003), págs. 596 a 605; *Scilingo*, Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera (España), auto de 27 de junio de 2003; *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs; Association des familles des victimes du Joola*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), 19 de enero de 2010 (nota 925 *supra*); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), 29 de julio de 2011 (nota 925 *supra*); y *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (nota 925 *supra*). Debe destacarse que los tribunales nacionales no han declarado nunca que un Jefe de Estado carece de inmunidad de jurisdicción penal y que la misma es *ratione personae*. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* de los Jefes de Estado es constante en la jurisdicción civil, en la que el volumen de decisiones judiciales es mayor. A título de ejemplo, véanse *Rukmini S. Kline* et al. *v. Yasuyuki Kaneko* et al., Tribunal Supremo del Estado de Nueva York (Estados Unidos de América), sentencia de 31 de octubre de 1988 (535 N.Y.S.2d 1258) (141 Misc.2d 787); *Mobutu c. SA Cotoni*, Tribunal civil de Bruselas, sentencia de 29 de diciembre de 1988; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal Federal (Suiza), sentencia de 2 de noviembre de 1989 (ATF 115 Ib 496), parcialmente reproducido en *Revue suisse de droit international et de droit européen* (1991), págs. 534 a 537 (versión inglesa en *International Law Reports*, vol. 102, pág. 198); *Lafontant v. Aristide*, Tribunal de Distrito, Distrito Este de Nueva York (Estados Unidos), sentencia de 27 de enero de 1994, 844 F Supp. 128; *W. v. Prince of Liechtenstein*, Tribunal Supremo (Austria), sentencia de 14 de febrero de 2001 (7 Ob 316/00x); *Tachiona v. Mugabe ("Tachiona I")*, Tribunal de Distrito de Nueva York (Estados Unidos), sentencia de 30 de octubre de 2001 (169 F.Supp.2d 259); *Fotso v. Republic of Cameroon*, Tribunal de Distrito de Oregón (Estados Unidos), providencia de 22 de febrero de 2013 (6:12CV 1415-TC).

961 Es de interés en este sentido lo previsto en la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (art. 50, párr. 1) y en la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 21, párr. 1), que recogen la figura de las jefaturas de Estado colegiadas. Por el contrario, la Comisión no consideró oportuno incluir una referencia a esta categoría en el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas (*Anuario... 1972*, vol. II, documento A/8710/Rev.1, pág. 341, comentario al proyecto de artículo 1, párr. 2)) y, por tanto, no fue recogida finalmente en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.

962 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331, art. 7, párr. 2 a). En un sentido similar se ha manifestado la Corte Internacional de Justicia en relación con la capacidad del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores de comprometer al Estado mediante actos unilaterales (*Armed activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (véase la nota 956 *supra*), pág. 27, párr. 46).

protección internacional[963] o en el plano de su participación en la representación del Estado[964]. La inmunidad de los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se menciona en la Convención sobre las Misiones Especiales, la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y, de manera implícita, en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes[965]. La inclusión del Ministro de Relaciones Exteriores en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, es especialmente significativa, puesto que la Comisión en su proyecto de artículos sobre este tema decidió no incluir a los miembros del gobierno en la lista de personas internacionalmente protegidas[966], a pesar de lo cual el Ministro de Relaciones Exteriores fue finalmente incluido en la Convención adoptada por los Estados.

7) Todos los ejemplos mencionados son el resultado de trabajos previos de la Comisión, que ha tomado en consideración en varias ocasiones la problemática de la inclusión expresa o no de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores en instrumentos internacionales. En este contexto, se ha señalado que en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes se menciona de manera expresa al Jefe de Estado, mientras que se excluye toda referencia explícita al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores. Sin embargo, no parece posible concluir que de los citados ejemplos deba deducirse que la Comisión deba tratar también de forma diferente a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores en el presente proyecto de artículos; y menos aún que deba excluir al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores del proyecto de artículo 3. A tal efecto deben tomarse en consideración varios elementos. En primer lugar, que el presente proyecto de artículos se refiere únicamente a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, mientras que la Convención sobre las Misiones Especiales y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal se refieren a cualquier inmunidad de la que puedan gozar los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno o Ministros de Relaciones Exteriores. En segundo lugar, que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes se refiere a la inmunidad del Estado y la inmunidad de jurisdicción penal ha quedado fuera de su ámbito de aplicación[967], a lo que ha de añadirse igualmente que la Comisión no se pronunció en contra

[963] Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 1, párr. 1 a).

[964] Véanse, en este sentido, la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 21; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 50.

[965] El artículo 21 de la Convención sobre las Misiones Especiales se refiere tanto al Jefe de Estado como al Jefe de Gobierno y al Ministro de Relaciones Exteriores, si bien lo hace en párrafos separados (en el párrafo 1 se menciona al Jefe de Estado y en el párrafo 2 al Jefe de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado). Igual modelo es seguido por la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, que también se refiere a esos funcionarios en párrafos separados. Por el contrario, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes ha optado por incluir únicamente una mención *eo nomine* del Jefe de Estado (art. 3, párr. 2) y las otras dos categorías deben considerarse incluidas en el concepto de “representantes del Estado” contenido en el artículo 2, párr. 1 b) iv). Véanse los párrafos 6) y 7) del comentario al artículo 3 de los artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 23.

[966] *Anuario... 1972*, vol. II, documento A/8710/Rev.1, pág. 341, comentario al artículo 1, párr. 3). Téngase en cuenta que la Comisión decide no incluir dicha referencia ante la inexistencia de una “regla de derecho internacional generalmente aceptada”, pero admite que “una persona que tenga rango de ministro miembro del Gobierno tendrá, evidentemente, derecho a una protección especial cada vez que se encuentre en un Estado extranjero en relación con una actividad oficial”. (Esta declaración se recoge tanto en la versión inglesa del comentario como en la versión francesa, pero no ha sido incorporada en la versión española.)

[967] La declaración de que la Convención “no comprende las actuaciones penales” fue propuesta por el Comité Especial constituido al efecto por la Asamblea General y se plasmó finalmente en el párrafo 2

de las inmunidades de que pudieran gozar el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, sino que —por el contrario— las reconoce, limitándose a no mencionar expresamente estas categorías en el párrafo 2 del artículo 3 "ya que sería muy difícil confeccionar una lista exhaustiva y, por otra parte, cualquier enumeración de dichas personas plantearía la cuestión de su fundamento y de la amplitud de la inmunidad jurisdiccional ostentada por ellas"[968]. Y, en tercer lugar, debe tenerse en cuenta igualmente que todos los ejemplos mencionados son anteriores a la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*.

8) La Corte Internacional de Justicia ha declarado expresamente en la decisión de la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* que "está claramente establecido en el derecho internacional que, al igual que los agentes diplomáticos y consulares, ciertas personas que tienen un rango elevado en el Estado, tales como el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, gozan en los Estados de inmunidades de jurisdicción, tanto civil como penal"[969]. Dicha afirmación ha sido posteriormente reiterada por la Corte en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*[970]. Ambas decisiones han sido objeto de un importante debate en la Comisión, en particular en relación con el Ministro de Relaciones Exteriores. En general, los miembros han expresado su opinión de que la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* refleja el estado actual de evolución del derecho internacional y que, por tanto, debe concluirse que existe una norma consuetudinaria que reconoce la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* del Ministro de Relaciones Exteriores. A juicio de estos miembros de la Comisión, la posición del Ministro de Relaciones Exteriores y sus especiales funciones en el ámbito de las relaciones internacionales constituyen la base para el reconocimiento de la citada inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Por el contrario, algunos miembros de la Comisión han señalado que la decisión de la Corte no es base suficiente para concluir la existencia de una norma consuetudinaria, ya que no analiza suficientemente la práctica y que varios jueces expresaron opiniones distintas a la de la mayoría[971]. Sin embargo, uno de esos miembros ha señalado que la inexistencia de dicha norma no impide a la Comisión incluir al Ministro de Relaciones Exteriores entre los beneficiarios de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* como una cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional, teniendo en cuenta que los Estados no se han opuesto a la decisión de la Corte en esa causa.

9) Por lo que se refiere a la práctica de los tribunales nacionales, la Comisión ha considerado igualmente que si bien el número de decisiones que se refieren a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* es muy reducido en relación con el Jefe de Gobierno y casi inexistente en el caso del Ministro de Relaciones Exteriores, no es menos cierto que los tribunales nacionales que han tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto siempre han reconocido la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de esos altos cargos cuando se encuentran en ejercicio[972].

---

de la parte dispositiva de la resolución 59/38 de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 2004, por la que aquella fue aprobada.

968 Comentario al artículo 3, párr. 7), *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 23.

969 *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), págs. 20 y 21, párr. 51.

970 *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 925 *supra*), págs. 236 y 237, párr. 170.

971 Véanse, en particular, en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 899 *supra*) la opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal; la opinión disidente del Magistrado Al-Khasawneh; y la opinión disidente de la Magistrada Van den Wyngaert.

972 En relación con el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, véanse los siguientes casos, tanto del orden penal como del civil, en que los tribunales nacionales se han pronunciado al respecto, bien sea como base para la decisión sobre el fondo, bien en tanto que *obiter dicta*: *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Tribunal de Apelaciones de París, 28 de abril de 1961 (nota 953 *supra*) (*a contrario*, reconoce implícitamente la inmunidad de un Ministro de Relaciones Exteriores); *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, Tribunal de Circuito del Primer Circuito, Estado de Hawaii (Estados Unidos), sentencia de 9 de septiembre de 1963, reproducida en *American Journal of International Law*, vol. 58 (1964), págs. 186 y 187; *Saltany and Others v. Reagan and Others*, Tribunal de los Estados Unidos, Distrito de Columbia, 23 de diciembre de 1988 (nota 939 *supra*); *Tachiona v. Mugabe ("Tachiona I")*, Tribunal

10) A raíz del debate, la Comisión ha entendido que existe una base suficiente en la práctica y el derecho internacional para concluir que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*, y, en consecuencia, ha decidido incluirlos en el proyecto de artículo 3.

11) La Comisión ha considerado igualmente si otros altos funcionarios del Estado pueden ser incluidos en la lista de los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Tal posibilidad ha sido suscitada por algunos miembros de la Comisión a la luz de la evolución de las relaciones internacionales, en especial el hecho de que otros funcionarios de alto rango distintos del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores participan cada vez más en foros internacionales y realizan frecuentes visitas fuera del territorio nacional. Algunos miembros de la Comisión han apoyado su posición favorable a la inclusión en el proyecto de artículo 3 de otros funcionarios de alto rango con una referencia a la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, considerando que el empleo de la expresión "tales como" debe interpretarse como una cláusula que permite la extensión del régimen de la inmunidad *ratione personae* a otros altos funcionarios del Estado distintos del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores que tienen una importante responsabilidad dentro del Estado y que desarrollan alguna actividad representando al Estado en sectores propios de su actividad. En este sentido, algunos miembros de la Comisión han mencionado que los Ministros de Defensa o de Comercio Internacional disfrutan de la inmunidad *ratione personae*. Por el contrario, para otros miembros de la Comisión, el empleo de la expresión "tales como" no puede tener como efecto ampliar el ámbito de las personas que se beneficiarían de esta categoría de inmunidad, ya que la Corte la utiliza en el marco de un litigio específico en el que se debate la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un Ministro de Relaciones Exteriores. Por último, debe destacarse igualmente que varios miembros de la Comisión han llamado la atención sobre la dificultad intrínseca de determinar cuáles serían las personas que cabe calificar como "otros funcionarios de alto nivel", ya que su identificación dependerá en buena medida de los sistemas nacionales que definen la estructura orgánica y el modelo de atribución de competencias, que presentan diferencias de un Estado a otro[973].

12) La Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, volvió a ocuparse del tema de la inmunidad de los otros altos funcionarios del Estado distintos del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores. La Corte da un tratamiento separado a la inmunidad del Jefe de Estado de Djibouti y a la de otros dos altos cargos, a saber: el Fiscal General *(procureur de la République)* y el Jefe de la Seguridad Nacional. Respecto del Jefe de Estado la Corte se pronuncia de modo nítido para concluir que, con carácter general, se beneficia de la inmunidad de jurisdicción penal *ratione personae* aunque ello no se aplique en el caso en cuestión como consecuencia de que la invitación para declarar cursada por las autoridades francesas no tiene carácter coercitivo[974]. Respecto de los otros dos funcionarios de alto nivel la Corte argumenta que los actos que se les imputan no fueron realizados en ejercicio de sus funciones[975]; entiende que Djibouti no ha aclarado suficientemente si reclama a título de inmunidad del Estado, de inmunidad personal o de otro tipo de inmunidad; y concluye que "[l]a Corte constata, en primer lugar, que no existe ninguna base en derecho internacional

de Distrito, Distrito Sur de Nueva York (Estados Unidos), 30 de octubre de 2001 (nota 960 *supra*); *H.S.A.*, et al. *c. S.A.*, et al. (procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros), Tribunal de Casación (Bélgica), 12 de febrero de 2003 (nota 960 *supra*).

973 Esta dificultad ya fue señalada en su día por la propia Comisión en el párrafo 7) del comentario al proyecto de artículo 3 del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 23. Los mismos problemas fueron destacados por la Comisión en el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 1 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas (*Anuario... 1972*, vol. II, documento A/8710/Rev.1, pág. 341), y en el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 21 del proyecto de artículos sobre las misiones especiales (*Anuario... 1967*, vol. II, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.1, pág. 373).

974 Véase *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (nota 925 *supra*), págs. 236 a 240, párrs. 170 a 180.

975 *Ibid*., pág. 243, párr. 191.

que permita afirmar que los funcionarios concernidos tienen derecho a beneficiarse de inmunidades personales, teniendo en cuenta que no se trata de diplomáticos en el sentido de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y que la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales no se aplica en este caso"[976].

13) Por lo que se refiere a la práctica judicial nacional, es posible encontrar un cierto número de decisiones que se ocupan de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* de otros funcionarios de alto nivel. Sin embargo, las decisiones en cuestión no son concluyentes. Así, mientras que algunas de las decisiones se pronuncian a favor de la inmunidad *ratione personae* de funcionarios de alto rango tales como un Ministro de Defensa o un Ministro de Comercio Internacional[977], en otras los tribunales nacionales concluyen que la persona procesada no se beneficia de la inmunidad, bien sea porque no es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores, bien sea porque no pertenecen al círculo estrecho de funcionarios que merecerían tal tratamiento[978], lo que pone de manifiesto

[976] *Ibid*., págs. 243 y 244, párr. 194. Véanse, en general, los párrafos 181 a 197, *ibid*., págs. 240 a 244.

[977] En este sentido, véase la causa Re *General Shaul Mofaz* (Ministro de Defensa de Israel), Tribunal de Distrito de Bow Street (Reino Unido), sentencia de 12 de febrero de 2004, reproducida en International and Comparative Law Quarterly, vol. 53, parte 3 (2004), pág. 771; y la causa Re *Bo Xilai* (Ministro de Comercio Internacional de China), Tribunal de Primera Instancia de Bow Street, sentencia de 8 de noviembre de 2005 (reproducida en *International Law Reports*, vol. 128, pág. 713), en la que también se reconoce la inmunidad al Sr. Bo Xilai no solo por ser considerado un funcionario de alto rango sino fundamentalmente porque estaba en misión especial en el Reino Unido. El poder ejecutivo de los Estados Unidos reconoció un año después la inmunidad del Sr. Bo Xilai en un proceso civil, basándose en que se encontraba en misión especial en los Estados Unidos: *Suggestion of Immunity and Statement of Interest of the United States*, Tribunal de Distrito de Columbia, 24 de julio de 2006 (Civ. No. 04-0649): véase Estados Unidos, Tribunal de Distrito de Columbia, *Weixum* et al. *v. Xilai*, 568 F. Supp. 2d 35 (D.D.C. 2008) (que remite a la posición del poder ejecutivo de los Estados Unidos). En el asunto Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs; Association des familles des victimes du Joola, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), 19 de enero de 2010 (véase la nota 925 *supra*), el Tribunal reconoce con carácter general la inmunidad *ratione personae* de un Ministro de Defensa, pero en el caso en cuestión lo hace solo respecto de la inmunidad *ratione materiae*, ya que la persona encausada había dejado de estar en ejercicio en dicho cargo. En el caso *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (véase la nota 925 *supra*), el Tribunal declara con carácter general que un Ministro de Defensa en ejercicio se beneficiaría de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*; sin embargo en el caso en cuestión no reconoce la inmunidad porque el Sr. Nezzar ya ha finalizado su mandato y los actos realizados son constitutivos de crímenes internacionales, por lo que no se beneficia tampoco de la inmunidad *ratione materiae*.

[978] Un caso paradigmático al efecto es el asunto *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), sentencia de 29 de julio de 2011 (véase la nota 925 *supra*), en la que el Tribunal admite que, con base en la decisión de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* (véase la nota 909 *supra*), "en derecho internacional consuetudinario ciertas personas que ocupan un cargo de alto nivel tienen derecho a la inmunidad *ratione personae* durante su mandato" (párr. 55) siempre que pertenezcan a un círculo reducido de personas que se identifican porque "sea posible vincular al individuo en cuestión a un estatus similar" (párr. 59) al que correspondería al Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores mencionados en la citada decisión. Tras un análisis de las funciones del Sr. Khurts Bat, concluyó que el mismo "queda fuera de este estrecho círculo" (párr. 61). Con anterioridad, el Tribunal de Apelaciones de París tampoco había reconocido la inmunidad al Sr. Ali Ali Reza, ya que aunque era Ministro de Estado de la Arabia Saudita no era Ministro de Relaciones Exteriores (véase *Ali Ali Reza c. Grimpel*, Tribunal de Apelaciones de París, 28 de abril de 1961) (nota 953 *supra*). En el asunto *United States of America v. Noriega* (véase la nota 925 *supra*), el Tribunal de Apelación del Undécimo Circuito, en su sentencia de 7 de julio de 1997 (recursos núms. 92-4687 y 96-4471), declaró que el Sr. Noriega, antiguo Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de Panamá, no podía incluirse en la categoría de personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, al desestimar la alegación de Noriega de que en el momento en que se habían producido los hechos era Jefe de Estado o líder *de facto* de Panamá. Por su parte, en el asunto *Republic of Philippines v. Marcos*, Tribunal de Distrito del Distrito Norte de California, sentencia de 11 de febrero de 1987 (665 F.Supp. 793), el Tribunal excluyó de la inmunidad *ratione personae* al Fiscal General de Filipinas. En el caso *Fotso v. Republic of Cameroon* (véase la nota 960 *supra*), el poder ejecutivo informó al Tribunal de que el Presidente del Camerún gozaba de inmunidad como Jefe de Estado en ejercicio, y el caso fue desestimado. Estados Unidos, Tribunal del Distrito de

la gran dificultad que subyace en la identificación de otros altos funcionarios distintos del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores respecto de los cuales se pueda concluir de forma incontrovertida que se benefician de la inmunidad *ratione personae*. Por otro lado, debe señalarse también que en algunas de esas decisiones la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario de alto rango es analizada desde diferentes perspectivas (inmunidad *ratione personae*, inmunidad *ratione materiae*, inmunidad del Estado, inmunidad derivada de una misión especial), lo que pone de manifiesto la incertidumbre en la determinación de cuál sea realmente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que se benefician los funcionarios de alto rango distintos del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores[979].

14) En un plano distinto, debe recordarse que la Comisión ya se ha referido a otros funcionarios de alto nivel en su proyecto de artículos sobe las misiones especiales y en su proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales[980], ocupándose de la inmunidad de los mismos. Sin embargo, debe recordarse

---

Oregón, *Fotso v. Republic of Cameroon*, 25 de enero de 2013, núm. 6:12-cv-1415-TC, 2013 U.S. Dist. LEXIS 25424, en *2-6 (D. Ore. 25 de enero de 2013). El poder ejecutivo no se refirió a la inmunidad del Ministro de Defensa y del Secretario de Estado de Defensa, pero el tribunal determinó posteriormente que esos funcionarios gozaban de inmunidad, dado que "actuaron en el marco de sus funciones oficiales". Estados Unidos, Tribunal del Distrito de Oregón, *Fotso v. Republic of Cameroon*, 16 de mayo de 2013, núm. 6:12-cv-1415-TC, 2013 U.S. Dist. LEXIS 83948, en *3, *16-21 (D. Ore. 16 de mayo de 2013). Téngase en cuenta que en los dos casos anteriormente citados se trataba del ejercicio de la jurisdicción civil. Por otro lado, ha de señalarse que en algunas ocasiones el tribunal nacional no ha reconocido la inmunidad de jurisdicción a personas que desempeñan altos cargos en las partes constitutivas de un Estado federal. En este sentido, véanse los siguientes casos: *R. (on the aplication of Diepreye Solomon Peter Alamieyeseigha) v. The Crown Prosecution Service*, Queen's Bench Division (Divisional Court) (Reino Unido), sentencia de 25 de noviembre de 2005 ([2005] EWHC 2704 (Admin)), por la que deniega la inmunidad al Gobernador y Jefe Ejecutivo del Estado de Bayelsa (República Federal de Nigeria); y *Fiscalía (Tribunal de Nápoles) c. Milo Djukanovic*, Tribunal de Casación, Tercera Sección de lo Penal (Italia), sentencia de 28 de diciembre de 2004 (*Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), pág. 568), por la que deniega la inmunidad al Presidente de Montenegro antes del acceso a la independencia de dicho país. Finalmente, en el caso *Evgeny Adamov c. Office fédéral de la justice*, Tribunal Federal de Suiza, 22 de diciembre de 2005 (véase la nota 953 *supra*), el Tribunal deniega la inmunidad de un ex Ministro de Energía Atómica de la Federación de Rusia en un asunto de extradición, pero en un *obiter dictum* admite que es posible que funcionarios de alto nivel sin determinar se puedan beneficiar de la inmunidad.

979 La sentencia en el caso *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court* antes citado (véase la nota 925 *supra*) constituye un buen ejemplo de lo que se acaba de señalar. En el caso *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs; Association des familles des victimes du Joola*, Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), 19 de enero de 2010 (véase la nota 925 *supra*), el Tribunal se pronuncia al mismo tiempo, y de forma no suficientemente diferenciada, sobre la inmunidad *ratione personae* y sobre la inmunidad *ratione materiae*. Por su parte, en el caso *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (véase la nota 925 *supra*), el Tribunal analiza igualmente si se puede aplicar la inmunidad *ratione materiae* o una inmunidad diplomática alegada por el interesado después de haber formulado una declaración general sobre la inmunidad *ratione personae*. En otros casos, el argumento utilizado por el tribunal nacional presenta rasgos aún más imprecisos, como en el asunto *Kilroy v. Windsor*, Tribunal de Distrito del Distrito Norte de Ohio, División Este, que en su sentencia de 7 de diciembre de 1978, recaída en un caso civil (Civ. No. C-78-291), reconoce la inmunidad *ratione personae* del príncipe Carlos de Inglaterra porque forma parte de la familia real inglesa y es el heredero a la Corona, pero también porque se encontraba en misión oficial en los Estados Unidos. Por su parte, en los asuntos relacionados con el Sr. Bo Xilai ha de destacarse que, si bien tanto el tribunal británico como el estadounidense reconocen inmunidad de jurisdicción al Ministro de Comercio de China, lo hacen porque entienden que se encontraba en visita oficial y se beneficiaba de la inmunidad derivada de las misiones especiales.

980 Proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en su 23er período de sesiones, *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), documento A/8410/Rev.1, págs. 307 y ss. La Comisión ha empleado en otras ocasiones las expresiones personnalité officielle ("personalidad oficial") (proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, art. 1, *Anuario... 1972*, vol. II, documento A/8710/Rev.1) y "demás

que las disposiciones antes citadas se limitan a establecer un régimen de salvaguardia en virtud del cual dichas personas seguirían disfrutando de las inmunidades que les reconoce el derecho internacional al margen de esos instrumentos. Sin embargo, ni en el texto de los proyectos de artículos ni en los comentarios de la Comisión a los mismos se determina de forma clara cuáles son esas inmunidades y si incluyen o no una inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae.* Por otro lado, debe destacarse que aunque dichos funcionarios de alto rango podrían considerarse incluidos en la categoría de "representantes del Estado" recogida en el artículo 2, párrafo 1 b) iv), de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, dicha Convención —como ya se ha indicado antes— no se aplica a las "acciones penales". No obstante, algunos miembros de la Comisión han señalado que los funcionarios de alto rango sí se beneficiarían del régimen de inmunidades de las misiones especiales, incluida la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, cuando se encuentren en visita oficial en un tercer Estado en virtud del desempeño de las funciones de representación del Estado en el ámbito de las funciones sustantivas que les son propias. Se ha afirmado que ello ofrece una fórmula para proteger el correcto desempeño de las funciones sectoriales propias de esta categoría de funcionarios de alto rango en el ámbito internacional.

15) Teniendo en cuenta lo antes señalado, la Comisión considera que los "otros funcionarios de alto rango" no se benefician de la inmunidad *ratione personae* a los efectos del presente proyecto de artículos, si bien ello se entiende sin perjuicio de las reglas propias de la inmunidad *ratione materiae*, y en el entendimiento de que estos funcionarios de alto rango, cuando se encuentren en visita oficial, se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en base a las normas de derecho internacional relativas a las misiones especiales.

16) En el proyecto de artículo se ha empleado la expresión "respecto del ejercicio" referida tanto a la inmunidad *ratione personae* como a la jurisdicción penal extranjera. La Comisión ha decidido no emplear la citada expresión en el proyecto de artículo 1 (Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos) a fin de no prejuzgar aspectos sustantivos de la inmunidad, en especial su alcance, que deben ser abordados en otros proyectos de artículos[981]. En el presente proyecto de artículo, la Comisión ha decidido mantener la expresión "respecto del ejercicio" ya que ello pone de manifiesto la relación entre la inmunidad y la jurisdicción penal extranjera y destaca la naturaleza esencialmente procesal de la inmunidad que opera en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal respecto de un comportamiento concreto[982].

Artículo 4
Alcance de la inmunidad *ratione personae*

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.

2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.

3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

personalidades de rango elevado" (proyecto de artículos sobre las misiones especiales, art. 21, *Anuario... 1967*, vol. II, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.1, pág. 373).

981 Véase *supra* el párrafo 2) del comentario al proyecto de artículo 1.

982 Véanse *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 899 *supra*), pág. 25, párr. 60; y *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 910 *supra*), pág. 124, párr. 58.

Comentario

1) El proyecto de artículo 4 se refiere al ámbito de aplicación de la inmunidad *ratione personae* desde una doble perspectiva temporal y material. El alcance de la inmunidad *ratione personae* debe entenderse conforme a una lectura conjunta y acumulativa de los elementos temporal (párr. 1) y material (párr. 2). Aunque cada una de estas dimensiones tiene autonomía conceptual, la Comisión ha decidido incluirlas en un único artículo ya que ello ofrece una visión más completa del significado y alcance de la inmunidad de la que se benefician los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores. La Comisión ha decidido incluir en primer lugar el elemento temporal, ya que ello permite comprender mejor el alcance de la inmunidad *ratione personae*, que se limita a un período de tiempo determinado.

2) En relación con el alcance temporal de la inmunidad *ratione personae*, la Comisión ha considerado necesario incluir el adverbio "únicamente", a fin de destacar la idea de que este tipo de inmunidad se aplica a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores exclusivamente durante el período en que se encuentran en el ejercicio de su mandato. Ello es coherente con la propia razón que inspira el reconocimiento de la citada inmunidad, que no es otra que la especial posición en que se encuentran las personas que detentan estos cargos dentro de la estructura del Estado, y que les coloca —en virtud del derecho internacional— en una posición especial, pues tienen un vínculo dual de carácter representativo y funcional con el Estado en el ámbito de las relaciones internacionales. Por consiguiente, la inmunidad *ratione personae* pierde su significado cuando el beneficiario deja de ejercer uno de esos cargos.

3) Esta posición ha sido mantenida por la Corte Internacional de Justicia, que en la decisión adoptada en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, ha afirmado que "desde que una persona deja de ocupar el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores, ya no se beneficia de la totalidad de las inmunidades de jurisdicción que le reconocía el derecho internacional en otros Estados. Siempre que sea competente conforme al derecho internacional, un tribunal de un Estado puede juzgar a un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores de otro Estado por los actos que haya realizado antes o después de su mandato, así como por los actos que haya realizado a título privado durante dicho mandato"[983]. Aunque la Corte se refiere al Ministro de Relaciones Exteriores, el mismo razonamiento es aplicable *a fortiori* al Jefe del Estado y al Jefe de Gobierno. Por otro lado, la limitación de la inmunidad *ratione personae* al período de mandato durante el que los beneficiarios se encuentran en ejercicio de sus cargos se recoge también en convenciones que establecen algún régimen especial de inmunidad *ratione personae*, en especial la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención sobre las Misiones Especiales[984]. La propia Comisión, en los comentarios al proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, afirmó que "[l]as inmunidades *ratione personae*, a diferencia de las inmunidades *ratione materiae*, que subsisten después de terminadas las funciones oficiales, ya no son aplicables cuando se deja de ocupar el cargo público o se cesa en las funciones"[985]. El carácter temporal estricto de la inmunidad *ratione personae* ha sido igualmente confirmado por diversas decisiones de tribunales nacionales[986].

[983] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 25, párr. 61.

[984] Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 39, párr. 2; y Convención sobre las Misiones Especiales, art. 43, párr. 2.

[985] Y añade: "[t]odas las actividades de los soberanos y embajadores que no guarden relación con sus funciones oficiales están sometidas a la jurisdicción local cuando los soberanos o embajadores han dejado de ocupar su cargo" (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párrafo 19) del comentario al proyecto de artículo 2, párr. 1 b) v)).

[986] Esas decisiones a menudo han sido tomadas en el contexto de casos civiles, a los que también se aplica el principio de la limitación temporal de la inmunidad. Véanse, por ejemplo, *Mellerio c. Isabel de Bourbon*, Tribunal de Apelaciones de París, 3 de junio de 1872 (nota 953 *supra*); *Seyyid Ali Ben Hamond, prince Raschid c. Wiercinski*, Tribunal Civil del Sena, 25 de julio de 1916 (nota 953 *supra*); *Ex-roi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior*, Tribunal de Apelaciones de París, 11 de abril de 1957 (nota 953 *supra*); *Société Jean Dessès c. prince Farouk et dame Sadek*, Tribunal de grande instance de la Seine, 12 de junio de 1963, reproducido en *Revue critique de droit international privé* (1964), pág. 689 (versión inglesa reproducida en *International Law Reports*, vol. 65, págs. 37 y 38); e

4) En consecuencia, la Comisión considera que tras la terminación del mandato del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores la inmunidad *ratione personae* se extingue. La Comisión no ha considerado necesario pronunciarse sobre los criterios específicos que deben ser tenidos en cuenta para determinar el momento en que comienza y termina el mandato de los beneficiarios de la inmunidad, ya que ello depende en gran medida de cada ordenamiento jurídico estatal y la práctica al respecto es variada.

5) Durante el período de mandato —y solo durante dicho período— la inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados por el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores, tanto si esos actos han sido realizados a título privado como si han sido realizados a título oficial. De esta forma se recoge la configuración de la inmunidad *ratione personae* como una "inmunidad plena"[987] que se refiere a cualquier acto realizado por alguna de las personas antes mencionadas. Esta configuración refleja la práctica estatal[988].

6) Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, refiriéndose en especial a un Ministro de Relaciones Exteriores, es necesario hacer extensiva la inmunidad a los actos realizados tanto a título privado como oficial para garantizar que los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* no se vean impedidos de ejercer las funciones propias de su cargo, ya que "[l]as consecuencias de la obstaculización del ejercicio de tales funciones oficiales son igualmente graves [...] con independencia de que el arresto se refiera a actos realizados a título 'oficial' o a actos realizados a título 'privado'"[989]. De tal manera que, "no es posible hacer una distinción entre los actos realizados por un Ministro de Relaciones Exteriores a título 'oficial'

Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation; *Hilao and Others v. Estate of Marcos*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 16 de junio de 1994 (nota 935 *supra*). Un tribunal británico ha considerado recientemente que el rey emérito de España, Juan Carlos de Borbón y Borbón, no disfruta de inmunidad *ratione personae* después de su abdicación. Véase *Corinna Zu Sayn-Wittgenstein-Sayn v. HM Juan Carlos Alfonso Víctor María de Borbón y Borbón*, Corte Superior de Justicia, Queen's Bench Division (Reino Unido), sentencia de 24 de marzo de 2022, [2022] EWHC 668 (QB), párr. 58. En el contexto de las causas penales, véase *Pinochet*, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (España), auto de solicitud de extradición de 3 de noviembre de 1998 (nota 960 *supra*).

987 La Corte Internacional de Justicia se refiere a este alcance material de la inmunidad *ratione personae* como "inmunidad plena" (*Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 22, párr. 54). Por su parte, la propia Comisión, refiriéndose a la inmunidad *ratione personae* de los agentes diplomáticos afirmó que "[l]a inmunidad de la jurisdicción penal es total" (*Anuario... 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 105, comentario al artículo 29 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, párr. 4)).

988 Véanse, por ejemplo, *Arafat e Salah*, Tribunal de Casación (Italia), 28 de junio de 1985 (nota 947 *supra*); *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, Tribunal Federal (Suiza), 2 de noviembre de 1989 (nota 960 *supra*); *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others – Ex Parte Pinochet*, Cámara de los Lores (Reino Unido), 24 de marzo de 1999 (nota 925 *supra*), en especial pág. 592; *Kadhafi*, Tribunal de Apelaciones de París, 20 de octubre de 2000 (nota 947 *supra*) (versión inglesa en *International Law Reports*, vol. 125, págs. 490 y ss., en especial pág. 509); *H.S.A.*, et al. *c. S.A.*, et al. (procesamiento de Ariel Sharon, Amos Yaron y otros), Tribunal de Casación (Bélgica), sentencia de 12 de febrero de 2003 (nota 960 *supra*), pág. 599; *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, Tribunal Supremo de Sierra Leona, sentencia de 14 de octubre de 2005 (S. C No. 1/2003); y *Case against Paul Kagame*, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 4 (España), auto de procesamiento de 6 de febrero de 2008 (nota 960 *supra*), págs. 156 y 157. Entre los casos más recientes, véanse *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs; Association des familles des victimes du Joola*, Tribunal de Apelaciones de París, Sala de Instrucción, sentencia de 16 de junio de 2009, confirmada por la sentencia del Tribunal de Casación, de 19 de enero de 2010 (nota 925 *supra*); *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Tribunal Administrativo, Corte Superior de Justicia (Reino Unido), 29 de julio de 2011 (nota 925 *supra*), párr. 55; y *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (nota 925 *supra*), fundamento jurídico 5.3.1. Véase también *Teodoro Nguema Obiang Mangue et autres*, Tribunal de Apelaciones de París, 13 de junio de 2013 (nota 925 *supra*).

989 *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 22, párr. 55.

y los que hubiera realizado a título ‘privado’”[990]. El mismo razonamiento debe ser aplicado, *a fortiori*, respecto del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno.

7) El carácter pleno de la inmunidad *ratione personae* se refleja también en el presente proyecto de artículos, que no establece ninguna limitación o excepción aplicable a esta categoría de inmunidad, contrariamente a lo que sucede con la inmunidad *ratione materiae* en virtud del proyecto de artículo 7.

8) Por lo que se refiere a la terminología empleada para referirse a los actos que quedan cubiertos por la inmunidad *ratione personae*, ha de tenerse en cuenta que no es posible encontrar una formulación única y uniforme en la práctica. Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no distingue expresamente entre actos realizados a título privado u oficial para referirse a los actos a los que se extiende la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes diplomáticos, aunque se entiende que se aplica a ambas categorías[991]. Por otro lado, la terminología empleada en otros instrumentos, documentos y decisiones judiciales, así como por la doctrina, no es constante, empleándose, entre otros, las expresiones “actos oficiales y actos privados”, “actos desarrollados en ejercicio de las funciones”, “actos relativos a las funciones propias del cargo” o “actos realizados a título oficial y a título privado”. La Comisión ha considerado preferible emplear en el presente proyecto de artículo la expresión “actos realizados tanto a título privado como a título oficial”, siguiendo el uso de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*.

9) La definición de “acto-realizado a título oficial” se recoge en el proyecto de artículo 2, apartado b). La Comisión no ha considerado necesario definir qué se entiende por “acto realizado a título privado”, ya que ese concepto tiene una naturaleza residual. Así, se entenderá por defecto que todo acto que no haya sido realizado a título oficial lo ha sido a título privado.

10) La Comisión ha empleado el término “acto” en el mismo sentido y por las mismas razones que han sido expuestas en el comentario al proyecto de artículo 2, apartado b), que contiene la definición de “acto realizado a título oficial”.

11) Los actos a los que se extiende la inmunidad *ratione personae* son aquellos que un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores hayan realizado durante su mandato o con anterioridad al mismo. Ello se explica por la finalidad perseguida por la inmunidad *ratione personae*, que consiste tanto en proteger la igualdad soberana de los Estados como en garantizar que los beneficiarios de este tipo de inmunidad puedan desarrollar sin trabas sus funciones de representación del Estado durante todo su mandato. Desde esta perspectiva, la aplicabilidad de la inmunidad *ratione personae* a los actos realizados por esas personas durante su mandato no precisa de mayores aclaraciones. Por lo que se refiere a los actos realizados antes del mandato, debe destacarse que la inmunidad *ratione personae* se aplica solo si la jurisdicción penal de un Estado extranjero pretende ejercerse durante el período en que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores están en ejercicio. Y ello porque, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en la causa *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, “no es posible hacer una distinción [...] entre los actos realizados antes de que el interesado haya asumido las funciones de Ministro de Relaciones Exteriores y los actos realizados durante el ejercicio de su mandato. Así, si un Ministro de Relaciones Exteriores es arrestado en otro Estado como consecuencia de una acusación penal, se encontrará claramente impedido de ejercer las funciones inherentes a su cargo. Las consecuencias de la obstaculización del ejercicio de tales funciones son igualmente graves [...], con independencia de que el arresto se refiera a actos realizados antes de que la persona ocupe el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores o a actos realizados durante su mandato”[992].

[990] *Ibid*.

[991] Así debe deducirse de la lectura conjunta de los artículos 31, párr. 1, y 39, párr. 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. En un sentido similar, deben entenderse los artículos 31, párr. 1, y 43, párr. 2, de la Convención sobre las Misiones Especiales.

[992] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 22, párr. 55.

12) En todo caso, debe destacarse que, como también ha señalado la Corte en el mismo asunto, la inmunidad *ratione personae* tiene una naturaleza procesal y no puede interpretarse como una exoneración de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores por los actos cometidos durante su mandato o con anterioridad al mismo, sino únicamente como una fórmula de suspensión del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera durante el período de mandato de esos altos cargos[993]. Por consiguiente, tras el término del citado mandato, los actos realizados durante el período de ejercicio de funciones o con anterioridad al mismo dejarán de estar cubiertos por la inmunidad *ratione personae* y podrán ser sometidos, según los casos, a la jurisdicción penal que no pudo ejercerse durante el período de mandato.

13) Por último, debe destacarse igualmente que la inmunidad *ratione personae* no se aplica en ningún caso a los actos realizados por un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores tras la terminación de su mandato. Puesto que en ese momento se consideran ya un "antiguo" Jefe de Estado, "antiguo" Jefe de Gobierno o "antiguo" Ministro de Relaciones Exteriores, esta inmunidad se habría extinguido con la terminación del citado mandato.

14) El párrafo 3 aborda lo que sucede tras el término del mandato del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores con los actos que hayan realizado a título oficial mientras que se encontraban en ejercicio. El párrafo 3 parte del principio de que la inmunidad *ratione personae* se extingue tras el fin del mandato. Por tanto, la inmunidad *ratione personae* no subsiste tras la terminación de su mandato. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores habrán realizado durante su mandato actos a título oficial que no pierden esta calificación por el mero hecho de que dicho mandato haya terminado y que, por tanto, podrían quedar cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*. Se trata de una cuestión que no es controvertida en términos sustantivos, a pesar de lo cual se ha reflejado con expresiones muy variadas en la práctica estatal, convencional y judicial[994].

15) Para atender a esta problemática, el párrafo 3 establece una cláusula "sin perjuicio" relativa a la aplicabilidad, en su caso, de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos mencionados anteriormente. Ello no significa que la inmunidad *ratione personae* se prolongue tras el fin del mandato de los beneficiarios, ya que ello no es compatible con lo establecido en el párrafo 1 del proyecto de artículo. Tampoco significa que la inmunidad *ratione personae* se transforme en una nueva forma de inmunidad *ratione materiae* cuya aplicabilidad se produciría automáticamente en virtud de lo establecido en el párrafo 3. La Comisión entiende que la cláusula "sin perjuicio" se limita a reconocer la aplicabilidad de las normas relativas a la inmunidad *ratione materiae* a un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores. El párrafo 3 no prejuzga el contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*, que es objeto de desarrollo en la tercera parte del presente proyecto de artículos.

---

993 "La inmunidad de jurisdicción puede obstaculizar las acciones penales durante un cierto período o respecto de ciertas infracciones; no puede exonerar de toda responsabilidad penal a la persona que se beneficia de la inmunidad" (*ibid*., pág. 25, párr. 60).

994 Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, refiriéndose a la inmunidad de los miembros de la misión diplomática, afirma expresamente que "no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión" (art. 39, párr. 2), formulación que es repetida por la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 43, párr. 1). Por lo que se refiere a la jurisprudencia estatal, la forma en que se expresa esta problemática es muy variada, hablándose en ocasiones de una "inmunidad residual", de la "continuidad de la inmunidad respecto de los actos oficiales" o empleándose fórmulas similares. A este respecto, véase el análisis desarrollado por la Secretaría en el memorando de 2008 (A/CN.4/596 y Corr.1, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones, párrs. 137 y ss.).

Tercera parte
Inmunidad *ratione materiae*

Comentario

1) La tercera parte del proyecto de artículos se dedica a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*. La inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* es aplicable a todos los funcionarios del Estado, con independencia de que lo sean en la actualidad o que lo fueran en el pasado, incluidos los antiguos beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* que han dejado de ocupar el cargo de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores.

2) La tercera parte está integrada por tres proyectos de artículo que definen los elementos normativos del régimen jurídico aplicable a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae.* El proyecto de artículo 5 identifica el elemento subjetivo de la inmunidad (funcionarios que gozan de inmunidad). El proyecto de artículo 6 se dedica al elemento material (actos cubiertos por la inmunidad) y al elemento temporal (duración de la inmunidad). El proyecto de artículo 7 define una limitación o excepción a la inmunidad que se vincula con la presunta comisión de crímenes de derecho internacional. Por último, debe tenerse en cuenta que el proyecto de artículos contiene un anexo en el que se enumeran una serie de tratados internacionales a título de referencia para la identificación de los crímenes de derecho internacional enunciados en el proyecto de artículo 7. Dicho anexo debe leerse, por tanto, en conexión con esta tercera parte.

3) El párrafo 3 del proyecto de artículo 6 define, además, la relación entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* aplicable a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores tras la terminación de su mandato.

Artículo 5
Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Comentario

1) El proyecto de artículo 5 es el primero de los proyectos de artículo sobre la inmunidad *ratione materiae* y está dedicado a definir el alcance subjetivo de esta categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En consecuencia, este proyecto de artículo es paralelo al proyecto de artículo 3, dedicado a las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, sigue su misma estructura y emplea, *mutatis mutandis*, la misma redacción y la terminología ya acordada por la Comisión respecto de dicho proyecto de artículo. No contiene una lista de los beneficiarios concretos de la inmunidad, sino que, en el caso de la inmunidad *ratione materiae*, se alude a ellos como "[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tales".

2) La expresión "funcionarios del Estado" empleada en este proyecto de artículo ha de entenderse en el sentido que se le da en el apartado a) del proyecto de artículo 2, a saber: "un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales". Contrariamente a lo que sucede con las personas que se benefician de la inmunidad *ratione personae*, la Comisión no ha considerado posible elaborar una lista de los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae* en el presente proyecto de artículos. Por el contrario, los beneficiarios de esta categoría de inmunidad deberán ser identificados caso por caso mediante la aplicación de los criterios contenidos en el proyecto de artículo 2, apartado a), que ponen de manifiesto la existencia de un vínculo entre el funcionario y el Estado. El comentario al apartado a) del proyecto de artículo 2 debe ser debidamente tenido en cuenta a los efectos del presente proyecto de artículo[995].

[995] Véanse *supra* los párrafos 3) a 20) del comentario al proyecto de artículo 2.

3) Con la expresión “cuando actúan en calidad de tales” se hace referencia al carácter oficial de la actuación de los funcionarios, poniendo así énfasis en el carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae* y estableciendo la diferencia con la inmunidad *ratione personae*. Atendiendo al carácter funcional de la inmunidad *ratione materiae*, algunos miembros de la Comisión han manifestado dudas sobre la necesidad de definir sus beneficiarios, ya que a su juicio el elemento esencial de la inmunidad *ratione materiae* es la naturaleza de los actos realizados y no el individuo que los realiza. Sin embargo, la mayoría de la Comisión ha considerado útil identificar en primer lugar a los beneficiarios de esta categoría de inmunidad, puesto que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se aplica a esos individuos. En todo caso, debe destacarse que la referencia a que los “funcionarios del Estado” han de “[actuar] en calidad de tales” para beneficiarse de la inmunidad *ratione materiae* no implica pronunciamiento alguno sobre los actos que pueden quedar cubiertos por dicha inmunidad, que son abordados en el proyecto de artículo 6. Por la misma razón, no se ha empleado la expresión “cuando actúan a título oficial”, para evitar una posible confusión con el concepto de “acto realizado a título oficial”.

4) Conforme a lo previsto en el párrafo 3 del proyecto de artículo 4[996], la inmunidad *ratione materiae* se aplica también a los antiguos Jefes de Estado, antiguos Jefes de Gobierno y antiguos Ministros de Relaciones Exteriores, “cuando [hayan actuado] en calidad de [funcionarios del Estado]”. Sin embargo, la Comisión no considera necesario mencionar expresamente a dichos cargos en el presente proyecto de artículo, ya que la inmunidad *ratione materiae* no se les reconoce en razón de su estatus especial dentro del Estado sino en virtud de su condición de funcionarios del Estado que han actuado como tales durante su mandato. Aunque la Comisión considera que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione materiae* en sentido estricto tan solo cuando han dejado de estar en ejercicio, no se ha estimado necesario referirse a ello en el proyecto de artículo 5. Esta cuestión se aborda más adecuadamente en el proyecto de artículo 6, dedicado al alcance sustantivo y temporal de la inmunidad *ratione materiae*, siguiendo el modelo del proyecto de artículo 4.

5) El proyecto de artículo 5 no prejuzga las excepciones aplicables a la inmunidad *ratione materiae*, a las que se refiere el proyecto de artículo 7.

6) Por último, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el proyecto de artículo 5 emplea la expresión “respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera”, de la misma manera en que se hace en el proyecto de artículo 3 en relación con los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*. Con esta expresión se pone de manifiesto la relación existente entre la inmunidad y la jurisdicción penal extranjera y se destaca la naturaleza esencialmente procesal de la inmunidad, que opera en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal respecto de un comportamiento concreto[997].

Artículo 6
Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

[996] Conforme al citado precepto: “[l]a extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*”. Respecto del alcance de esta cláusula “sin perjuicio”, véase *supra* el párrafo 15) del comentario al proyecto de artículo 4.

[997] Véase *supra* el párrafo 16) del comentario al proyecto de artículo 3.

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 está dedicado a la definición del alcance de la inmunidad *ratione materiae*, incluyéndose en el mismo el elemento material y el elemento temporal de dicha categoría de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Completa el proyecto de artículo 5, que se refiere a los beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*. Ambos proyectos de artículo determinan el régimen general aplicable a esta categoría de inmunidad.

2) El proyecto de artículo 6 presenta un contenido paralelo al utilizado por la Comisión en relación con el proyecto de artículo 4, dedicado al alcance de la inmunidad *ratione personae*. En el proyecto de artículo 6 se ha alterado el orden de los dos primeros párrafos, situándose en primer lugar la referencia al elemento material (actos que quedarían cubiertos por la inmunidad) y posteriormente la mención al elemento temporal (duración de la inmunidad). Con ello se quiere hacer hincapié en el elemento material y en la dimensión funcional de la inmunidad *ratione materiae*, reflejando que los actos realizados a título oficial ocupan un lugar central en dicha categoría de inmunidad. Aun así, ha de tenerse en cuenta que el alcance de dicha inmunidad debe entenderse conforme a una lectura conjunta y acumulativa de los elementos material (párr. 1) y temporal (párr. 2). Además, el proyecto de artículo 6 contiene un párrafo dedicado a la relación entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, de modo paralelo a como ya se hizo en el proyecto de artículo 4, párrafo 3, al que complementa.

3) El párrafo 1 tiene como finalidad señalar que la inmunidad *ratione materiae* se aplica exclusivamente respecto de los actos realizados a título oficial, tal y como ese concepto ha sido definido en el proyecto de artículo 2, apartado b)[998]. En consecuencia, quedan excluidos de esta categoría de inmunidad los actos realizados a título privado, diferenciándose así de la inmunidad *ratione personae*, que se aplica respecto de ambas categorías de actos.

4) Aunque este párrafo tiene como finalidad poner el énfasis en el elemento material de la inmunidad *ratione materiae*, la Comisión ha decidido incluir en él una referencia a los funcionarios del Estado para destacar que solo ellos pueden realizar uno de los actos que quedarían cubiertos por la inmunidad en el proyecto de artículos. De esta manera se pone de manifiesto la necesidad de que ambos elementos (subjetivo y material) concurran a fin de poder aplicar la inmunidad. No se ha considerado necesario, sin embargo, hacer referencia al requisito de que los funcionarios "actúen en calidad de tales", ya que la condición de funcionario no afecta a la naturaleza del acto, sino al elemento subjetivo de la inmunidad, que ya se ha recogido en el proyecto de artículo 5[999].

5) El alcance material de la inmunidad *ratione materiae*, tal y como se recoge en el párrafo 1 del proyecto de artículo 6, no prejuzga la cuestión de las limitaciones o excepciones aplicables a la inmunidad, que se aborda en el proyecto de artículo 7.

6) El párrafo 2 se refiere al elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae*, poniendo el énfasis en el carácter permanente de la misma, que no deja de producir efectos por el hecho de que el funcionario que hubiera realizado un acto a título oficial haya dejado de serlo. Esa caracterización de la inmunidad *ratione materiae* como permanente se deriva del hecho de que su reconocimiento se funda en la naturaleza del acto realizado por el funcionario, que no cambia en virtud de la posición que ocupe su autor. Así, aunque es necesario que el acto sea realizado por un funcionario del Estado en calidad de tal, dicho carácter de oficialidad no desaparece posteriormente. En consecuencia, a los efectos de la inmunidad *ratione materiae* es irrelevante que el funcionario que pretende beneficiarse de la misma ocupe tal posición en el momento en que se alega la inmunidad o que, por el contrario, haya dejado de ser un funcionario del Estado. En ambos casos, el acto realizado a título oficial lo seguirá siendo y el funcionario del Estado que lo realizó podrá beneficiarse por igual de la inmunidad, tanto si sigue siendo funcionario como si ha dejado de serlo. El carácter permanente de la inmunidad *ratione materiae* ha sido reconocido con anterioridad por la

[998] Véanse *supra* el proyecto de artículo 2, apartado b), y los párrafos 21) a 35) del comentario correspondiente.

[999] Véase *supra* el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 5.

Comisión en el marco de los trabajos sobre las relaciones diplomáticas[1000], no ha sido contestado en la práctica y es aceptado de forma general por la doctrina[1001].

7) La Comisión ha optado por definir el elemento temporal de la inmunidad *ratione materiae* afirmando que la misma "subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado", siguiendo así el modelo empleado por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961[1002], y por la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946[1003]. En ellas se inspiran el verbo "subsistirá" y la expresión "hayan dejado de ser funcionarios del Estado". Además, la Comisión ha empleado el término "individuos" a fin de reflejar la definición de "funcionario del Estado" que figura en el proyecto de artículo 2, apartado a)[1004].

8) Por último, ha de destacarse que, si bien el párrafo 2 se refiere al elemento temporal de la inmunidad, la Comisión ha considerado oportuno incluir en él una mención expresa a los actos realizados a título oficial, teniendo en cuenta el carácter central que ocupan en la inmunidad *ratione materiae* y para evitar cualquier interpretación extensiva del carácter permanente de esta categoría de inmunidad que eventualmente pudiese pretender predicarse respecto de otros actos.

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo está dedicado a definir el modelo de relación existente entre la inmunidad *ratione materiae* y la inmunidad *ratione personae*, partiendo de la base de que ambas categorías son distintas. En consecuencia, el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 se encuentra en estrecha relación con el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, que también se refiere a esa relación, aunque únicamente bajo la fórmula de una "cláusula sin perjuicio".

10) De conformidad con el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, la inmunidad *ratione personae* tiene carácter temporal, ya que la Comisión consideró que tras la

---

[1000] Véase, *a sensu contrario*, el párrafo 19) del comentario al proyecto de artículo 2, párrafo 1 b) v), del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado por la Comisión en su 43er período de sesiones: "[l]as inmunidades *ratione personae*, a diferencia de las inmunidades *ratione materiae*, que subsisten después de terminadas las funciones oficiales, ya no son aplicables cuando se deja de ocupar el cargo público o se cesa en las funciones" (*Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 19).

[1001] Véase Instituto de Derecho Internacional, resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Jefe de Estado y de Gobierno en derecho internacional, que recoge —*a sensu contrario*— la misma posición en su artículo 13, párrafos 1 y 2 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (período de sesiones de Vancouver, 2001), págs. 743 y ss., en particular pág. 753); y resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en caso de crímenes internacionales, art. III, párrs. 1 y 2 (*ibid*., vol. 73 (período de sesiones de Nápoles, 2009), págs. 226 y ss., en particular pág. 227). Las resoluciones pueden consultarse en el sitio web del Instituto: www.idi-iil.org/, en el apartado *"Resolutions"*.

[1002] El artículo 39, párrafo 2, de la Convención establece lo siguiente: "Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aun en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión".

[1003] El artículo IV, sección 12, de la Convención establece lo siguiente: "A fin de garantizar a los representantes de los Miembros en los organismos principales y subsidiarios de las Naciones Unidas, y en las Conferencias convocadas por la Organización, la libertad de palabra y la completa independencia en el desempeño de sus funciones, la inmunidad de procedimiento judicial, respecto a expresiones ya sean orales o escritas y todos los actos ejecutados en el desempeño de sus funciones seguirá siendo acordada a pesar de que las personas afectadas ya no sean representantes de los Miembros". Por su parte, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de 1947 sigue el mismo modelo, estableciendo en su artículo V, sección 14, que "[a] fin de garantizar a los representantes de los miembros de los organismos especializados, en las reuniones convocadas por estos, completa libertad de palabra e independencia total en el ejercicio de sus funciones, la inmunidad de jurisdicción respecto a las palabras o escritos y a todos los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones seguirá siéndoles otorgada incluso después de que hayan cesado en el ejercicio del cargo".

[1004] Sobre el significado del término "individuo", véase *supra* el párrafo 6) del comentario al proyecto de artículo 2.

terminación del mandato del Jefe de Estado, del Jefe de Gobierno y del Ministro de Relaciones Exteriores la inmunidad *ratione personae* se extingue. Sin embargo, dicha "extinción […] se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*" (párrafo 3 del proyecto de artículo 4). Como la Comisión afirmó en el comentario a ese proyecto de artículo "ha de tenerse en cuenta que el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores habrán realizado durante su mandato actos a título oficial que no pierden esta calificación por el mero hecho de que dicho mandato haya terminado y que, por tanto, podrían quedar cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*". La Comisión afirmó también que "[e]llo no significa que la inmunidad *ratione personae* se prolongue tras el fin del mandato de los beneficiarios, ya que ello no es compatible con lo establecido en el párrafo 1 del proyecto de artículo. Tampoco significa que la inmunidad *ratione personae* se transforme en una nueva forma de inmunidad *ratione materiae* cuya aplicabilidad se produciría automáticamente en virtud de lo establecido en el párrafo 3. La Comisión entiende que la cláusula 'sin perjuicio' se limita a reconocer la aplicabilidad de las reglas relativas a la inmunidad *ratione materiae* a un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores"[1005].

11) Esta es, precisamente, la situación a la que se refiere el párrafo 3 del proyecto de artículo 6. Este párrafo parte de la base de que los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, cuando se encuentran en ejercicio, se benefician de una amplia inmunidad denominada inmunidad *ratione personae* que, en términos prácticos, incluye los efectos propios de la inmunidad *ratione materiae*. Ello no impide que, tras terminar su mandato, esos funcionarios del Estado puedan beneficiarse igualmente del régimen de la inmunidad *ratione materiae* entendida en sentido estricto.

12) Para ello será preciso, en todo caso, que se cumplan los requisitos exigidos por la inmunidad *ratione materiae*, a saber: que el acto haya sido realizado por un funcionario del Estado actuando en calidad de tal (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores en este caso concreto), a título oficial y durante su mandato. El objeto del párrafo 3 del proyecto de artículo 6 es, precisamente, declarar que la inmunidad *ratione materiae* se aplica en este supuesto. De esta manera viene a completar el párrafo 3 del proyecto de artículo 4, respecto del que la Comisión afirmó en su momento que "no prejuzga el contenido del régimen propio de la inmunidad *ratione materiae*"[1006].

13) No obstante, en relación con el supuesto contemplado en el párrafo 3 del proyecto de artículo 6, algunos miembros de la Comisión consideraron que durante su mandato los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores se beneficiaban simultáneamente de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae*. Otros miembros de la Comisión destacaron que, a los efectos del presente proyecto de artículos, la inmunidad *ratione personae* tiene un carácter general y más amplio que engloba la inmunidad *ratione materiae*, ya que se aplica tanto a los actos realizados a título privado como a los actos realizados a título oficial. Para esos miembros, los funcionarios antes citados solo se benefician de la inmunidad *ratione personae* durante su mandato y solo se beneficiarán de la inmunidad *ratione materiae* en sentido estricto tras el fin de dicho mandato, como se establece en el proyecto de artículo 4 y se refleja en los comentarios a dicho proyecto de artículo y al proyecto de artículo 5. Aunque inclinarse por una u otra opción podría tener consecuencias ante los tribunales nacionales de determinados Estados (en particular con respecto a las condiciones para alegar la inmunidad), dichas consecuencias no podrían generalizarse a todos los ordenamientos internos. En el marco de este debate, algunos miembros de la Comisión han expresado su opinión de que no era preciso incluir el párrafo 3 en el proyecto de artículo 6, bastando con hacer una referencia a esta cuestión en los comentarios al proyecto de artículo.

14) Aunque en último término la Comisión ha decidido mantener el párrafo 3 del proyecto de artículo 6, en especial teniendo en cuenta la importancia práctica del mismo, que tiene por objeto clarificar en el plano operativo el régimen jurídico aplicable tras el fin de su mandato

[1005] Párrafos 14) y 15) del comentario al proyecto de artículo 4 *supra*.
[1006] Párrafo 15) del comentario al proyecto de artículo 4 *supra*.

a los individuos que se han beneficiado con anterioridad de la inmunidad *ratione personae* (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores).

15) La redacción del párrafo 3 sigue el modelo utilizado en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (art. 39, párr. 2) y en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas (art. IV, secc. 12), que han regulado supuestos similares a los que se contemplan en el párrafo comentado, a saber: la situación en que se encuentran los beneficiarios de una inmunidad *ratione personae*, tras el fin de su mandato, respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho período. La Comisión ha empleado la expresión "continúan beneficiándose de la inmunidad" para reflejar la conexión existente entre el momento en que el acto se produjo y el momento en que la inmunidad se pretende aplicar. De la misma manera que las convenciones en que se inspira, el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 no califica la inmunidad, limitándose a emplear este término genérico. Sin embargo, aunque el término inmunidad es utilizado sin calificativo alguno, la Comisión entiende que se emplea para referirse a la inmunidad *ratione materiae*, ya que solo en este marco es posible tomar en consideración los actos de un funcionario del Estado realizados a título oficial después de que haya terminado su mandato.

Artículo 7
Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:

a) crimen de genocidio;

b) crímenes de lesa humanidad;

c) crímenes de guerra;

d) crimen de *apartheid*;

e) tortura;

f) desapariciones forzadas.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

Comentario

1) El examen del proyecto de artículo 7 ha dado lugar a un largo debate desde 2016. Dicho debate ha respondido a las diferentes posiciones mantenidas por los miembros de la Comisión sobre una cuestión de gran envergadura como es la existencia o no de limitaciones o excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, mencionadas en los párrafos 9) a 12) de este comentario.

2) Durante el debate sobre el proyecto de artículo 7, también se planteó la necesidad de incluir disposiciones y garantías procesales en el proyecto de artículos, entre otros en relación con el proyecto de artículo 7[1007]. Algunos miembros vincularon esa cuestión a la aprobación

[1007] A fin de expresar la gran importancia que la Comisión atribuye a las disposiciones y garantías procesales en el tratamiento del presente tema, en 2017 se acordó dejar constancia de ello mediante una nota a pie de página que posteriormente ha sido eliminada al adoptar el texto del proyecto de artículos en primera lectura. La nota estaba redactada en los siguientes términos: "[l]a Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos". Dicha nota se incluyó como referencia en el título de las partes segunda y tercera del proyecto de artículos, ya que las disposiciones y garantías procesales podían referirse a ambas categorías de inmunidad, y debían considerarse además en relación con el proyecto de artículos entendido en su conjunto. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párr. 140.

del proyecto de artículo 7. La Comisión completó su labor sobre las disposiciones y garantías procesales en el 73er período de sesiones.

3) Si bien la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 y el anexo correspondiente mediante votación registrada durante su 69º período de sesiones (2017)[1008], en su 73er período de sesiones (2022) el proyecto de artículo 7 y el anexo correspondiente se aprobaron sin votación. No obstante, algunos miembros recordaron que habían votado en contra del proyecto de artículo 7 en 2017 y expuesto sus motivos en las explicaciones de voto, y afirmaron que el hecho de que no se hubiera votado en 2022 no significaba que el derecho o sus posiciones jurídicas hubieran cambiado en absoluto.

4) Este comentario reproduce, con algunos cambios de actualización, el comentario aprobado en 2017. Siguiendo la práctica consolidada de la Comisión al aprobar un proyecto de artículos en primera lectura, su propósito es recoger las distintas posiciones mantenidas por los miembros de la Comisión cuando se aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 y el anexo correspondiente.

5) El proyecto de artículo 7 indica los crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* no se aplica de conformidad con el presente proyecto de artículos. El proyecto de artículo contiene dos párrafos, dedicados, respectivamente, a enumerar los crímenes (párr. 1) y a identificar la definición de dichos crímenes (párr. 2).

6) El proyecto de artículo 7 se refiere únicamente a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae*, por lo que se incluye en la tercera parte del proyecto de artículos, y no se aplica respecto de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae*, que se regula en la segunda parte del proyecto de artículos.

7) Ello no significa, sin embargo, que los funcionarios del Estado enumerados en el proyecto de artículo 3 (los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores) queden excluidos de modo permanente de la aplicación del proyecto de artículo 7. Por el contrario, ha de tenerse en cuenta que, tal y como ha señalado la Comisión, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores "se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato"[1009] y que la extinción de dicha inmunidad "se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*"[1010]. Con carácter complementario, el proyecto de artículo 6, referido a la inmunidad *ratione materiae*, establece que "[l]os individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* […], cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato"[1011]. En consecuencia, dado que esta inmunidad residual es una inmunidad *ratione materiae*, el proyecto de artículo 7 será aplicable a la inmunidad de jurisdicción de que puede beneficiarse un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores por los actos realizados a título oficial durante el período en que se encontraban en ejercicio de sus respectivos mandatos. Por tanto, dicha inmunidad *ratione materiae* no se aplicará a estos antiguos funcionarios en relación con los crímenes de derecho internacional enumerados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7.

8) El párrafo 1 del proyecto de artículo 7 enuncia los crímenes que, en caso de producirse, impedirían la aplicación de dicha inmunidad de jurisdicción penal a un funcionario extranjero, aunque esos crímenes hubiesen sido cometidos por ese funcionario actuando en tal condición durante su mandato. Así pues, el proyecto de artículo 7

[1008] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/72/10), párrs. 74 y 75.

[1009] Proyecto de artículo 4, párr. 1. Véanse *supra* los párrafos 2) y 3) del comentario al proyecto de artículo 4.

[1010] Proyecto de artículo 4, párr. 3. Véanse *supra* los párrafos 14) y 15) del comentario al proyecto de artículo 4.

[1011] Proyecto de artículo 6, párr. 3. Véanse *supra* los párrafos 9) a 15) del comentario al proyecto de artículo 6.

complementa los elementos normativos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* definidos en los proyectos de artículo 5 y 6.

9) La Comisión ha incluido este proyecto de artículo teniendo en cuenta las siguientes razones. En primer lugar, considera que la práctica pone de manifiesto la existencia de una tendencia a favor de limitar la aplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en relación con ciertos comportamientos que constituyen crímenes de derecho internacional. Dicha tendencia se refleja en decisiones judiciales adoptadas por tribunales nacionales que, a pesar de no responder a un mismo modelo en su argumentación, no han reconocido la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en relación con ciertos crímenes internacionales[1012]. Con carácter excepcional, la citada tendencia se refleja igualmente en la

[1012] Véanse los siguientes asuntos, que se presentan para avalar esa tendencia: *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999 (nota 954 *supra*); *Pinochet*, Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 6 de noviembre de 1998 (nota 955 *supra*), pág. 349; *Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, sentencia de 16 de mayo de 2000, 2 Zs 1330/99, párr. 11 (realiza tal afirmación para la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein hubiese dejado de desempeñar tales funciones); *Bouterse*, Países Bajos, Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam, 20 de noviembre de 2000 (nota 947 *supra*) (aunque el Tribunal Supremo casó la sentencia posteriormente, no lo hizo en relación con la inmunidad sino en virtud de la violación del principio de irretroactividad y del alcance restringido de la jurisdicción universal, véase la sentencia de 18 de septiembre de 2001, International Law in Domestic Courts [ILDC 80 (NL 2001)]); *Sharon and Yaron*, Bélgica, Tribunal de Apelaciones de Bruselas, 26 de junio de 2002 (nota 947 *supra*), pág. 123 (aunque reconoció la inmunidad *ratione personae* a Ariel Sharon, procesó a Amos Yaron, que cuando se cometieron los hechos era Jefe de las Fuerzas Armadas israelíes que participaron en las matanzas de Sabra y Chatila) (véase también *H.S.A.*, et al. *c. S.A.*, et al. (nota 960 *supra*)); *H. v. Public Prosecutor*, Países Bajos, Tribunal Supremo, sentencia de 8 de julio de 2008, ILDC 1071 (NL 2008), párr. 7.2; *Lozano v. Italy*, Italia, Tribunal de Casación, 24 de julio de 2008 (nota 939 *supra*), párr. 6; *A. c. Ministère public de la Confédération*, Tribunal Penal Federal (Suiza), 25 de julio de 2012 (nota 925 *supra*); *FF v. Director of Public Prosecutions*, Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division, Divisional Court, 7 de octubre de 2014 (nota 954 *supra*) (el interés de esta sentencia radica en el hecho de que ha sido dictada como una *consented order*, es decir, sobre la base de un acuerdo alcanzado entre los demandantes y el Director de Acusación Pública en el que este último admite que los actos de tortura imputados al príncipe Nasser no están cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*). En el marco de un procedimiento civil, el Tribunal Supremo italiano ha afirmado igualmente que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica ante la jurisdicción penal en los casos en que los funcionarios del Estado hayan cometido crímenes internacionales (*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004, *International Law Reports*, vol. 128, págs. 658 y ss., en especial pág. 674). En el caso *Jones*, aunque la Cámara de los Lores reconoce la inmunidad ante la jurisdicción civil, reitera que la inmunidad de jurisdicción penal no es aplicable en caso de tortura (*Jones v. Saudi Arabia*, 14 de junio de 2006 (véase la nota 925 *supra*)). Por último, debe destacarse que el Tribunal Superior Federal de Etiopía, aunque en el marco de un caso seguido contra un nacional etíope, afirmó la existencia de una norma de derecho internacional que impide aplicar la inmunidad a un antiguo Jefe de Estado cuando se le acusa de crímenes internacionales (*Special Prosecutor v. Hailemariam*, Tribunal Superior Federal, sentencia de 9 de octubre de 1995, ILDC 555 (ET 1995)). En otros asuntos los tribunales nacionales han procesado a funcionarios de un tercer Estado por crímenes internacionales sin pronunciarse sobre la inmunidad. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso *Barbie* ante los tribunales franceses: *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie*, Francia, Tribunal de Casación, sentencias de 6 de octubre de 1983, 26 de enero de 1984 y 20 de diciembre de 1985, *International Law Reports*, vol. 78, pág. 125; *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie*, Tribunal de Instancia del Ródano, sentencia de 4 de julio de 1987, *ibid.*, pág. 148; y Tribunal de Casación, sentencia de 3 de junio de 1988, *ibid.*, vol. 100, pág. 330. Por su parte, la Audiencia Nacional de España ha examinado los casos de varios funcionarios extranjeros por presunta comisión de crímenes internacionales sin considerar necesario pronunciarse sobre la inmunidad: asuntos *Pinochet*, *Scilingo*, *Cavallo*, *Guatemala*, *Rwanda* y *Tíbet.* En el caso *Rwanda*, la Audiencia Nacional acordó, no obstante, excluir del procesamiento al Presidente Kagame en virtud de la inmunidad de que goza. De la misma manera, en el asunto *Tíbet*, la Audiencia Nacional excluyó del procesamiento al entonces Presidente de China; sin embargo, tras terminar su mandato como Presidente de China, el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional acordó su procesamiento por auto de 9 de octubre de 2013, alegando que había dejado de beneficiarse de la "inmunidad diplomática". No obstante, a raíz de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el caso acabó sobreseyéndose. Un último ejemplo significativo lo constituye la sentencia del Tribunal Federal de

adopción de legislación nacional que contempla excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en relación con la comisión de crímenes internacionales[1013]. La existencia de dicha tendencia

Justicia de Alemania de 28 de enero de 2021 (asunto núm. 3 StR 564/19) (véase la nota 925 *supra*), en la que condena a un antiguo teniente del ejército afgano por torturas como crímenes de guerra que habría cometido en su país en 2013 y 2014 contra miembros de un grupo talibán. En ella declara expresamente que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* no se aplica respecto de los crímenes de guerra establecidos por normas internacionales consuetudinarias, cuando sean cometidos por funcionarios del Estado que ocupan una posición subordinada (párr. 18); véanse también los párrafos 11, 13, 23 y 35. A juicio del Tribunal, existe una costumbre internacional que apoya esta decisión, y analiza la práctica en los párrafos 19 a 43. Esta sentencia del Tribunal Federal de Justicia sigue en buena medida los argumentos contenidos en la opinión jurídica emitida por el Fiscal General alemán sobre la aplicación de la inmunidad a los crímenes de derecho internacional, en la que se realiza un análisis de la práctica judicial nacional e internacional para concluir la inaplicación de la inmunidad *ratione materiae* cuando los crímenes imputados al funcionario de otro Estado sean crímenes de derecho internacional. Al igual que la sentencia del Tribunal Federal de Justicia, la opinión jurídica del Fiscal General alemán analiza también los trabajos de la Comisión sobre este tema y tiene el valor añadido de que, de conformidad con el derecho alemán, el Fiscal General tiene la competencia exclusiva para iniciar procedimientos penales de conformidad con el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional alemán. El texto en inglés de esta opinión jurídica pude consultarse en el artículo C. Kreß, P. Frank y C. Barthe, “Functional immunity of foreign State officials before national courts: a legal opinion by Germany’s Federal Public Prosecutor General”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 19, núm. 3 (julio de 2021), págs. 697 a 716.

[1013] En apoyo de esa posición, se ha señalado la *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, que establece un régimen autónomo de inmunidad para el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores, conforme al cual respecto de “los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales [por dichos funcionarios] quedarán excluidos de la inmunidad los crímenes de genocidio, desaparición forzada, guerra y lesa humanidad” (art. 23, párr. 1, *in fine*). También resulta interesante la Ley núm. 24488 de la Argentina, relativa a la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos, de la que se excluyó el artículo 3 por el Decreto núm. 849/95 de Promulgación de la Ley, lo que tiene como resultado que los tribunales de dicho país no podrán abstenerse cuando se presente una demanda contra un Estado por violación de normas del derecho internacional de los derechos humanos. Por su parte, desde una perspectiva mucho más limitada, la *Foreign Sovereign Immunities Act* (Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos de América), modificada por la Ley de Protección a las Víctimas de la Tortura, establece una “[e]xcepción de terrorismo a la inmunidad jurisdiccional de un Estado extranjero” (secc. 1605A) que permite excluir la aplicación de la inmunidad respecto de determinados tipos de actos como la tortura o las ejecuciones extrajudiciales siempre que hayan sido realizados por funcionarios de un Estado al que las autoridades competentes de los Estados Unidos hayan declarado previamente como “Estado patrocinador del terrorismo”. Una excepción similar se contiene en la Ley de Inmunidad del Estado del Canadá. Por último, ha de tenerse en cuenta que ciertas limitaciones o excepciones a la inmunidad en relación con crímenes internacionales se contienen en legislación nacional referida a este tipo de crímenes bien sea de forma autónoma (véanse la Ley de Represión de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario de Bélgica, modificada en 2003; la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos de 2003; y el Código Penal de la República del Níger, modificado en 2003), o bien por tratarse de leyes de aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Entre las leyes de aplicación que establecen una excepción a la inmunidad de carácter general, véanse Burkina Faso, Ley de Determinación de las Competencias y del Procedimiento de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por los Tribunales de Burkina Faso, núm. 50, de 2009, arts. 7 y 15.1 (conforme a la misma, los tribunales de Burkina Faso pueden ejercer su jurisdicción respecto de las personas que hayan cometido un crimen de competencia de la Corte, aunque lo hayan cometido en el extranjero, siempre que el sospechoso se encuentre en su territorio. Además, el cargo oficial no constituirá una causa de excepción o reducción de la responsabilidad); Comoras, Ley núm. 11-022, de 13 de diciembre 2011, relativa a la Aplicación del Estatuto de Roma, art. 7.2 (“las inmunidades o normas de procedimiento especiales que pueda conllevar el cargo oficial de una persona en virtud de la ley o del derecho internacional no impiden a los tribunales nacionales ejercer su competencia con respecto a esta persona en relación a las infracciones previstas en esta Ley”); Irlanda, Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2006, art. 61.1 (“Conforme al artículo 27, cualquier inmunidad diplomática o inmunidad del Estado asociada a una persona en razón de una conexión con un Estado parte en el Estatuto de Roma no precluye el establecimiento de un procedimiento en relación con esa persona”); Mauricio, Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2001, art. 4; Sudáfrica, Ley de

ha sido puesta de manifiesto también por parte de la doctrina, y ha tenido algún reflejo en el marco de procesos seguidos ante tribunales internacionales[1014].

10) En segundo lugar, la Comisión ha tenido igualmente en cuenta que el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado está llamado a aplicarse en el marco de un ordenamiento jurídico internacional cuya unidad y carácter sistémico no se pueden obviar. Por tanto, los trabajos de la Comisión no deben ignorar otras normas ya existentes ni entrar en colisión con los principios jurídicos consagrados en sectores tan relevantes del derecho internacional contemporáneo como el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal. En este contexto, el tratamiento de los crímenes en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no se aplica debe realizarse de forma cuidadosa y equilibrada, teniendo en cuenta la necesidad de preservar el respeto del principio de igualdad soberana de los Estados, así como la necesidad de garantizar la aplicación del principio de rendición de cuentas, el principio de responsabilidad penal del individuo y la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales entendida como un objetivo primordial de la comunidad internacional. Mediante la preservación de dicho equilibrio se garantiza que la inmunidad cumple las funciones para las que se estableció (proteger la igualdad soberana y los legítimos intereses del Estado) y que no se transforma en un instrumento procesal para bloquear de forma absoluta la deducción de la responsabilidad penal de ciertos individuos (los funcionarios del Estado) que se pueda derivar de la comisión de los más graves crímenes de derecho internacional.

11) Teniendo en cuenta las dos razones antes señaladas, la Comisión considera que debe cumplir su mandato de impulsar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional aplicando conjuntamente el método deductivo y el método inductivo. Sobre la base de esta premisa metodológica, la Comisión ha incluido en el proyecto de artículo 7 una lista de crímenes respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica en virtud de

---

Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional núm. 27, de 18 de julio de 2002, arts. 4 2) a) i) y 4 3) c) (conforme a la misma, los tribunales sudafricanos tienen competencia para enjuiciar los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra cuando el presunto autor se encuentre en Sudáfrica, siendo inoponible la condición oficial que pueda ostentar el acusado). Entre las leyes de aplicación que establecen únicamente límites o procedimientos de consulta en relación con el deber de cooperar con la Corte Penal Internacional, véanse Alemania, Ley Constitutiva de los Tribunales, arts. 20.1 y 21; Argentina, Ley núm. 26200 de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Ley núm. 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, arts. 40 y 41; Australia, Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 41, de 2002, art. 12.4; Austria, Ley Federal de Cooperación con la Corte Penal Internacional, núm. 135, de 13 de agosto de 2002, arts. 9.1 y 9.3; Canadá, Ley de Extradición, 1999, art. 18; Francia, Código de Procedimiento Penal (conforme a la Ley núm. 2002-268 de 26 de febrero de 2002), art. 627.8; Irlanda, Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 30, de 2006, art. 6.1; Islandia, Ley relativa a la Corte Penal Internacional, de 2003, art. 20.1; Kenya, Ley de Crímenes Internacionales de 2008, núm. 16, art. 27; Liechtenstein, Ley de 20 de octubre de 2004 sobre la Cooperación con la Corte Penal Internacional y otros Tribunales Internacionales, art. 10.1 b) y c); Malta, Ley de Extradición, art. 26S.1; Noruega, Ley núm. 65 de 15 de junio de 2001 relativa a la Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 en el Derecho Noruego, art. 2; Nueva Zelandia, Ley de los Crímenes Internacionales y la Corte Penal Internacional de 2000, art. 31.1; Reino Unido, Ley relativa a la Corte Penal Internacional, 2001, art. 23.1; Samoa, Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2007, núm. 26, arts. 32.1 y 41; Suiza, Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional, art. 6; y Uganda, Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 18, de 2006, art. 25.1 a) y b). Un caso especial es el de Dinamarca, cuya Ley relativa a la Corte Penal Internacional, de 16 de mayo de 2001, art. 2, atribuye la decisión de resolver los temas sobre la inmunidad al ejecutivo sin definir un sistema específico de consultas.

1014 La existencia de una tendencia relativa a la limitación de la inmunidad por crímenes internacionales fue afirmada por los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada conjunta en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 88, párr. 85. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Jones and Others*, ha reconocido expresamente que parece existir "un apoyo emergente a favor de una norma especial o excepción en derecho internacional público en los casos relativos a declaraciones civiles por tortura" y que, por tanto, "a la luz de los desarrollos actualmente en curso en este área del derecho internacional público, es un tema que ha de ser mantenido en revisión por los Estados contratantes" (*Jones and Others v. the United Kingdom* (véase la nota 925 *supra*), párrs. 213 y 215).

los siguientes criterios: a) se trata de crímenes respecto de los que se puede identificar en la práctica una tendencia a favor de su consideración como crímenes no cubiertos por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*; y b) se trata de crímenes de derecho internacional que han sido identificados por la comunidad internacional como los más graves crímenes que preocupan a la comunidad internacional y respecto de los cuales existen normas internacionales, convencionales y consuetudinarias, relativas a la prohibición de dichos crímenes, así como a la obligación de adoptar medidas para prevenir y sancionar la comisión de los mismos.

12) No obstante, algunos miembros discreparon de ese análisis. En primer lugar, expresaron su oposición al proyecto de artículo 7, aprobado mediante votación, señalando lo siguiente: a) que la Comisión no debe definir su labor como una posible codificación del derecho internacional consuetudinario cuando, por las razones señaladas en las notas que figuran más abajo, es evidente que la jurisprudencia nacional[1015], la legislación

[1015] Esos miembros señalaron que solo se citan diez casos (véase la nota 1012 *supra*) que supuestamente tratan de manera expresa la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de un funcionario del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario y que, de hecho, la mayoría de esos casos no avalan que deba denegarse dicha inmunidad. Por ejemplo, en la causa del Reino Unido *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)* (véase la nota 954 *supra*), la inmunidad solo fue denegada con respecto a los actos comprendidos en el ámbito de aplicación de un tratado en vigor que se interpretó que motivaba la renuncia a la inmunidad (la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes). La causa alemana *Hussein* (véase la nota 1012 *supra*) no se refería a ninguno de los crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7, y la sentencia no afirmó, en relación con la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein había dejado el cargo, que la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* no se reconocía o no debía reconocerse en ese caso. La causa *Bouterse* (véase la nota 947 *supra*) no fue confirmada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos y el razonamiento del tribunal de rango inferior sobre la inmunidad siguió siendo un *obiter dictum* no probado. La decisión de Bélgica en la causa *Sharon and Yaron* (véase la nota 947 *supra*) fue controvertida y llevó al Parlamento a modificar ulteriormente la legislación belga, lo que llevó al Tribunal de Casación (*H.S.A.*, et al. *c. S.A.*, et al., 12 de febrero de 2003 (véase la nota 960 *supra*)) a declarar la falta de jurisdicción sobre el caso. Con esa misma ley estuvo relacionada la causa *Pinochet* ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (véase la nota 955 *supra*). En la causa *Lozano v. Italy* (véase la nota 939 *supra*), se concedió, no se denegó, inmunidad *ratione materiae* al funcionario del Estado extranjero. La causa *Special Prosecutor v. Hailemariam* (véase la nota 1012 *supra*) se refería al enjuiciamiento por Etiopía de uno de sus propios nacionales, no de un funcionario de un Estado extranjero. Otros casos citados atañen a situaciones en que no se ha hecho valer la inmunidad o se ha renunciado a ella; no respaldan la afirmación de que un funcionario no disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* con arreglo al derecho internacional consuetudinario si se invoca tal inmunidad. Por ejemplo, en relación con la sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania de 28 de enero de 2021, ni el Afganistán ni las personas afectadas invocaron la inmunidad en ese caso~~,~~ los crímenes de guerra fueron el único delito en cuestión, y el tribunal solo llegó a identificar una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable al enjuiciamiento de "funcionarios extranjeros de bajo rango", como un soldado. Además, esos miembros han señalado que la pertinencia para el tema de los casos *civiles* ante tribunales nacionales debe ser examinada con detenimiento; en la medida en que son pertinentes, tienden a no avalar las excepciones establecidas en el proyecto de artículo 7. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia declaró incompatible la causa *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (véase la nota 1012 *supra*) con las obligaciones de Italia en virtud del derecho internacional. Véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 910 *supra*). En la causa *Jones v. Saudi Arabia* (véase la nota 925 *supra*), la Cámara de los Lores reconoció la inmunidad del funcionario del Estado. En cambio, además de los casos antes mencionados, esos miembros señalaron varias causas en que la inmunidad *ratione materiae* ha sido invocada y aceptada por los tribunales nacionales en procesos penales. Véanse, por ejemplo, *Hissène Habré*, Senegal, Tribunal de Apelaciones de Dakar, 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, 20 de marzo de 2001 (nota 947 *supra*) (inmunidad concedida al antiguo Jefe de Estado); y *Jiang Zemin*, decisión de la Fiscalía General de la República Federal de Alemania de 24 de junio de 2005, 3 ARP 654/03-2.

nacional[1016] y el derecho de los tratados[1017] no respaldan las excepciones establecidas en el proyecto de artículo 7; b) que no ha sido posible identificar en la práctica en la materia una "tendencia", temporal o de otra índole, a favor de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*; c) que la inmunidad es de carácter procesal y que, por ello: i) no se puede presuponer que la existencia de responsabilidad penal derivada de los crímenes de derecho internacional que pueda haber cometido un funcionario del Estado excluye automáticamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera; ii) la inmunidad no depende de la gravedad del acto en cuestión ni de que ese acto esté prohibido por la norma imperativa de derecho internacional; y iii) la cuestión de la inmunidad ha de valorarse en una etapa temprana del ejercicio de la jurisdicción, antes de examinar el fondo del asunto[1018]; d) la falta de inmunidad ante un tribunal penal internacional no es pertinente para la inmunidad de jurisdicción en los tribunales nacionales; y e) que el establecimiento de un nuevo sistema de excepciones a la inmunidad, si no se acuerda en virtud de un tratado, probablemente dañará las relaciones entre Estados y corre el riesgo de socavar el objetivo de la comunidad internacional de luchar contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales. Además, en opinión de esos miembros, al proponer el proyecto de artículo 7, la Comisión estaría llevando a cabo un ejercicio de "política normativa" que no guarda relación ni con la codificación ni con el desarrollo progresivo del derecho internacional. Según esos miembros, el proyecto de artículo 7 es una propuesta de "derecho nuevo" que no puede ser considerada ni *lex lata* ni desarrollo progresivo deseable del derecho internacional. En segundo lugar, esos miembros de la Comisión también destacaron la diferencia entre la inmunidad procesal de jurisdicción extranjera, por una parte, y la responsabilidad penal sustantiva, por otra, y sostuvieron que el reconocimiento de excepciones a la inmunidad ni se requería ni era

[1016] Esos miembros han señalado que muy pocas leyes nacionales abordan la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de los funcionarios del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Como se reconoce en el quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701), párr. 42: "La inmunidad de jurisdicción del Estado o de sus funcionarios no es objeto de regulación expresa en la mayoría de los Estados. Por el contrario, la respuesta a la inmunidad ha sido dejada en manos de los tribunales". De las pocas leyes nacionales que supuestamente tratan dicha inmunidad (Burkina Faso, Comoras, España, Irlanda, Mauricio, Níger y Sudáfrica), ninguna se hace eco del proyecto de artículo 7 tal como está redactado. Por ejemplo, la *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, art. 23, párr. 1, únicamente se refiere a la inmunidad *ratione materiae* de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores. Leyes como la Ley de Represión de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario (enmendada en 2003), de Bélgica, o la Ley de Crímenes Internacionales, de 2003, de los Países Bajos, solo disponen que se denegará la inmunidad con arreglo al derecho internacional, sin más detalles. Además, esos miembros han observado que las leyes nacionales de ejecución de una obligación de entrega de un funcionario a la Corte Penal Internacional, dimanante del Estatuto de Roma o de una decisión del Consejo de Seguridad, no son pertinentes para la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario. También son irrelevantes las leyes nacionales centradas en la inmunidad de los Estados, como la Ley núm. 24488 de la Argentina, la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos y la Ley de Inmunidad del Estado del Canadá (además, se ha indicado que la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera no ha sido enmendada por la Ley de Protección de las Víctimas de Tortura, que no tiene nada que ver con el terrorismo).

[1017] Esos miembros han señalado que ninguno de los tratados mundiales dedicados a tipos concretos de crímenes (como el genocidio, los crímenes de guerra, el *apartheid*, la tortura y las desapariciones forzadas) contienen disposiciones que anulen la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de los funcionarios del Estado, como tampoco las contienen los tratados mundiales que se ocupan de tipos concretos de funcionarios (por ejemplo, los diplomáticos, los agentes consulares y los agentes en misión especial).

[1018] Véanse, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 910 *supra*), pág. 137, párr. 84 ("el derecho internacional consuetudinario no condiciona el derecho de un Estado a la inmunidad a la gravedad del acto del que se le acusa ni al carácter imperativo de la norma presuntamente vulnerada"); y *Arrest Warrant of 11 April 2000* (nota 899 *supra*), pág. 25, párr. 60 ("La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Mientras que la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo").

necesariamente apropiado para lograr el equilibrio necesario. En opinión de esos miembros, la impunidad puede evitarse en las situaciones en que un funcionario es enjuiciado por su propio Estado, es enjuiciado por un tribunal internacional o es enjuiciado por un tribunal extranjero tras la renuncia a la inmunidad. Hacer valer excepciones a la inmunidad que los Estados no han aceptado mediante un tratado o la práctica generalizada puede dar lugar a grandes tensiones entre los Estados, cuando no a un conflicto abierto, en los casos en que un Estado ejerce su jurisdicción penal respecto de los funcionarios de otro Estado basándose únicamente en la presunta comisión de un crimen atroz.

Párrafo 1

13) El párrafo 1, apartados a) a f), del proyecto de artículo 7 enumera los crímenes de derecho internacional que, en caso de que se produzcan presuntamente, impedirían la aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal en beneficio de un funcionario extranjero, aunque esos crímenes hubiesen sido cometidos por dicho funcionario actuando a título oficial y durante el período en que se encontrase en ejercicio de sus funciones. Dichos crímenes son los siguientes: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el crimen de *apartheid*, la tortura y las desapariciones forzadas.

14) El encabezamiento del proyecto de artículo emplea la expresión "no se aplica" a fin de tener en cuenta que tanto en la práctica como en la doctrina se vienen produciendo dos interpretaciones distintas respecto de la valoración o no de dichos crímenes como "actos realizados a título oficial". Así, desde una primera perspectiva se ha entendido que la comisión de dichos crímenes no puede constituir nunca una función del Estado y, por tanto, no pueden ser considerados como "actos realizados a título oficial". Por el contrario, desde una segunda perspectiva, se ha sostenido que los crímenes de derecho internacional bien exigen la presencia de un elemento estatal (tortura, desapariciones forzadas), bien se cometen con la cobertura, explícita o implícita, del aparato del Estado, por lo que se produce una conexión estatal y, por tanto, pueden ser considerados en determinadas ocasiones "actos realizados a título oficial"[1019]. Aunque la Comisión no consideró necesario pronunciarse a favor de una u otra de las interpretaciones antes mencionadas, tuvo en cuenta que algunos tribunales nacionales no han aplicado la inmunidad *ratione materiae* en ejercicio de su jurisdicción penal respecto de estos crímenes de derecho internacional, bien sea porque no los consideran un acto realizado a título oficial o una función propia del Estado[1020], bien porque entienden que, a pesar de serlo, los crímenes de derecho internacional (por su gravedad o por ser contrarios a normas imperativas) no pueden dar lugar al reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de sus autores[1021].

[1019] Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (nota 910 *supra*), pág. 125, párr. 60 (sobre *acta jure imperii* en el contexto de la inmunidad del Estado).

[1020] Véanse, a título de ejemplo, los siguientes asuntos: *Pinochet*, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 6 de noviembre de 1998 (nota 955 *supra*), pág. 349; y *Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, 16 de mayo de 2000 (nota 1012 *supra*), párr. 11 (realiza tal afirmación para la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein hubiese dejado de desempeñar tales funciones). Un argumento similar ha sido seguido también en algunos casos cuando la inmunidad se ha suscitado ante la jurisdicción civil. Así, véase, a título de ejemplo, el asunto *Prefectura de Voiotia c. República Federal de Alemania*, Tribunal de Primera Instancia de Leivadia, 30 de octubre de 1997 (nota 955 *supra*).

[1021] Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Fiscal General de Israel c. Adolf Eichmann*, Israel, Tribunal Supremo, 29 de mayo de 1962 (véase la nota 947 *supra*), págs. 309 y 310. En el caso *Ferrini*, los tribunales italianos se han basado tanto en la gravedad de los crímenes cometidos como en el hecho de que las conductas en cuestión son contrarias a normas de *ius cogens* (*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Tribunal de Casación, 11 de marzo de 2004 (véase la nota 1012 *supra*), pág. 674). En el caso *Lozano*, el Tribunal de Casación italiano ha fundamentado el rechazo de la inmunidad en la violación de derechos fundamentales, que tienen rango de normas de *ius cogens* y, por tanto, deben primar sobre las normas que regulan la inmunidad (*Lozano v. Italy*, 24 de julio de 2008 (véase la nota 939 *supra*), párr. 6). En el asunto *A. c. Ministère public de la Confédération*, el Tribunal Penal Federal de Suiza fundó su decisión en la existencia de una prohibición de cometer crímenes internacionales de carácter consuetudinario que el legislador suizo considera de *ius cogens*; destacando además la incoherencia de prohibir dichas conductas y al mismo tiempo seguir

15) Por ello, teniendo en cuenta que en la práctica un mismo crimen de derecho internacional ha sido interpretado en ocasiones como un límite (inexistencia de la inmunidad) o como una excepción (exclusión de la inmunidad existente), la Comisión consideró preferible abordar el tema desde la perspectiva de los efectos que se derivan de cada uno de estos enfoques, a saber: la no aplicabilidad respecto de dichos crímenes de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de la que, de otro modo, podría beneficiarse un funcionario del Estado. La Comisión optó por esta formulación por razones de claridad y seguridad, a fin de ofrecer una lista de crímenes que, aunque fueran cometidos por un funcionario del Estado, impedirían que este se beneficiase de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

16) A tal fin se usó la expresión "la inmunidad no se aplica" siguiendo, *mutatis mutandis*, la técnica que la Comisión empleó en su día en relación con la inmunidad de jurisdicción del Estado, en que utilizó la expresión "procesos en que la inmunidad del Estado no puede ser invocada" en un contexto similar[1022]. Sin embargo, en el proyecto de artículo 7, la Comisión decidió no emplear la expresión "no puede invocarse" a fin de evitar el componente procesal que tiene dicha expresión y prefirió retener la fórmula neutra "no se aplica".

17) Por su parte, la expresión "respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera" se incluyó en el encabezamiento a fin de seguir la formulación ya empleada con anterioridad en los proyectos de artículo 3 y 5.

18) Con la expresión "crímenes de derecho internacional" se hace referencia a conductas tipificadas en el derecho internacional, sean o no crímenes en el derecho nacional. Los crímenes enumerados en el artículo 7 son los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, sobre los que existe un amplio consenso internacional respecto de su definición, así como sobre la existencia de una obligación de prevenir y sancionar la comisión de los mismos. Dichos crímenes han sido abordados en tratados internacionales y están prohibidos también por el derecho internacional consuetudinario.

19) La expresión "crímenes de derecho internacional" ha sido empleada con anterioridad por la Comisión al enunciar los Principios de Núremberg[1023] y en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954[1024]. En dicho contexto, la Comisión entendió que el empleo de la expresión "crímenes de derecho internacional" significaba que "el derecho internacional es la base para la tipificación penal" de dichos crímenes y que "la prohibición de esas categorías de comportamiento y su punibilidad son

---

reconociendo una inmunidad *ratione materiae* que impediría el inicio de la investigación (*A. c. Ministère public de la Conféderation*, 25 de julio de 2012 (véase la nota 925 *supra*)).

1022 Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado por la Comisión en su 43er período de sesiones, *Anuario… 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 35. La Comisión utilizó la expresión arriba citada como título de la parte III del proyecto de artículos y la reiteró en los artículos 10 a 17 incluidos en esa parte. Para la explicación de los motivos que llevaron a la Comisión a emplear dicha expresión, véase, en particular, el párrafo 1) del comentario a la parte III (pág. 35) y los párrafos 1) a 5) del comentario al artículo 10 (págs. 36 y 37). Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes ha empleado la expresión "procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer" tanto en el título de la parte III como en los artículos 10 a 17.

1023 Véase el principio I de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg: "Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción" (*Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374).

1024 Véase el artículo 1 del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1954: "Los delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, definidos en el presente código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables" (*Yearbook... 1954*, vol. II, documento A/2693, pág. 151). Por su parte, el artículo 1, párrafo 2, del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión en 1996 declara que "[l]os crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional" (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 19).

consecuencia directa del derecho internacional"[1025]. De ello se derivan "la autonomía del derecho internacional en la tipificación penal" de estos crímenes[1026] y el hecho de que "la tipificación o falta de tipificación de una categoría determinada de comportamiento como penal con arreglo al derecho nacional no surte efecto sobre la tipificación de esta categoría de comportamientos como penal con arreglo al derecho internacional"[1027]. En consecuencia, el empleo de la expresión "crímenes de derecho internacional" vincula directamente la lista de crímenes contenida en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 con el derecho internacional y asegura que la definición de los mismos se entenderá conforme a lo establecido en normas internacionales, sin que sea relevante la tipificación que pueda haberse establecido en el derecho interno para identificar los casos en que la inmunidad no se aplica.

20) Dentro de la categoría de crímenes de derecho internacional se incluyen: a) el crimen de genocidio, b) los crímenes de lesa humanidad y c) los crímenes de guerra. La Comisión los incluyó entre los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica por dos razones básicas. En primer lugar, se trata de crímenes respecto de los que la comunidad internacional ha expresado una preocupación especial, dando lugar a la adopción de tratados que ocupan un lugar central en el derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y respecto de los cuales las cortes internacionales han destacado no solo su gravedad sino también que la prohibición de los mismos tiene naturaleza consuetudinaria y su comisión puede constituir una violación de normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*[1028]. En segundo lugar, se ha tenido en cuenta que dichos crímenes aparecen, directa o indirectamente, en la práctica judicial de los Estados en relación con casos en los que se ha suscitado la cuestión de la inmunidad *ratione materiae*. Por último, ha de destacarse que esos tres crímenes han sido recogidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma, que los califica como los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"[1029]. No obstante, algunos miembros señalaron que la inclusión de esos crímenes en el proyecto de artículo 7 no encontraba muchos elementos que lo sustentaran en la práctica, la jurisprudencia nacional e internacional o la legislación nacional.

21) La Comisión decidió no incluir en este momento el crimen de agresión a pesar de que se encuentra recogido igualmente en el artículo 5 del Estatuto de Roma y ha sido objeto de tipificación en virtud de las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala en 2010[1030]. La Comisión tomó tal decisión considerando la naturaleza del crimen de agresión, que exigiría a los tribunales nacionales determinar la existencia de un acto previo de agresión del Estado extranjero, así como la especial dimensión política de este tipo de crímenes[1031], dada su configuración como un "crimen de líderes". Sin

[1025] Véase el párrafo 6) del comentario al artículo 1 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 20.

[1026] *Ibid*., párr. 9).

[1027] *Ibid*., párr. 10). Téngase en cuenta que, por su parte, al comentar el principio I de los Principios de Núremberg, la Comisión había afirmado que "[l]a regla general que subyace en el principio I es que el derecho internacional puede imponer obligaciones a los individuos directamente sin la interposición del derecho interno" (*Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374).

[1028] La propia Comisión ha declarado que la prohibición del genocidio, de los crímenes de lesa humanidad, las normas básicas del derecho internacional humanitario, la prohibición del *apartheid* y la prohibición de la tortura son normas de *ius cogens*. Véase el anexo al proyecto de conclusiones sobre identificación y consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, en el capítulo IV del presente informe.

[1029] Estatuto de Roma, art. 5, párr. 1, y preámbulo, párrafo cuarto.

[1030] Véase la definición de la agresión incluida en el artículo 8 *bis*, *Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010*, publicación de la Corte Penal Internacional, RC/9/11, resolución 6, "El crimen de agresión" (RC/Res.6).

[1031] A este respecto, ha de tenerse en cuenta que en los comentarios al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, la Comisión afirmó lo siguiente: "La agresión atribuida a un Estado es condición *sine qua non* para establecer la responsabilidad de una persona por su participación en el crimen de agresión. Nadie puede incurrir en responsabilidad por este crimen si no hay agresión cometida por un Estado. Por consiguiente, el tribunal no puede zanjar la cuestión de la responsabilidad penal individual por este crimen sin considerar con carácter preliminar la cuestión de la agresión cometida por un Estado. La determinación, por el tribunal de un Estado, de la cuestión

embargo, algunos miembros señalaron que el crimen de agresión debería haberse incluido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, ya que era el más grave de los crímenes de derecho internacional, fue incluido con anterioridad por la propia Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996[1032] y era uno de los recogidos en el Estatuto de Roma. Además, muchos Estados han incluido el crimen de agresión en su legislación penal[1033]. En consecuencia, expresaron su posición contraria a la decisión mayoritaria de la Comisión y reservaron su posición al respecto.

22) Por otro lado, la Comisión consideró necesario incluir en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 los crímenes de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas como categorías autónomas de crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad no se aplica. Aunque dichos crímenes están incluidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad[1034], la Comisión tuvo en cuenta los elementos citados a continuación para considerarlos crímenes autónomos. En primer lugar, los crímenes de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas han sido objeto de tratados internacionales que establecen un régimen jurídico propio de prevención, represión y sanción[1035] que impone a los Estados obligaciones específicas de adoptar ciertas medidas en sus ordenamientos internos, incluida la obligación de tipificar dichos crímenes en la legislación nacional y adoptar las medidas necesarias para que sus tribunales sean competentes para enjuiciar este

---

de si otro Estado ha cometido agresión sería contraria al principio fundamental del derecho internacional *par in parem imperium non habet*. Además, el hecho de que el tribunal de un Estado, en el ejercicio de su competencia, tuviera que considerar la comisión de un acto de agresión por otro Estado tendría consecuencias graves para las relaciones internacionales y la paz y la seguridad internacionales" (*Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 33, párrafo 14) del comentario al artículo 8).

1032 *Ibid*., pág. 46, art. 16.

1033 Entre los ejemplos de legislaciones nacionales que tipifican el crimen de agresión, cabe citar los siguientes: Alemania, Código Penal, de 13 de noviembre de 1998 (BGBl); Austria, Código Penal núm. 60/1974, de 23 de enero de 1974, enmendado por BGBl. I núm. 112/2015 de 13 de agosto de 2015, art. 321k; Azerbaiyán, Código Penal de 2000, arts. 100 y 101; Bangladesh, Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales), art. 3, Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales) núm. XIX de 1973, enmendada por la Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales) (enmienda) núm. LV de 2009 y la Ley núm. XXI de 2012; Belarús, Código Penal, arts. 122 y 123, Ley núm. 275-Z de 9 de julio de 1999 (enmendada el 28 de abril de 2015); Bulgaria, Código Penal, arts. 408 y 409, *State Gazette*, núm. 26 de 2 de abril de 1968, enmendada por *State Gazette*, núm. 32 de 27 de abril de 2010; Croacia, Código Penal, arts. 89 y 157, *Official Gazette of the Republic of Croatia "Narodne novine"*, núm. 125/11; Cuba, Código Penal, arts. 114 y 115, Ley núm. 62 de 29 de diciembre de 1987, modificada por la Ley núm. 87 de 16 de febrero de 1999; Ecuador, Código Penal, art. 88; Eslovenia, Código Penal de 2005, arts. 103 y 105; Estonia, Código Penal, arts. 91 y 92; Finlandia, Código Penal, Ley núm. 39/1889, enmendada por la Ley núm. 1718/2015, arts. 4 a), 4 b) y 14 a); Luxemburgo, Código Penal, art. 136; Macedonia, Código Penal, art. 415; Malta, Código Penal, art. 82(C), Código Penal de la República de Malta (1854, enmendado en 2004); Mongolia, Código Penal (2002), art. 297; Montenegro, Código Penal, art. 442, *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, núm. 70/2003, Corrección, núm. 13/2004; Paraguay, Código Penal de la República del Paraguay, art. 271, Ley núm. 1160/97; Polonia, Código Penal, art. 17, Ley de 6 de junio de 1997; República de Moldova, Código Penal de la República de Moldova, arts. 139 y 140, aprobado por la Ley núm. 985-XV el 18 de abril de 2002 (enmendada en 2009); Rusia, Código Penal, Código Penal de la Federación de Rusia, arts. 353 y 354, Ley Federal núm. 64-FZ de 13 de junio de 1996 (enmendada); Samoa, Ley de Tribunales Penales Internacionales, de 2007, enmendada por la Ley 2014, párr. 7 A, núm. 23; Tayikistán, Código Penal de la República de Tayikistán, arts. 395 y 396; Timor-Leste, Código Penal de la República Democrática de Timor-Leste, Decreto-ley núm. 19/2009, art. 134. Para un análisis de la cuestión, véase A. Reisinger Coracini, "National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression", en R. Bellelli (ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Londres y Nueva York, Routledge, 2016.

1034 Estatuto de Roma, art. 7, párr. 1, apartados j), f) e i), respectivamente.

1035 Véanse 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; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y 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.

tipo de crímenes[1036]. A eso se ha de añadir el hecho de que los tratados en cuestión establecen sistemas de cooperación y asistencia jurídica internacional que opera de manera horizontal entre los Estados[1037]. En segundo lugar, la Comisión tuvo igualmente en cuenta que los crímenes de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas estaban sometidos en el Estatuto de Roma a un umbral específico que se define como la comisión de dichos crímenes como "parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque"[1038], que, sin embargo, no existe en los instrumentos que se refieren específicamente a esos crímenes. En tercer lugar, la Comisión tuvo en cuenta que las convenciones contra la tortura y las desapariciones forzadas establecían expresamente que esos actos solo podían ser cometidos por funcionarios del Estado o bajo su instigación, apoyo o tolerancia[1039]. Además, la Comisión tuvo en cuenta que, en un buen número de casos, cuando los tribunales nacionales se han ocupado de estos crímenes en relación con la inmunidad lo han hecho por referencia a los mismos en tanto que crímenes autónomos. El tratamiento dado a la tortura constituye un buen ejemplo de ello[1040]. No obstante, algunos miembros señalaron que la inclusión de esos crímenes en el proyecto de artículo 7 no encontraba muchos elementos que lo sustentaran en la práctica, la jurisprudencia nacional e internacional o la legislación nacional.

23) Aunque algunos miembros de la Comisión sugirieron que se incluyeran en la lista otros crímenes, como la esclavitud, el terrorismo, la trata de seres humanos, la prostitución y la pornografía infantil o la piratería, que también eran objeto de tratados internacionales que establecían regímenes jurídicos especiales para cada crimen a efectos de su prevención, supresión y sanción, la Comisión decidió no incluirlos. Para ello tuvo en cuenta que los citados crímenes o se consideraban ya incluidos en los crímenes de lesa humanidad o no se correspondían plenamente con la categoría de crímenes de derecho internacional entendida en sentido estricto, siendo más correcto calificarlos en la mayoría de los casos como crímenes transnacionales. Además, se tuvo en cuenta que dichos crímenes se cometían habitualmente por actores no estatales y no encontraban reflejo en la práctica judicial nacional relativa a la inmunidad de jurisdicción. En todo caso, la no inclusión de otros crímenes internacionales en el proyecto de artículo 7 no puede entenderse como una minusvaloración de la gravedad de esos crímenes por parte de la Comisión.

24) Por último, ha de señalarse que la Comisión no incluyó en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 los crímenes de corrupción ni los crímenes afectados por la denominada "excepción territorial" que habían sido propuestos por la Relatora Especial[1041]. Ello no

[1036] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. IV; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, arts. 4, 5 y 6; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, arts. 4, 6 y 9.

[1037] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. XI; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, arts. 6 a 9; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, arts. 10, 11, 13 y 14.

[1038] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7, párr. 1. La definición de dicho umbral se contiene en el artículo 7, párrafo 2 a).

[1039] Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 1, párr. 1; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 2.

[1040] Así ha sucedido, por ejemplo, en el Reino Unido, donde todos los casos relativos a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en que suscitaba la no aplicabilidad de dicha inmunidad en relación con los actos de tortura han tenido como base la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Véanse los asuntos *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate,* ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999 (nota 954 *supra*); y *FF v. Director of Public Prosecutions*, Tribunal Superior de Justicia, Queen's Bench Division Divisional Court, 7 de octubre de 2014 (nota 954 *supra*). La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ha sido la base también de un asunto relacionado con la inmunidad de jurisdicción civil: *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, 14 de junio de 2006 (véase la nota 925 *supra*).

[1041] Véase el quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701), párrs. 225 a 234.

significa, sin embargo, que la Comisión entienda que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* se aplique respecto de esas dos categorías de crímenes.

25) Por lo que se refiere a la corrupción (entendida como "gran corrupción"), varios miembros de la Comisión señalaron que los crímenes de corrupción revestían una especial gravedad, ya que afectaban de manera directa a los intereses del Estado y a su estabilidad, al bienestar de su población e incluso a las relaciones internacionales. En consecuencia, dichos miembros se manifestaron a favor de incluir una excepción a la inmunidad *ratione materiae*. Por su parte, otros miembros de la Comisión pusieron de manifiesto que, aunque la gravedad de la corrupción no se podía poner en cuestión, su inclusión en el proyecto de artículo 7 planteaba problemas, vinculados esencialmente a la generalidad del término "corrupción" y la pluralidad de actos que se podían incluir en dicha categoría, así como por el hecho de que, a su juicio, la práctica convencional y jurisprudencial no ofrecía cobertura suficiente para incluir ese tipo de crímenes entre los límites y excepciones a la inmunidad. Otros miembros cuestionaron si la corrupción cumplía el requisito de gravedad de otros crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7. Por último, varios miembros de la Comisión señalaron que la corrupción no podía ser considerada en ningún caso un acto realizado a título oficial y que, por tanto, no era necesario incluirla entre los crímenes respecto de los cuales la inmunidad no se aplica.

26) Teniendo especialmente en cuenta este último argumento, la Comisión decidió no incluir en el proyecto de artículo 7 los crímenes de corrupción, por entender que no constituían "actos realizados a título oficial", pues se trataba de actos que eran realizados por un funcionario del Estado con la única finalidad de obtener un beneficio propio[1042]. Aunque varios miembros de la Comisión señalaron que la participación de funcionarios del Estado en ese tipo de actos no podía ser ignorada, ya que era precisamente su condición de funcionarios la que facilitaba y hacía posible la comisión del crimen de corrupción, algunos miembros de la Comisión entendieron que el hecho de que un funcionario cometiera un crimen de corrupción no cambiaba la naturaleza del acto, que seguía siendo un acto realizado en beneficio propio aunque para ello se utilizasen las estructuras del Estado y de ello se pudiera derivar una apariencia de oficialidad. En consecuencia, dado que el crimen de corrupción no cumplía con el elemento normativo contenido en el proyecto de artículo 6, párrafo 1, varios miembros de la Comisión entendieron que la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* no existía en relación con el mismo y por ello no era necesario incluirlo en la lista de crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica.

27) La Comisión también examinó el caso de otros crímenes cometidos por un funcionario extranjero en el territorio del Estado del foro sin que dicho Estado haya consentido en su presencia en el territorio ni tampoco en la actividad realizada por el mismo que ha dado lugar a la comisión del crimen (excepción territorial). Este supuesto presenta perfiles muy diferentes a los crímenes de derecho internacional que se han incluido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, así como respecto del crimen de corrupción. Aunque se señaló que en esas circunstancias podría existir inmunidad y que la excepción no debería incluirse en el proyecto de artículo 7 porque no existía suficiente práctica que lo avalase, la Comisión entendió que las razones para no incluir ese supuesto en el citado proyecto de artículo eran otras. Así, la Comisión considera que determinados crímenes, como el asesinato, el espionaje, el sabotaje o el secuestro, cometidos en el territorio de un Estado en las circunstancias antes indicadas están sometidos al principio de soberanía territorial y que respecto de los mismos no nace una inmunidad de jurisdicción *ratione materiae*, por lo que no es necesario incluirlos en la lista de crímenes a los que esa categoría de inmunidad no se aplica. Ello se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional, de conformidad con lo establecido en el proyecto de artículo 1, párrafo 2.

Párrafo 2

28) El párrafo 2 del proyecto de artículo 7 establece un vínculo entre el párrafo 1 del mismo artículo y el anexo del proyecto de artículos, titulado "Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2". Aunque el concepto de "crímenes de

[1042] En este mismo sentido, véanse *supra* los párrafos 23), 25) y 33) del comentario al proyecto de artículo 2, dedicados a la definición del "acto realizado a título oficial".

derecho internacional" y los conceptos de "crimen de genocidio", "crímenes de lesa humanidad", "crímenes de guerra", "crimen de *apartheid*", "tortura" y "desapariciones forzadas" forman parte de categorías bien establecidas en el derecho internacional contemporáneo, la Comisión tuvo en cuenta que el hecho de que el artículo 7 se refiriese a "crímenes" exigía que se preservase el principio de seguridad jurídica característico del derecho penal y que se ofrecieran instrumentos que evitasen la subjetividad a la hora de identificar qué se entendía por cada uno de los crímenes antes mencionados.

29) No obstante, la Comisión no consideró necesario definir qué se entendía por crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas, pues ello no formaba parte de su mandato en el marco del presente proyecto de artículos. Por el contrario, la Comisión consideró que era preferible realizar un simple ejercicio de identificación de aquellos instrumentos convencionales que definen las categorías antes mencionadas, a fin de incluirlos en una lista que permitiese a las autoridades competentes del Estado del foro actuar con mayor seguridad si tuviesen que aplicar el proyecto de artículo 7. El resultado de dicho ejercicio es la lista contenida en el anexo del proyecto de artículos.

30) Como se indica en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7, la vinculación de cada crimen con los tratados enumerados en el anexo se produce únicamente a los efectos del proyecto de artículo 7 sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, a fin de identificar las definiciones de los crímenes enumerados en el párrafo 1 de dicho artículo, sin prejuzgar ni condicionar que los Estados sean o no partes en dichos instrumentos.

31) Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la inclusión en la lista de determinados tratados no tiene efecto alguno en la naturaleza consuetudinaria de estos crímenes reconocida por el derecho internacional, ni tampoco en las obligaciones específicas que se puedan derivar de dichos tratados para los Estados parte. De la misma manera, la inclusión tan solo de algunos de los tratados que definen los crímenes en cuestión tampoco tiene efecto sobre otros tratados que definen o regulan los mismos crímenes, cuyas definiciones y regímenes jurídicos siguen intactos para los Estados parte a los efectos de la aplicación de dichos tratados. En conclusión, la remisión a un tratado específico a los efectos de definir cada uno de los crímenes enunciados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 se realiza por razones de oportunidad y conveniencia y únicamente a los fines del proyecto de artículo 7, y no afecta en modo alguno a las restantes normas de derecho internacional, consuetudinarias o convencionales, que se refieren a dichos crímenes y que contienen regímenes jurídicos de alcance general respecto de cada uno de ellos.

32) Los criterios empleados por la Comisión para seleccionar los tratados incluidos en el anexo, así como las explicaciones relativas a cada uno de ellos, se han incluido en el comentario al anexo al que se remite. Los comentarios al párrafo 2 del proyecto de artículo 7 y al anexo deben leerse conjuntamente.

Cuarta parte
Disposiciones y garantías procesales

Comentario

1) La cuarta parte del proyecto de artículos está dedicada a las disposiciones y garantías procesales que deben aplicarse en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

2) Con carácter general, los instrumentos internacionales que se refieren a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se han limitado a declarar la inmunidad, identificar a sus beneficiarios y definir su alcance, así como —en ciertos casos— a establecer reglas sobre la renuncia a la inmunidad, sin incluir disposiciones de naturaleza procesal.

3) Sin embargo, la Comisión ha considerado que el presente proyecto de artículos debe incluir disposiciones y garantías procesales que vengan a complementar las disposiciones de naturaleza sustantiva que se recogen en las partes primera, segunda y tercera. Ello se explica, en primer lugar, por la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos e intereses del

Estado del funcionario y los derechos e intereses del Estado del foro, que en ambos casos están directamente relacionados con el principio de igualdad soberana de los Estados. En segundo lugar, la inclusión de las disposiciones y garantías procesales se concibe igualmente como un medio para ofrecer a los Estados interesados instrumentos útiles para facilitar la comunicación y cooperación recíproca en relación con un tema de especial sensibilidad. En este contexto, las disposiciones y garantías procesales responden a la finalidad de favorecer la confianza mutua y la estabilidad de las relaciones internacionales. Y, por último, pero no por ello menos importante, las disposiciones y garantías procesales tienen como finalidad asegurar que el ejercicio de la jurisdicción penal respecto de un funcionario de otro Estado no se lleve a cabo de forma abusiva o con finalidad política. Por todo ello, la Comisión considera que la inclusión de las disposiciones y garantías procesales constituye un valor añadido para el proyecto de artículos que contribuye a asegurar el equilibrio entre las distintas disposiciones contenidas en él.

4) Las disposiciones y garantías procesales operan con carácter general respecto de todos los casos en que se suscite la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, pero revisten una especial importancia en relación con los supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera pueda verse afectada por lo previsto en el proyecto de artículo 7, que se refiere a las limitaciones o excepciones en la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* respecto de los crímenes de derecho internacional que se enumeran en dicho artículo. La Comisión ha tenido debidamente en cuenta esta circunstancia, que se refleja adecuadamente en el texto de los proyectos de artículo contenidos en la cuarta parte.

5) La cuarta parte está integrada por 11 proyectos de artículo, dedicados, respectivamente, al alcance de la cuarta parte y su relación con el resto de disposiciones del proyecto de artículos (proyecto de artículo 8), a las disposiciones y garantías procesales que operan en las relaciones directas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario (proyectos de artículo 9 a 15), a la aplicación de las reglas propias del juicio justo y las garantías procesales al funcionario de otro Estado respecto del que se suscite la cuestión de la inmunidad (proyecto de artículo 16), y a la definición de mecanismos cuya finalidad es facilitar la consulta y la solución de cualquier controversia que pudiera surgir entre el Estado del foro y el Estado del funcionario en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de uno de los funcionarios de este (proyectos de artículo 17 y 18).

Artículo 8
Aplicación de la cuarta parte

Las disposiciones y garantías procesales de la presente parte se aplicarán en relación con todo ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro sobre un funcionario de otro Estado, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en las partes segunda y tercera del presente proyecto de artículos, incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 es el primero de los artículos de la cuarta parte del proyecto de artículos. Su finalidad es definir el ámbito de aplicación de la cuarta parte en relación con las partes segunda y tercera, dedicadas respectivamente a la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios del Estado, antiguos o en ejercicio, respecto de la jurisdicción penal extranjera. Al hacer referencia a la vinculación entre la cuarta parte, por un lado, y las partes segunda y tercera, por otro, el proyecto de artículo 8 tiene en cuenta la noción de equilibrio entre las disposiciones sustantivas del presente proyecto de artículos y las disposiciones y garantías procesales contenidas en el mismo.

2) La cuarta parte está integrada en el proyecto de artículos y, por tanto, las disposiciones contenidas en la misma están llamadas a aplicarse de modo general respecto del resto de preceptos incluidos en él. Sin embargo, ha habido divergencia de opiniones entre los miembros de la Comisión con respecto al ámbito de aplicación de esta cuarta parte, en particular por lo que se refiere a su relación con el proyecto de artículo 7.

3) A juicio de algunos miembros, las garantías y salvaguardias procesales que figuran en la cuarta parte son de aplicación únicamente cuando podía haber inmunidad, lo que no parecía ser el caso respecto de los crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7, ya que este se había redactado en términos absolutos y establecía que la inmunidad *ratione materiae* "no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional" (refiriéndose a los crímenes enumerados en los apartados a) a f) del párrafo 1 de ese proyecto de artículo). Por el contrario, varios miembros apoyaban una interpretación más amplia de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial y veían factible que las garantías y salvaguardias procesales tuvieran una función que desempeñar incluso en situaciones en que el proyecto de artículo 7 fuera de aplicación.

4) Teniendo en cuenta esta discrepancia, la Comisión ha aprobado el proyecto de artículo 8, que indica expresamente que todas las disposiciones y garantías procesales contenidas en la cuarta parte del proyecto de artículos "se aplicarán en relación con todo ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro sobre un funcionario de otro Estado, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en las partes segunda y tercera del presente proyecto de artículos, incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los presentes proyectos de artículo". El proyecto de artículo 8 no prejuzga cualesquiera garantías y salvaguardias procesales adicionales, incluida la aplicación de salvaguardias específicas al proyecto de artículo 7, y se entiende sin perjuicio de estas cuestiones.

5) Con la frase "incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo", la Comisión confirma que la cuarta parte, en su totalidad, se aplica también al proyecto de artículo 7. Ello queda de manifiesto, en particular, en la referencia a la determinación de la inmunidad entendida como el proceso que tiene por finalidad decidir si esta se aplica o no y que es objeto del proyecto de artículo 14. Para determinar la aplicabilidad de la inmunidad *ratione materiae* se deberán tener en cuenta tanto los elementos normativos enumerados en los proyectos de artículo 4, 5 y 6 como las limitaciones y excepciones contempladas en el proyecto de artículo 7. Además, en virtud del proyecto de artículo 8, para determinar la eventual aplicación de las excepciones deberán respetarse todas las disposiciones y garantías procesales enunciadas en la cuarta parte.

6) Aunque se debatió la propuesta de que el proyecto de artículo 8 incluyera una referencia expresa al proyecto de artículo 7, a fin de asegurar que las disposiciones y garantías de la cuarta parte se aplicaran al mismo, la Comisión no ha retenido dicha propuesta y ha decidido emplear una formulación más general y neutra referida a "la determinación de si la inmunidad se aplica o no en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo".

7) La cuarta parte se aplica "en relación con todo ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro sobre un funcionario de otro Estado". En el proyecto de artículo 8 se ha empleado la expresión "ejercicio de la jurisdicción penal" para hacer referencia de forma amplia a las distintas medidas que el Estado del foro puede adoptar para deducir, en su caso, la responsabilidad penal de un individuo. Teniendo en cuenta las diferencias existentes en la práctica entre los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados, no se ha considerado necesario mencionar de forma expresa la naturaleza de dichas medidas, que podrán incluir tanto actos propios del ejecutivo como los realizados por jueces y fiscales.

8) El proyecto de artículo 8 emplea la expresión "sobre un funcionario de otro Estado, antiguo o en ejercicio". De este modo se refleja la necesidad de que exista una conexión entre el funcionario del Estado extranjero y el ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro y respecto del que se podría aplicar la inmunidad. Con la mención expresa de la situación temporal en que se puede encontrar el funcionario en su relación con el Estado extranjero (antiguo o en ejercicio) se sigue lo previsto en el proyecto de artículo 2, apartado a), que afirma que el concepto de "funcionario del Estado" se refiere "tanto a los funcionarios en ejercicio como a los antiguos funcionarios"[1043]. Sin embargo, con esa referencia no se pretende alterar el alcance temporal de la inmunidad de jurisdicción penal, ya que, como ha señalado la Comisión en el comentario al proyecto de artículo 2 "[e]l alcance temporal de la inmunidad *ratione personae* y de la inmunidad *ratione materiae* es objeto de tratamiento en

[1043] Véanse *supra* los párrafos 19) y 20) del comentario al proyecto de artículo 2.

otros proyectos de artículo”[1044]. Por tanto, la expresión “antiguo o en ejercicio” debe entenderse a la luz de lo dispuesto en el proyecto de artículo 4 para la inmunidad *ratione personae* y en el proyecto de artículo 6 para la inmunidad *ratione materiae*.

Artículo 9
Consideración de la inmunidad por el Estado del foro

1. Cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el ejercicio de su jurisdicción penal deberán considerar sin dilación la cuestión de la inmunidad.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, las autoridades competentes del Estado del foro deberán considerar siempre la cuestión de la inmunidad:

a) antes de iniciar el procedimiento penal;

b) antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 se refiere a la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal cuando las autoridades del Estado del foro pretenden ejercer o ejercen su jurisdicción penal sobre un funcionario de otro Estado. Por “consideración de la inmunidad” se entiende las medidas necesarias para valorar si un acto de las autoridades del Estado del foro que implique el ejercicio de su jurisdicción penal puede afectar o no a la inmunidad de jurisdicción penal de un funcionario de otro Estado. Por tanto, la “consideración” de la inmunidad es un acto preparatorio que marca el inicio de un proceso que terminará con la determinación de si la inmunidad se aplica o no. Aunque están estrechamente relacionadas, la “consideración” y la “determinación” de la inmunidad son categorías distintas. La “determinación de la inmunidad” se aborda en el proyecto de artículo 14.

2) El proyecto de artículo 9 contiene dos párrafos, dedicados, respectivamente, a definir una regla general (párr. 1) y una regla particular que es de aplicación a situaciones específicas (párr. 2). En ambos casos la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad se predica de las “autoridades competentes” del Estado del foro. La Comisión ha decidido no hacer una mención expresa de los órganos del Estado que responden a esta categoría, ya que la identificación de cuáles sean dichos órganos dependerá del momento en que se suscite la cuestión de la inmunidad, así como del ordenamiento jurídico del Estado del foro. Dado que dichos órganos pueden ser distintos en cada sistema jurídico interno, se ha considerado preferible emplear una terminología que permite dar cobertura a órganos de distinta naturaleza, entre los que se incluyen los órganos administrativos, del ejecutivo, la fiscalía o los tribunales. Determinar qué órganos del Estado responden a la categoría de “autoridades competentes” a los efectos del presente proyecto de artículo es una cuestión que deberá plantearse caso por caso.

3) La regla general contenida en el párrafo 1 define la obligación de las autoridades competentes del Estado del foro de “considerar sin dilación la cuestión de la inmunidad” cuando “tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el ejercicio de su jurisdicción penal”.

4) La expresión “funcionario de otro Estado” se utiliza como equivalente de “funcionario del Estado”, que se emplea en el título del tema (en plural) y cuya definición se contiene en el proyecto de artículo 2, apartado a). Bajo esta denominación se incluye, por tanto, a cualquier funcionario del Estado, con independencia de su rango, tanto si está cubierto por la inmunidad *ratione personae* como por la inmunidad *ratione materiae*, y tanto si es un

[1044] Párrafo 14) del comentario al proyecto de artículo 2 *supra*.

funcionario en ejercicio como si ha dejado de serlo en el momento en que se debe considerar la cuestión de la inmunidad. Por tanto, bajo la denominación de "funcionario de otro Estado" debe incluirse a todo funcionario que podría beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de conformidad con lo previsto en las partes segunda y tercera del proyecto de artículos.

5) La obligación de considerar la cuestión de la inmunidad únicamente se producirá cuando un funcionario de otro Estado pueda verse afectado por el ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro. En el caso de la regla general, la Comisión ha empleado la expresión "ejercicio de [la] jurisdicción penal", que ha considerado preferible a "procedimiento penal", que es considerada como demasiado restrictiva. La expresión "ejercicio de la jurisdicción penal" ha sido empleada también en los proyectos de artículo 3, 5, 7, 8, 10, 14 y 16. A los efectos del presente proyecto de artículos por "ejercicio de la jurisdicción penal" se ha de entender aquellos actos llevados a cabo por las autoridades competentes del Estado del foro que puedan ser necesarios para deducir, en su caso, la responsabilidad penal de uno o varios individuos. Dichos actos pueden tener distinta naturaleza y no se limitan a los propios de la actividad judicial, pudiendo incluir actos gubernativos, de policía, de investigación e instrucción, o de enjuiciamiento.

6) No obstante, no todos los actos que pueden quedar cubiertos bajo la categoría genérica de "ejercicio de la jurisdicción penal" generan la obligación de considerar la cuestión de la inmunidad. Por el contrario, dicha obligación solo surge cuando el funcionario de otro Estado pueda "verse afectado" por alguno de los actos que integran esta categoría. Como se desprende de los fallos de la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*[1045] y a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*[1046], una medida procesal penal concreta solo puede afectar a la inmunidad de un funcionario extranjero si le impide ejercer sus funciones por el hecho de imponerle obligaciones. Por ejemplo, no puede considerarse que el inicio de una investigación preliminar o la incoación de una causa penal, no solo con respecto al presunto hecho delictivo sino también contra la propia persona en cuestión, violan su inmunidad si no le imponen alguna obligación de conformidad con el derecho nacional aplicable. El Estado del foro también puede proceder, al menos, al acopio preliminar de las pruebas del caso (es decir, a recabar testimonios, documentos o pruebas materiales, entre otras cosas) adoptando medidas que no sean de carácter vinculante ni obligatorio para el funcionario extranjero.

7) La regla general enunciada en el párrafo 1 atribuye una importancia especial al momento en que las autoridades competentes del Estado del foro deben considerar la cuestión de la inmunidad, poniendo el énfasis en que esta se produzca en un momento temprano, ya que en caso contrario la eficacia de la institución de la inmunidad podría verse mermada. Aunque los tratados que han regulado distintas formas de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no han incluido normas específicas sobre esta cuestión, la Corte Internacional de Justicia sí ha declarado de forma expresa que la cuestión de la inmunidad debe ser examinada en un momento temprano y considerada *in limine litis*[1047]. Teniendo esto en cuenta, la Comisión ha considerado necesario señalar de modo

[1045] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 22, párrs. 54 y 55.

[1046] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 925 *supra*), págs. 236 y 237, párrs. 170 y 171.

[1047] Esta cuestión ha sido abordada por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*, en la que se dilucidaba la aplicabilidad de los privilegios e inmunidades contenidos en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas en relación con el enjuiciamiento en Malasia del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, que había sido procesado por las declaraciones realizadas en una entrevista. En este contexto, la Corte —a petición del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas— emitió una opinión consultiva en la que declaró que "las cuestiones de inmunidad son cuestiones preliminares que deben ser resueltas cuanto antes *in limine litis*", y que tal afirmación "[e]s un principio de derecho procesal generalmente reconocido" cuya finalidad es que no se "priv[e] de su razón de ser a la regla relativa a la inmunidad". En consecuencia, la Corte concluyó por 14 votos contra 1 "[q]ue los tribunales malayos tenían la obligación de tratar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción como una cuestión preliminar que ha de resolverse cuanto antes *in limine litis*" (*Difference Relating to Immunity*

expreso el momento en que se debe iniciar el examen de la cuestión de la inmunidad, definiéndolo de la siguiente forma: "cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan conocimiento de que un funcionario de otro Estado puede verse afectado por el ejercicio de su jurisdicción penal". Con la expresión "cuando […] tengan conocimiento", que sigue en cierto modo la formulación empleada por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 2001 sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional[1048], se ha querido poner de relieve que la consideración de la cuestión de la inmunidad se debe producir a la mayor brevedad posible, sin necesidad de esperar a que se haya formalizado el procedimiento judicial. Para reforzar esta idea, se ha empleado la expresión "sin dilación", recogida en los artículos 36 y 37 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

8) El párrafo 2 del proyecto de artículo 9 enuncia una regla especial en la que se identifican dos supuestos particulares en los que las autoridades competentes del Estado del foro deben considerar la cuestión de la inmunidad. El régimen especial establecido en este párrafo se define como una cláusula "sin perjuicio", a fin de preservar la aplicabilidad de la regla general contenida en el párrafo 1. En este sentido, la expresión "sin perjuicio" se emplea para destacar que la regla general se aplica en cualquier circunstancia y no se puede ver afectada ni perjudicada por la regla especial contenida en el párrafo 2. Por su parte, la regla especial contenida en este párrafo 2 tiene como finalidad llamar la atención de las autoridades competentes del Estado del foro sobre su obligación de considerar la cuestión de la inmunidad antes de adoptar una de las medidas especiales enunciadas en este párrafo, si es que no lo han hecho antes por aplicación de la regla general. El empleo del adverbio "siempre" tiene la finalidad de reforzar esta circunstancia.

9) De conformidad con la regla especial contenida en el párrafo 2, la cuestión de la inmunidad se deberá producir siempre "antes de iniciar el procedimiento penal" (apartado a)) y "antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado" (apartado b)). La Comisión ha seleccionado estos dos supuestos por considerar que ambos se refieren a un tipo de actos que afectan siempre al funcionario de otro Estado y que, en caso de producirse, podrían violar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de la que pueda beneficiarse dicho funcionario. Con el empleo del adverbio "antes" se quiere reforzar el principio de que la consideración de la inmunidad debe ser examinada siempre con carácter preliminar *in limine litis*.

10) Con la expresión "procedimiento penal" se hace referencia al comienzo de las actuaciones judiciales cuya finalidad es la determinación de la eventual responsabilidad penal de un individuo, en este caso un funcionario de otro Estado. Dicha expresión ha de distinguirse de la expresión "ejercicio de la jurisdicción penal" que, como ya se ha señalado anteriormente, tiene un significado más amplio. La Comisión ha preferido emplear la expresión "inici[o] [d]el procedimiento penal" en lugar de los términos "procesamiento", "imputación" o "acusación", o las expresiones "inicio de la fase de enjuiciamiento" o "inicio del juicio oral", por considerar que pueden tener significados distintos en cada ordenamiento jurídico interno. Por ello, se ha optado por utilizar una terminología más general que permite incluir cualquiera de los actos particulares que, conforme al derecho interno del Estado del foro, determinan el inicio de las actuaciones judiciales en el orden penal. La identificación del "inicio del procedimiento penal" como el momento en que, en todo caso, debe considerarse la cuestión de la inmunidad es coherente con la práctica y con la jurisprudencia internacional. Ello no impide, sin embargo, que la cuestión de la inmunidad pueda ser considerada, en su caso, en un momento ulterior, también en la fase de recurso.

11) Con la expresión "medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado" se está haciendo referencia a aquellos actos de las autoridades competentes del Estado del foro que van dirigidos al funcionario y que pueden ser adoptados en cualquier

from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1999*, págs. 62 y ss., en especial pág. 88, párr. 63, y pág. 90, párr. 67 2 b).

[1048] En el artículo 6 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional se indica que "[l]as autoridades del Estado deben acordar al Jefe de Estado extranjero, desde el momento en que conocen tal condición, la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución a que tiene derecho" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 1001 *supra*), pág. 747).

momento en el contexto del ejercicio de la jurisdicción penal, con independencia de que se haya iniciado o no un procedimiento penal. Se trata, esencialmente, de medidas personales que pueden afectar, entre otras cuestiones, a la libertad de movimiento del funcionario, a su comparecencia ante los tribunales a título de testigo o a su extradición a un tercer Estado. Estas medidas no implican necesariamente que se esté llevando a cabo un "procedimiento penal contra el funcionario", pero pueden estar comprendidas dentro de la categoría de "ejercicio de la jurisdicción penal". Dado que este tipo de medidas pueden ser distintas en cada sistema jurídico interno, se ha considerado preferible emplear la fórmula general de "medidas coercitivas" para referirse al "acto de autoridad" del que habla la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, que se inspira en el razonamiento de la Corte en la causa relativa a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*[1049].

12) Una de las medidas coercitivas que con mayor frecuencia podrá adoptarse en la práctica es la detención del funcionario. La necesidad de considerar la cuestión de la inmunidad antes de acordar la detención ha sido declarada por el Tribunal Especial para Sierra Leona en el caso *Charles Taylor*, en cuya decisión de 31 de mayo de 2004 la Sala de Apelaciones ha afirmado lo siguiente: "[i]nsistir en que un Jefe de Estado en ejercicio debe primero someterse a encarcelamiento antes de que pueda plantear la cuestión de la inmunidad no solo es contrario, de manera sustancial, a toda la finalidad del concepto de inmunidad soberana, sino que también presumiría, sin considerar el fondo, cuestiones relativas a excepciones a dicho concepto que corresponde entrar a determinar después de haber abordado el fondo de la pretensión de inmunidad"[1050]. Por ello, la Comisión ha creído necesario abordar esta cuestión en el contexto de la consideración de la inmunidad.

13) En relación con esta cuestión, es preciso advertir que el presente proyecto de artículos limita su ámbito de aplicación a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y no incluye, por tanto, la cuestión de la inviolabilidad. Sin embargo, aunque inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad son dos categorías distintas y no intercambiables, no es menos cierto que ambas son tratadas al mismo tiempo en distintos tratados internacionales, pudiéndose mencionar en este sentido la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que establece que "[l]a persona del agente diplomático es inviolable [y] no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto" (art. 29)[1051] y que "[e]l agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución" (art. 31, párr. 3)[1052]. En un sentido similar, cabe citar también la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional (arts. 1 y 4)[1053].

14) Por otro lado, la Comisión ha tenido en cuenta que la detención de un funcionario de otro Estado podría, en determinadas circunstancias, afectar a la inmunidad de jurisdicción. A ello obedece la última frase del apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo, que "incluye" entre las medidas coercitivas "aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional". Con la expresión "de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional" se quiere llamar la atención sobre el hecho de que no todo funcionario de otro Estado, por el mero hecho de serlo, goza de inviolabilidad.

[1049] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 22, párr. 54; *Certain questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (véase la nota 925 *supra*), págs. 236 y 237, párr. 170.

[1050] *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, asunto SCSL-2003-01-I, decisión sobre la inmunidad de jurisdicción, 31 de mayo de 2004, párr. 30. El texto de la decisión puede consultarse en el sitio web del Tribunal Especial: www.scsldocs.org/, en "*Documents*", "*Charles Taylor*".

[1051] En un sentido similar se manifiestan la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 29; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, arts. 28 y 58. Y, de una manera más matizada, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 41, párrs. 1 y 2.

[1052] En un sentido similar se manifiestan la Convención sobre las Misiones Especiales, art. 31; y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 30 y art. 60, párr. 2.

[1053] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 1001 *supra*), págs. 744 y 746.

Artículo 10
Notificación al Estado del funcionario

1. Antes de que las autoridades competentes del Estado del foro inicien el procedimiento penal o adopten medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado, el Estado del foro notificará esa circunstancia al Estado del funcionario. Los Estados considerarán el establecimiento de los procedimientos adecuados para facilitar dicha notificación.

2. La notificación incluirá, *inter alia*, la identidad del funcionario, los motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal y la autoridad competente para el ejercicio de la jurisdicción.

3. La notificación se realizará por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

Comentario

1) El proyecto de artículo 10 se refiere a la notificación que el Estado del foro debe dirigir a otro Estado a fin de comunicarle que pretende ejercer la jurisdicción penal sobre uno de sus funcionarios.

2) Siendo generalmente aceptado que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera se reconoce a los funcionarios del Estado en beneficio de este, será el Estado, y no el funcionario, el que tenga que decidir sobre la invocación y la renuncia a la inmunidad, correspondiéndole también al Estado del funcionario toda decisión sobre la forma y las vías en que haya de reclamar el respeto de la inmunidad de su funcionario. Pero, para que pueda ejercer esas potestades, es necesario que tenga conocimiento de que las autoridades de otro Estado pretenden ejercer sobre uno de sus funcionarios su propia jurisdicción penal.

3) La Comisión ha constatado que los instrumentos convencionales que contemplan alguna forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no contienen ninguna norma que imponga al Estado del foro una obligación de notificar al Estado del funcionario su intención de ejercer la jurisdicción penal sobre el mismo, con la única excepción del artículo 42 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[1054]. Junto a ello, la Comisión ha tenido igualmente en cuenta que la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes da por supuesto que la notificación de la intención de ejercer la jurisdicción del Estado del foro sobre otro Estado ha de producirse necesariamente, y a tal fin se regulan en el artículo 22 de la Convención los medios a través de los cuales se ha de producir la "notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado". Aunque esta disposición responde a un modelo distinto del propio de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, no es menos cierto que la notificación de la demanda se convierte en el requisito indispensable para que el Estado pueda invocar su inmunidad, por lo que el citado artículo puede ser tomado en consideración, *mutatis mutandis*, a los efectos del presente proyecto de artículo. Teniendo esto en cuenta, la Comisión ha decidido incluir la notificación entre las garantías procesales que se establecen en la cuarta parte del proyecto de artículos.

4) La notificación se configura como un requisito esencial para garantizar que el Estado del funcionario pueda conocer de manera fehaciente la intención del Estado del foro de ejercer su jurisdicción penal sobre uno de sus funcionarios y, en consecuencia, pueda decidir sobre la invocación o renuncia a la inmunidad. Al mismo tiempo, la notificación facilita que

[1054] El artículo 42 de la Convención está redactado en los siguientes términos: "Cuando se arreste o detenga preventivamente a un miembro del personal consular, o se le instruya un procedimiento penal, el Estado receptor estará obligado a comunicarlo sin demora al jefe de la oficina consular. Si esas medidas se aplicasen a este último, el Estado receptor deberá poner el hecho en conocimiento del Estado que envía, por vía diplomática". La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal y la Convención sobre las Misiones Especiales no contienen ninguna disposición similar.

se ponga en marcha el diálogo entre el Estado del foro y el Estado del funcionario y, por ello, se convierte en un requisito igualmente básico para garantizar la correcta determinación y aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por tanto, la Comisión entiende la notificación como una de las garantías procesales que se definen en la cuarta parte del proyecto de artículos. Los conceptos de "notificación" y "celebración de consultas" no pueden confundirse, ya que las consultas operan en un momento ulterior y son objeto del proyecto de artículo 17.

5) El proyecto de artículo 10 está dividido en tres párrafos, que se refieren, respectivamente, al momento en que se debe producir la notificación, al contenido de la misma y a las vías que pueden ser utilizadas por el Estado del foro para proceder a la notificación.

6) El párrafo 1 se refiere al momento en que deberá producirse la notificación. Teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la notificación, esta debe realizarse en un momento temprano, ya que solo en ese caso desplegará todos sus efectos. Sin embargo, no se puede obviar que la notificación podría tener efectos no deseados en el ejercicio de la jurisdicción penal por parte del Estado del foro, en particular cuando se encuentre en una fase muy preliminar. Por ello, se ha considerado necesario establecer un equilibrio entre el deber de notificación al Estado del funcionario y el derecho del Estado del foro a llevar a cabo actividades propias de la jurisdicción penal que pueden afectar a múltiples sujetos y hechos y cuya realización no necesariamente ha de afectar al funcionario de otro Estado. Para atender a esta preocupación se han identificado como momentos críticos para proceder a la notificación los siguientes: a) el inicio del procedimiento penal y b) la adopción de medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado. La notificación deberá realizarse antes de que se produzca cualquiera de estas dos circunstancias. Se ha alineado así este párrafo 1 con el párrafo 2, apartados a) y b), del proyecto de artículo 9, de tal modo que el momento en que debe producirse la notificación al Estado del funcionario coincide con los supuestos especiales en los que las autoridades competentes del Estado del foro deben considerar la cuestión de la inmunidad si no lo han hecho antes. Las expresiones "procedimiento penal" y "medidas coercitivas que puedan afectar a un funcionario de otro Estado" deben entenderse, por tanto, en el sentido ya descrito en el comentario al proyecto de artículo 9.

7) La expresión "funcionario de otro Estado" se emplea en el presente proyecto de artículo como equivalente a "funcionario del Estado" y, por tanto, debe entenderse conforme a la definición contenida en el proyecto de artículo 2, apartado a). Tal y como se señaló en el comentario a dicho proyecto de artículo, el empleo de la expresión "funcionario del Estado" no afecta al alcance temporal de la inmunidad, que está sometido a las reglas particulares aplicables a la inmunidad *rationae personae* y a la inmunidad *ratione materiae*. El comentario resulta igualmente pertinente para el presente proyecto de artículo y, en consecuencia, dentro de la categoría de "funcionario de otro Estado" debe incluirse a todo funcionario de otro Estado que pueda gozar de inmunidad de conformidad con lo previsto en las partes segunda y tercera del proyecto de artículos. Así, la expresión "funcionario de otro Estado" puede referirse tanto a un funcionario en activo en el momento en que se pretende ejercer la jurisdicción penal del Estado del foro como a un antiguo funcionario, siempre que ambos puedan beneficiarse de alguna forma de inmunidad.

8) La segunda frase del párrafo 1 se formula a partir de la constatación de que es posible que en algunos ordenamientos internos no existan procedimientos que permitan la comunicación entre las autoridades del ejecutivo, los jueces o la fiscalía[1055]. En este supuesto, puede verse sensiblemente dificultado el cumplimiento de la obligación de notificar al Estado del funcionario el inicio de un procedimiento penal o la adopción de medidas coercitivas contra uno de sus funcionarios, especialmente si se tiene en cuenta que, en la práctica, en un buen número de casos las comunicaciones relacionadas con la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario de otro Estado se producen por vía diplomática. Por ello, la Comisión ha considerado necesario llamar la atención de los Estados

[1055] Véase el análisis de esta problemática que se contiene en el séptimo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/729), párrs. 121 a 126.

sobre esta problemática, incluyendo esta frase final en el párrafo 1. No obstante, teniendo igualmente en cuenta la diversidad de sistemas y prácticas jurídicas internas, se ha optado por emplear una redacción no prescriptiva, que permita a los Estados valorar si existen o no en sus respectivos ordenamientos los procedimientos antes mencionados y, en su caso, decidir sobre su adopción. A tal fin se ha utilizado el verbo "considerarán".

9) El párrafo 2 se refiere al contenido de la notificación. Teniendo en cuenta la finalidad que persigue la notificación, dicho contenido puede variar de un caso a otro, pero deberá incluir información suficiente para que el Estado del funcionario pueda formarse un juicio sobre la invocación o la renuncia a la inmunidad de que podría beneficiarse uno de sus funcionarios. Aunque la Comisión ha debatido sobre la inclusión o no de este párrafo, finalmente ha optado por mantenerlo dado que es útil a efectos de garantizar que el Estado del foro proporcione al Estado del funcionario un mínimo de información relevante. No obstante, se ha querido igualmente dejar un margen de apreciación al Estado del foro, teniendo en cuenta que los distintos sistemas y prácticas jurídicas estatales pueden regular de forma diferente la posibilidad de divulgar ciertos elementos de información que, en ocasiones, pueden encontrarse únicamente a disposición del fiscal o de los jueces. En consecuencia, en el párrafo 2 se ha pretendido asegurar un equilibrio entre el reconocimiento al Estado del foro de suficiente discrecionalidad en el ejercicio de su jurisdicción penal y la necesidad de proporcionar al Estado del funcionario información suficiente. A ello obedece el empleo del adverbio latino *"inter alia"* que precede a la enumeración de los elementos de información que deben incluirse —en todo caso— en la notificación a que se refiere el proyecto de artículo 10.

10) La información que debe incluirse necesariamente en la notificación se agrupa en tres categorías: a) la identidad del funcionario, b) los motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal, y c) la autoridad competente para el ejercicio de la jurisdicción. La identidad del funcionario constituye un elemento básico para que el Estado del funcionario pueda evaluar si el individuo en cuestión es realmente uno de sus funcionarios y decidir sobre la invocación o renuncia a la inmunidad. Respecto de la información sustantiva que se debe notificar al Estado del funcionario, la Comisión ha considerado que no era suficiente limitarla a los "actos del funcionario que podrían ser sometidos al ejercicio de la jurisdicción penal". Por ello, se ha empleado la expresión "motivos para el ejercicio de la jurisdicción penal" que, por su formulación más general, permite incluir en la notificación no solo elementos fácticos referidos al comportamiento del funcionario, sino también información sobre la legislación del Estado del foro en la que se fundamentaría el ejercicio de la jurisdicción. Por último, la Comisión ha considerado conveniente incluir en la lista de información básica la relativa a la autoridad competente para ejercer la jurisdicción en el caso concreto a que se refiere la notificación. Ello se justifica por el interés que pueda tener el Estado del funcionario en identificar los órganos encargados de pronunciarse sobre el inicio del procedimiento penal o sobre la adopción de medidas coercitivas para, en su caso, comunicarse con los mismos y formular las alegaciones sobre la inmunidad que considere oportunas. Teniendo en cuenta que en cada ordenamiento jurídico interno los órganos competentes para realizar este tipo de acciones y examinar la cuestión de la inmunidad pueden ser distintos, se ha empleado la expresión genérica "autoridad competente", que puede incluir tanto a jueces, fiscales o policías como a otras autoridades gubernativas del Estado del foro. El uso de "autoridad competente" en singular se explica por el hecho de que dicha autoridad ya estará identificada en el caso a que se refiera la notificación, pero no impide que la competencia pueda recaer sobre una pluralidad de autoridades.

11) El párrafo 3 se refiere a las vías de comunicación que el Estado del foro puede utilizar para remitir la notificación al Estado del funcionario. Esta cuestión no ha sido recogida en ninguno de los tratados internacionales que regulan alguna forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Sin embargo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes sí se han definido las vías a través de las cuales deberá realizarse la notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe un proceso contra un Estado, que, en virtud de lo previsto en su artículo 22, párrafo 1, "se practicará: a) de conformidad con cualquier convenio internacional aplicable que obligue al Estado del foro y al Estado interesado; o b) de conformidad con cualquier arreglo especial de notificación entre el demandante y el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro; o c) a falta de tal convenio o

arreglo especial: i) transmitiéndola por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado; o ii) por cualquier otro medio aceptado por el Estado interesado, si no lo prohíbe la legislación del Estado del foro".

12) La Comisión ha considerado que es útil indicar en el presente proyecto de artículo las vías de comunicación que el Estado del foro puede utilizar para proceder a la notificación. Con este propósito, en el párrafo 3 se define un modelo que incorpora la "vía diplomática" y "cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados".

13) La comunicación por vía diplomática es la empleada con mayor frecuencia en los casos en que se suscita la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo que se explica en buena medida por el hecho de que la cuestión de la aplicación o no de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera respecto de un determinado funcionario de otro Estado, que es un tema sensible, constituye un supuesto de "asunto oficial" y, por tanto, resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 41, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas[1056]. Por ello se ha situado en primer lugar la "vía diplomática" para destacar su mayor peso en la práctica. La expresión "por vía diplomática" reproduce la formulación contenida en el artículo 22, párrafo 1 c) i), de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, que ya ha sido utilizada con anterioridad por la Comisión en el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad[1057]. Dado que dicha expresión no es idéntica en todas las versiones oficiales de la Convención, en el presente proyecto de artículo se han mantenido en cada versión lingüística los términos originales empleados en aquella.

14) Junto a la "vía diplomática", se ha tenido igualmente en cuenta que es posible que los Estados utilicen otras vías de comunicación para realizar notificaciones relativas a la inmunidad, algunas de las cuales se mencionan en el propio artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes. A ello obedece la inclusión en el párrafo 3 de la frase "cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados". Se define de esta forma una alternativa cuya utilización deberá ser decidida por los Estados interesados caso por caso y que puede reflejarse tanto en tratados de alcance general como en otros acuerdos que puedan alcanzar los Estados interesados. Dado que la forma de producirse la comunicación entre Estados puede regularse en instrumentos dedicados a cuestiones muy variadas, se ha incluido la expresión "a tal fin" para destacar que debe tratarse, en todo caso, de acuerdos que resulten relevantes y puedan ser aplicados en los supuestos en que se suscite la cuestión de la inmunidad de la jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Ello no significa, sin embargo, que dichos acuerdos deban estar dedicados de forma específica a la inmunidad ni que deban regular la cuestión de la notificación de la inmunidad de forma expresa. Por último, conviene llamar la atención sobre el hecho de que, con la expresión "aceptadas […] por los Estados interesados", se hace referencia a la exigencia de que las otras vías de comunicación hayan sido aceptadas tanto por el Estado del foro como por el Estado del funcionario.

15) La última frase del párrafo 3 prevé que las otras vías de comunicación aceptadas "a tal fin" por los Estados interesados "podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables". El empleo de esta vía de comunicación ha generado un intenso debate en el que se han suscitado cuestiones tales como el propio concepto de "tratado de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua", el hecho de que este tipo de tratados no están dedicados a regular la cuestión de la inmunidad, o la circunstancia de que, dado el tipo de autoridades del Estado que podrían emitir y recibir la notificación de conformidad con dichos tratados, ello podría excluir del proceso de notificación al que se refiere el proyecto de artículo 10 a los Ministerios de Relaciones

[1056] Conforme a dicho artículo, "[t]odos los asuntos oficiales de que la misión esté encargada por el Estado acreditante han de ser tratados con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor por conducto de él o con el Ministerio que se haya convenido".

[1057] El texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 44 y 45.

Exteriores y otros órganos encargados de las relaciones internacionales. Sin embargo, la Comisión ha decidido mantener una referencia a esta vía de comunicación entre Estados en el entendimiento de que, en ocasiones, se ha empleado por los Estados y puede ser un instrumento útil para facilitar la notificación.

16) A los efectos del presente proyecto de artículo, por "tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua" se entienden aquellos instrumentos concluidos con la finalidad de facilitar la cooperación y asistencia jurídica mutua en materia penal entre los Estados, que pueden revestir carácter multilateral o bilateral. Sin afán de exhaustividad, entre los primeros cabe citar el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal[1058] y sus dos protocolos adicionales[1059]; el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal[1060]; el Convenio Europeo de Extradición[1061] y sus cuatro protocolos adicionales[1062]; la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal[1063]; la Convención Interamericana sobre Extradición[1064]; el Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea[1065]; la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales[1066]; la Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa[1067]; la Convención de Extradición entre los Países Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa[1068]; la Convención de Minsk sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia[1069], y la Convención de Chisinau sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia[1070]. Respecto de los tratados bilaterales, su elevado número hace imposible incluir una lista de todos ellos en este comentario, pero sí es posible referirse al menos a la existencia de tratados modelo que han sido elaborados en el seno de diversas organizaciones internacionales y que constituyen la

[1058] Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 20 de abril de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 472, núm. 6841, pág. 185.

[1059] Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978), *ibid.*, vol. 1496, núm. 6841, pág. 350; y Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 8 de noviembre de 2001), *ibid*., vol. 2297, núm. 6841, pág. 22.

[1060] Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal (Estrasburgo, 15 de mayo de 1972), *ibid*., vol. 1137, núm. 17825, pág. 29.

[1061] Convenio Europeo de Extradición (París, 13 de diciembre de 1957), *ibid*., vol. 359, núm. 5146, pág. 273.

[1062] Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 15 de octubre de 1975), *ibid*., vol. 1161, núm. 5146, pág. 450; Segundo Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 17 de marzo de 1978), *ibid*., vol. 1496, núm. 5146, pág. 328; Tercer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 10 de noviembre de 2010), *ibid*., vol. 2838, núm. 5146, pág. 181; y Cuarto Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (Viena, 20 de septiembre de 2012), Consejo de Europa, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 212.

[1063] Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau, 23 de mayo de 1992), Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 75.

[1064] Convención Interamericana sobre Extradición (Caracas, 25 de febrero de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1752, núm. 30597, pág. 177.

[1065] Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea (Bruselas, 29 de mayo de 2000), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 197, de 12 de julio de 2000, pág. 3.

[1066] *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 328, de 15 de diciembre de 2009, pág. 42.

[1067] Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (Praia, 23 de noviembre de 2005), *Diário da República I*, núm. 177, de 12 de septiembre de 2008, pág. 6635.

[1068] Convención de Extradición entre los Países Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (Praia, 23 de noviembre de 2005), *ibid.*, núm. 178, de 15 de septiembre de 2008, pág. 6664.

[1069] Convención sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia (Minsk, 22 de enero de 1993), *The Informational Reporter of the CIS Council of Heads of State and Council of Heads of Government "Sodruzhestvo"*, núm. 1 (1993).

[1070] Convención sobre la Asistencia Judicial y las Relaciones Jurídicas en Materia de Derecho Penal, Civil y de Familia (Chisinau, 7 de octubre de 2002), *ibid.*, núm. 2 (41) (2002).

base de un número importante de acuerdos bilaterales, entre los cuales se encuentran los siguientes instrumentos adoptados en el seno de Naciones Unidas: el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales[1071]; el Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal[1072]; y el Tratado Modelo de Extradición[1073]. Todos ellos contienen disposiciones relativas a las vías de comunicación entre los Estados que podrían ser utilizadas en relación con la notificación regulada en el proyecto de artículo 10.

17) Las vías de comunicación establecidas en los acuerdos de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua se definen en el proyecto de artículo 10 como una subcategoría de las "otras vías de comunicación", y su utilización se condiciona a que sean "aplicables". Ello ha de entenderse en el sentido de que tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario sean partes en los acuerdos antes mencionados y que el sistema diseñado en ellos sea susceptible de producir efectos en los casos en que se pueden plantear cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

18) En todo caso, se ha de destacar que el párrafo 3 del proyecto de artículo 10 no impone a los Estados nuevos requisitos relativos a las vías de comunicación distintos de los ya establecidos en los tratados aplicables.

19) Por último, respecto de la forma de la notificación, los miembros de la Comisión han expresado distintas opiniones sobre si esta debe realizarse por escrito, valorándose tanto la necesidad de evitar el abuso en el proceso de notificación como la flexibilidad que a veces requiere el propio acto de notificar. Finalmente no se ha considerado necesario establecer expresamente que la notificación deba realizarse por escrito. Así, aunque se considera que la notificación se deberá producir preferentemente en forma escrita, no se han querido excluir otras posibilidades, en particular teniendo en cuenta que con una cierta frecuencia la notificación —especialmente por vía diplomática— se produce en un primer momento de forma oral y va seguida ulteriormente por notificaciones escritas, con independencia de cuál sea su forma (nota verbal, carta o similar).

Artículo 11
Invocación de la inmunidad

1. El Estado podrá invocar la inmunidad de su funcionario cuando tenga conocimiento de que la jurisdicción penal de otro Estado se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario. La invocación de la inmunidad debe realizarse a la mayor brevedad posible.

2. La invocación de la inmunidad se realizará por escrito, indicando la identidad y el cargo que ocupa el funcionario y los motivos por los que se invoca la inmunidad.

3. La inmunidad se puede invocar por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. Las autoridades ante quienes se ha invocado la inmunidad informarán inmediatamente de ese hecho a las demás autoridades interesadas.

Comentario

1) El proyecto de artículo 11 aborda la cuestión de la invocación de la inmunidad desde una doble perspectiva, a saber: el reconocimiento del derecho del Estado del funcionario a

[1071] Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, resolución 45/117 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo (enmendado posteriormente por la resolución 53/112 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, anexo I).

[1072] Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal, resolución 45/118 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo.

[1073] Tratado Modelo de Extradición, resolución 45/116 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo (enmendado posteriormente por la resolución 52/88 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1997, anexo).

invocar la inmunidad, por un lado; y los aspectos procedimentales relativos al momento, contenido y vía de comunicación de la invocación de la inmunidad, por otro. Junto a ello, el proyecto de artículo 11 se refiere también a la información sobre el hecho de que se ha producido la invocación dirigida a las autoridades competentes del Estado del foro. Este proyecto de artículo no se refiere a los efectos de la invocación.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo parte del reconocimiento de que el Estado del funcionario tiene derecho a invocar la inmunidad de sus funcionarios cuando otro Estado pretende ejercer sobre ellos su jurisdicción penal. Aunque los tratados que regulan alguna forma de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no se refieren de forma expresa a la invocación de la inmunidad ni al correlativo derecho del Estado del funcionario, la invocación de la inmunidad de los funcionarios del Estado es una práctica común que se entiende cubierta por el derecho internacional consuetudinario. La invocación de la inmunidad cumple una doble finalidad, ya que, por un lado, sirve como instrumento para que el Estado del funcionario pueda reclamar el respeto de la inmunidad y, por otro, facilita que el Estado que pretende ejercer su jurisdicción tome conocimiento de esta circunstancia y pueda tener en cuenta la información proporcionada por el Estado del funcionario a los efectos de la determinación de la inmunidad.

3) El derecho a invocar la inmunidad corresponde al Estado del funcionario. Ello se justifica fácilmente si se tiene en cuenta que la finalidad perseguida por la inmunidad es preservar la soberanía del Estado del funcionario, lo que se traduce en que la inmunidad se reconoce en beneficio del interés del Estado y no del individuo[1074]. Por tanto, es al Estado mismo y no a sus funcionarios al que corresponde invocar la inmunidad y tomar todas las decisiones relacionadas con una eventual invocación. En todo caso, se trata de un derecho de naturaleza potestativa, por lo que se ha empleado la oración "[e]l Estado podrá invocar la inmunidad de su funcionario".

4) La potestad para invocar la inmunidad se predica del Estado del funcionario, sin que se haya considerado necesario identificar las autoridades que tienen competencia para tomar las decisiones referidas a la invocación ni las autoridades que tienen competencia para invocar la inmunidad. Es el derecho interno el que determina quiénes son esas autoridades, quedando entendido que en esta categoría se incluye a las que se encargan de las relaciones internacionales en virtud del derecho internacional. No obstante, ello no impide que pueda invocar la inmunidad una persona a la que el Estado otorga un mandato específico a tal fin, especialmente en el contexto de un procedimiento penal.

5) La invocación de la inmunidad ha de entenderse, por tanto, como un acto oficial del Estado del funcionario por el que hace saber al Estado que pretende ejercer su jurisdicción penal que el individuo en cuestión es su funcionario y que, a su juicio, goza de inmunidad,

[1074] Ello constituye una cuestión incontrovertida que se ha reflejado incluso en diversos tratados, entre los que cabe citar, a título de ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, cuyo preámbulo contiene una afirmación en el sentido de que las "inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados" (cuarto párrafo). Una redacción prácticamente idéntica se contiene en los preámbulos de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (quinto párrafo), la Convención sobre las Misiones Especiales (séptimo párrafo) y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (sexto párrafo). En el mismo sentido se ha manifestado el Instituto de Derecho Internacional en el preámbulo de su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional, en el que indica que el Jefe del Estado y de Gobierno, en tanto que representante del Estado, debe tener un trato especial "no en su interés personal, sino porque le es necesario para ejercer sus funciones y asumir sus responsabilidades de manera independiente y eficaz, en interés tanto del Estado concernido como de la comunidad internacional en su conjunto" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 1001 *supra*), pág. 742, tercer párrafo). De la misma manera se han manifestado los dos Relatores Especiales que se han ocupado de este tema en la Comisión (véanse *Anuario… 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/631, págs. 427 y ss., en especial pág. 434, párr. 19; *Anuario… 2011*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/646, págs. 237 y ss., en especial pág. 242, párr. 15; y *Anuario… 2013*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/661, págs. 39 y ss., en especial pág. 49, párr. 49).

con las consecuencias que de ello podrían derivarse. Por tanto, la invocación de la inmunidad será tanto más útil cuanto antes se produzca. A ello responde la afirmación de que el Estado del funcionario podrá invocar la inmunidad "cuando tenga conocimiento de que la jurisdicción penal de otro Estado se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario". La expresión "otro Estado" se ha considerado preferible a la de "Estado del foro" por ser más amplia y comprensiva, en especial teniendo en cuenta que la invocación podría realizarse antes de que se inicie el procedimiento penal en sentido estricto. La expresión "cuando tenga conocimiento" reproduce la que se ha empleado en el proyecto de artículo 9. Por lo que se refiere a la forma en que el Estado del funcionario puede llegar a tener conocimiento de la situación, la Comisión ha tenido en cuenta, en primer lugar, la relación que existe entre "notificación" e "invocación". La notificación tiene entre sus finalidades informar al Estado del funcionario de la intención de las autoridades competentes del Estado del foro de ejercer la jurisdicción penal y, por tanto, se configura como una fuente privilegiada a través de la cual el Estado del funcionario puede llegar a tener conocimiento de dicha situación. Sin embargo, no se ha querido excluir la posibilidad de que el Estado del funcionario tenga conocimiento de la misma por otra vía, ya sea a través de información recibida de su propio funcionario o por cualquier otra fuente de información. Por ello, no se ha incluido una referencia a la notificación regulada en el proyecto de artículo 10 como el acto relevante para determinar el momento en que se puede invocar la inmunidad.

6) El párrafo 1 contempla la posibilidad de que el Estado del funcionario invoque la inmunidad cuando tenga conocimiento de que "se puede ejercer o se está ejerciendo sobre el funcionario" la jurisdicción penal de otro Estado. Con esta formulación alternativa se ha querido dar respuesta al hecho de que, en ocasiones, es posible que el Estado del funcionario solo tenga conocimiento de las acciones emprendidas respecto de su funcionario en un momento tardío, lo que —sin embargo— no puede privar al Estado del funcionario de su derecho a invocar la inmunidad, en especial cuando ya se han realizado actos de jurisdicción que pueden afectar al funcionario.

7) La última frase del párrafo 1 establece que "[l]a invocación de la inmunidad debe realizarse a la mayor brevedad posible". La expresión "a la mayor brevedad posible" se ha empleado teniendo en cuenta que el Estado del funcionario deberá analizar diversos elementos relevantes (jurídicos y políticos) para tomar la decisión de invocar o no la inmunidad, y para determinar, en su caso, el alcance que quiere dar a la invocación. Dado que para ello el Estado del funcionario necesitará un tiempo que puede variar de un caso a otro, se ha preferido utilizar esta expresión en lugar de "tan pronto como sea posible" o "en un plazo razonable", cuya interpretación puede resultar ambigua. Además, con la expresión "a la mayor brevedad posible", se llama la atención sobre la importancia que tiene el hecho de que la invocación de la inmunidad se realice en un momento temprano.

8) En todo caso, ha de tenerse en cuenta que, si bien la invocación de la inmunidad constituye una garantía para el Estado del funcionario, que, por esa razón, será el primer interesado en realizarla "a la mayor brevedad posible", ello no impide que el Estado invoque la inmunidad en cualquier otro momento. El empleo del verbo "podrá" se ha de entender en este sentido permisivo. La invocación de la inmunidad será conforme a derecho con independencia del momento en que se realice, lo que no impide que sus efectos puedan variar en función de dicha circunstancia temporal.

9) El párrafo 2 está dedicado a la forma en que se debe invocar la inmunidad y el contenido de la misma. La Comisión ha tenido en cuenta que la invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario está llamada a influir en el proceso de determinación de la inmunidad y en el posible bloqueo del ejercicio de su jurisdicción por parte del Estado del foro. Por ello se ha considerado que la invocación deberá realizarse por escrito, con independencia de la forma que dicho escrito revista. En él se deberán mencionar explícitamente la identidad del funcionario y el cargo que ocupa, así como los motivos por los que se invoca la inmunidad.

10) Con la expresión "el cargo que ocupa" se está haciendo referencia al título, rango o nivel del funcionario (por ejemplo, Jefe del Estado, Ministro de Relaciones Exteriores o asesor jurídico). En todo caso, debe tenerse en cuenta que la referencia al cargo que ocupa el funcionario no debe interpretarse en el sentido de que se excluye de la cobertura de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera a los funcionarios de menor nivel, ya que, como

ha afirmado la propia Comisión, “el concepto de ‘funcionario del Estado’ depende únicamente de que el individuo en cuestión represente al Estado o ejerza funciones estatales, [por lo que] el rango jerárquico que ocupe resulta irrelevante a los meros efectos de la definición”[1075].

11) La Comisión ha considerado que no era conveniente establecer que el Estado del funcionario deba identificar el tipo de inmunidad que invoca (*ratione personae* o *ratione materiae*), ya que ello podría constituir una exigencia técnica excesiva. La referencia al cargo que ocupa el funcionario y a los motivos para invocar la inmunidad debería constituir la base para que el Estado del foro pueda valorar si serían de aplicación las reglas contenidas en la segunda o en la tercera parte (*ratione personae* y *ratione personae*, respectivamente) del presente proyecto de artículos.

12) El párrafo 3 identifica las vías a través de las cuales se puede invocar la inmunidad. Este párrafo sigue el modelo del párrafo 3 del proyecto de artículo 10, a cuyos comentarios cabe remitirse por lo que se refiere a su significado general. Sin embargo, se debe destacar que la Comisión ha introducido algunos cambios en la redacción del párrafo 3 del presente proyecto de artículo a fin de adaptarlo a las características propias de la invocación. En particular, se ha utilizado la formulación “[l]a inmunidad se puede invocar” en lugar de “se realizará”, a fin de señalar que no se excluye que la inmunidad de jurisdicción penal del funcionario se pueda invocar por otras vías, especialmente cuando se produce en un procedimiento penal a través de los actos judiciales permitidos por la legislación del Estado del foro.

13) El párrafo 4 tiene como objeto asegurar que la invocación de la inmunidad formulada por el Estado del funcionario será conocida por las autoridades competentes del otro Estado que están concernidas por la cuestión de la inmunidad y que deberían considerar o determinar su aplicación. Su finalidad es evitar que la invocación de la inmunidad no produzca efectos por el simple hecho de que no se ha realizado ante las autoridades que deben examinar o pronunciarse sobre la inmunidad. Este párrafo refleja el principio de que la obligación de examinar y determinar la cuestión de la inmunidad corresponde al Estado, que deberá adoptar las medidas necesarias para cumplir con esta obligación, y, por tanto, se define como una garantía procesal que beneficia tanto al Estado del funcionario como al Estado cuya jurisdicción penal se pretende ejercer. Sin embargo, teniendo en cuenta la diversidad de sistemas y prácticas jurídicas existentes en los Estados, así como la necesidad de respetar el principio de autoorganización, no se ha considerado necesario identificar cuáles son las autoridades obligadas a informar ni tampoco las autoridades que deberán recibir noticia de la invocación. Esto es así, lógicamente, en el entendimiento de que en ambos casos se trata de autoridades del Estado que pretende ejercer o ha ejercido su jurisdicción penal sobre un funcionario de otro Estado, y que por “las demás autoridades interesadas” se está haciendo referencia a aquellas autoridades que tienen competencia para participar en los procesos de consideración o determinación de la inmunidad. En ambos casos es irrelevante que se trate de autoridades administrativas, del ejecutivo, del poder judicial o de la fiscalía, e incluso de autoridades policiales.

Artículo 12
Renuncia a la inmunidad

1. El Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario.

2. La renuncia a la inmunidad ha de ser siempre expresa y por escrito.

3. La renuncia a la inmunidad se puede comunicar por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

[1075] Párrafo 16) del comentario al proyecto de artículo 2 *supra*.

4. Las autoridades a las que se ha comunicado la renuncia informarán inmediatamente a las demás autoridades interesadas de que se ha renunciado a la inmunidad.

5. La renuncia a la inmunidad es irrevocable.

Comentario

1) El proyecto de artículo 12 se refiere a la renuncia a la inmunidad desde una doble perspectiva, a saber: el reconocimiento del derecho del Estado del funcionario a renunciar a la inmunidad, por un lado; y los aspectos procedimentales relativos a la forma que debe revestir la renuncia y las vías empleadas para comunicarla, por otro. Junto a ello, el proyecto de artículo 12 se refiere también a la información sobre el hecho de que se ha producido la renuncia, que ha de dirigirse a las autoridades competentes del Estado del foro. Aunque la estructura del proyecto de artículo 12 sigue el modelo del proyecto de artículo 11, el contenido de ambos no es idéntico, ya que invocación y renuncia son instituciones distintas que no pueden confundirse.

2) Contrariamente a lo que sucede con la invocación, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción ha sido examinada de forma detallada por la Comisión en varios de sus anteriores proyectos de artículos[1076] y se ha reflejado en los tratados internacionales que, basados en dichos proyectos de artículos, regulan alguna de las formas de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de ciertos funcionarios del Estado, en particular, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (art. 32), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 45), la Convención sobre las Misiones Especiales (art. 41) y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (art. 31). A ello se ha de añadir que la cuestión de la renuncia a la inmunidad también ha sido objeto de tratamiento en los proyectos de codificación privada sobre este tema, en especial las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional de 2001 y 2009[1077]. Otro tanto sucede con la renuncia a la inmunidad del Estado,

[1076] La Comisión abordó el tema de la renuncia a la inmunidad de ciertos funcionarios del Estado con ocasión de sus trabajos sobre las relaciones diplomáticas, las relaciones consulares, las misiones especiales y la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales. El artículo 30 del proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas estaba redactado en los siguientes términos: "*Renuncia a la inmunidad*. 1. El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos. 2. En lo penal, la renuncia ha de ser siempre expresa" (*Anuario… 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 106). Por su parte, el artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares establecía lo siguiente: "*Renuncia a las inmunidades*. 1. El Estado que envía puede renunciar, respecto de cualquier miembro del consulado, a las inmunidades prescritas en los artículos 41, 43 y 44. 2. La renuncia ha de ser siempre expresa" (*Anuario… 1961*, vol. II, documento A/4843, pág. 131). El artículo 41 del proyecto de artículos sobre las misiones especiales estaba redactado en los siguientes términos: "*Renuncia a la inmunidad*. 1. El Estado que envía podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus representantes en la misión especial y de los miembros del personal diplomático de esta, así como de las demás personas que gozan de inmunidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 a 40. 2. La renuncia habrá de ser siempre expresa" (*Anuario… 1967*, vol. II, documento A/6709/Rev.1 y Rev.1/Corr.1, pág. 379). Y, finalmente, el artículo 31 del proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales señalaba lo siguiente: "*Renuncia a la inmunidad*. 1. El Estado que envía podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción del jefe de misión y de los miembros del personal diplomático de la misión, así como de las personas que gocen de inmunidad conforme al artículo 36. 2. La renuncia habrá de ser siempre expresa" (*Anuario… 1971*, vol. II (primera parte), documento A/8410/Rev.1, pág. 328).

[1077] El artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional está redactado en los siguientes términos: "1. El Jefe de Estado no goza de la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción o la inmunidad de ejecución que le son otorgadas en virtud del derecho internacional si su Estado renuncia a las mismas. Esta renuncia puede ser explícita o implícita, siempre que sea cierta. Corresponde al derecho nacional del Estado interesado la determinación del órgano competente para decidir esta renuncia. 2. La renuncia debería ser decidida cuando el Jefe de Estado sea sospechoso de haber cometido infracciones particularmente graves o cuando el ejercicio de sus funciones no parezca estar comprometido por las decisiones que las autoridades del foro deberían adoptar" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 1001 *supra*), pág. 748).

que ha sido contemplada tanto en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes[1078] como en las leyes nacionales sobre la inmunidad del Estado[1079].

3) La renuncia a la inmunidad por parte del Estado del funcionario es un acto oficial de dicho Estado por el que renuncia a su derecho a reclamar la inmunidad, en virtud del cual se elimina este obstáculo que impide a los tribunales del Estado del foro ejercer su jurisdicción. Por tanto, la renuncia a la inmunidad invalida cualquier debate sobre la aplicación de la inmunidad y sobre sus límites y excepciones. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado este efecto de la renuncia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en cuyo fallo afirmó que los funcionarios "dejarán de gozar de inmunidad respecto de las jurisdicciones extranjeras si el Estado al que representan o han representado decide renunciar a dicha inmunidad"[1080].

4) En el párrafo 1 se reconoce el derecho del Estado del funcionario a renunciar a la inmunidad. Este párrafo reproduce, con pequeñas adaptaciones, la redacción del artículo 32, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 12 se indica que "[e]l Estado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios". De esta manera se pone el énfasis en el titular del derecho a la renuncia, que es el Estado del funcionario y no el funcionario mismo, lo que es una consecuencia lógica de que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se reconoce en beneficio de los derechos e intereses del Estado del funcionario. Por tanto, solo este puede renunciar a la inmunidad y consentir de esta forma en que la jurisdicción penal de otro Estado se ejerza sobre uno de sus funcionarios. Se ha empleado el verbo "puede" para señalar que la renuncia es un derecho del Estado del funcionario y no una obligación. De esta manera se ha seguido la práctica anterior de la Comisión, que, en los distintos proyectos de artículos en los que se ha ocupado de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, ha considerado que no existe una obligación de renunciar a la inmunidad.

Por su parte, el artículo 8 de la resolución establece lo siguiente: "1. Mediante acuerdo los Estados pueden acordar las derogaciones que estimen oportunas respecto de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución de sus Jefes de Estado. 2. Si la derogación no es expresa, se ha de presumir que no se han derogado la inviolabilidad y las inmunidades mencionadas en el párrafo anterior; la existencia y el alcance de esta derogación deben ser establecidas sin ambigüedades por cualquier medio jurídico" *(ibid.)*. Este planteamiento no ha experimentado cambio alguno como consecuencia de la adopción en 2009 de la resolución sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus agentes en el caso de crímenes internacionales, que, sin embargo, incorpora un elemento nuevo al estipular en su artículo II, párrafo 3, que "[l]os Estados deberían considerar el levantamiento de la inmunidad de sus agentes cuando sean sospechosos o estén acusados de haber cometido crímenes internacionales". Esta recomendación corre paralela a lo previsto en el párrafo 2 del mismo artículo II, según el cual "[c]onforme al derecho internacional convencional y consuetudinario, los Estados tienen la obligación de prevenir y reprimir los crímenes internacionales. Las inmunidades no deberían constituir un obstáculo para la reparación adecuada a la que tienen derecho las víctimas de crímenes contemplados por la presente resolución" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73-I-II (véase la nota 1001 *supra*), pág. 229).

[1078] No obstante, ha de tenerse en cuenta que, en el caso de la Convención de 2004, la renuncia a la inmunidad tan solo se aborda de modo indirecto, a través de la enumeración de una serie de supuestos en los que se ha de entender automáticamente que el Estado extranjero ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales del Estado del foro. Véanse, al respecto, los artículos 7 y 8 de la Convención.

[1079] Véanse Estados Unidos, Foreign Sovereign Immunities Act 1976, seccs. 1605 a 1), 1610 a 1), b 1) y d 1), y 1611 b 1); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, State Immunity Act 1978, secc. 2; Singapur, State Immunity Act 1979, secc. 4; Pakistán, State Immunity Ordinance 1981, secc. 4; Sudáfrica, Foreign States Immunities Act 1981, secc. 3; Australia, Foreign States Immunities Act 1985, seccs. 10, 3 y 6; Canadá, State Immunity Act 1985, secc. 4.2; Israel, Foreign States Immunity Law 2008, seccs. 9 y 10; Japón, Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State 2009, art. 6; y España, *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, arts. 5, 6 y 8.

[1080] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), pág. 25, párr. 61.

5) La potestad para renunciar a la inmunidad se predica del Estado del funcionario, sin que se haya considerado necesario identificar las autoridades que tienen competencia para tomar las decisiones referidas a la renuncia ni las que tienen competencia para comunicar la renuncia a la inmunidad. Ni las convenciones ni las legislaciones nacionales antes referidas regulan de forma específica esta cuestión, mencionando al Estado en términos abstractos[1081]. La propia Comisión ya consideró en trabajos anteriores que era preferible no mencionar expresamente los órganos del Estado competentes para renunciar a la inmunidad[1082]. Además, la práctica estatal es reducida y no concluyente[1083]. Es el derecho interno el que determina quiénes son las autoridades competentes para renunciar a la inmunidad, quedando entendido que en esta categoría se incluye a las que se encargan de las relaciones internacionales en virtud del derecho internacional. No obstante, ello no significa que la renuncia a la inmunidad no pueda ser comunicada por cualquier otra persona a la que el Estado otorga un mandato específico a tal fin, especialmente en el contexto de un procedimiento judicial.

6) Contrariamente a lo que sucede con el proyecto de artículo 11 relativo a la invocación de la inmunidad, la Comisión no ha considerado necesario incluir en este proyecto de artículo ningún elemento temporal, ya que la renuncia se puede producir en cualquier momento.

7) El párrafo 2 se refiere a la forma de la renuncia, estableciendo que "ha de ser siempre expresa y por escrito". Esta redacción sigue el modelo del artículo 32, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, conforme al cual "[l]a renuncia ha de ser siempre expresa", y del artículo 45, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que establece que "[l]a renuncia habrá de ser siempre expresa, excepto en el caso previsto en el párrafo 3 de este artículo [demanda reconvencional], y habrá de comunicarse por escrito al Estado receptor". Con la afirmación de que la renuncia debe ser "expresa y por escrito" se refuerza el principio de seguridad jurídica.

[1081] Excepcionalmente, algunas leyes nacionales se refieren a la renuncia comunicada por el Jefe de Misión. Véanse Reino Unido, State Immunity Act 1978, secc. 2.7; Singapur, State Immunity Act 1979, secc. 4.7; Pakistán, State Immunity Ordinance 1981, secc. 4.6; Sudáfrica, Foreign States Immunities Act 1981, secc. 3.6; e Israel, Foreign States Immunity Law 2008, secc. 9 c).

[1082] En el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, la Comisión ya consideró preferible dejar abierto el tema de los órganos competentes para proceder a la renuncia de la inmunidad de los agentes diplomáticos. Así, en el texto del proyecto de artículo 30 aprobado en segunda lectura decidió modificar la redacción del párrafo 2, suprimiendo la última frase de dicho párrafo aprobado en primera lectura que decía lo siguiente: "y emanar del gobierno del Estado acreditante". La Comisión explica de la siguiente manera esta decisión: "La Comisión decidió suprimir la cláusula 'y emanar del gobierno del Estado acreditante', porque daba a entender erróneamente que la comunicación relativa a la renuncia debía emanar del gobierno del Estado acreditante. Pero, como se hizo observar, el jefe de misión es el representante de su gobierno y, cuando comunica una renuncia a la inmunidad, los tribunales del Estado recibiente no pueden sino aceptarla como una declaración del gobierno del Estado acreditante. Así, en el nuevo texto no se menciona la cuestión de la autorización del jefe de la misión para hacer la declaración. Se trata de una cuestión interna que solo concierne al Estado acreditante y al jefe de la misión" (*Anuario… 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 106, párrafo 2) del comentario al artículo 30). En una línea similar, la Comisión afirmó lo siguiente en relación con el proyecto de artículo 45 del proyecto de artículos sobre relaciones consulares: "El texto del artículo no determina cuál será el procedimiento para renunciar a la inmunidad. Cabe suponer que cuando la medida se refiera al jefe de la oficina consular, la declaración de renuncia a la inmunidad deba hacerse por vía diplomática. Si la renuncia atañe a otro miembro del consulado, la declaración puede hacerla el jefe de la oficina consular de que se trate" (*Anuario… 1961*, vol. II, documento A/4843, pág. 132, párrafo 2) del comentario al artículo 45).

[1083] Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, la renuncia fue formulada por el Ministro de Justicia de Haití en el asunto *Paul v. Avril* (Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Florida, sentencia de 14 de enero de 1993, 812 F. Supp. 207) y en Bélgica en el asunto *Hissène Habré* (véase la nota 947 *supra*) por el Ministro de Justicia del Chad. Por su parte, en Suiza, en el caso *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (Tribunal Federal, 2 de noviembre de 1989 (véase la nota 960 *supra*)), los tribunales no entraron a analizar cuáles eran los ministerios competentes, limitándose a constatar que bastaba con que fueran órganos del gobierno y por ello se aceptó una comunicación remitida por la Misión Diplomática de Filipinas.

8) El carácter expreso de la renuncia ha sido mantenido de forma constante por la Comisión en otros trabajos previos[1084], y se recoge tanto en los tratados internacionales relevantes[1085] como en leyes nacionales[1086]. Teniendo esto en cuenta, no se ha mantenido el párrafo 4 del proyecto de artículo original propuesto por la Relatora Especial en su séptimo informe, que estaba redactado en los siguientes términos: "Se entenderá como renuncia expresa la que se pueda deducir de forma clara e inequívoca de un tratado internacional en el que el Estado del foro y el Estado del funcionario sean partes"[1087]. Aunque los miembros de la Comisión han considerado de forma general que la renuncia a la inmunidad se puede establecer expresamente en un tratado[1088], se han expresado opiniones críticas sobre el empleo de la expresión "se pueda deducir", que ha sido entendida por algunos miembros como el reconocimiento de una forma de renuncia implícita.

9) La posibilidad de que la renuncia a la inmunidad se pueda derivar de obligaciones impuestas a los Estados en virtud de disposiciones contenidas en tratados se ha suscitado, en particular, en el asunto *Pinochet (No. 3)*[1089], sin que ello haya constituido la base de la decisión adoptada por la Cámara de los Lores. Y se ha suscitado igualmente, aunque desde una perspectiva distinta, en relación con la interpretación de los artículos 27 y 98 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el deber de los Estados partes de cooperar con la Corte. Sin embargo, la Comisión ha considerado que no hay razones suficientes que le permitan concluir que la existencia de dichas obligaciones convencionales pueda ser entendida automáticamente y de forma general como una renuncia a la inmunidad de los funcionarios del Estado, en especial teniendo en cuenta que la Corte Internacional de Justicia concluyó lo siguiente en la sentencia recaída en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*: "Aun cuando varias convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de determinados crímenes graves imponen a los Estados obligaciones de enjuiciamiento o extradición, con lo cual los obligan a extender su jurisdicción penal, esa extensión de su jurisdicción no afecta en modo alguno a las inmunidades existentes con arreglo al derecho internacional consuetudinario, incluidas las de los ministros de relaciones exteriores. Dichas inmunidades siguen siendo oponibles ante los tribunales de un Estado extranjero, incluso cuando dichos tribunales ejerzan esa jurisdicción con arreglo a las convenciones mencionadas"[1090].

10) Además de ser expresa, la renuncia a la inmunidad debe ser formulada por escrito. Ello no afecta, sin embargo, a la forma concreta que deba revestir el escrito de renuncia, que dependerá no solo de la voluntad del Estado del funcionario, sino también de la vía que se emplee para comunicar la renuncia e, incluso, del marco en que se formule. Así, nada impide que la renuncia se realice mediante una nota verbal, una carta u otro escrito no diplomático dirigido a las autoridades del Estado del foro, a través de un acto o documento procesal, o incluso por medio de cualquier otro documento en el que conste de forma expresa, clara y fehaciente la voluntad del Estado de renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de su funcionario.

1084 Véase la nota 1076 *supra*.

1085 Véanse Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, art. 32, párr. 2; Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 45, párr. 2; Convención sobre las Misiones Especiales, art. 41, párr. 2; y Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, art. 31, párr. 2.

1086 Así, la *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, prevé esta renuncia expresa en su artículo 27 en relación con la inmunidad del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores.

1087 A/CN.4/729, párr. 103.

1088 En este sentido se había manifestado el Instituto de Derecho Internacional en su resolución sobre las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de los Jefes de Estado y de Gobierno en el derecho internacional, de 2001, al afirmar en su artículo 8, párrafo 1, que "[m]ediante acuerdo los Estados pueden acordar las derogaciones que estimen oportunas respecto de la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución de sus Jefes de Estado" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (véase la nota 1001 *supra*), pág. 748).

1089 *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte (No. 3)*, Reino Unido, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999 (véase la nota 954 *supra*).

1090 *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), págs. 24 y 25, párr. 59.

11) Por último, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que, contrariamente a lo que sucede con el párrafo 2 del proyecto de artículo 11, la Comisión no ha considerado necesario referirse de forma expresa en este proyecto de artículo al contenido de la renuncia. Aunque las opiniones de los miembros han estado divididas respecto de la conveniencia o no de incluir una referencia al contenido, finalmente se ha considerado preferible dejar un margen de discrecionalidad al Estado del funcionario. En consecuencia, se ha suprimido la frase "con mención del funcionario a cuya inmunidad se renuncia y, en su caso, los actos a que dicha renuncia se refiere", que estaba incluida en la propuesta original de la Relatora Especial. En todo caso, la Comisión desea hacer constar que el contenido de la renuncia deberá ser lo suficientemente claro para permitir que el Estado ante cuyas autoridades se presenta pueda identificar sin lugar a dudas el alcance de dicha renuncia[1091]. Para ello, se entiende que el Estado del funcionario deberá mencionar de forma expresa el nombre del funcionario a cuya inmunidad se renuncia, así como, en su caso, el alcance sustantivo que pretende dar a la renuncia, en especial cuando el Estado no desee renunciar a la inmunidad de forma absoluta, sino limitarla a ciertos actos o excluir ciertos actos que presuntamente haya realizado el funcionario. En el supuesto de que la renuncia a la inmunidad tenga un alcance limitado, el Estado del funcionario podrá invocar la inmunidad respecto de los actos no cubiertos por la misma, es decir, cuando las autoridades del otro Estado pretendan ejercer o ejerzan su jurisdicción penal respecto del mismo funcionario por hechos distintos a los que motivaron la renuncia o que han sido conocidos después de que la renuncia se haya producido.

12) El párrafo 3 se refiere a las vías que el Estado del funcionario puede utilizar para comunicar la renuncia a la inmunidad de su funcionario. Siendo paralelo al párrafo 3 del proyecto de artículo 11, se ha reproducido en lo esencial la redacción de este, con la única excepción del empleo del verbo "comunicar" a fin de alinear el párrafo 3 del proyecto de artículo 12 con el texto del artículo 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Teniendo en cuenta el paralelismo entre el párrafo 3 aquí comentado y el párrafo 3 del proyecto de artículo 11, se remite a los comentarios de este último por lo que se refiere a la cuestión de las autoridades del Estado del funcionario competentes para decidir sobre la renuncia a la inmunidad y para comunicarla. En particular, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que el empleo del tiempo verbal "se puede", referido a las vías de

[1091] Se reproducen a continuación tres ejemplos de declaraciones claras de renuncia incluidos en el memorando de la Secretaría sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/596 y Corr.1, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 60º período de sesiones), párrs. 252 y 253). En el asunto *Paul v. Avril*, el Ministro de Justicia de Haití afirmó que "Prosper Avril, ex Teniente General de las Fuerzas Armadas de Haití y ex-Presidente del Gobierno Militar de la República de Haití, no goza absolutamente de ninguna forma de inmunidad, ya sea la que corresponde a un soberano, a un jefe de Estado o a un ex jefe de Estado; ya sea diplomática, consular, o inmunidad respecto del testimonio, ni de cualquier otra clase de inmunidad, incluidas la inmunidad respecto de una sentencia, o un proceso, la inmunidad frente a la ejecución de sentencias y la inmunidad respecto de la comparecencia ante el tribunal tanto antes como después de la sentencia" (*Paul v. Avril* (véase la nota 1083 *supra*), pág. 211). En el asunto *Ferdinand et Imelda Marcos*, la renuncia presentada por Filipinas estaba redactada en los siguientes términos: "El Gobierno filipino renuncia por la presente a toda inmunidad 1) de Estado, 2) de jefe de Estado o 3) diplomática, de la cual el ex-Presidente filipino Ferdinand Marcos y su esposa Imelda Marcos podrían gozar o de la cual podrían haber gozado sobre la base del derecho de los Estados Unidos o del derecho internacional. […] Esta renuncia se extiende al enjuiciamiento de Ferdinand e Imelda Marcos en el asunto mencionado más arriba (investigación llevada a cabo en el distrito meridional del estado de Nueva York), así como a todo acto criminal o a todo otro asunto conexo en los cuales esas personas trataran de referirse a su inmunidad" (*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (véase la nota 960 *supra*), págs. 501 y 502). En la causa seguida contra Hissène Habré en Bruselas, el Ministerio de Justicia del Chad renunció expresamente a la inmunidad en los términos siguientes: "La Conferencia Nacional Soberana celebrada en Yamena del 15 de enero al 7 de abril de 1993 había levantado oficialmente toda inmunidad de jurisdicción al Sr. Hissène Habré. Esa posición fue respaldada por la Ley núm. 010/PR/95, de 9 de junio de 1995, por la que se otorgó amnistía a los detenidos y exiliados políticos y a las personas en oposición armada, con exclusión del 'ex-Presidente de la República, Hissène Habré, sus coautores y/o sus cómplices'. En consecuencia, está claro que el Sr. Hissène Habré no puede pretender ninguna clase de inmunidad de parte de las Autoridades del Chad, y ello es así desde la terminación de la Conferencia Nacional Soberana" (carta del Ministro de Justicia del Chad al Juez de Instrucción del distrito de Bruselas, 7 de octubre de 2002).

comunicación, tiene como objeto dejar abierta la posibilidad de que la renuncia a la inmunidad sea comunicada directamente a los tribunales del Estado del foro.

13) El párrafo 4 establece que "[l]as autoridades a las que se ha comunicado la renuncia informarán inmediatamente a las demás autoridades interesadas de que se ha renunciado a la inmunidad". Este párrafo es el equivalente al párrafo 4 del proyecto del artículo 11, en el que se han introducido ciertos cambios únicamente de redacción. Dado que ambos párrafos obedecen a la misma lógica y a la misma finalidad, los comentarios sobre este tema referidos al proyecto de artículo 11 son aplicables también al párrafo 4 del presente proyecto de artículo.

14) El párrafo 5 establece que "[l]a renuncia a la inmunidad es irrevocable". Este precepto parte de la constatación de que una vez que la renuncia a la inmunidad se ha producido, su efecto se proyecta hacia el futuro y la cuestión de la inmunidad dejará de actuar como una barrera en el ejercicio de la jurisdicción penal por parte de las autoridades del Estado del foro. Por consiguiente, teniendo en cuenta los efectos de la renuncia a la inmunidad y su propia naturaleza, parece evidente concluir que la misma no es revocable, ya que —en caso contrario— la institución perdería todo su significado. A pesar de ello, el párrafo 5 del presente proyecto de artículo ha dado lugar a cierto debate entre los miembros de la Comisión.

15) Dicho debate no afecta a los motivos que justifican el carácter irrevocable de la renuncia a la inmunidad, sino a la posibilidad de que haya excepciones a la irrevocabilidad. Así, debe destacarse en primer lugar que, en general, los miembros de la Comisión aceptan que el párrafo 5, en su redacción actual, refleja una regla general que es manifestación del principio de buena fe y responde a la necesidad de respetar la seguridad jurídica. Sin embargo, algunos miembros han expresado igualmente su opinión de que esta regla general podría admitir ciertas excepciones, habiéndose mencionado, en particular, el hecho de que tras la renuncia aparezcan hechos nuevos que no eran conocidos por el Estado del funcionario, que con ocasión del ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro en un caso concreto se constate que no se respetan las reglas básicas del derecho a un juicio justo, o que se produzcan circunstancias excepcionales de alcance general, entre las que se mencionaron un cambio de gobierno o un cambio de sistema jurídico que puedan tener como consecuencia que el derecho a un juicio justo deje de estar garantizado en el Estado que pretende ejercer su jurisdicción penal.

16) Ello ha dado lugar a un debate sobre la utilidad y conveniencia de incluir este párrafo en el proyecto de artículo 12. Algunos miembros se han expresado a favor de su supresión, en particular teniendo en cuenta que ni los tratados relevantes ni la legislación interna de los Estados se han referido expresamente a la irrevocabilidad de la renuncia a la inmunidad, así como la escasa práctica referida a este tema[1092]. Frente a ello, otros miembros han considerado útil mantener el párrafo 5 por razones de seguridad jurídica y considerando que la propia Comisión, refiriéndose a la renuncia a la inmunidad contemplada en su proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, afirmó en su día que "[h]uelga decir que el proceso, en cualquier instancia en que se encuentre, se considera como un todo y que la

[1092] Sobre la renuncia a la inmunidad y el sometimiento del Estado extranjero a la jurisdicción del Estado del foro, véanse Estados Unidos, Foreign Sovereign Immunities Act 1976, secc. 1605 a; Reino Unido, State Immunity Act 1978, secc. 2; Singapur, State Immunity Act 1979, secc. 4; Pakistán, State Immunity Ordinance 1981, secc. 4; Sudáfrica, Foreign States Immunities Act 1981, secc. 3; Australia, Foreign States Immunities Act 1985, secc. 10; Canadá, State Immunity Act 1985, secc. 4; Israel, Foreign States Immunity Law 2008, seccs. 9 y 10; Japón, Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State 2009, arts. 5 y 6; y España, *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España*, arts. 5 a 8. Tan solo las leyes de Australia y España contemplan la irrevocabilidad de la renuncia a la inmunidad. Conforme a la *Foreign States Immunities Act 1985* de Australia "*[a]n agreement by a foreign State to waive its immunity under this Part has effect to waive that immunity and the waiver may not be withdrawn except in accordance with the terms of the agreement*" (secc. 10.5). Por su parte, la Ley Orgánica 16/2015 de España establece que "[e]l consentimiento del Estado extranjero al que se refieren los artículos 5 y 6 no podrá ser revocado una vez iniciado el proceso ante un órgano jurisdiccional español" (art. 8 (Revocación del consentimiento)).

excepción de inmunidad no se ha de poder invocar en la apelación si se ha renunciado a ella, expresa o tácitamente, en la primera instancia"[1093]. Sin embargo, otros miembros señalaron que de dicha afirmación no cabía deducir el carácter irrevocable de la renuncia a la inmunidad.

17) Para atender a la problemática de las posibles excepciones a la irrevocabilidad de la renuncia algunos miembros de la Comisión sugirieron modificar la redacción del párrafo 5 a fin de introducir expresiones de salvaguarda tales como "salvo en circunstancias excepcionales" o "en principio". A su juicio, ello permitiría reconocer que la renuncia puede ser revocada en circunstancias especiales tales como las que se han mencionado *supra*. Otros miembros consideraron, por el contrario, que la introducción de estas expresiones complicaría aún más la interpretación del párrafo 5 y que, por tanto, era preferible no modificar su redacción si finalmente se decidía mantenerlo en el proyecto de artículo 12. En relación con este tema, se señaló que, en última instancia, la renuncia a la inmunidad es un acto unilateral del Estado cuyo alcance debería definirse a la luz de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, aprobados por la Comisión en 2006, en especial el principio 10[1094]. Por último, se destacó la dificultad de identificar las circunstancias excepcionales que podrían justificar la revocación de la renuncia a la inmunidad, aunque se reiteró que el cambio de gobierno o de sistema jurídico que perjudique el respeto de los derechos humanos y del derecho al juicio justo del funcionario podría incluirse dentro de esta categoría. Por otro lado, se expresaron dudas sobre la posibilidad de incluir en la categoría de circunstancias excepcionales la aparición de nuevos hechos que no eran conocidos en el momento de la renuncia o el ejercicio de la jurisdicción del Estado del foro respecto de hechos que no estén cubiertos por la renuncia, ya que los mismos no constituyen circunstancias excepcionales, sino supuestos respecto de los que el Estado del funcionario no ha formulado renuncia alguna y, por tanto, la inmunidad se podría aplicar en virtud de las reglas generales contenidas en el proyecto de artículos.

18) Teniendo en cuenta el debate que se ha resumido en los párrafos anteriores y la práctica generalmente seguida en casos similares de división de opiniones entre sus miembros durante la primera lectura del proyecto de artículos, la Comisión ha decidido mantener el párrafo 5 en el proyecto de artículo 12, facilitando así que los Estados tengan adecuado conocimiento del debate y puedan formular comentarios.

Artículo 13
Solicitudes de información

1. El Estado del foro podrá solicitar al Estado del funcionario la información que considere pertinente a los efectos de decidir si la inmunidad se aplica o no.

2. El Estado del funcionario podrá solicitar al Estado del foro la información que considere pertinente a los efectos de decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella.

3. La información podrá ser solicitada por vía diplomática o a través de cualquiera de las vías de comunicación aceptadas a tal fin por los Estados interesados, que podrán incluir las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua aplicables.

4. El Estado requerido considerará toda solicitud de información de buena fe.

[1093] *Anuario… 1958*, vol. II, documento A/3859, pág. 107, párrafo 5) del comentario al artículo 30.

[1094] El principio 10 está redactado en los siguientes términos: "Una declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración no puede ser revocada arbitrariamente. Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta: a) todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación; b) la medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas; c) la medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias" (*Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 177, párr. 176).

Comentario

1) El proyecto de artículo 13 se refiere a la posibilidad de que tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario puedan solicitarse información el uno al otro. Es la última de las disposiciones de carácter procedimental que se incluye en la cuarta parte del proyecto de artículos antes de referirse a la determinación de si la inmunidad se aplica o no, cuestión de la que se ocupa el proyecto de artículo 14. El proyecto de artículo 13 está estructurado en cuatro párrafos dedicados al derecho de los Estados interesados a solicitar información (párrs. 1 y 2), al procedimiento para solicitar la información (párr. 3) y a la forma en que el Estado requerido considerará la solicitud (párr. 4).

2) En los párrafos 1 y 2 se indica que tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario pueden solicitar información. Aunque la Comisión considera que la solicitud de información por parte de ambos Estados responde a una misma lógica, por razones de claridad se ha preferido incluir en párrafos separados cada una de las situaciones. No obstante, se debe destacar que ambos párrafos siguen un mismo modelo en su redacción, con la única diferencia del objetivo último perseguido por el Estado solicitante, que en el caso del Estado del foro será "decidir si la inmunidad se aplica o no" y en el caso del Estado del funcionario será "decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella".

3) La solicitud de información a que se refieren los párrafos 1 y 2 tiene una naturaleza finalista que ha de entenderse en el contexto del proceso que debe seguir un Estado a fin de pronunciarse sobre la inmunidad en un caso concreto, ya sea desde la perspectiva del Estado del foro (consideración y determinación de la inmunidad) o desde la del Estado del funcionario (invocación de la inmunidad o renuncia a ella). A ello obedece el empleo de la expresión "a los efectos de decidir" en ambos párrafos, que pone de manifiesto que en los dos supuestos la decisión final es el resultado de un proceso que puede estar integrado por distintas fases y actos.

4) Al aprobar el proyecto de artículo 13, la Comisión ha tenido en cuenta que, para determinar la aplicación o no de la inmunidad, el Estado del foro necesitará tener información referida al funcionario (nombre, cargo en el Estado, competencias, etc.) y sobre la vinculación del Estado del funcionario con sus actos, que, en su caso, podrían ser la base para el ejercicio de la jurisdicción penal. Esta información es importante para que el Estado del foro pueda tomar una decisión sobre la inmunidad (en especial en el caso de la inmunidad *ratione materiae*), pero es posible que únicamente sea conocida por el Estado del funcionario. Lo mismo sucede desde la perspectiva del Estado del funcionario a los efectos de decidir sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella, ya que el Estado del funcionario puede necesitar obtener información sobre la legislación estatal, los órganos competentes del Estado del foro o sobre el estadio en que se encuentra la actividad emprendida por el Estado del foro. El proyecto de artículo 13 tiene como finalidad facilitar el acceso a dicha información.

5) Nada impide que la información mencionada en el párrafo anterior pueda estar ya en posesión del Estado del foro o del Estado del funcionario, en especial si con anterioridad a la solicitud de información se han aplicado las disposiciones previstas en los proyectos de artículo 10 (sobre la notificación), 11 (sobre la invocación) y 12 (sobre la renuncia). Sin duda, a través de dichas disposiciones el Estado del foro y el Estado del funcionario habrán proporcionado información al otro Estado. No obstante, no puede ignorarse la posibilidad de que, en un cierto número de casos, la información recibida por esas vías no sea suficiente para alcanzar los objetivos antes mencionados. Por ello, y especialmente en esta circunstancia, la solicitud de información se convierte en un instrumento útil y necesario para asegurar el correcto funcionamiento de la inmunidad, que coadyuva además al fortalecimiento de la cooperación entre los Estados interesados y a la creación de condiciones de confianza mutua. Por tanto, el sistema de solicitud de información previsto en el proyecto de artículo 13 constituye una garantía procesal para ambos Estados.

6) La solicitud de información puede venir referida a cualquier elemento que el Estado requirente considere útil para adoptar una decisión sobre la inmunidad. Dada la variedad de elementos que pueden ser tenidos en cuenta por los Estados a los efectos de decidir sobre la aplicación de la inmunidad o sobre su invocación o renuncia, no es posible elaborar una lista exhaustiva. La Comisión ha optado por emplear la expresión "la información que considere

pertinente", que ha juzgado preferible a "la información necesaria", ya que el adjetivo "necesaria" podría tener un significado restrictivo y formal, especialmente en inglés. Por el contrario, mediante el empleo del término "pertinente" se reconoce al Estado solicitante (ya sea el Estado del foro o el Estado del funcionario) el derecho a decidir en cada caso sobre la información que desea solicitar, conforme a lo dispuesto en varios instrumentos internacionales[1095].

7) El párrafo 3 se refiere a las vías a través de las cuales se puede solicitar la información. Este párrafo sigue el mismo modelo que el párrafo 3 de los proyectos de artículo 10, 11 y 12, cuya redacción reproduce, *mutatis mutandis*, por lo que le resultan de aplicación los comentarios ya realizados respecto de esos proyectos de artículo.

8) Sin embargo, la Comisión desea llamar la atención sobre su decisión de no incluir en el proyecto de artículo 13 un párrafo dedicado a la comunicación interna entre las autoridades del Estado del foro o del Estado del funcionario, similar al párrafo 4 de los proyectos de artículo 11 y 12. Ello se explica por el hecho de que la solicitud de información se ha de entender fundamentalmente referida a una información que, en un buen número de casos, será complementaria o adicional respecto de la información que ya obre en poder del Estado del foro o del Estado del funcionario y que, por tanto, está llamada a producirse esencialmente en un momento más avanzado del procedimiento. Por ello, cabe pensar que la autoridad competente para tomar las decisiones en cualquiera de los dos Estados ya será conocida por el otro y, por tanto, no sería necesario introducir este elemento que opera como cláusula de salvaguardia. En todo caso, si la solicitud de información se produjese en un momento incipiente del tratamiento de la cuestión de la inmunidad, ha de entenderse que no existe ninguna razón para no aplicar el principio de la obligación de comunicación entre las autoridades competentes del mismo Estado.

9) El párrafo 4 sustituye a los párrafos 4 y 5 propuestos inicialmente por la Relatora Especial en los que se enumeraban las posibles causas de rechazo de la solicitud y las condiciones a que se podría someter tanto la solicitud de información como la información proporcionada, en especial la confidencialidad[1096]. La Comisión ha considerado preferible incluir en el proyecto de artículo 13 un párrafo más sencillo que se limite a enunciar el principio de que toda solicitud de información será examinada de buena fe por el Estado requerido, ya sea el Estado del foro o el Estado del funcionario. Para ello se han tenido en cuenta varias razones. En primer lugar, que la propuesta original, en la que se enumeraban las causas de denegación permitidas, podía ser interpretada *a contrario* como el reconocimiento de una obligación de proporcionar la información solicitada, que —sin embargo— no existe en el ordenamiento internacional, salvo por lo que se refiere a las obligaciones específicas que se puedan contener en los tratados de cooperación y asistencia jurídica mutua o en otros tratados. En segundo lugar, que la propuesta original podría entrar en colisión con sistemas de solicitud e intercambio de información establecidos en acuerdos de cooperación y asistencia jurídica mutua, que —en todo caso— resultarían de aplicación entre los Estados partes. En tercer lugar, que el establecimiento de una regla de confidencialidad podría entrar en colisión con las normas estatales que regulan la confidencialidad. Y, en cuarto lugar, que la finalidad perseguida por el proyecto de artículo 13 es favorecer la cooperación y el intercambio de información entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, y dicha finalidad podría verse perjudicada o cuestionada si el proyecto de artículo enumerase de forma expresa causas de denegación y reglas de condicionalidad.

10) No obstante, la Comisión considera que las razones antes indicadas no son justificación suficiente para ignorar la cuestión de los criterios que deberían seguir los Estados para evaluar la solicitud de información. Por ello, ha optado por una redacción en la que, de forma sencilla, se señala la obligación del Estado requerido de examinar de buena fe

[1095] Véanse, por ejemplo, Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 3; Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, art. 7; Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 1, párrs. 1 y 2; y Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 1, párr. 2.

[1096] Véase el séptimo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/729), anexo II.

toda solicitud que le sea dirigida. El término “Estado requerido” se ajusta a la terminología comúnmente empleada en los acuerdos de cooperación y asistencia jurídica mutua, que es familiar a los Estados.

11) La expresión “considerará […] de buena fe” que figura en el párrafo 4 remite a la obligación general de los Estados de actuar de buena fe en sus relaciones con terceros. El alcance de esta obligación, por su propia naturaleza, no puede analizarse en abstracto, siendo necesario determinarlo caso por caso. Su inclusión en el proyecto de artículo 13 ha de entenderse en el contexto definido por el propio proyecto de artículo, es decir, la definición de un instrumento procedimental que favorezca la cooperación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario a los efectos de que cada uno de ellos pueda formarse un juicio correcto que le permita adoptar las decisiones a que se refieren los párrafos 1 y 2. En consecuencia, la expresión “considerará […] de buena fe” ha de entenderse a la luz de dos elementos que operan de manera conjunta, a saber: en primer lugar, la obligación de examinar la solicitud, y, en segundo lugar, el requisito de que ese examen se realice con la intención de facilitar al otro Estado la adopción de una decisión informada y razonada sobre si la inmunidad se aplica o no, o sobre la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella. Así, la expresión “considerará […] de buena fe” refleja una obligación de comportamiento y no una obligación de resultado.

12) El Estado requerido deberá tener en cuenta en su respuesta estos elementos como punto de partida para examinar toda solicitud de información, pero nada impide que pueda considerar, además, otros elementos o circunstancias para tomar una decisión al respecto, como, entre otras cosas, cuestiones que afecten a la soberanía, al orden público, a la seguridad y a intereses públicos fundamentales. En cualquier caso, la Comisión no ha considerado necesario hacer referencia expresa a estos elementos en el proyecto de artículo 13, reconociendo que corresponde al Estado requerido identificar los motivos que justifican su decisión.

13) Por otro lado, se debe señalar que la Comisión no ha considerado necesario hacer una referencia expresa en el párrafo 4 a la posibilidad de someter a condiciones la entrega de la información solicitada. Sin embargo, nada impediría que el Estado requerido pudiera valorar la formulación de condiciones como parte del proceso de “considerar de buena fe” toda solicitud de información, en particular si ello facilitara o favoreciese la entrega de la información solicitada

Artículo 14
Determinación de la inmunidad

1. La determinación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado será realizada por las autoridades competentes del Estado del foro, de acuerdo con su derecho y sus procedimientos y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

2. Para realizar la determinación de la inmunidad, dichas autoridades competentes deberán tomar en consideración, en particular:

a) si el Estado del foro ha realizado la notificación prevista en el proyecto de artículo 10;

b) si el Estado del funcionario ha invocado o ha renunciado a la inmunidad;

c) cualquier otra información relevante proporcionada por las autoridades del Estado del funcionario;

d) cualquier otra información relevante proporcionada por otras autoridades del Estado del foro; y

e) cualquier otra información relevante procedente de otras fuentes.

3. Cuando el Estado del foro considere la aplicación del proyecto de artículo 7 para determinar la inmunidad:

a) las autoridades que realicen la determinación deben tener un nivel suficientemente alto;

b) además de lo previsto en el párrafo 2, las autoridades competentes deberán:

i) asegurarse de que existen razones sustanciales para creer que el funcionario cometió alguno de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7;

ii) tomar en consideración toda petición o notificación de otra autoridad o tribunal relativa a su ejercicio o su intención de ejercer la jurisdicción penal sobre el funcionario.

4. Las autoridades competentes del Estado del foro deberán determinar siempre la inmunidad:

a) antes de iniciar el procedimiento penal;

b) antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar al funcionario, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional. Este apartado no impide la adopción o el mantenimiento de medidas cuya ausencia impida un posterior proceso penal contra el funcionario.

5. Toda determinación de que un funcionario de otro Estado no goza de inmunidad deberá poder ser impugnada por vía judicial. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la impugnación de cualquier otra determinación de la inmunidad que pueda realizarse en virtud del derecho aplicable en el Estado del foro.

Comentario

1) El proyecto de artículo 14 se refiere a la determinación de la inmunidad. Por "determinación" se entiende la decisión referida a si la inmunidad se aplica o no en un caso concreto y es, por ello, una disposición que ocupa un lugar central en la cuarta parte del presente proyecto de artículos. El proyecto de artículo 14 constituye una de las garantías procesales más fundamentales contenidas en esa parte.

2) La "determinación" es la fase final de un proceso en el que las autoridades competentes del Estado del foro realizan una evaluación de los distintos elementos y circunstancias que concurren en el caso concreto y es distinta de la "consideración" de la inmunidad regulada en el proyecto de artículo 9, que se refiere únicamente al inicio del examen de esta cuestión. En todo caso, como la determinación es la fase final de este proceso, el proyecto de artículo 14 debe leerse juntamente con otras disposiciones de la cuarta parte del proyecto de artículos, en particular los proyectos de artículo 8 a 13, que se refieren a instituciones que son relevantes para la determinación de la inmunidad. A este respecto, debe llamarse la atención sobre la especial relevancia del proyecto de artículo 8, que define el ámbito de aplicación de la cuarta parte y su relación con las otras partes del proyecto de artículos. De conformidad con este proyecto de artículo, la determinación de la inmunidad debe producirse siempre que se suscite la cuestión de la inmunidad respecto del ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro, incluidos los casos en que pudiera resultar aplicable el proyecto de artículo 7.

3) El proyecto de artículo 14 está estructurado en cinco párrafos dedicados, respectivamente, a definir quién debe realizar la determinación de la inmunidad y de conformidad con qué normas jurídicas (párr. 1); cuáles son los criterios generales que debe tener en cuenta el Estado del foro para determinar la inmunidad (párr. 2); cuáles son los criterios especiales que debe tener en cuenta el Estado del foro para determinar la inmunidad en conexión con el proyecto de artículo 7 (párr. 3); el momento en que debe determinarse la inmunidad (párr. 4); y la revisión judicial de la determinación de la inmunidad (párr. 5).

Párrafo 1

4) El párrafo 1 se inicia con las palabras "la determinación". El uso del artículo "la" tiene como finalidad poner de manifiesto que la determinación se produce siempre respecto de un

supuesto concreto, cuyos elementos y circunstancias pueden ser distintos a los de cualquier otro caso. En cada versión lingüística se ha empleado el término más adecuado para lograr tal finalidad.

5) La determinación de la inmunidad será realizada por "las autoridades competentes del Estado del foro". Con la referencia a "las autoridades competentes del Estado del foro" se introduce un elemento de flexibilidad que permite tener en cuenta estos dos factores: en primer lugar, que la determinación de la inmunidad puede producirse en distintos momentos y no está limitada a un procedimiento judicial en sentido estricto, y, en segundo lugar, que las autoridades que pueden determinar la inmunidad pueden variar de un Estado a otro en virtud de las normas nacionales aplicables. Así, las autoridades competentes para determinar la inmunidad podrán incluir órganos administrativos y del ejecutivo, fiscales, jueces u otros órganos a los que el derecho nacional del Estado del foro otorgue tal competencia. Además, ha de tenerse en cuenta que varios órganos del Estado del foro pueden ser considerados, sucesivamente, como autoridades competentes en aquellos casos en que la determinación de la inmunidad pueda o deba realizarse en distintas fases, en especial cuando el ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro exija la intervención de órganos judiciales. En estos casos, cada una de las autoridades competentes que han de realizar una determinación de la inmunidad deberá aplicar los criterios enunciados en los párrafos 2, 3 y 4 del proyecto de artículo 14.

6) La determinación de la inmunidad se realizará de acuerdo con el derecho nacional del Estado del foro. En el párrafo 1 se utiliza la expresión "de acuerdo con su derecho y sus procedimientos" para señalar que las autoridades competentes deben tener en cuenta tanto las normas sustantivas como las normas procesales y procedimentales aplicables al caso. No obstante, aunque el ordenamiento nacional del Estado del foro constituirá la base primaria para determinar la inmunidad, se ha incluido también una referencia explícita a que la determinación se realice "de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables" teniendo en cuenta que la inmunidad es una institución de derecho internacional y que los Estados están obligados, además, tanto por normas consuetudinarias como por normas convencionales que pueden tener incidencia sobre la inmunidad y su determinación. Por tanto, ambas categorías (derecho nacional e internacional) deben aplicarse conjuntamente.

Párrafo 2

7) El párrafo 2 enuncia los criterios que las autoridades competentes del Estado del foro deben tener en cuenta para determinar la inmunidad en un caso concreto. Los criterios incluidos en este párrafo deberán ser tenidos en cuenta en cualquier caso de determinación de la inmunidad, incluidos aquellos en los que pueda considerarse la aplicación del proyecto de artículo 7. En todo caso, debe destacarse que los criterios incluidos en este párrafo son los criterios básicos que deberán ser tenidos en cuenta siempre, pero no son los únicos que las autoridades competentes del Estado del foro pueden tomar en consideración para determinar la inmunidad. A ello obedece el empleo de la expresión "en particular" al final de la frase introductoria del párrafo.

8) En la relación de criterios que han de ser tenidos en cuenta por las autoridades competentes del Estado del foro se han incluido algunos elementos esenciales que forman parte del recorrido procesal que se inicia con la consideración de la inmunidad y termina con la determinación de la inmunidad, en particular, la notificación prevista en el proyecto de artículo 10 (a la que se refiere el apartado a)), la invocación o renuncia a la inmunidad por parte del Estado del funcionario (apartado b)) y la información a disposición del Estados del foro (apartados c), d) y e)).

9) Estos criterios han sido incluidos por su conexión directa con las garantías procesales a las que se refieren los proyectos de artículo 10, 11, 12 y 13. Sin embargo, aunque todos los criterios incluidos en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 guardan relación con los otros proyectos de artículo que se acaban de citar, la Comisión no ha considerado necesario incluir referencias cruzadas a estos en todos los casos. Por el contrario, se ha incluido únicamente una referencia expresa al proyecto de artículo 10 teniendo en cuenta que solo este proyecto de artículo impone una obligación al Estado del foro, mientras que los restantes se refieren a potestades del Estado del funcionario (invocación y renuncia) o a instrumentos a disposición

del Estado del foro y del Estado del funcionario que tienen carácter facultativo (solicitudes de información).

10) En todo caso, debe tenerse en cuenta que los criterios enumerados en el párrafo 2 no son prerrequisitos para la determinación de la inmunidad, sino elementos de orientación que se ofrecen a las autoridades competentes y que estas deben tomar en consideración a los efectos de la determinación de la inmunidad. Ello resulta especialmente relevante respecto de la invocación de la inmunidad, que no ha sido considerada por la Comisión como un prerrequisito para la aplicación de la inmunidad ni en el caso de la inmunidad *ratione personae* ni respecto de la inmunidad *ratione materiae*. Por tanto, las autoridades competentes del Estado del foro deberán determinar la inmunidad en todo caso, tanto si ha sido invocada como si no. Y ello con independencia de que la invocación, o la no invocación, de la inmunidad pueda tener un peso distinto a la luz de las circunstancias de cada caso concreto.

11) Por lo que se refiere a la información a disposición de las autoridades competentes del Estado del foro, la Comisión ha considerado útil referirse a ella de forma independiente en función de las fuentes de las que procede. La información proporcionada por el Estado del funcionario (apartado c)) guarda una relación directa con el sistema de solicitudes de información previsto en el proyecto de artículo 13, pero nada impide que dicha información sea proporcionada *proprio motu* por este al margen de dicho sistema. La referencia a la información "proporcionada por otras autoridades del Estado del foro" (apartado d)) se ha incluido teniendo en cuenta que las autoridades competentes para determinar la inmunidad pueden recibir, y en muchas ocasiones reciben, información de otras autoridades del Estado que puede ser útil o necesaria para determinar la inmunidad, entre ellas la proporcionada por los servicios de Policía, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Justicia u otros. Por último, la Comisión ha tenido en cuenta igualmente que con frecuencia las autoridades competentes del Estado del foro reciben o disponen de información procedente de otras fuentes, entre las que se incluyen terceros Estados, organizaciones internacionales (incluida la Organización Internacional de Policía Criminal-INTERPOL), mecanismos internacionales de investigación, tribunales, el Comité Internacional de la Cruz Roja y organizaciones no gubernamentales. La Comisión ha considerado que esta información puede ser de utilidad para determinar la inmunidad en un caso concreto y, por ello, la ha incluido en el apartado e) del párrafo 2. Sin embargo, no ha considerado oportuno incluir de forma expresa las distintas fuentes que se acaban de mencionar y ha preferido emplear la expresión "otras fuentes", refiriéndose así de forma general a cualquier fuente cuya información pueda ser de utilidad para determinar la inmunidad en un caso concreto.

12) Por último, se debe destacar que la Comisión ha decidido no establecer en el párrafo 2 ninguna jerarquización entre la información disponible en función de su origen. Por ello, los apartados c), d) y e) comienzan con la expresión "cualquier otra información relevante". En todo caso, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que la información que debe ser tomada en consideración para determinar la inmunidad debe ser siempre "información relevante", y corresponde a las autoridades competentes del Estado del foro valorar dicha relevancia.

Párrafo 3

13) El párrafo 3 se aplica únicamente en aquellos casos en los que la determinación de la inmunidad entra en relación con el proyecto de artículo 7. Es decir, en aquellos supuestos en los que el Estado del foro considere que el funcionario de otro Estado puede haber cometido uno de los crímenes de derecho internacional enumerados en dicho proyecto de artículo, lo que puede conducir a que el Estado del foro determine que el funcionario en cuestión no goza de inmunidad *ratione materiae* aunque sus actos hayan sido realizados a título oficial. En estas circunstancias, la Comisión ha considerado que para este tipo de casos es necesario establecer criterios especiales de determinación de la inmunidad que garanticen un correcto equilibrio entre los intereses del Estado del foro y los del Estado del funcionario. Estos criterios especiales responden a dos objetivos que operan de forma complementaria: en primer lugar, reducir el riesgo de politización y utilización abusiva del proyecto de artículo 7, y, en segundo lugar, que el proyecto de artículo 7 pueda desplegar sus efectos y no resulte imposible su utilización de buena fe.

14) Los criterios especiales enumerados en el párrafo 3 son complementarios de los establecidos en el párrafo 2, que se aplican también en relación con la determinación de la inmunidad que pueda verse afectada por el proyecto de artículo 7. Los criterios especiales establecidos en el párrafo 3 se refieren a dos cuestiones distintas, a saber: qué autoridades deben determinar la inmunidad en estas circunstancias (apartado a)) y qué elementos adicionales deben ser valorados por las autoridades competentes a los efectos de determinar la inmunidad (apartado b)).

15) En el apartado a) se establece que las autoridades del Estado del foro que han de determinar la inmunidad "deben tener un nivel suficientemente alto". Este criterio ha sido definido por la Comisión teniendo en cuenta, en primer lugar, la gravedad de los crímenes que presumiblemente habría cometido el funcionario, que por sus características y especialidad requieren una evaluación por órganos del Estado con una especial cualificación y nivel competencial. Junto a ello, se ha tenido también en cuenta que, en relación con esta categoría de crímenes, el ejercicio de la jurisdicción penal sobre un funcionario extranjero puede tener una alta incidencia en las relaciones entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, lo que también justifica que las autoridades que procedan a la determinación de la inmunidad tengan una capacidad de decisión a un nivel suficientemente alto.

16) La Comisión entiende que el "nivel suficientemente alto" es el criterio necesario para definir el concepto de "autoridad competente" a los efectos de este tipo de determinación, y por ello, en el apartado a) se emplea únicamente el término "autoridades" y no la expresión "autoridades competentes" que, sin embargo, sí se utiliza en el apartado b). En todo caso, se debe recordar aquí que, tal y como se ha señalado *supra*, el término "autoridades" se emplea para referirse a una categoría amplia de órganos del Estado entre los que se incluyen los órganos administrativos y del ejecutivo, los fiscales y los órganos judiciales. En todo caso, se ha de tener en cuenta que determinar las "autoridades que [tengan] un nivel suficientemente alto" dependerá de lo previsto en el sistema jurídico de cada Estado. Por ello, el "nivel suficientemente alto" no puede identificarse con el de "superior jerárquicamente", ya que la existencia o no de una relación o dependencia jerárquica en cada categoría de órganos dependerá del sistema interno del Estado del foro.

17) En el párrafo 3, apartado b), se enuncian dos criterios que operan como elementos adicionales que deben ser valorados al determinar la inmunidad en concurrencia con el proyecto de artículo 7. Cada uno de ellos responde a una naturaleza distinta y por ello la obligación que se impone a las autoridades competentes se formula de manera distinta en cada caso: "asegurarse" respecto del primero de los criterios y "tomar en consideración" respecto del segundo.

18) En virtud del primero de los criterios enunciados en el apartado b) i), "las autoridades competentes [deben] asegurarse de que existen razones sustanciales para creer que el funcionario cometió alguno de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7"; es decir, un crimen de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, de *apartheid*, tortura o desaparición forzada. La expresión "[deben] asegurarse" hace referencia a la obligación de las autoridades competentes de formarse un juicio razonado sobre tal extremo, pero no debe confundirse con el convencimiento más allá de toda duda razonable que sería necesario para que un tribunal concluya que el funcionario en cuestión es responsable penalmente de la comisión de alguno de estos crímenes. Esta distinción reviste gran importancia, en especial teniendo en cuenta que, como se señalará más adelante, la determinación de la inmunidad puede realizarse en distintos momentos y no ha de identificarse necesariamente con una determinación judicial.

19) Con la finalidad de evitar un uso político o abusivo de las excepciones a la inmunidad, el criterio contenido en el apartado b) i) tiene como objeto evitar que la determinación de la inmunidad se produzca únicamente sobre la base de informaciones periodísticas, denuncias u otro tipo de información que no haya sido contrastada. Por tanto, resulta esencial la definición del estándar de prueba aplicable a la información de que disponen las autoridades competentes y que constituye la base para formar su juicio. Tras valorar distintas

posibilidades[1097], se ha optado por emplear un estándar de prueba consolidado a nivel internacional. Así, la Comisión ha considerado como modelo útil los estándares definidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en especial teniendo en cuenta que dichos estándares han sido examinados y acordados por los Estados en una conferencia internacional con una amplia participación.

20) Siguiendo este criterio, la Comisión ha valorado las distintas formulaciones empleadas en el Estatuto de Roma para identificar una base suficiente para ejercer su jurisdicción, a saber: a) el "fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen", como estándar de prueba suficiente para que el Fiscal decida el inicio de una investigación[1098] y, en un sentido negativo, las "razones sustanciales para creer que […] una investigación no redundaría en interés de la justicia"[1099]; b) el "motivo razonable para creer que [un individuo] ha cometido un crimen", como estándar aplicable para dictar una orden de detención por la Sala de Cuestiones Preliminares[1100], y c) "si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa", a los efectos de la confirmación de cargos por la Sala de Cuestiones Preliminares[1101].

21) Tras analizar cada una de estas formulaciones de los estándares de prueba, la Comisión ha decidido emplear la expresión "razones sustanciales para creer", que considera suficientemente precisa para alcanzar los objetivos perseguidos por este criterio. Esta expresión se toma de la versión en inglés del artículo 61, párrafo 7, del Estatuto de Roma, que es la misma en las versiones en árabe, chino, francés y ruso. Aunque dicha expresión es distinta en la versión en español ("motivos fundados para creer"), la Comisión ha preferido no emplear una redacción diferenciada en cada uno de los idiomas oficiales, a fin de evitar posibles interpretaciones equívocas sobre un tema tan importante como el estándar de prueba requerido para la aplicación de la excepción a la inmunidad *ratione materiae*. Sin embargo, la Comisión ha decidido no retener el resto de la frase del párrafo 7 del artículo 61 ("si existen pruebas suficientes de que hay"), para evitar la interpretación errónea de que las autoridades competentes para determinar la inmunidad deberían proceder a un examen de los elementos de prueba con la misma intensidad con que lo debe hacer la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, a través de un procedimiento judicial en el que se reconoce el derecho a la participación del acusado o de su defensor.

22) En relación con lo dicho en el párrafo anterior, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el empleo de la expresión "razones sustanciales para creer" en el presente proyecto de artículo no debe confundirse con el uso de la misma expresión en la versión en inglés del artículo 53, párrafo 1 c), del Estatuto de Roma[1102] como base para que el Fiscal de la Corte decida que, a pesar de existir información suficiente de que se han cometido crímenes de la competencia de la Corte, no es preciso iniciar una investigación porque ello "no redundaría en interés de la justicia". Aunque la Comisión examinó esta cuestión, decidió no incluir una referencia al interés de la justicia como parte de este criterio por considerar que ello podría conducir a una eventual politización de la determinación de la inmunidad.

23) El estándar de prueba que se acaba de analizar viene referido al comportamiento del funcionario de otro Estado, empleándose la fórmula "cometió alguno de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7". El empleo del verbo "cometió" sigue la redacción de las disposiciones del Estatuto de Roma antes mencionadas y debe entenderse en relación con el proceso de determinación de la inmunidad, que —como se señaló *supra*— no puede confundirse con la determinación de la responsabilidad penal en que pueda haber incurrido el funcionario. Por ello, el empleo del verbo "cometió" no afecta

[1097] La Comisión ha considerado, entre otras, las siguientes formulaciones: "evidencias *prima facie*", "pruebas claras y convincentes" y "el más alto estándar de prueba requerido para el enjuiciamiento de los crímenes en el sistema jurídico interno" del Estado del foro.

[1098] Estatuto de Roma, art. 53, párr. 1 a).

[1099] *Ibid*., art. 53, párr. 1 c).

[1100] *Ibid*., art. 58, párr. 1 a).

[1101] *Ibid*., art. 61, párr. 7.

[1102] Se utiliza la misma expresión en las versiones en chino y español de este artículo. La expresión de las versiones en árabe, francés y ruso es diferente.

al principio de presunción de inocencia del funcionario, cuyo respeto se reconoce en virtud de lo previsto en el proyecto de artículo 16, que lleva por título “trato justo del funcionario del Estado”.

24) En virtud del criterio establecido en el párrafo 3, apartado b) ii), de este proyecto de artículo, las autoridades competentes deben “tomar en consideración toda petición o notificación de otra autoridad o tribunal relativa a su ejercicio o su intención de ejercer la jurisdicción penal sobre el funcionario”. El nivel de la obligación que se impone a las autoridades competentes es de menor intensidad que el referido en el apartado b) i), ya que se limita a “tomar en consideración” la existencia o no de dicha petición o notificación.

25) Al incluir este criterio, la Comisión ha tenido en cuenta que el enjuiciamiento de los crímenes de derecho internacional enumerados en el proyecto de artículo 7 puede llevarse a cabo por una pluralidad de jurisdicciones, tanto nacionales como internacionales. Así, esos crímenes pueden ser sometidos a la jurisdicción penal del propio Estado del funcionario, a la jurisdicción penal de terceros Estados en virtud de los títulos competenciales previstos en sus propios ordenamientos jurídicos o en los tratados aplicables y a los tribunales internacionales e híbridos competentes. El ejercicio de la jurisdicción penal puede producirse de forma simultánea o sucesiva ante varias de las jurisdicciones indicadas, así como ante la jurisdicción del Estado del foro.

26) Por ello, la Comisión ha decidido incluir este criterio especial para la determinación de la inmunidad en relación con el proyecto de artículo 7, teniendo en cuenta que permite poner en funcionamiento los sistemas de cooperación y asistencia jurídica mutua aplicables y, por esta vía, objetivar las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro, el Estado del funcionario, un tercer Estado o un tribunal internacional. La Comisión ha tomado igualmente en consideración que la inmunidad de jurisdicción penal del funcionario desempeñará un papel distinto en cada una de las jurisdicciones citadas, siendo inoponible ante la jurisdicción del Estado del funcionario y ante los tribunales penales internacionales. En consecuencia, valorar si la jurisdicción se está ejerciendo o se pretende ejercer por una jurisdicción distinta a la del Estado del foro puede ser un instrumento útil para evitar que se produzca una colisión entre el respeto de la inmunidad y la responsabilidad penal por la comisión de crímenes de derecho internacional. Ello constituye una garantía procesal reforzada a los efectos de la cuarta parte del presente proyecto de artículos.

27) El empleo, en el párrafo 3, apartado b) ii), de las expresiones alternativas “petición o notificación”, “otra autoridad o tribunal” y “su ejercicio o su intención de ejercer” responde a la voluntad de ofrecer una redacción suficientemente flexible que permita dar cobertura a las distintas situaciones que se pueden producir en la práctica.

28) Este criterio guarda una evidente relación con la remisión del procedimiento penal a que se refiere el proyecto de artículo 15. Sin embargo, el alcance de este es más amplio, por lo que la Comisión ha preferido no hacer una referencia expresa a dicho proyecto de artículo en este párrafo del proyecto de artículo 14.

Párrafo 4

29) El párrafo 4 se refiere al momento en que se debe producir la determinación de la inmunidad y se aplica a cualquier determinación que se produzca de conformidad con lo previsto en el proyecto de artículo 14.

30) Aunque el párrafo 4 no estaba inicialmente incluido en las propuestas originales del proyecto de artículo 14, la Comisión decidió hacerlo en el marco del debate general sobre una propuesta formulada por alguno de sus miembros, conforme a la cual el ejercicio de la jurisdicción penal sobre un funcionario extranjero no podría producirse si dicho funcionario no se encontraba presente en el territorio del Estado del foro. La propuesta no ha sido retenida por la Comisión por considerar que es una limitación excesiva de la jurisdicción de ese Estado que no se adecúa a la práctica internacional, ya que los sistemas jurídicos de un cierto número de Estados permiten los juicios en rebeldía. A ello ha de añadirse que, de manera general, nada impide que ciertos actos caracterizados como ejercicio de la jurisdicción —en particular los actos de investigación— puedan llevarse a cabo aunque el interesado no se encuentre en el territorio del Estado del foro.

31) Sin embargo, la Comisión consideró que esta propuesta —a pesar de no ser retenida— había puesto sobre la mesa la necesidad de incluir en el proyecto de artículo sobre la determinación de la inmunidad alguna disposición que ofrezca protección al funcionario del Estado hasta que la determinación se produzca de manera efectiva. El resultado es el párrafo 4 del proyecto de artículo 14, que constituye una garantía para el Estado del funcionario y para el funcionario mismo al exigir que la determinación de la inmunidad se produzca siempre antes de que se puedan adoptar medidas que afectarán necesariamente al funcionario.

32) Al igual que sucede con la consideración de la inmunidad, su determinación se debe producir tan pronto como sea posible, a fin de evitar que una determinación tardía de la inmunidad impida que despliegue sus plenos efectos[1103]. Sin embargo, la Comisión no ha considerado necesario identificar de modo general el momento en que la determinación debe tener lugar, ya que ello dependerá de distintas circunstancias que no es posible enumerar de manera exhaustiva. Por el contrario, el párrafo 4 de este proyecto de artículo define los momentos en que la determinación de la inmunidad debe producirse de manera irrenunciable si no ha sido determinada antes. Ello se refleja en el empleo de la palabra "siempre" referida a la obligación de determinar la inmunidad que se impone a las autoridades competentes del Estado del foro.

33) Para identificar los momentos en que necesariamente se debe determinar la inmunidad, el párrafo 4 del proyecto de artículo 14 sigue básicamente la redacción del proyecto de artículo 9, párrafo 2. Así, la determinación deberá producirse obligatoriamente "antes de iniciar el procedimiento penal" y "antes de adoptar medidas coercitivas que puedan afectar al funcionario, incluidas aquellas que puedan afectar a cualquier inviolabilidad de la que el funcionario pueda gozar en virtud del derecho internacional". El significado y alcance de estas frases ha sido analizado previamente en los comentarios al proyecto de artículo 9, párrafo 2, a los que se remite[1104].

34) Sin embargo, el apartado b) del párrafo 4 del proyecto de artículo 14 añade una frase nueva, conforme a la cual el hecho de que la determinación de la inmunidad se tenga que producir siempre antes de adoptar medidas coercitivas contra el funcionario extranjero "no impide la adopción o el mantenimiento de medidas cuya ausencia impida un posterior proceso penal contra el funcionario". Con esta cláusula se establece un equilibrio entre los intereses del Estado del funcionario, concretados en la determinación de la inmunidad en un momento procesalmente oportuno, y los intereses del Estado del foro, concretados en la preservación de la potestad para dictar medidas coercitivas que son necesarias para asegurar que, si posteriormente pudiese ejercer su jurisdicción penal sobre el funcionario extranjero, ello no será imposible en la práctica. Las medidas coercitivas que se podrían adoptar o mantener serán, por tanto, medidas de naturaleza cautelar entre las que se encuentran, por ejemplo, todas aquellas medidas administrativas que tengan como finalidad impedir la salida del funcionario del territorio del Estado del foro, incluida la retención del pasaporte o la emisión de una orden de prohibición de abandonar dicho territorio y la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades nacionales. La necesidad de preservar la potestad para adoptar y mantener estas medidas coercitivas incluso después de la determinación de la inmunidad se justifica, sobre todo, si se tiene en cuenta que la determinación se puede producir en una fase temprana del ejercicio de la jurisdicción y que la misma puede ser revertida con posterioridad, especialmente en fase judicial.

Párrafo 5

35) Como ya se ha señalado anteriormente, la determinación de la inmunidad se puede producir en distintos momentos y puede ser decidida por autoridades administrativas, por el ejecutivo, por los fiscales o por los órganos judiciales. Por tanto, la determinación de la inmunidad no necesariamente debe ser una determinación judicial.

36) Sin embargo, el hecho de que la determinación de la inmunidad se produzca a los efectos del ejercicio de la jurisdicción penal del Estado del foro se traduce, en la práctica, en el hecho de que existe una elevada probabilidad de que la determinación de la inmunidad

[1103] Véase, en particular, el párrafo 7) del comentario al proyecto de artículo 9 *supra*.

[1104] Véanse, en particular, los párrafos 8) a 14) del comentario al proyecto de artículo 9 *supra*.

finalice en una fase judicial, en especial en relación con la decisión de iniciar un procedimiento penal contra el funcionario extranjero o la adopción de ciertas medidas coercitivas que deben ser acordadas por los tribunales o pueden ser sometidas al control judicial. A ello ha de añadirse el hecho de que los actos de determinación de la inmunidad adoptados por autoridades administrativas, del ejecutivo o fiscales podrán ser susceptibles de control judicial en un buen número de casos. Teniendo esto en cuenta, la Comisión ha incluido en el proyecto de artículo 14 un párrafo 5 dedicado a la impugnación de la determinación de la inmunidad por vía judicial.

37) Aunque la propuesta inicial de la Relatora Especial era más amplia, la Comisión ha decidido abordar la cuestión de la impugnación de la determinación de la inmunidad desde la perspectiva de las garantías que se ofrecen al Estado del funcionario y al funcionario mismo. Por ello, se ha dado un trato prioritario a la impugnación de la "determinación de que un funcionario de otro Estado no goza de inmunidad", que "deberá poder ser impugnada por vía judicial". De esta manera se impone una obligación al Estado del foro, que deberá asegurar que dicha impugnación es posible. La Comisión ha empleado la expresión "impugnada por vía judicial", que, si bien fue objeto de un amplio debate, se consideró como la más adecuada, por su generalidad, para dar cobertura a las distintas vías de acción y los recursos que se establecen a tal fin en cada sistema jurídico nacional. El párrafo 5 tampoco se pronuncia sobre la legitimación para impugnar la determinación ni sobre otras cuestiones de naturaleza procesal que dependerán de cada uno de los derechos nacionales.

38) El énfasis puesto en el caso de la determinación que concluye que la inmunidad no se aplica obedece también a otras consideraciones, entre las que se ha alegado el hecho de que en algunos sistemas jurídicos la decisión del Fiscal de no ejercer la jurisdicción, incluso porque la inmunidad se aplica, no puede ser objeto de control judicial. Sin embargo, el tratamiento prioritario dado a la impugnación de las determinaciones por las que se deniega la inmunidad no puede interpretarse en ningún caso como una voluntad de la Comisión de excluir la impugnación cuando la determinación sea positiva. Por el contrario, el párrafo 5 contiene una cláusula "sin perjuicio" que deja a salvo "la impugnación de cualquier otra determinación de la inmunidad que pueda realizarse en virtud del derecho aplicable en el Estado del foro".

39) Mediante esta cláusula "sin perjuicio", la Comisión reconoce que la determinación de la inmunidad de contenido positivo puede ser igualmente impugnada en vía judicial, haciéndose así eco de la práctica existente en un buen número de Estados, así como de la necesidad de establecer un equilibrio entre el funcionario extranjero, por un lado, y las víctimas de los crímenes que presuntamente ha cometido, por otro. En este contexto, la Comisión ha tenido en cuenta, en particular, el derecho de acceso a la justicia que forma parte del contenido básico del derecho a la tutela judicial efectiva y, como tal, está reconocido en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos[1105] y ha sido definido de forma sistemática en la jurisprudencia de tribunales regionales como el Tribunal Europeo de

[1105] Véanse, en este sentido, los siguientes instrumentos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171, y vol. 1057, pág. 407, art. 14; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950), *ibid.*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221, arts. 6 y 13; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 364, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1, art. 47; Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Pacto de San José de Costa Rica" (San José, 22 de noviembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955, pág. 123, art. 8; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), *ibid*., vol. 1520, núm. 26363, pág. 217, art. 7; y Carta Árabe de Derechos Humanos (aprobada por la Cumbre de la Liga de los Estados Árabes en su 16o período ordinario de sesiones, celebrado en Túnez en mayo de 2004, CHR/NONE/2004/40/Rev.1, o bien Boston University International Law Journal, vol. 24, núm. 2 (2006), pág. 147), art. 12.

Derechos Humanos[1106] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos[1107], así como en la doctrina del Comité de Derechos Humanos[1108]. Todos estos elementos deberán ser debidamente tenidos en cuenta a fin de determinar si una impugnación "pued[e] realizarse en virtud del derecho aplicable en el Estado del foro", ya que la Comisión entiende que con la expresión "derecho aplicable" se hace referencia tanto al derecho estatal como a las normas de derecho internacional que sean exigibles a dicho Estado.

Artículo 15
Remisión del procedimiento penal

1. Las autoridades competentes del Estado del foro podrán, *proprio motu* o a petición del Estado del funcionario, ofrecer al Estado del funcionario la remisión del procedimiento penal.

2. El Estado del foro deberá considerar de buena fe toda petición de remisión del procedimiento penal. Dicha remisión solo tendrá lugar si el Estado del funcionario acepta someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

3. Una vez acordada la remisión, el Estado del foro suspenderá su procedimiento penal, sin perjuicio de la adopción o el mantenimiento de medidas cuya ausencia impida un posterior proceso penal contra el funcionario.

4. El Estado del foro podrá reanudar su procedimiento penal si, tras la remisión, el Estado del funcionario no somete con prontitud y de buena fe el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

5. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra obligación del Estado del foro o del Estado del funcionario en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 contempla la posibilidad de utilizar el mecanismo de la remisión del procedimiento penal al Estado del funcionario y se regulan las condiciones en que esta se puede producir, así como sus efectos.

2) La remisión del procedimiento penal es una institución propia de la cooperación y asistencia jurídica mutua en materia penal, que —aunque no está muy generalizada— ha sido regulada en algunos instrumentos internacionales multilaterales[1109]. De su importancia da buena muestra la adopción por la Asamblea General del Tratado Modelo sobre la Remisión del Proceso en Materia Penal. Este mecanismo permite a un Estado que está ejerciendo su jurisdicción sobre un individuo remitir el procedimiento penal a otro Estado que también es competente y que, por distintos motivos, estaría en mejores condiciones de ejercer la

[1106] Véanse, por todos, *Airey v. Ireland*, 9 de octubre de 1979, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, núm. 32; y *Stanev v. Bulgaria* [GC], núm. 36760/06, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2012.

[1107] Véase, en particular, *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 9.

[1108] Véase, en particular, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007), sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia.

[1109] En el seno del Consejo de Europa se ha adoptado el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, de 1972. Por su parte, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal se refiere a la remisión del procedimiento en su artículo 21. Especial importancia tiene el tratamiento dado a la cuestión de la remisión del procedimiento penal en el artículo 21 de la 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), que, además, ha sido objeto de examen continuado en el seno de la Conferencia de las Partes en la Convención. A este respecto, véase Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional de la Conferencia de las Partes en la Convención, Consideraciones prácticas, buenas prácticas y dificultades encontradas en el ámbito de la remisión de las actuaciones penales como forma diferenciada de cooperación internacional en asuntos penales (CTOC/COP/WG.3/2017/2).

jurisdicción. A través de la remisión del procedimiento se busca asegurar que la jurisdicción se ejerza efectivamente y que, en su caso, se pueda deducir la responsabilidad penal del individuo[1110].

3) Aunque en los instrumentos internacionales que regulan la remisión del procedimiento no se hace referencia a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, nada impide que este mecanismo pueda utilizarse igualmente en un contexto en el que la cuestión de la inmunidad se plantea. El proyecto de artículo 15 sirve a esta finalidad, de forma que permite la remisión al Estado del funcionario del procedimiento que se ha iniciado contra este en el Estado del foro. Con el recurso a ese instrumento de cooperación se garantiza el equilibrio entre los derechos e intereses del Estado del funcionario y del Estado del foro, contribuyendo a preservar la inmunidad al tiempo que se garantiza que esta no impedirá el efectivo ejercicio de la jurisdicción penal respecto del funcionario. Esta fórmula es plenamente compatible con la posición mantenida por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en la que declara que la inmunidad no afecta a la responsabilidad penal internacional del funcionario del Estado, que podrá deducirse a través del ejercicio de su jurisdicción por los tribunales del Estado del funcionario, por otros tribunales o por un tribunal penal internacional[1111].

4) El proyecto de artículo 15 se refiere únicamente a la remisión del procedimiento penal del Estado del foro al Estado del funcionario, ya que está concebido como una garantía procesal que opera entre los Estados a que se refiere directamente el presente proyecto de artículos. Ello no impide que se pueda producir una remisión del procedimiento a un tercer Estado en virtud de normas sobre cooperación y asistencia jurídica mutua en material penal que resulten aplicables. Tampoco impide que se pueda remitir el procedimiento a un tribunal penal internacional competente. Sin embargo, la remisión del procedimiento penal a un tercer Estado o a una jurisdicción penal internacional se realizará de acuerdo con las normas internacionales aplicables en cada caso y no de conformidad con lo previsto en el proyecto de artículo 15, que establece reglas especiales para la remisión del procedimiento penal entre el Estado del foro y el Estado del funcionario en el contexto del presente proyecto de artículos.

5) El proyecto de artículo 15 está integrado por cinco párrafos, que definen el *iter* procedimental que deberá seguir la remisión del procedimiento penal y sus efectos (párrs. 1 a 3), y establecen dos salvaguardas referidas al ejercicio de su jurisdicción por el Estado del foro (párrs. 4 y 5).

Párrafo 1

6) El párrafo 1 define la primera fase del proceso de remisión, estableciendo que "[l]as autoridades competentes del Estado del foro podrán […] ofrecer al Estado del funcionario la remisión del procedimiento penal". La remisión se entiende, por tanto, como una potestad del Estado del foro y no como una obligación. Además, la potestad reconocida al Estado del foro se concreta en el ofrecimiento de la remisión y no en la remisión misma, que solo se hará efectiva si se cumple el requisito establecido en la segunda frase del párrafo 2 del proyecto de artículo. Aunque algunos miembros de la Comisión consideraron que el empleo del verbo "ofrecer" era innecesario y que su supresión no alteraría el significado del párrafo, la Comisión ha decidido mantenerlo para reforzar la conexión del párrafo 1 con la condición establecida en el párrafo 2 para que la remisión sea efectiva y, por tanto, quede claro el carácter consensuado del procedimiento de remisión entendido en su conjunto.

7) De conformidad con el párrafo 1, el ofrecimiento se podrá realizar "*proprio motu* o a petición del Estado del funcionario". Aunque es previsible que el inicio del procedimiento de remisión se produzca a petición del Estado del funcionario, la Comisión no ha querido excluir la posibilidad de que ello tenga lugar a instancias de una autoridad del Estado del foro en ejercicio de sus propias competencias. En todo caso, la decisión última de "ofrecer [...] la

[1110] Véase Consejo de Europa, Explanatory Report to the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, *European Treaty Series*, núm. 73.

[1111] *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 899 *supra*), págs. 25 y 26, párr. 61.

remisión” es una competencia unilateral de las autoridades del Estado del foro, a reserva de la cláusula contenida en la primera frase del párrafo 2. Como en otros proyectos de artículo, la expresión “autoridades competentes” incluye cualquier autoridad del Estado del foro, ya sea administrativa, miembro del ejecutivo, fiscal u órgano judicial.

8) El párrafo 1 no menciona las normas que deben regir la adopción de la decisión de ofrecer la remisión del procedimiento, lo que no puede interpretarse como que dicha decisión sea discrecional en términos absolutos. Por el contrario, como toda autoridad del Estado, las autoridades competentes a que se refiere este párrafo estarán vinculadas por el derecho aplicable en el Estado, lo que incluye tanto las normas del derecho nacional como las normas de derecho internacional que resulten exigibles al Estado del foro. Ello resulta especialmente relevante en relación con los supuestos en que el procedimiento que se va a remitir se refiera a la comisión de crímenes de derecho internacional respecto de los cuales el Estado estaría obligado a ejercer su jurisdicción en virtud de normas de derecho internacional. Esta circunstancia ha sido especialmente tenida en cuenta por la Comisión, que ha incluido el párrafo 5 para dar respuesta a esta problemática específica.

9) Por último, debe destacarse que el ofrecimiento de remitir el procedimiento penal es una categoría autónoma, que no exige que las autoridades del foro se inhiban previamente del ejercicio de su jurisdicción. La Comisión ha tenido en cuenta que, en un caso reciente que ha sido examinado para redactar este proyecto de artículo, las autoridades competentes del Estado del foro han considerado que estaban procediendo a la delegación del ejercicio de su propia jurisdicción sin renunciar a ella[1112]. Por eso se ha optado por mantener exclusivamente la referencia al ofrecimiento de remisión, en el entendimiento de que ello implica que las autoridades competentes del Estado del foro no estarán obligadas a pronunciarse previamente sobre el ejercicio de su propia jurisdicción. Ello responde a la diversidad de modelos existentes en los sistemas jurídicos nacionales y es coherente con la cláusula de salvaguardia contenida en el párrafo 4, que prevé la reanudación del procedimiento penal por parte del Estado del foro.

Párrafo 2

10) Aunque el Estado del foro no está obligado a ofrecer la remisión del procedimiento, el párrafo 2 le impone la obligación de considerar de buena fe toda solicitud de remisión. Dicha solicitud de remisión se entiende como una solicitud procedente del Estado del funcionario, teniendo en cuenta la relación entre el párrafo 1 y el párrafo 2 a la que antes se ha hecho referencia. Esta obligación convierte la buena fe en el principio esencial que va a regir las relaciones entre el Estado del funcionario y el Estado del foro en relación con la remisión del procedimiento penal, siendo aplicable a ambos Estados por igual.

11) La referencia a la buena fe en la primera frase del párrafo 2 tiene una especial importancia cuando se pone en relación con la segunda frase del mismo párrafo, conforme a la cual únicamente se producirá la remisión “si el Estado del funcionario acepta someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”. Esta redacción reproduce la conocida como “fórmula de La Haya”, que fue incluida por primera vez en el artículo 7 del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves[1113], de 1970, y que ha sido reproducida con posteridad en un elevado número de convenciones. Esa “formulación” fue examinada por la Comisión en sus trabajos sobre la obligación de extraditar o juzgar *(aut dedere aut iudicare)*[1114] y sobre la prevención y el castigo de los

[1112] Se trata de la sentencia de 10 de mayo de 2018 del Tribunal de Apelación de Lisboa, recaída en un procedimiento penal por corrupción que afectaba a un antiguo Vicepresidente de Angola. Véase el asunto núm. 333/14.9TELSB-U.L1-9, que puede consultarse en http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/88e2a666e33779ce802582b8003567f3?OpenDocument. Probablemente esta interpretación del Tribunal se basa en el hecho de que la remisión del procedimiento penal a los tribunales de Angola se realizó exclusivamente sobre la base del derecho portugués (el Código de Procedimiento Penal).

[1113] 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.

[1114] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/69/10), cap. VI, en especial los párrafos 10) a 21) del informe final sobre el tema, que se reproduce en el párrafo 65 del informe de la Comisión.

crímenes de lesa humanidad[1115]. El texto ahora incluido en el proyecto de artículo 15 tiene idéntica redacción a la del proyecto de artículo 10 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, aunque ese proyecto de artículo se aprobó en el contexto de la obligación de extraditar o juzgar.

12) De acuerdo con lo señalado por la Comisión en sus trabajos sobre los dos temas antes mencionados, el sometimiento del asunto a las autoridades competentes ha de entenderse como un sometimiento sustantivo y no meramente formal. Así, dicho sometimiento implica la obligación del Estado del funcionario de transmitir todos los elementos de prueba y otra información disponible a sus autoridades competentes, a fin de que ellas puedan evaluarlos y llevar a cabo una investigación que les permita formarse un juicio sobre el inicio de un procedimiento contra el funcionario. Sin embargo, el sometimiento del asunto a efectos de enjuiciamiento no equivale a la obligación de iniciar dicho procedimiento, ya que ello dependerá de la evaluación de las pruebas remitidas y otra información disponible, así como de las pruebas obtenidas en la investigación que las autoridades competentes deberán llevar a cabo. En todo caso, conviene destacar que el sometimiento del asunto a las autoridades competentes exige, cuando menos, que se realice de buena fe, y no con la finalidad de impedir el enjuiciamiento o eludir la deducción de responsabilidad del funcionario, ya que —como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*— el ejercicio de la jurisdicción por el Estado interesado (en este caso el Estado del funcionario) debe llevarse a cabo con la finalidad de asegurar que no se producirá la impunidad del individuo (en este caso el funcionario)[1116]. En este sentido, cabe recordar que el proyecto de artículo 10 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad establece de forma expresa que las autoridades competentes a las que se somete el asunto "tomarán la decisión [de iniciar o no un procedimiento penal] 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"[1117]. Del mismo modo, el concepto de "sometimiento del asunto a efectos de enjuiciamiento" debe interpretarse de manera finalista y sustantiva.

13) La interpretación de la obligación del Estado del funcionario de actuar de buena fe en el sometimiento del asunto a sus autoridades nacionales reviste una especial importancia en relación con el párrafo 4 del proyecto de artículo 15, al que son aplicables los comentarios que se acaban de hacer.

Párrafo 3

14) El párrafo 3 establece la suspensión del procedimiento penal del Estado del foro como consecuencia de la remisión. Dicha suspensión se producirá únicamente cuando la remisión haya sido acordada y, en todo caso, tendrá un alcance que viene limitado por la cláusula "sin perjuicio" que se incluye al final del párrafo. La redacción de la cláusula "sin perjuicio" es idéntica a la incluida en el párrafo 4, apartado b), del proyecto de artículo 14 y responde a la misma finalidad. Por ello, se remite a los comentarios a esa disposición por lo que se refiere a su significado y alcance[1118].

Párrafo 4

15) El párrafo 4 se entiende como una cláusula de salvaguardia a favor del Estado del foro, que, a pesar de haber procedido a la remisión del procedimiento penal al Estado del funcionario y suspendido su propio procedimiento penal, podrá reanudarlo si el Estado del

[1115] *Ibid*., *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 44 y 45, proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, proyecto de artículo 10 *(Aut dedere aut iudicare)* y su comentario.

[1116] *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 902 *supra*), págs. 460 y 461, párrs. 115 y 120.

[1117] Esta expresión se recoge también en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar* (véase la nota 902 *supra*), págs. 454 y 455, párr. 90.

[1118] Véanse, en particular, los párrafos 32) a 34) del comentario al proyecto de artículo 14 *supra*.

funcionario no cumple adecuadamente con la obligación de someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

16) Aunque la Comisión examinó distintas formulaciones inspiradas básicamente en el artículo 17, párrafos 1 y 2, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[1119], finalmente decidió definir la cláusula de salvaguardia de una forma simple que evite componentes subjetivos y que permita establecer un enlace directo con el párrafo 2 de este proyecto de artículo. De esta manera se asegura que el incumplimiento por parte del Estado del funcionario de la obligación aceptada de someter el asunto a sus autoridades competentes a fines de enjuiciamiento tendrá como resultado la posibilidad de que el Estado del foro reactive su procedimiento penal. El empleo de la expresión "podrá reanudar" pone énfasis en el carácter facultativo de la potestad que se reconoce al Estado del foro. Con ello se han querido recoger las distintas situaciones en que se puede encontrar el Estado del foro en función de la naturaleza del crimen que ha cometido el funcionario, así como de las circunstancias que concurren en él, en particular su gravedad y —muy especialmente— su eventual calificación como crimen de derecho internacional, una categoría de crímenes respecto de los cuales se ha de garantizar que no queden impunes.

17) El párrafo 4 menciona de forma expresa como un factor que da contenido al incumplimiento de la obligación el "no somete[r] con prontitud y de buena fe" el asunto a las autoridades competentes del Estado del funcionario a efectos de enjuiciamiento. Con ello se ha querido llamar la atención sobre la exigencia de evitar prácticas dilatorias o sometimientos meramente formales que serían contrarios a la finalidad perseguida por la remisión del procedimiento.

Párrafo 5

18) El párrafo 5 contiene una cláusula "sin perjuicio", conforme a la cual lo previsto en el proyecto de artículo 15 "se entiende sin perjuicio de cualquier otra obligación del Estado del foro o del Estado del funcionario en virtud del derecho internacional".

19) Este párrafo responde a las preocupaciones expresadas durante el debate sobre el proyecto de artículo 15 en torno a la posibilidad de que el mecanismo de la remisión del procedimiento penal pudiera no ser plenamente compatible o, incluso, pudiera entrar en contradicción con distintas normas de derecho internacional que imponen a los Estados la obligación primaria de ejercer su jurisdicción respecto de individuos que hayan cometido ciertos crímenes de derecho internacional. El debate se centró, en especial, en la obligación de extraditar o juzgar establecida en el artículo 7 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la interpretación que de la misma ha dado la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*. Dado que la Corte ha definido la obligación de juzgar como una obligación convencional, y la extradición como una opción[1120], se ha cuestionado

[1119] De conformidad con el artículo 17, párrafo 1 a), del Estatuto de Roma, la Corte deberá inadmitir un asunto salvo que constate que "el Estado que tenga jurisdicción […] no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo". Por su parte, el párrafo 2 identifica las circunstancias que se han de tener en cuenta para determinar "si hay o no disposición a actuar", a saber: "a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia". La propuesta final que consideró la Comisión estaba redactada en los siguientes términos: "4. Las autoridades competentes del Estado del foro podrán reanudar el ejercicio de su jurisdicción penal cuando las autoridades competentes del Estado del funcionario, tras aceptar la remisión del procedimiento, se comporten de manera que demuestre que: a) no tienen intención de hacer comparecer al funcionario ante la justicia; b) tienen como finalidad sustraer al funcionario de su responsabilidad penal".

[1120] En su fallo de 20 de julio de 2012, la Corte Internacional de Justicia declaró lo siguiente: "94. La Corte aclara que el artículo 7, párrafo 1, exige al Estado interesado que someta el caso a sus

que el sistema de remisión del procedimiento penal establecido en el proyecto de artículo 15, que no condiciona la remisión a la imposibilidad de ejercer su jurisdicción por el Estado del foro, sea conforme con las obligaciones aceptadas voluntariamente por los Estados parte en la Convención contra la Tortura.

20) Teniendo en cuenta esta especial problemática, la Comisión ha incluido una cláusula "sin perjuicio" que se aplicará en relación con la remisión del procedimiento penal. Esta cláusula se aplica tanto a las obligaciones exigibles al Estado del foro como a las exigibles al Estado del funcionario y no está sometida a limitaciones, por lo que se aplica respecto de cualquier obligación nacida en virtud del derecho internacional, con independencia de cuál sea su fuente o la materia a que se refiera.

Artículo 16
Trato justo del funcionario del Estado

1. Todo funcionario de otro Estado sobre el que se está ejerciendo o se podría ejercer la jurisdicción penal del Estado del foro tendrá garantizado un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos y garantías procesales de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluidos el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

2. Dicho funcionario, cuando se encuentre en prisión, detenido o recluido en el Estado del foro, tendrá derecho a:

a) comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado del funcionario;

b) recibir la visita del representante de ese Estado; y

c) ser informado sin demora de los derechos que le 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 del foro, en el entendido de que dichas leyes y normativas han de permitir que tenga pleno efecto el propósito de los derechos mencionados en el párrafo 2.

Comentario

1) En el proyecto de artículo 16 se reconoce el derecho de todo funcionario de otro Estado a recibir un trato justo por parte de las autoridades del Estado del foro que estén ejerciendo o hayan ejercido su jurisdicción sobre ese funcionario. La Comisión ha optado por un enfoque basado en el funcionario, al que se reconocen derechos, y no en la mera enumeración de obligaciones que se exigen al Estado del foro. De esta manera se refleja más adecuadamente la naturaleza eminentemente personal de los derechos y garantías enunciados en el proyecto de artículo. Este enfoque se refleja tanto en el título del proyecto de artículo (Trato justo del funcionario del Estado) como en sus párrafos 1 y 2, que comienzan, respectivamente, con las palabras "[t]odo funcionario […] tendrá garantizado" y "[d]icho

autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, con independencia de que exista una solicitud previa de extradición del sospechoso. En consecuencia, el Estado está obligado a realizar una investigación preliminar (artículo 6, párrafo 2) en cuanto el sospechoso se halle en su territorio. La obligación de someter el caso a las autoridades competentes, con arreglo al artículo 7, párrafo 1, puede dar lugar o no a que se inicie un proceso, según las pruebas con que se cuente en relación con los cargos que se imputen al sospechoso.

95. Sin embargo, si el Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso ha recibido una solicitud de extradición en alguno de los casos previstos en las disposiciones de la Convención, puede eximirse de su obligación de juzgar accediendo a esa solicitud. Con arreglo a la Convención, la elección entre extradición o sometimiento a enjuiciamiento no quiere decir que las dos alternativas tengan el mismo peso porque, si bien la extradición es una opción que la Convención ofrece al Estado, el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida por la Convención, y su incumplimiento es un acto ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado". Véase *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 902 *supra*), pág. 456, párrs. 94 y 95.

funcionario […] tendrá derecho a". El conjunto de los derechos reconocidos al funcionario del Estado se engloba bajo la denominación general de "trato justo", en el entendimiento de que esa expresión incluye necesariamente los requisitos de imparcialidad e independencia.

2) El reconocimiento del derecho a un trato justo del funcionario se configura como una garantía adicional a las ya enumeradas en los proyectos de artículo 9 a 15. Esta garantía se predica respecto del funcionario, en la medida en que los derechos contenidos en el proyecto de artículo 16 son de naturaleza individual. No obstante, se debe recordar que esas garantías se aplican al funcionario en su condición de tal y, por consiguiente, constituyen también garantías para el Estado del funcionario. Así, mediante este proyecto de artículo se da respuesta a las preocupaciones expresadas por algunos Estados respecto de la posibilidad de que uno de sus funcionarios sea sometido a la jurisdicción de un Estado cuyo sistema jurídico no establece garantías suficientes de respeto de los derechos humanos, en especial los derechos y garantías que definen el juicio justo.

3) El proyecto de artículo 16 está inspirado en el proyecto de artículo 11 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad[1121], y sigue básicamente su redacción. Al igual que ese proyecto de artículo, el proyecto de artículo comentado está estructurado en tres párrafos dedicados, respectivamente, al reconocimiento de los derechos y garantías procesales de carácter general de los que puede gozar cualquier individuo (párr. 1); al reconocimiento especial de un conjunto de derechos al funcionario del Estado que se encuentra en prisión, detenido o recluido en el Estado del foro (párr. 2); y a la determinación de la norma aplicable respecto del ejercicio de los derechos especiales enunciados en el párrafo 2 (párr. 3). Sin embargo, aunque el proyecto de artículo 16 sigue la estructura del proyecto de artículo 11 mencionado, se ha de destacar que presenta diferencias de redacción y conceptuales, que se corresponden con elementos diferenciadores que son característicos del presente proyecto de artículos.

4) El párrafo 1 establece que "[t]odo funcionario de otro Estado […] tendrá garantizado un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos y garantías procesales". En este enunciado genérico se incluyen todos los derechos y garantías reconocidos a cualquier individuo en relación con cualquier medida que puedan adoptar contra él las autoridades del Estado del foro. Entre ellos se incluyen los derechos referidos a la libertad personal o la privación de esta, así como los distintos componentes del derecho de acceso a los tribunales y el derecho a un juicio justo, incluidos el derecho de la persona acusada de un delito a ser informada de las acusaciones que se le imputan, el derecho a ser asistida por un abogado de su elección y el derecho a comunicarse con las autoridades del Estado del foro en un idioma que comprenda[1122]. Dentro de la categoría de derechos y garantías procesales se incluyen también los distintos componentes del derecho a la asistencia consular reconocidos en el artículo 36 la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Este derecho es reconocido a cualquier nacional de un Estado con independencia de que disfrute o no de la condición de funcionario en el sentido dado a este término por el presente proyecto de artículos.

5) Los derechos y garantías procesales a que se refiere el párrafo 1 del proyecto de artículo 16, así como las condiciones en que debe garantizarse y protegerse su ejercicio, son los enunciados en el derecho nacional del Estado del foro, así como en el derecho internacional. En particular, el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario definen el estándar internacional aplicable, y cuyo significado fue ya establecido por la Comisión en relación con el proyecto de artículo 11 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad[1123]. Aunque las normas

[1121] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 44 y 45, proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, proyecto de artículo 11 (Trato justo del presunto infractor) y su comentario.

[1122] Véase un listado de los derechos que se incluyen en esta categoría en el séptimo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/729), párrs. 159 a 168.

[1123] Véase A/74/10, págs. 98 a 101, comentario al proyecto de artículo 11, en particular párr. 7). Véase también el séptimo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, A/CN.4/729, cap. IV, secc. A, párrs. 159 a 168.

internacionales relevantes se refieren habitualmente a “derechos” o a “derechos y garantías”, en el párrafo 1 se ha empleado la expresión “derechos y garantías procesales” para tener en cuenta la variedad de circunstancias en que estos deben ser asegurados respecto de un funcionario extranjero, que no se limitan a la acción judicial.

6) En relación con esta última cuestión, la Comisión no ha considerado necesario incluir en el proyecto de artículo una referencia expresa a las distintas fases o momentos en que las autoridades del Estado del foro deben asegurar los derechos y garantías procesales del funcionario. Estos deben garantizarse y protegerse siempre que estas autoridades adopten algún tipo de medida respecto del funcionario de otro Estado, tanto en el período anterior a la determinación de la inmunidad como durante el proceso de determinación de la inmunidad y con posterioridad al mismo, incluidos el enjuiciamiento del funcionario y la fase de cumplimiento de la condena que, en su caso, le pueda ser impuesta.

7) El párrafo 2 establece un nuevo derecho que es reconocido al funcionario de otro Estado que haya sido detenido, sometido a prisión o recluido bajo cualquier forma por las autoridades del Estado del foro. Su redacción sigue el modelo del párrafo 2 del proyecto de artículo 11 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, pero introduce importantes modificaciones respecto de este, en particular la supresión de toda referencia a los vínculos de nacionalidad o residencia que pueda existir entre el funcionario y el Estado del funcionario. Ello obedece al hecho de que los derechos especiales articulados en el párrafo 2 del proyecto de artículo 16 son distintos del derecho a la asistencia consular, que se entiende incluido entre los derechos y garantías procesales a que se refiere el párrafo 1 y que será de aplicación en cualquier circunstancia[1124].

8) A pesar de la aplicabilidad del derecho a la asistencia consular a cualquier funcionario del Estado que sea nacional suyo, la Comisión ha tenido en cuenta que, de conformidad con la definición de “funcionario del Estado” contenida en el proyecto de artículo 2, apartado a), el funcionario no deberá tener necesariamente la nacionalidad del Estado, en cuyo caso no resultaría cubierto por el derecho de asistencia consular del Estado del funcionario. Además, ha tenido igualmente en cuenta que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario se reconoce al funcionario en beneficio del Estado y en virtud de la especial relación que une al funcionario y al Estado del funcionario, lo que debería tener una especial proyección sobre los derechos y garantías procesales que se reconocen al funcionario. Por ello, la Comisión ha considerado útil incluir en el proyecto de artículo dedicado al trato justo del funcionario del Estado una disposición especial por la que se establecen ciertos derechos que operan únicamente en virtud de la relación existente entre el Estado y su funcionario. Estos derechos adicionales se han vinculado al supuesto de que el funcionario esté detenido, en prisión o reclusión en el Estado del foro, ya que se trata del supuesto máximo en que el ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro sobre un funcionario extranjero puede incidir negativamente en el desempeño de sus funciones estatales o en la representación del Estado y, por tanto, en la inmunidad.

9) El párrafo 2 del proyecto de artículo se inicia con la expresión “[d]icho funcionario” para reforzar el vínculo con el párrafo 1, con el que constituye una unidad a la hora de entender el alcance del concepto de “trato justo del funcionario del Estado”. Para definir el contenido de los derechos especiales reconocidos al funcionario de otro Estado se ha seguido el modelo del proyecto de artículo 11 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad. En virtud de lo señalado en el párrafo anterior, la Comisión ha considerado que asegurar que el funcionario extranjero pueda comunicarse con el representante competente más próximo de su Estado y recibir su visita, así como recibir información sobre estos derechos, constituyen una garantía tanto para el funcionario como para el Estado del funcionario.

10) El párrafo 3 reproduce de forma casi literal el párrafo correspondiente del proyecto de artículo 11 antes mencionado, que a su vez retoma el texto del párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Cabe señalar que, a fin de mantener la

[1124] La asistencia consular se ha considerado uno de los componentes del “trato justo”. Véase el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, A/74/10, págs. 106 a 110, comentario al proyecto de artículo 11, en particular párrs. 8) y 9).

terminología utilizada en el presente proyecto de artículos, el párrafo 3 se refiere al derecho aplicable como las leyes y normativas "del Estado del foro"[1125]. De conformidad con este párrafo se identifica el derecho nacional como el aplicable para ejercer los derechos especiales enunciados en el párrafo 2, a fin de tener en cuenta que la forma precisa en que se produce la detención, prisión o reclusión de un individuo está regida, en buena medida, por normas nacionales. Por tanto, la forma en que se ejercen los derechos de dicho individuo a recibir información, comunicarse o recibir la visita de los representantes competentes de otro Estado puede variar de un Estado a otro. Sin embargo, el reconocimiento de esta diversidad y el consiguiente margen de discrecionalidad del Estado del foro están limitados por la última frase del párrafo 3, en la que se establece que la aplicación del derecho nacional se ha de producir "en el entendido de que dichas leyes y normativas han de permitir que tenga pleno efecto el propósito de los derechos mencionados en el párrafo 2". Con este criterio de interpretación finalista se pretende garantizar que el Estado del foro no aplique sus leyes y normativas de manera arbitraria, haciendo inoperantes en la práctica los derechos que se reconocen al funcionario de otro Estado en el párrafo 2 del proyecto de artículo.

Artículo 17
Consultas

El Estado del foro y el Estado del funcionario celebrarán consultas, cuando sea apropiado, a petición de cualquiera de las partes, sobre las cuestiones relacionadas con la inmunidad del funcionario cubierta por el presente proyecto de artículos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 17 está dedicado a las consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. Las consultas son un mecanismo utilizado habitualmente en las relaciones interestatales con distintas finalidades. En particular, pero no de forma exclusiva, se celebran consultas para obtener información sobre cuestiones de interés común, conocer la posición de otro Estado sobre dichas cuestiones, identificar maneras para evitar una controversia entre dos Estados o facilitar una vía de solución para una controversia ya formalizada. La obligación de celebrar consultas entre los Estados interesados ha sido recogida en multitud de tratados internacionales y ha sido incluida en tratados de cooperación y asistencia jurídica internacional en materia penal[1126].

2) Las consultas a que se refiere el proyecto de artículo 17 no están limitadas a un objeto concreto, pudiendo referirse a todas "las cuestiones relacionadas con la inmunidad del funcionario del Estado cubierta por el presente proyecto de artículos". Por tanto, las consultas pueden estar relacionadas tanto con el proceso de determinación de la inmunidad como con cualquier otra cuestión relacionada con la inmunidad, incluyendo los elementos normativos que definen la inmunidad *ratione personae* (segunda parte) y la inmunidad *ratione materiae* (tercera parte), así como las disposiciones y garantías procesales (cuarta parte). Las consultas deben diferenciarse, por tanto, de las "solicitudes de información" recogidas en el proyecto de artículo 13, que se limitan a la información necesaria para proceder a la determinación de la inmunidad por el Estado del foro y a la decisión sobre la invocación de la inmunidad por parte del Estado del funcionario o la renuncia a ella.

3) Las consultas constituyen una garantía procesal que opera tanto respecto del Estado del funcionario como respecto del Estado del foro y, por ello, se celebrarán a petición de cualquiera de ellos. Atendiendo a su consideración como garantía procesal, la Comisión ha optado por emplear el tiempo verbal "celebrarán", que indica el carácter obligatorio de las consultas. No obstante, se ha incluido la expresión "cuando sea apropiado" para introducir un elemento de flexibilidad que permita al Estado del foro y al Estado del funcionario

[1125] Por consiguiente, la terminología difiere de la utilizada en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares ("las leyes y reglamentos del Estado receptor") y el párrafo 3 del proyecto de artículo 11 sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad ("Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentra la persona"). Véase A/74/10, cap. IV, párr. 44.

[1126] Véanse Convención sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa, art. 18; y Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 21.

adaptarse a las circunstancias de cada caso concreto, incluida la situación de sus relaciones diplomáticas. El empleo de esta fórmula de flexibilidad no cambia el carácter obligatorio de las consultas ni convierte en una mera recomendación el recurso a las mismas.

4) La Comisión no ha considerado necesario establecer ningún procedimiento para la celebración de consultas, a fin de preservar la naturaleza extremadamente flexible de este mecanismo.

5) Por último, se ha de destacar que las consultas no constituyen por sí mismas un sistema de arreglo de las controversias, ni su función está exclusivamente relacionada con la solución de controversias. Sin embargo, nada impediría que se celebrasen consultas en el contexto de una controversia, actual o emergente, entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. Por esta razón, el proyecto de artículo dedicado a las consultas se ha incluido al final de la cuarta parte del proyecto de artículos, inmediatamente antes del proyecto de artículo dedicado a la solución de controversias.

Artículo 18
Arreglo de controversias

1. En caso de controversia sobre la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos, el Estado del foro y el Estado del funcionario tratarán de buscarle solución mediante la negociación u otros medios pacíficos de su elección.

2. Si no se puede alcanzar una solución mutuamente aceptable en un plazo razonable, la controversia se someterá, a petición del Estado del foro o del Estado del funcionario, a la Corte Internacional de Justicia, a menos que ambos Estados convengan en someter la controversia a arbitraje o a otro medio de solución conducente a una decisión obligatoria.

Comentario

1) El proyecto de artículo 18 es la última de las disposiciones de la cuarta parte del proyecto de artículos y está dedicado al arreglo de las controversias que puedan surgir entre el Estado del foro y el Estado del funcionario.

2) La práctica generalmente seguida por la Comisión hasta la fecha ha sido la de no incluir disposiciones sobre arreglo de controversias en sus proyectos de artículos, dejando tal cuestión a la decisión ulterior de los Estados. Sin embargo, el reciente proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad incluyó el proyecto de artículo 15 dedicado al arreglo de controversias, lo que se justificó por el hecho de que dicho proyecto de artículos fue concebido por la Comisión como un proyecto de tratado.

3) Dado que la Comisión no se ha pronunciado todavía sobre si recomendará o no a la Asamblea General que el presente proyecto de artículos se utilice como base para la negociación de un tratado, se han expresado distintas opiniones sobre la conveniencia de incluir o no en él el proyecto de artículo 18. Sin embargo, la Comisión ha considerado preferible incluir un proyecto de artículo dedicado al arreglo de controversias por varios motivos. Entre ellos, favorecer que los Estados expresen sus preferencias al respecto y puedan formular comentarios sobre el proyecto de artículo, lo que no sería posible si este se incluyese únicamente con ocasión de la adopción del proyecto de artículos en segunda lectura.

4) Además, se ha tenido en cuenta también que el proyecto de artículo 18 responde a un planteamiento lógico que inspira el contenido y la estructura de la cuarta parte del proyecto de artículos. Las disposiciones y garantías procesales contenidas en esta cuarta parte tienen como finalidad, entre otras, contribuir a la creación de condiciones de confianza entre el Estado del foro y el Estado del funcionario que eviten o minoren la posibilidad de que se genere una controversia en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario concreto. Sin embargo, si tal controversia llegase a producirse, no podría solventarse más que a través de los medios de arreglo pacífico de controversias aceptados en el derecho internacional contemporáneo. Por ello, la Comisión ha considerado útil incluir el proyecto de artículo 18 como cierre del *iter* o secuencia lógica que actúa como hilo conductor de la cuarta parte del proyecto de artículos.

5) A fin de garantizar la coherencia en sus trabajos, la Comisión ha tenido en cuenta el texto del proyecto de artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad mencionado *supra*, cuyos elementos básicos se han recogido en el proyecto de artículo ahora comentado. Sin embargo, el texto aprobado por la Comisión presenta una redacción parcialmente distinta, a fin de recoger ciertas peculiaridades del sistema de arreglo de controversias aplicable en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

6) El párrafo 1 del proyecto de artículo establece la obligación de resolver a través de medios pacíficos toda controversia que surja entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. La controversia se ha definido por referencia a "la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos", utilizando así una terminología generalmente aceptada, presente en diversas cláusulas de arreglo de controversias contenidas en tratados, así como en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales.

7) En líneas generales, el párrafo 1 sigue la redacción del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, empleando la expresión "tratarán de buscarle solución" para referirse a una obligación de comportamiento que se exige al Estado del foro y al Estado del funcionario. Con la frase "mediante la negociación u otros medios pacíficos de su elección", se ha querido poner énfasis en el principio de libre elección del medio. Con la mención específica de la negociación se ha seguido el modelo generalmente aceptado en distintas cláusulas convencionales de arreglo de controversias, sin que ello implique la exclusión de ningún otro medio pacífico de solución de controversias. Por el contrario, ha de entenderse que la referencia a "otros medios pacíficos" incluye todos los medios específicamente enumerados en el Artículo 33 de la Carta: negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la negociación a que se refiere este párrafo 1 no puede confundirse en ningún caso con las consultas a que se refiere el proyecto de artículo 17, que tienen naturaleza autónoma y cuya celebración no constituye una condición previa para la aplicación del proyecto de artículo 18.

8) El párrafo 2 establece un sistema de arreglo de controversias que, siguiendo el modelo tradicional, entrará en funcionamiento únicamente si los Estados no han podido resolverlas a través de un medio de su elección conforme a lo previsto en el párrafo 1 del proyecto de artículo. Este sistema de arreglo tiene carácter obligatorio, como se refleja en la expresión "la controversia se someterá", y podrá ser activado unilateralmente tanto por el Estado del foro como por el Estado del funcionario, con la única condición de que no hayan podido alcanzar "una solución mutuamente aceptable en un plazo razonable". La Comisión no ha considerado oportuno fijar un plazo concreto a tal fin, habiendo considerado preferible emplear la expresión "plazo razonable", cuyo alcance deberá ser determinado caso por caso por la Corte Internacional de Justicia u otro órgano competente para solucionar la controversia.

9) La competencia para resolver la controversia de forma obligatoria se atribuye a la Corte Internacional de Justicia, salvo que el Estado del foro y el Estado del funcionario "convengan en someter la controversia" a otro medio jurídico que deberá terminar, en todo caso, con "una decisión obligatoria". De esta manera se reconoce el carácter de la Corte Internacional de Justicia como jurisdicción de referencia para el derecho internacional, que —además— ha jugado un papel relevante en relación con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

10) Entre los medios alternativos de arreglo obligatorio de las controversias relativas a la inmunidad, la Comisión ha incluido en primer lugar el arbitraje, ya que es un medio bien establecido al que los Estados acuden con frecuencia y que se recoge como medio jurídico alternativo en un buen número de tratados internacionales. El párrafo 2 del proyecto de artículo 18 contempla también como un medio alternativo cualquier "otro medio de solución conducente a una decisión obligatoria". Al incluir esta formulación, tomada del artículo 282 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[1127], la Comisión ha tenido

[1127] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, núm. 31363, pág. 3.

en cuenta la posibilidad de que las controversias sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado puedan o deban ser sometidas a otros tribunales internacionales, especialmente los establecidos de conformidad con tratados o en el seno de organizaciones regionales.

11) En cualquier caso, se debe destacar que la sustitución de la Corte Internacional de Justicia por otro medio de arreglo, en virtud del acuerdo entre los Estados interesados, exige en todo caso que el órgano alternativo elegido tenga competencia para resolver la controversia mediante una decisión que sea obligatoria para las partes, bien sea un laudo arbitral, bien una sentencia de un tribunal internacional o internacionalizado.

12) Para terminar con el comentario al sistema de arreglo de controversias, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el proyecto de artículo 18 no contiene una cláusula de derogación unilateral del sistema obligatorio de arreglo de controversias establecido en el párrafo 2, separándose así del modelo del proyecto de artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad. Aunque la inclusión de esta cláusula de derogación fue apoyada por algunos miembros de la Comisión, otros consideraron que preferían que no se incluyera, puesto que se trata de una cuestión estrechamente relacionada con la forma final del proyecto de artículos y la recomendación que se dirija al respecto a la Asamblea General en su momento. Por último, otros miembros señalaron que el debate sobre la inclusión o no de una cláusula derogatoria no tiene un efecto real, ya que la derogación unilateral del sistema obligatorio de arreglo de controversias podría producirse en cualquier circunstancia. Teniendo en cuenta las distintas posiciones que se han resumido *supra*, la Comisión ha considerado preferible no incluir una cláusula unilateral de derogación en la primera lectura del proyecto de artículos, aunque podría volver más adelante sobre dicha cuestión a la luz de los comentarios de los Estados y de la recomendación que dirigirá a la Asamblea General sobre el futuro del proyecto de artículos.

13) Por último, se debe destacar que el proyecto de artículo 18 aprobado por la Comisión en primera lectura no incluye un último párrafo, propuesto originalmente por la Relatora Especial, en virtud del cual "[e]n el caso de que la controversia se someta a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia, el Estado del foro suspenderá el ejercicio de su jurisdicción hasta que el órgano competente adopte una decisión definitiva"[1128]. Aunque algunos miembros de la Comisión expresaron su opinión de que la obligación de suspender el procedimiento penal tras someter la controversia a un medio de arreglo de naturaleza obligatoria podía constituir una garantía procesal de interés, la referencia a la misma fue excluida teniendo en cuenta que no es posible encontrar antecedentes que sirvan de apoyo para esta disposición ni en tratados internacionales vigentes ni en la jurisprudencia internacional. A ello se añade el hecho de que la suspensión del procedimiento penal en estas circunstancias podría encontrarse con serias dificultades en distintos ordenamientos jurídicos estatales. Por ello, el proyecto de artículo 18 no regula esta cuestión, dejando la posible suspensión del procedimiento nacional dependiendo de un eventual acuerdo entre las partes o, en su caso, de las medidas cautelares que puedan ser dictadas por la Corte Internacional de Justicia o por cualquiera de los órganos que resulten competentes en virtud del párrafo 2.

Anexo
Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2

Crimen de genocidio

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 6.
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, artículo II.

[1128] Octavo informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/739), párr. 54, proyecto de artículo 17, párrafo 3.

Crímenes de lesa humanidad

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 7.

Crímenes de guerra

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 8, párrafo 2.

Crimen de *apartheid*

- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, artículo II.

Tortura

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, artículo 1, párrafo 1.

Desapariciones forzadas

- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, artículo 2.

Comentario

1) Como se señala en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7, "los crímenes de derecho internacional […] mencionados [en el párrafo 1] se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos". Como se indica en el comentario al párrafo 2, la lista incluida en el anexo tiene como única finalidad identificar las definiciones de los crímenes de derecho internacional respecto de los que no se aplica la inmunidad *ratione materiae*, y no tiene efecto alguno sobre la naturaleza consuetudinaria de estos crímenes ni sobre las obligaciones específicas que se puedan derivar de los tratados incluidos en la lista para los Estados parte.

2) La elección de los tratados cuyos artículos se incluyen en el anexo a efectos de la definición de los crímenes de derecho internacional se realizó teniendo en cuenta tres criterios básicos: a) la voluntad de evitar posibles confusiones cuando varios tratados utilizan diferente terminología para definir un mismo crimen; b) que el tratado incluido en la lista sea de ámbito universal; y c) que el tratado en cuestión contenga la definición más actualizada de dicho crimen ofrecida por normas convencionales.

3) El genocidio fue definido por primera vez en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio[1129], y su tipificación se ha mantenido constante en el derecho penal internacional contemporáneo, debiéndose destacar el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (art. 4)[1130], el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 2)[1131] y, de modo especial, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que, en su artículo 6, recoge la definición contenida en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Por su parte, la Comisión definió el genocidio en el artículo 17 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996[1132]. A los efectos del presente proyecto de artículos, la Comisión incluyó en el anexo tanto el Estatuto de Roma (art. 6) como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. II), dada la práctica identidad y significado de los términos empleados por ambos instrumentos.

4) Por lo que se refiere a los crímenes de lesa humanidad, ha de recordarse que algunos tratados internacionales han calificado ciertos comportamientos de "crímenes de lesa

[1129] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. II.
[1130] Véase la nota 930 *supra*.
[1131] Véase la nota 931 *supra*.
[1132] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 48.

humanidad”[1133] y que los tribunales internacionales se han pronunciado sobre el carácter consuetudinario de esa categoría de crímenes. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (art. 5) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 3) también han definido ese crimen. La propia Comisión definió esta categoría de crímenes en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (art. 18)[1134]. Sin embargo, es el Estatuto de Roma el instrumento en que por primera vez se define esta categoría de crímenes de forma integral y autónoma. Por esta razón, la Comisión consideró que el artículo 7 del Estatuto de Roma debía ser entendido como la definición de los crímenes de lesa humanidad a los efectos del presente proyecto de artículo. Esa decisión es coherente con la adoptada con anterioridad por la Comisión en relación con el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, que, en su proyecto de artículo 2, reproduce la definición de esta categoría de crímenes contenida en el artículo 7 del Estatuto de Roma[1135].

5) El concepto de crímenes de guerra tiene una larga tradición que se vincula originalmente a los tratados de derecho internacional humanitario. Así, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) definen dicha categoría de crímenes bajo la denominación de “infracciones graves”[1136]. Los crímenes de guerra fueron definidos también en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (arts. 2 y 3) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 4), así como por la propia Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (art. 20)[1137]. La última definición de los crímenes de guerra figura en el artículo 8, párrafo 2, del Estatuto de Roma, que recoge los precedentes y se refiere de forma amplia a los crímenes de guerra cometidos tanto en un conflicto armado internacional como en un conflicto armado no internacional, así como a los crímenes de base convencional y de base internacional consuetudinaria. A los efectos del presente proyecto de artículo, la Comisión decidió retener la definición contenida en el artículo 8, párrafo 2, del Estatuto de Roma, por considerarla la versión más actualizada de la definición de esta categoría de crímenes. Dicha decisión no implica, sin embargo, ignorar el lugar destacado que los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I ocupan en relación con la definición de lo que ha de entenderse como crímenes de guerra.

6) El crimen de *apartheid* fue definido por primera vez en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, que, aunque lo califica de crimen contra la humanidad y crimen de derecho internacional (art. I), contiene una definición autónoma y detallada del crimen de *apartheid* (art. II). Por esta razón, la Comisión decidió retener la definición de la Convención de 1973 a los efectos del presente proyecto de artículo.

7) La tortura se define como una violación de derechos humanos en todos los instrumentos internacionales en la materia. Su calificación como conducta prohibida que

[1133] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. I; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, párrafo quinto del preámbulo.

[1134] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 51.

[1135] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), págs. 29 a 50.

[1136] Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Primer Convenio de Ginebra), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 970, pág. 31, art. 50; Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Segundo Convenio de Ginebra), *ibid*., núm. 971, pág. 85, art. 51; Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio de Ginebra), *ibid*., núm. 972, pág. 135, art. 130; Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Cuarto Convenio de Ginebra), *ibid*., núm. 973, pág. 287, art. 147; 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) (Ginebra, 8 de junio de 1977), *ibid*., vol. 1125, núm. 17512, pág. 3, art. 85.

[1137] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58.

debe dar lugar a represión penal se recoge por primera vez en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, que la define como un crimen autónomo en su artículo 1, párrafo 1. Dicha definición incorpora, además, el elemento significativo de que la calificación de un acto como tortura exige que este sea realizado por funcionarios públicos o por instigación o consentimiento de funcionarios públicos, lo que sitúa a ese crimen en relación directa con el tema objeto del presente proyecto de artículos. Una definición similar figura en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (arts. 2 y 3)[1138]. La Comisión considera que, a los efectos del presente proyecto de artículo, la tortura ha de entenderse conforme a la definición que de la misma da la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

8) Las desapariciones forzadas de personas se definieron por primera vez en la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994 (art. II)[1139]. Por su parte, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, define igualmente este crimen (art. 2). Al igual que en el caso de la tortura, la definición de este crimen exige que sea realizado por funcionarios públicos o por instigación o consentimiento de funcionarios públicos, lo que lo sitúa en relación directa con el tema objeto del presente proyecto de artículos. Por ello, la Comisión considera que, a los efectos del presente proyecto de artículo, la definición de desapariciones forzadas debe entenderse conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Convención de 2006.

9) Teniendo en cuenta su relación con el proyecto de artículo 7, el comentario al anexo debe leerse conjuntamente con el comentario a dicho proyecto de artículo.

[1138] Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 9 de diciembre de 1985), Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 67.

[1139] Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994), Organización de los Estados Americanos, *Documentos Oficiales*, OEA/Ser.A/55.

Capítulo VII
La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

A. Introducción

70. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión decidió incluir el tema "La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Pavel Šturma[1140]. La Asamblea General, en su resolución 72/116, de 7 de diciembre de 2017, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

71. El Relator Especial presentó cuatro informes entre 2017 y 2021[1141]. La Comisión también tuvo ante sí, en su 71er período de sesiones (2019), un memorando de la Secretaría con información sobre tratados que pueden ser pertinentes para la labor futura de la Comisión sobre el tema[1142]. Tras el debate sobre cada uno de los informes, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción las propuestas de proyectos de artículo presentadas por el Relator Especial. Los sucesivos Presidentes del Comité de Redacción presentaron a la Comisión informes provisionales sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado en que figuraban los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 70º a 72º (2018, 2019 y 2021).

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

72. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/751).

73. En su quinto informe, dividido en cuatro partes, el Relator Especial ofrecía un resumen actualizado de la labor sobre el tema, que incluía un resumen del debate celebrado en la Sexta Comisión en el septuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General y una explicación de la metodología del informe (primera parte). A continuación, el Relator Especial examinaba la existencia de una pluralidad de Estados sucesores lesionados y una pluralidad de Estados sucesores responsables (segunda parte) y proponía un nuevo modelo para la consolidación y reestructuración de los proyectos de artículo remitidos al Comité de Redacción en períodos de sesiones anteriores sobre la base de las propuestas que figuran en sus informes (tercera parte). Por último, el Relator Especial abordaba el futuro programa de trabajo sobre el tema (cuarta parte). No se propuso ningún proyecto de artículo nuevo.

74. La Comisión examinó el quinto informe en sus sesiones 3579ª a 3583ª, celebradas del 11 al 17 de mayo de 2022.

75. En su 3583ª sesión, celebrada el 17 de mayo de 2022, la Comisión decidió, por recomendación del Relator Especial, encargar al Comité de Redacción que procediera a elaborar un proyecto de directrices sobre la base de las disposiciones que le habían sido remitidas previamente (incluidas las disposiciones aprobadas provisionalmente por la Comisión en períodos de sesiones anteriores), teniendo en cuenta el debate celebrado en plenaria sobre el quinto informe del Relator Especial.

76. En su 3593ª sesión, celebrada el 14 de julio de 2022, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción sobre el tema (A/CN.4/L.970)[1143], y aprobó provisionalmente los

[1140] En su 3354ª sesión, celebrada el 9 de mayo de 2017. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 68º período de sesiones (2016), sobre la base de la propuesta que figuraba en el anexo B del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/71/10)).

[1141] A/CN.4/708, A/CN.4/719, A/CN.4/731 y A/CN.4/743 y Corr.1, respectivamente.

[1142] A/CN.4/730.

[1143] El informe y la correspondiente declaración del Presidente del Comité de Redacción, que incluye un anexo con el texto consolidado de todos los títulos y el texto de los proyectos de directriz sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado elaborados por el Comité de

proyectos de directriz 6, 10, 10 *bis* y 11, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en 2018 y 2021, respectivamente, así como los proyectos de directriz 7 *bis*, 12, 13, 13 *bis*, 14, 15 y 15 *bis*, que fueron aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el actual período de sesiones (véase la sección D.1). A raíz del cambio relativo a la forma que revestirá el resultado, la Comisión también tomó nota de los proyectos de artículo 1, 2, 5, 7, 8 y 9, revisados por el Comité de Redacción para convertirlos en proyectos de directriz[1144]. Tomó nota además de que el Relator Especial había redactado

Redacción hasta el momento, pueden consultarse en línea en la guía analítica de la labor de la Comisión de Derecho Internacional.

[1144] Para facilitar la consulta, a continuación se reproducen los proyectos de artículo aprobados anteriormente y revisados para convertirse en proyectos de directriz. La numeración tiene en cuenta la omisión de los proyectos de artículo 3 y 4, propuestos por el Relator Especial en su primer informe (2017) y pendientes de examen por el Comité de Redacción hasta 2022:

Directriz 1
Alcance

1. El presente proyecto de directrices aborda los efectos de una sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

2. El presente proyecto de directrices se aplica cuando no existe una solución diferente acordada por los Estados interesados.

Directriz 2
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

a) se entiende por "sucesión de Estados" la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio;

b) se entiende por "Estado predecesor" el Estado que ha sido sustituido por otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;

c) se entiende por "Estado sucesor" el Estado que ha sustituido a otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;

d) se entiende por "fecha de la sucesión de Estados" la fecha en la que el Estado sucesor ha sustituido al Estado predecesor en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio al que se refiere la sucesión de Estados.

Directriz 5
Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de directrices

El presente proyecto de directrices se refiere únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produce de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Directriz 7
Hechos de carácter continuado

Cuando un hecho internacionalmente ilícito de un Estado sucesor es de carácter continuado en relación con un hecho internacionalmente ilícito de un Estado predecesor, la responsabilidad internacional del Estado sucesor se extiende únicamente a las consecuencias de su propio hecho después de la fecha de la sucesión de Estados. Si el Estado sucesor reconoce y adopta el hecho del Estado predecesor como propio, y en la medida en que lo haga, la responsabilidad internacional del Estado sucesor también se extiende a las consecuencias de ese hecho.

Directriz 8
Atribución del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logra establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado predecesor o en un territorio bajo la administración de este se considera un hecho del nuevo Estado con arreglo al derecho internacional.

2. El párrafo 1 se entiende sin perjuicio de la atribución al Estado predecesor de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse un hecho de ese Estado en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

comentarios revisados de manera oficiosa en relación con los proyectos de directriz 1, 2, 5, 7, 8 y 9, a fin de ayudar a la Comisión en su futura labor sobre este tema.

77. En sus sesiones 3605ª a 3611ª, celebradas del 29 de julio al 4 de agosto de 2022, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de directriz 6, 7 *bis*, 10, 10 *bis*, 11, 12, 13, 13 *bis*, 14, 15 y 15 *bis* (véase la sección D.2).

78. En su 3611ª sesión, celebrada el 4 de agosto de 2022, la Comisión expresó su profundo agradecimiento por la extraordinaria contribución realizada por el Relator Especial, Sr. Pavel Šturma, cuyo dominio del tema, asesoramiento y cooperación habían facilitado enormemente la labor de la Comisión.

Breve resumen del debate sobre algunas cuestiones planteadas en el quinto informe del Relator Especial

a) Pluralidad de Estados

79. El Relator Especial explicó que su quinto informe se había centrado fundamentalmente en los problemas asociados a la existencia de una pluralidad de Estados sucesores lesionados o a una pluralidad de Estados sucesores responsables. Al hacerlo, también había tenido en cuenta el concepto de "responsabilidad compartida", al que se hacía referencia en los Principios Rectores de la Responsabilidad Compartida en el Derecho Internacional, elaborados en el marco de un proyecto puesto en marcha en la Universidad de Ámsterdam[1145]. No obstante, el Relator Especial consideraba que, dado su ámbito de aplicación, los Principios Rectores tenían una utilidad limitada para el tema objeto de examen.

80. En cuanto a la pluralidad de Estados sucesores lesionados, el Relator Especial señaló que esta no afectaba de la misma manera a todas las categorías de sucesión de Estados. Ejemplos típicos de esas situaciones, que se habían producido en la práctica, eran la disolución de un Estado y la separación de una o varias partes de un Estado. El Relator Especial indicó que la práctica de los Estados respaldaba que se diera prioridad a todo acuerdo específico. Cuando no existía ningún acuerdo de ese tipo ni vínculos especiales entre uno o varios Estados sucesores y el perjuicio, la solución radicaba en la aplicación de una distribución equitativa. Al mismo tiempo, el Relator Especial señaló que el Estado responsable no podía desestimar la reclamación de un Estado sucesor porque existiera una

Directriz 9
Casos de sucesión de Estados cuando el Estado predecesor sigue existiendo

1. Cuando un Estado predecesor ha cometido un hecho internacionalmente ilícito antes de la fecha de la sucesión de Estados y el Estado predecesor sigue existiendo, el Estado lesionado sigue teniendo derecho a invocar la responsabilidad del Estado predecesor incluso después de la fecha de la sucesión:

a) cuando parte del territorio del Estado predecesor, o cualquier territorio de cuyas relaciones internacionales es responsable el Estado predecesor, pasa a ser parte del territorio de otro Estado;

b) cuando parte o partes del territorio del Estado predecesor se separan para formar uno o varios Estados, o

c) cuando un Estado sucesor es un Estado de reciente independencia cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor.

2. En determinadas circunstancias, el Estado lesionado y el Estado sucesor deberían esforzarse por llegar a un acuerdo para afrontar el perjuicio.

3. Los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de cualquier acuerdo de distribución o de otra índole entre el Estado predecesor y el Estado sucesor al aplicar los párrafos 1 y 2.

[1145] A. Nollkaemper y otros, "Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law", *European Journal of International Law*, vol. 31 (2020), págs. 15 a 72.

pluralidad de Estados lesionados, ya que ello contravendría el artículo 46 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1146].

81. Con respecto a la pluralidad de Estados sucesores responsables, el Relator Especial indicó que, en todos los casos en que el Estado predecesor seguía existiendo, el Estado perjudicado tenía derecho a invocar su responsabilidad. En los casos de unificación de Estados (fusión) y de incorporación de un Estado en otro, el tema de la pluralidad no se planteaba *per se*. En las situaciones de disolución de un Estado, el acuerdo entre el Estado lesionado y el Estado o los Estados sucesores correspondientes era clave. Al mismo tiempo, en relación con la invocación, el Estado lesionado podía basarse en la norma codificada en el artículo 47 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El Relator Especial indicó también que, en la práctica, debido a la aplicación de acuerdos o legislación nacional pertinentes, un solo Estado sucesor solía asumir la responsabilidad en los casos de pluralidad de Estados sucesores responsables.

82. El Relator Especial recordó además que ya había abordado aspectos particulares de la pluralidad de Estados en los casos de hechos continuados o compuestos en sus propuestas anteriores, incluidas las formuladas en el Comité de Redacción, en relación con los proyectos de artículo 7 y 7 *bis*. En consecuencia, no había propuesto un proyecto de artículo sobre la pluralidad de Estados ni sobre la responsabilidad compartida en el contexto de la sucesión, ya que los ejemplos de la práctica de los Estados en la materia se referían a situaciones de responsabilidad de un Estado predecesor que seguía existiendo o de responsabilidad de un Estado sucesor por sus propios hechos o por hechos de un Estado predecesor al que le unía un vínculo especial. Otra posibilidad era incluir una cláusula que indicara que el texto de la Comisión se entendía sin perjuicio de la aplicación de los artículos 46 y 47 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

83. Durante el debate posterior celebrado en plenaria, varios miembros estuvieron de acuerdo en que no era necesario incluir una disposición sobre la pluralidad de Estados. Se subrayó que los aspectos particulares de la existencia de varios Estados en los casos de hechos continuados o compuestos podían resolverse recurriendo a las normas generales relativas a la responsabilidad del Estado. Bajo otro punto de vista, convenía incluir una disposición de ese tipo, en la línea del artículo 7 (“Pluralidad de Estados sucesores”) de la resolución de 2015 del Instituto de Derecho Internacional sobre la sucesión de Estados en materia de responsabilidad internacional[1147], o hacer una referencia a ese texto. Algunos miembros también opinaron que era innecesario incluir una cláusula “sin perjuicio” en relación con los artículos 46 y 47 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

84. Varios miembros estuvieron de acuerdo en que no era necesario examinar por separado el concepto de “responsabilidad compartida”, ya que, en su opinión, el concepto no estaba directamente relacionado con el presente tema. Por otra parte, se señaló que el examen del concepto podía aportar claridad al trabajo de la Comisión, y que también se podía hacer referencia a él en el comentario.

b) Forma final

85. Por lo que respecta a la labor del Comité de Redacción sobre los proyectos de disposición que se le remitieron en períodos de sesiones anteriores, el Relator Especial confirmó su intención de retirar los proyectos de artículo 3 y 4, propuestos en su primer informe, presentado en 2017. Su quinto informe contenía varias propuestas, de carácter técnico y estilístico, en relación con proyectos de disposición que estaba examinando el Comité de Redacción. El Relator Especial también esperaba que pudiera concluirse la primera lectura del tema en el actual período de sesiones.

86. Varios miembros se preguntaron si la elaboración de un proyecto de artículos era el resultado más adecuado, en particular a la luz de las preocupaciones expresadas por algunos

[1146] Véase *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77. Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

[1147] *Yearbook of Institute of International Law*, período de sesiones de Tallin, vol. 76 (2015), págs. 711 y ss., en especial pág. 715.

Estados en la Sexta Comisión a lo largo de los trabajos de la Comisión sobre el tema, en cuanto a la relativa falta de práctica de los Estados para justificar la adopción de un proyecto de artículos. Se sugirió que la Comisión considerara la posibilidad de cambiar el formato de su labor sobre el tema y redactar, por ejemplo, un proyecto de directrices o un proyecto de conclusiones que ofrecieran orientaciones generales a los Estados (en lugar de elaborar un conjunto de normas vinculantes). Algunos miembros expresaron dudas sobre la viabilidad de aprobar el conjunto del proyecto de artículos en primera lectura en el presente período de sesiones. Aunque varios miembros se mostraron partidarios de que el Comité de Redacción prosiguiera su labor, se propuso interrumpir los trabajos del Comité sobre un instrumento y crear, en su lugar, un Grupo de Trabajo, presidido por el Relator Especial, con el objetivo de elaborar un informe sobre el tema que se incluiría en el informe de la Comisión, como se había hecho con temas anteriores, entre otros "La obligación de extraditar o juzgar *(aut dedere aut judicare)*"[1148].

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 71º y 72º

87. El texto de los proyectos de artículo 1, 2, 5, 7, 8 y 9 aprobados provisionalmente por la Comisión en sus períodos de sesiones 71º y 72º figura a continuación.

Artículo 1[1149]
Alcance

1. El presente proyecto de artículos se aplica a los efectos de una sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

2. El presente proyecto de artículos se aplica cuando no existe una solución diferente acordada por los Estados interesados.

Artículo 2[1150]
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por "sucesión de Estados" la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio;

b) se entiende por "Estado predecesor" el Estado que ha sido sustituido por otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;

c) se entiende por "Estado sucesor" el Estado que ha sustituido a otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;

d) se entiende por "fecha de la sucesión de Estados" la fecha en la que el Estado sucesor ha sustituido al Estado predecesor en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio al que se refiere la sucesión de Estados;

[...]

[1148] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2014*, vol. II (segunda parte), párr. 65. El 19 de mayo de 2022 se celebraron consultas informales sobre la forma final de la labor sobre el tema.

[1149] Para consultar el comentario a este proyecto de artículo, véase A/74/10, párr. 118. El comentario debe leerse teniendo en cuenta el cambio de proyecto de artículo a proyecto de directriz, cuando corresponda.

[1150] Véase el comentario a este proyecto de artículo *ibid*. El comentario debe leerse teniendo en cuenta el cambio de proyecto de artículo a proyecto de directriz, cuando corresponda.

Artículo 5[1151]
Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos

El presente proyecto de artículos se aplica únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produce de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 7[1152]
Hechos de carácter continuado

Cuando un hecho internacionalmente ilícito de un Estado sucesor es de carácter continuado en relación con un hecho internacionalmente ilícito de un Estado predecesor, la responsabilidad internacional del Estado sucesor se extiende únicamente a las consecuencias de su propio hecho después de la fecha de la sucesión de Estados. Si el Estado sucesor reconoce y adopta el hecho del Estado predecesor como propio, y en la medida en que lo haga, la responsabilidad internacional del Estado sucesor también se extiende a las consecuencias de ese hecho.

Artículo 8[1153]
Atribución del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado predecesor o en un territorio bajo la administración de este será considerado un hecho del nuevo Estado con arreglo al derecho internacional.

2. El párrafo 1 se entiende sin perjuicio de la atribución al Estado predecesor de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse un hecho de ese Estado en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Artículo 9[1154]
Casos de sucesión de Estados cuando el Estado predecesor sigue existiendo

La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

1. Cuando un Estado predecesor ha cometido un hecho internacionalmente ilícito antes de la fecha de la sucesión de Estados y el Estado predecesor sigue existiendo, el Estado lesionado sigue teniendo derecho a invocar la responsabilidad del Estado predecesor incluso después de la fecha de la sucesión:

a) cuando parte del territorio del Estado predecesor, o cualquier territorio de cuyas relaciones internacionales es responsable el Estado predecesor, pasa a ser parte del territorio de otro Estado;

b) cuando parte o partes del territorio del Estado predecesor se separan para formar uno o varios Estados, o

[1151] Véase el comentario a este proyecto de artículo *ibid*. El comentario debe leerse teniendo en cuenta el cambio de proyecto de artículo a proyecto de directriz, cuando corresponda.

[1152] Para consultar el comentario a este proyecto de artículo, véase A/76/10, párr. 165. El comentario debe leerse teniendo en cuenta el cambio de proyecto de artículo a proyecto de directriz, cuando corresponda.

[1153] Véase el comentario a este proyecto de artículo *ibid*. El comentario debe leerse teniendo en cuenta el cambio de proyecto de artículo a proyecto de directriz, cuando corresponda.

[1154] Véase el comentario a este proyecto de artículo *ibid*. El comentario debe leerse teniendo en cuenta el cambio de proyecto de artículo a proyecto de directriz, cuando corresponda.

c) cuando un Estado sucesor es un Estado de reciente independencia cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor.

2. En determinadas circunstancias, el Estado lesionado y el Estado sucesor se esforzarán por llegar a un acuerdo para afrontar el perjuicio.

3. Los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de cualquier acuerdo de distribución o de otra índole entre el Estado predecesor y el Estado sucesor al aplicar los párrafos 1 y 2.

D. Texto de los proyectos de directriz sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones

1. Texto de los proyectos de directriz

88. El texto de los proyectos de directriz 6, 7 *bis*, 10, 10 *bis*, 11, 12, 13, 13 *bis*, 14, 15 y 15 *bis* aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones figura a continuación.

Directriz 6
Ausencia de efecto sobre la atribución

La sucesión de Estados no tiene ningún efecto sobre la atribución a un Estado de un hecho internacionalmente ilícito cometido por ese Estado antes de la fecha de la sucesión.

Directriz 7 *bis*
Hechos compuestos

1. Cuando un Estado predecesor sigue existiendo, la violación de una obligación internacional por ese Estado mediante una serie de acciones u omisiones definida en su conjunto como ilícita tiene lugar cuando, después de la fecha de la sucesión, se produce una acción u omisión de dicho Estado que, tomada con sus demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

2. La violación de una obligación internacional por un Estado sucesor mediante una serie de acciones u omisiones definida en su conjunto como ilícita tiene lugar cuando, después de la fecha de la sucesión, se produce una acción u omisión de dicho Estado que, tomada con sus demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de que la violación de una obligación internacional por un Estado sucesor pueda tener lugar mediante una serie de acciones u omisiones definida en su conjunto como ilícita que comienza con el Estado predecesor y continúa con el Estado sucesor.

Directriz 10
Unificación de Estados

Cuando dos o más Estados se unen y forman de ese modo un Estado sucesor, y alguno de los Estados predecesores ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, el Estado lesionado y el Estado sucesor deberían acordar la forma de afrontar el perjuicio.

Directriz 10 *bis*
Incorporación de un Estado a otro Estado

1. Cuando un Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito antes de su incorporación a otro Estado, este Estado y el Estado lesionado deberían acordar la forma de afrontar el perjuicio.

2. Cuando un Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito antes de incorporar a otro Estado, la responsabilidad del Estado autor del hecho ilícito no se ve afectada por dicha incorporación.

Directriz 11
Disolución de un Estado

Cuando un Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito se disuelve y deja de existir, y las partes del territorio del Estado predecesor forman dos o más Estados sucesores, el Estado lesionado y el Estado o los Estados sucesores correspondientes deberían acordar la forma de afrontar el perjuicio resultante del hecho internacionalmente ilícito. Deberían tener en cuenta cualquier vínculo territorial y beneficio derivado, la equidad de la distribución y todas las demás circunstancias pertinentes.

Directriz 12
Casos de sucesión de Estados cuando el Estado predecesor sigue existiendo

1. Cuando un Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito contra un Estado predecesor antes de la fecha de la sucesión de Estados y el Estado predecesor sigue existiendo, este Estado sigue teniendo derecho a invocar la responsabilidad del otro Estado, incluso después de la fecha de la sucesión, si el perjuicio que ha sufrido no ha sido reparado.

2. Aparte de lo dispuesto en el párrafo 1, en determinadas circunstancias, un Estado sucesor puede tener derecho a invocar la responsabilidad del Estado que cometió el hecho internacionalmente ilícito.

3. Los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de cualquier acuerdo de distribución o de otra índole entre el Estado predecesor y el Estado sucesor.

Directriz 13
Unificación de Estados

Cuando dos o más Estados se unen y forman de ese modo un Estado sucesor, y alguno de los Estados predecesores ha sido lesionado por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado, el Estado sucesor puede invocar la responsabilidad de ese otro Estado.

Directriz 13 *bis*
Incorporación de un Estado a otro Estado

1. Cuando se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito contra un Estado antes de su incorporación a otro Estado, este puede invocar la responsabilidad del Estado infractor.

2. Cuando se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito contra un Estado antes de incorporar a otro Estado, el Estado lesionado sigue teniendo derecho a invocar la responsabilidad del Estado infractor.

Directriz 14
Disolución de un Estado

1. Cuando un Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito se disuelve y deja de existir, y las partes del territorio del Estado predecesor forman dos o más Estados sucesores, uno o varios de los Estados sucesores pueden tener derecho a invocar la responsabilidad del Estado infractor en determinadas circunstancias.

2. El Estado infractor y el Estado o los Estados sucesores correspondientes deberían esforzarse por llegar a un acuerdo para afrontar el perjuicio. Deberían tener en cuenta cualquier vínculo territorial, toda pérdida o beneficio para los nacionales del Estado sucesor, la equidad del reparto y todas las demás circunstancias pertinentes.

Directriz 15
Protección diplomática

El presente proyecto de directrices no aborda la aplicación de las normas relativas a la protección diplomática en las situaciones de sucesión de Estados.

Directriz 15 *bis*
Cesación y no repetición

1. Todo Estado predecesor responsable de un hecho internacionalmente ilícito ocurrido antes de la fecha de la sucesión de Estados, y que siga existiendo después de esa fecha, sigue estando obligado:

a) a ponerle fin, si ese hecho continúa;

b) a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

2. Todo Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito de conformidad con el proyecto de directriz 7 o el proyecto de directriz 7 *bis*, párrafos 1 o 2, está obligado:

a) a ponerle fin, si ese hecho continúa;

b) a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

2. Texto de los proyectos de directriz, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones

89. El texto de los proyectos de directriz, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones figura a continuación.

Directriz 6
Ausencia de efecto sobre la atribución

La sucesión de Estados no tiene ningún efecto sobre la atribución a un Estado de un hecho internacionalmente ilícito cometido por ese Estado antes de la fecha de la sucesión.

Comentario

1) La finalidad del proyecto de directriz 6 es aclarar que un hecho internacionalmente ilícito ocurrido antes de la fecha de la sucesión sigue siendo atribuible al Estado que lo cometió. Esta disposición expresa el principio básico enunciado en el artículo 1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1155].

2) La Comisión valoró si era necesario un proyecto de directriz de ese tipo en el contexto del tema. Se expresó la opinión de que el proyecto de directriz no guardaba relación con el presente tema y reiteraba innecesariamente una norma que era clara u obvia. No obstante, la Comisión consideró que esa disposición era importante, ya que constituía la premisa lógica de varios proyectos de directriz posteriores relacionados con aspectos de la responsabilidad del Estado que eran pertinentes en el contexto de la sucesión de Estados. Esos proyectos se refieren, por ejemplo, a la responsabilidad por violaciones del derecho internacional de carácter continuado (proyecto de directriz 7), a los hechos compuestos (proyecto de directriz 7 *bis*) y a la cuestión de la atribución del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole (proyecto de directriz 8).

3) Si bien el término “atribución” empleado en este proyecto de directriz proviene del concepto de atribución del comportamiento que se aborda en el apartado a) del artículo 2 y en el capítulo II de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos

[1155] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, pág. 33 (“Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”). Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

internacionalmente ilícitos[1156], no se refiere a la expresión “atribución del comportamiento” como tal; la Comisión optó por la formulación “atribución [...] de un hecho internacionalmente ilícito” para subrayar que, en el contexto de la sucesión de Estados, un hecho internacionalmente ilícito en su conjunto sigue siendo atribuible al Estado que lo cometió antes de la fecha de la sucesión.

Directriz 7 *bis*
Hechos compuestos

1. Cuando un Estado predecesor sigue existiendo, la violación de una obligación internacional por ese Estado mediante una serie de acciones u omisiones definida en su conjunto como ilícita tiene lugar cuando, después de la fecha de la sucesión, se produce una acción u omisión de dicho Estado que, tomada con sus demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

2. La violación de una obligación internacional por un Estado sucesor mediante una serie de acciones u omisiones definida en su conjunto como ilícita tiene lugar cuando, después de la fecha de la sucesión, se produce una acción u omisión de dicho Estado que, tomada con sus demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de que la violación de una obligación internacional por un Estado sucesor pueda tener lugar mediante una serie de acciones u omisiones definida en su conjunto como ilícita que comienza con el Estado predecesor y continúa con el Estado sucesor.

Comentario

1) Siguiendo la estructura de los artículos 14 y 15 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1157], los proyectos de directrices 7 y 7 *bis* figuran de manera consecutiva en el presente proyecto de directrices. Habida cuenta de la complejidad del tema y de la necesidad de mantener la coherencia con sus trabajos anteriores, la Comisión ha destacado la importancia de que el presente proyecto de directriz se ajuste en la mayor medida posible al texto del artículo 15 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos [1158].

2) El proyecto de directriz consta de tres párrafos. El enunciado de cada uno de ellos sigue el del artículo 15 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, centrándose en los casos en que se produce una violación por un hecho compuesto en diversos contextos de sucesión. Los dos primeros párrafos se refieren a los hechos compuestos cometidos en su totalidad por un Estado predecesor y por un Estado sucesor, respectivamente. El tercero hace alusión a un hecho compuesto iniciado por un Estado predecesor y concluido por su Estado sucesor después de la fecha de la sucesión. Los tres párrafos abordan los hechos compuestos que comienzan antes de la fecha de la sucesión de Estados y terminan después de esa fecha.

3) El párrafo 1 se refiere a los hechos compuestos que se prolongan más allá de la fecha de sucesión y que son cometidos en su totalidad por un Estado predecesor que sigue existiendo después de esa fecha. El párrafo deja claro que el Estado predecesor es responsable de los hechos compuestos internacionalmente ilícitos constituidos por acciones u omisiones atribuibles a dicho Estado y cometidos tanto con anterioridad como con posterioridad a la fecha de la sucesión. En otras palabras, la sucesión de Estados no influye en la responsabilidad del Estado predecesor por un hecho compuesto cuyos componentes le sean enteramente atribuibles. Además, el párrafo no aborda los hechos compuestos cometidos por completo por un Estado predecesor antes o después de la fecha de la sucesión.

[1156] *Ibid*.

[1157] Véase *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77. Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2011, anexo.

[1158] Véase el artículo 15 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, pág. 27.

4) La Comisión también debatió si el texto requería una referencia específica a la atribución para dejar claro que todas las acciones u omisiones que constituyen el hecho compuesto deben ser atribuibles al Estado predecesor. A fin de resolver esta cuestión, antes de "demás acciones u omisiones" se insertó la palabra "sus" para indicar esa atribución.

5) El párrafo 2 reproduce el párrafo 1 con respecto a un Estado sucesor. Deja claro que el Estado sucesor es responsable de los hechos compuestos internacionalmente ilícitos constituidos por acciones u omisiones atribuibles a dicho Estado y cometidos tanto con anterioridad como con posterioridad a la fecha de la sucesión. Cabe recordar que un Estado al que se incorpora la totalidad o una parte del territorio de otro Estado es el Estado sucesor con respecto a ese territorio, aunque el Estado existiera antes de la fecha de la sucesión. Lo dispuesto en el párrafo también se aplica a los hechos compuestos cometidos en su totalidad por un Estado sucesor con posterioridad a la fecha de la sucesión.

6) El párrafo 3 se refiere a los casos en que el Estado predecesor comienza el hecho compuesto antes de la fecha de la sucesión de Estados y el Estado sucesor lo concluye después. Un ejemplo podría ser una expropiación progresiva iniciada por el Estado predecesor y culminada por el Estado sucesor. No obstante, la obligación del Estado sucesor de indemnizar por dicha expropiación podría explicarse por otros motivos. Por ejemplo, podría considerarse que la aplicación continuada por el Estado sucesor de las medidas correspondientes adoptadas por el Estado predecesor es un hecho imputable directamente al Estado sucesor. En varios asuntos relativos a los Estados sucesores de la ex-Yugoslavia, como *Zaklan c. Croacia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó, en un contexto relacionado con la sucesión, que el Estado sucesor era responsable en función de sus propias acciones después de la fecha de la sucesión[1159].

7) En la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia determinó que un Estado sucesor podía ser responsable del comportamiento del Estado predecesor cuando, con su conducta, el sucesor asumía como propias las acciones del predecesor[1160]. Otros ejemplos se refieren a la posibilidad de que el Estado predecesor inicie una serie de acciones que equivalgan a genocidio o a un crimen de lesa humanidad[1161] únicamente si son continuadas por el Estado sucesor después de la fecha de la sucesión. También podría hacerse referencia a la causa de la Corte Internacional de Justicia relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, aunque la Corte finalmente no tuvo que determinar si se había producido la sucesión en la responsabilidad porque consideró que las acusaciones de genocidio no estaban fundamentadas[1162].

8) La falta de coherencia de la práctica de los Estados disponible impedía al Comité de Redacción extraer una conclusión definitiva sobre el contenido del derecho. Así pues, la Comisión decidió redactar el párrafo 3 en forma de cláusula "sin perjuicio", dejando abierta la cuestión de si el Estado sucesor incurre en responsabilidad por un hecho compuesto de ese tipo en virtud del derecho internacional.

Directriz 10
Unificación de Estados

Cuando dos o más Estados se unen y forman de ese modo un Estado sucesor, y alguno de los Estados predecesores ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, el Estado lesionado y el Estado sucesor deberían acordar la forma de afrontar el perjuicio.

[1159] *Zaklan v. Croatia*, demanda núm. 57239/13, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de diciembre de 2021, párrs. 85 y 86.

[1160] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 81, párrs. 151 y 152.

[1161] Véanse los párrafos 3) y 5) del comentario al artículo 15, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 77, págs. 65 y 66.

[1162] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, págs. 3 y ss., en especial págs. 58 y 129, párrs. 117 y 442.

Comentario

1) El proyecto de directriz 10 aborda la situación en que dos o más Estados se fusionan para formar un Estado sucesor. Al formar un nuevo Estado, los Estados predecesores dejan de existir.

2) En algunos de sus trabajos anteriores, la Comisión entendió que la expresión "unificación de Estados" abarcaba tanto la fusión como la incorporación[1163]. No obstante, siguiendo el ejemplo más reciente del artículo 21 de los Artículos sobre la Nacionalidad de las Personas Naturales en Relación con la Sucesión de Estados, de 1999[1164], la Comisión decidió establecer una distinción explícita redactando proyectos de directriz separados para tratar las dos situaciones. El proyecto de directriz 10 se ocupa de la unificación, mientras que el proyecto de directriz 10 *bis* aborda la incorporación.

3) La disposición no debe interpretarse como una norma de sucesión automática, ya que los derechos y las obligaciones no se transfieren automáticamente del Estado predecesor al Estado sucesor. No obstante, la disposición tampoco debe considerarse una expresión del principio de tabla rasa, ya que se correría el riesgo de privar al Estado lesionado de reparación.

4) La Comisión trató de equilibrar esas posiciones recomendando que el Estado lesionado y el Estado sucesor se esfuercen por llegar a un acuerdo para afrontar el perjuicio, una formulación inspirada en el párrafo 2 del proyecto de directriz 9. El propósito es alentar a los Estados a buscar una solución a las cuestiones relativas a la responsabilidad internacional en las situaciones de fusión entre Estados. La redacción es lo suficientemente flexible como para dar a los Estados la libertad de elegir las modalidades del acuerdo.

5) La disposición debe interpretarse en el sentido de que los Estados deberían negociar de buena fe para llegar a un acuerdo. Como declaró la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1931 en la causa relativa al *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, la obligación de negociar no solo consiste en entablar negociaciones, sino también en tratar de que progresen lo máximo posible para lograr un acuerdo[1165]. La Corte Internacional de Justicia resumió y confirmó la jurisprudencia pertinente en el fallo de 2011 de la causa relativa a la *Aplicación del acuerdo provisional de 13 de septiembre de 1995*[1166]. En esa misma línea, en 1972, el Tribunal Arbitral constituido en el marco del Acuerdo sobre la Deuda Externa Alemana explicó perfectamente la naturaleza de la obligación de negociar en un caso relativo a Grecia contra la República Federal de Alemania[1167].

Directriz 10 *bis*
Incorporación de un Estado a otro Estado

1. Cuando un Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito antes de su incorporación a otro Estado, este Estado y el Estado lesionado deberían acordar la forma de afrontar el perjuicio.

2. Cuando un Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito antes de incorporar a otro Estado, la responsabilidad del Estado autor del hecho ilícito no se ve afectada por dicha incorporación.

[1163] Véase el artículo 31 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados (Viena, 13 de agosto de 1978), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1946, núm. 33356, pág. 3.

[1164] *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), párr. 48, págs. 45 y 46.

[1165] *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, opinión consultiva, *P.C.I.J. Series A/B 1931*, núm. 42, pág. 116.

[1166] *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece*), fallo de 5 de diciembre de 2011, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 644 y ss., en especial pág. 685, párr. 132.

[1167] *Greece v. the Federal Republic of Germany*, laudo arbitral de 26 de enero de 1972, párrs. 62 a 65: "No obstante, un *pactum de negotiando* tampoco carece de consecuencias jurídicas. Significa que ambas partes se esforzarán, de buena fe, por llegar a una solución mutuamente satisfactoria mediante un compromiso, aunque ello suponga renunciar a posiciones firmemente defendidas previamente".

Comentario

1) Una situación de incorporación implica la incorporación de uno o más Estados a otro Estado que sigue existiendo.

2) El párrafo 1 refleja el alcance de la disposición. Se ocupa de los casos en que el hecho internacionalmente ilícito fue cometido por un Estado que ya no existe, debido a su incorporación a otro Estado. Así pues, el Estado al que se incorpora el otro sigue existiendo, mientras que el Estado que cometió el hecho internacionalmente ilícito deja de existir.

3) De conformidad con la expresión "deberían acordar la forma de afrontar el perjuicio", corresponde al Estado lesionado y al Estado que ha incorporado a otro Estado llegar a un acuerdo. No obstante, las obligaciones derivadas del hecho internacionalmente ilícito no se transmiten automáticamente al Estado que incorpora a otro Estado. Aquí también son pertinentes la obligación de negociar de buena fe (véase el párr. 5) del comentario al proyecto de directriz 10 *supra*) y el examen de las reclamaciones presentadas por particulares.

4) El párrafo 2 se aplica a las situaciones en que el Estado que incorpora a otro Estado comete el hecho ilícito. Aclara que la incorporación no afecta a la responsabilidad del Estado que cometió ese hecho.

Directriz 11
Disolución de un Estado

Cuando un Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito se disuelve y deja de existir, y las partes del territorio del Estado predecesor forman dos o más Estados sucesores, el Estado lesionado y el Estado o los Estados sucesores correspondientes deberían acordar la forma de afrontar el perjuicio resultante del hecho internacionalmente ilícito. Deberían tener en cuenta cualquier vínculo territorial y beneficio derivado, la equidad de la distribución y todas las demás circunstancias pertinentes.

Comentario

1) El proyecto de directriz 11 aborda las situaciones en que el Estado predecesor que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito ha dejado de existir como resultado de una disolución.

2) La frase "un Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito se disuelve y deja de existir, y las partes del territorio del Estado predecesor forman dos o más Estados sucesores" se inspira en los artículos 18, 31 y 41 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado, de 1983[1168].

3) La Comisión trató de establecer un equilibrio entre la doctrina de la tabla rasa y el principio de la sucesión automática.

4) El proyecto de directriz reconoce la existencia de una obligación entre los Estados interesados de tratar de llegar a un acuerdo sobre la forma de afrontar el perjuicio. Solo se aplica a las relaciones entre el Estado lesionado y el Estado o los Estados sucesores. No obstante, la necesidad de acordar la forma de afrontar el perjuicio puede no concernir a todos los Estados sucesores en la misma medida. Algunos Estados sucesores podrían estar vinculados de manera más directa con el hecho ilícito o el perjuicio que otros.

5) El uso de la palabra "correspondientes" en relación con "el Estado o los Estados sucesores" refleja que puede haber Estados sucesores que no tengan interés en afrontar el perjuicio y que, por lo tanto, no deben participar necesariamente en las negociaciones sobre la cuestión.

[1168] Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983, aún no ha entrado en vigor), Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1983* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.90.V.1), pág. 154.

6) La frase “deberían acordar la forma de afrontar el perjuicio” debe entenderse de la misma manera que en los proyectos de directriz 10 y 10 *bis*, incluida la obligación de negociar de buena fe.

7) La segunda oración, “[d]eberían tener en cuenta cualquier vínculo territorial y beneficio derivado, la equidad de la distribución y todas las demás circunstancias pertinentes”, enuncia factores que los Estados correspondientes pueden tener en cuenta para determinar la mejor manera de afrontar el perjuicio resultante del hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado predecesor. De ese modo, los factores enumerados en ella también sirven de guía para establecer qué Estado o Estados sucesores deben considerarse “correspondientes” a los efectos del proyecto de directriz 11.

8) La referencia expresa a “cualquier vínculo territorial y beneficio derivado, la equidad de la distribución” no pretende ofrecer una lista exhaustiva de factores, como confirma la expresión final “y todas las demás circunstancias pertinentes”, que se basa en el artículo 31, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado de 1983. Entre las circunstancias relevantes figuran las que establecen un vínculo entre el Estado o los Estados sucesores y el hecho internacionalmente ilícito o el perjuicio, como la continuidad de los órganos (es decir, un vínculo personal) o el enriquecimiento injusto.

9) El sujeto de la segunda oración es “el Estado lesionado y el Estado o los Estados sucesores correspondientes”.

Directriz 12
Casos de sucesión de Estados cuando el Estado predecesor sigue existiendo

1. Cuando un Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito contra un Estado predecesor antes de la fecha de la sucesión de Estados y el Estado predecesor sigue existiendo, este Estado sigue teniendo derecho a invocar la responsabilidad del otro Estado, incluso después de la fecha de la sucesión, si el perjuicio que ha sufrido no ha sido reparado.

2. Aparte de lo dispuesto en el párrafo 1, en determinadas circunstancias, un Estado sucesor puede tener derecho a invocar la responsabilidad del Estado que cometió el hecho internacionalmente ilícito.

3. Los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de cualquier acuerdo de distribución o de otra índole entre el Estado predecesor y el Estado sucesor.

Comentario

1) El proyecto de directriz 12 se refiere a los casos de sucesión en que el Estado predecesor lesionado antes de la fecha de la sucesión sigue existiendo. Estos abarcan las situaciones en que una parte del Estado se separa para formar un nuevo Estado, incluidos los casos de Estados de reciente independencia, y aquellas en que una parte del territorio del Estado se cede a otro Estado preexistente. En ese sentido, esta disposición es análoga al proyecto de directriz 9, que se ocupa de los supuestos equivalentes de sucesión en relación con la responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por un Estado predecesor antes de la fecha de la sucesión.

2) La disposición consta de tres párrafos. El primero se refiere a la situación de un Estado predecesor lesionado que sigue existiendo después de la fecha de la sucesión. El segundo trata la situación de un Estado sucesor de ese Estado predecesor. El tercero es una cláusula “sin perjuicio” relativa a los acuerdos de distribución o de otra índole entre los Estados predecesores y sucesores.

3) La frase “sigue teniendo derecho a invocar” del párrafo 1 refleja el enunciado del proyecto de directriz 9 y confirma que la posición del Estado predecesor no se ve afectada por la sucesión de Estados. La Comisión sopesó si debía referirse de manera específica a la petición de reparación al Estado responsable, pero decidió que era preferible una referencia al “derecho a invocar” la responsabilidad, pues es más amplio y no solo abarca la reparación, sino también otras obligaciones derivadas de la comisión de un hecho internacionalmente

ilícito. Esa referencia también evita la cuestión del reparto entre el Estado predecesor y los Estados sucesores correspondientes, que se trata en el párrafo 3.

4) Con la frase "si el perjuicio que ha sufrido no ha sido reparado" que figura al final del párrafo 1, la Comisión supedita la continuidad del derecho del Estado predecesor a invocar la responsabilidad a la existencia del perjuicio en cuestión. Optó por esa frase en lugar de por una referencia al Estado predecesor como "Estado lesionado" o a la persistencia del perjuicio después de la fecha de la sucesión. El párrafo 1 se refiere únicamente a la situación de un Estado predecesor lesionado y no aborda la posibilidad de que un Estado que no sea un Estado lesionado en el sentido del artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos invoque la responsabilidad[1169]. La frase "el perjuicio que ha sufrido" transmite la idea del Estado predecesor lesionado. Inspirándose en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la expresión "no ha sido reparado" refleja la idea de que el Estado predecesor no tiene derecho a invocar la responsabilidad en relación con un perjuicio que ya haya sido íntegramente reparado.

5) El párrafo 2 se refiere a la situación de un Estado sucesor del Estado predecesor lesionado. El propósito del párrafo es abordar las circunstancias en que un Estado sucesor puede invocar la responsabilidad de un tercer Estado por un hecho internacionalmente ilícito cometido contra el Estado predecesor antes de la fecha de la sucesión. El párrafo comienza con la frase "Aparte de lo dispuesto en el párrafo 1" para aclarar su relación con el párrafo anterior. El derecho del Estado predecesor y del Estado sucesor a invocar la responsabilidad del Estado infractor no impone al Estado infractor más obligación que la de reparar íntegramente el perjuicio causado.

6) La expresión "en determinadas circunstancias", que sigue la formulación del proyecto de directriz 9, párrafo 2, se refiere al vínculo entre el perjuicio causado al Estado predecesor antes de la fecha de la sucesión y el territorio o los nacionales que pasaron a formar parte del Estado sucesor a raíz de la sucesión. Así pues, el párrafo pretende, entre otras cosas, satisfacer los intereses de los Estados de reciente independencia. Sería extraño que un Estado de reciente independencia no tuviera derecho a invocar la responsabilidad de un Estado infractor por un perjuicio que afectara a su territorio o su población antes de que se hubiera independizado[1170].

7) La Comisión decidió utilizar la expresión "derecho a invocar" para seguir la formulación del párrafo 1, y la palabra "puede" para reflejar la supeditación del derecho a la existencia de determinadas circunstancias.

8) El párrafo 3 es una cláusula "sin perjuicio". Pretende englobar las situaciones expuestas en los párrafos 1 y 2 en que tanto el Estado predecesor como el Estado sucesor tienen derecho a invocar la responsabilidad. Es análogo al párrafo 3 del proyecto de directriz 9 y da prioridad a los acuerdos entre los Estados interesados. Esos acuerdos podrían reflejar, entre otras cosas, el reparto de las indemnizaciones ya pagadas al Estado predecesor antes de la fecha de la sucesión o la decisión de que el Estado sucesor se encargue de reclamar la totalidad del resarcimiento.

[1169] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, pág. 30.

[1170] Tal fue, por ejemplo, el caso de la separación del Pakistán de la India en 1947. El Dominio Británico de la India había sido parte del Acuerdo sobre Reparaciones de Alemania, el Establecimiento de un Organismo Interaliado de Reparaciones y la Restitución de Oro Amonedado, de 1946, cuyo objetivo era distribuir equitativamente entre varios Estados lesionados de la totalidad de los activos disponibles como reparación de Alemania. Véase Agreement on Reparation from Germany, on the Establishment of an Inter-Allied Reparation Agency and on the Restitution of Monetary Gold, hecho en París el 14 de enero de 1946 (Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 555, núm. 8105, pág. 69). Los Gobiernos de la India y el Pakistán acordaron en enero de 1948 cómo repartir la reparación asignada a la India en virtud del Acuerdo de 1946. Ese acuerdo bilateral dio lugar a la celebración de un Protocolo Adicional al Acuerdo de 1946. Véase Protocol attached to the Paris Agreement of 14 January 1946 on reparation from Germany, on the Establishment of an Inter-Allied Reparation Agency and on the Restitution of Monetary Gold, firmado en Bruselas el 15 de marzo de 1948 (*ibid*., pág. 104).

Directriz 13
Unificación de Estados

Cuando dos o más Estados se unen y forman de ese modo un Estado sucesor, y alguno de los Estados predecesores ha sido lesionado por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado, el Estado sucesor puede invocar la responsabilidad de ese otro Estado.

Comentario

1) A diferencia del proyecto de directriz 10, el proyecto de directriz 13 se ocupa de las situaciones en que un Estado predecesor ha sido lesionado por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

2) Como se explica en los comentarios a los proyectos de directriz 10 y 10 *bis*, la Comisión decidió tratar la unificación de Estados por separado de la incorporación de un Estado y convino en adoptar el mismo enfoque con respecto al proyecto de directriz 13, abordando la unificación de Estados por separado de la incorporación de un Estado en lo referente a las cuestiones relacionadas con la reparación por el perjuicio resultante de hechos internacionalmente ilícitos contra el Estado predecesor. Por consiguiente, el proyecto de directriz 13 se ocupa de los casos de unificación, mientras que el proyecto de directriz 13 *bis* trata los de incorporación de un Estado a otro Estado.

3) La Comisión valoró si debía indicar de manera explícita que la disposición se refería a un hecho internacionalmente ilícito ocurrido antes de la fecha de la sucesión de Estados. Se concluyó que era innecesario porque, en las situaciones de unificación, los Estados predecesores dejan de existir en la fecha de la sucesión. Así pues, todo perjuicio contra el Estado predecesor se referirá necesariamente a un perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito ocurrido antes de esa fecha.

4) La Comisión utilizó la expresión "puede invocar" en el proyecto de directriz 13 en lugar de la formulación empleada en el párrafo 2 del proyecto de directriz 12 ("en determinadas circunstancias, […] puede tener derecho a invocar"), ya que, en el contexto de la unificación de Estados, donde solo hay un Estado sucesor, no se plantea el problema de determinar qué Estado puede tener derecho a invocar la responsabilidad. Además, en el proyecto de directriz 12, la noción de "derecho a invocar" está vinculada al concepto de continuidad del párrafo 1 y la idea de "circunstancias particulares" del párrafo 2, ninguna de las cuales es pertinente para el proyecto de directriz 13.

Directriz 13 *bis*
Incorporación de un Estado a otro Estado

1. Cuando se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito contra un Estado antes de su incorporación a otro Estado, este puede invocar la responsabilidad del Estado infractor.

2. Cuando se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito contra un Estado antes de incorporar a otro Estado, el Estado lesionado sigue teniendo derecho a invocar la responsabilidad del Estado infractor.

Comentario

1) El proyecto de directriz 13 *bis* se refiere a las situaciones en que un Estado predecesor lesionado pasa a formar parte de otro Estado. En consonancia con la terminología utilizada en el presente proyecto de directrices, establecida en las definiciones del proyecto de directriz 2, el Estado incorporado es el Estado predecesor, y el Estado en el que se incorpora el otro es el Estado sucesor del territorio incorporado. No obstante, se consideró que resultaba más claro utilizar expresiones como "Estado lesionado" y "Estado incorporado" en el presente contexto.

2) En el párrafo 1, cuando la capacidad del Estado al que se incorpora el otro para invocar la responsabilidad del Estado autor del hecho ilícito comienza a partir de la fecha de la sucesión, se emplea la expresión "puede invocar". Al igual que en el proyecto de directriz 13,

ello indica que no hay confusión en cuanto a cuál de los Estados podría invocar la responsabilidad después de la fecha de la sucesión porque el Estado predecesor ha dejado de existir.

3) En el párrafo 2 se utiliza la palabra "sigue" para indicar que el derecho del Estado al que se incorpora el otro a invocar la responsabilidad comienza cuando el perjuicio se produce con anterioridad a la fecha de la sucesión. Ello refleja la noción de que el derecho preexistente no se verá afectado por la sucesión.

4) La expresión "Estado infractor", utilizada al final de ambos párrafos, así como en el proyecto de directriz 14, está extraída del comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1171]. La Comisión consideró que esa fórmula era una manera concisa de referirse al Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito.

Directriz 14
Disolución de un Estado

1. Cuando un Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito se disuelve y deja de existir, y las partes del territorio del Estado predecesor forman dos o más Estados sucesores, uno o varios de los Estados sucesores pueden tener derecho a invocar la responsabilidad del Estado infractor en determinadas circunstancias.

2. El Estado infractor y el Estado o los Estados sucesores correspondientes deberían esforzarse por llegar a un acuerdo para afrontar el perjuicio. Debería tener en cuenta cualquier vínculo territorial, toda pérdida o beneficio para los nacionales del Estado sucesor, la equidad del reparto y todas las demás circunstancias pertinentes.

Comentario

1) El proyecto de directriz 14 se refiere a la disolución de un Estado en los casos en que el Estado predecesor resulta lesionado antes de la fecha de la sucesión, pero no sigue existiendo después de esa fecha. Al igual que su disposición análoga, el proyecto de directriz 11, su formulación se inspira en la definición de disolución de un Estado que figura en el párrafo 1 del artículo 18 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado, de 1983, a saber: "[c]uando un Estado se disuelva y deje de existir, formando las partes del territorio del Estado predecesor dos o más Estados sucesores". Esa definición se empleó también en la labor de la Comisión sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados[1172] y en los trabajos del Instituto de Derecho Internacional[1173]. La variación con respecto a la formulación de la Convención de Viena de 1983 es la adición de la frase "lesionado por un hecho internacionalmente ilícito", que no modifica la definición de disolución, sino que acota el contexto en el que se aplica el proyecto de directriz.

2) El proyecto de directriz 12 consta de dos párrafos. El párrafo 1 establece que uno o varios de los Estados sucesores pueden tener derecho a invocar la responsabilidad del Estado infractor por un hecho contra el Estado predecesor, mientras que el párrafo 2 destaca la importancia de llegar a un acuerdo entre el Estado infractor y el Estado o los Estados sucesores correspondientes en el contexto de una disolución.

3) En el párrafo 1, el uso de la frase "pueden tener derecho a invocar […] en determinadas circunstancias", se inspira en el párrafo 2 del proyecto de directriz 12. La Comisión optó por esa formulación, en lugar de por "pueden invocar", para transmitir la idea

[1171] Véase, por ejemplo, el párrafo 5) del comentario al artículo 1, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 34.

[1172] Artículo 22: resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000, anexo. Los artículos, con sus comentarios, figura en el *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), párrs. 47 y 48.

[1173] Véase el artículo 15, párrafo 1, de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre la sucesión de Estados en materia de responsabilidad internacional: Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 76, período de sesiones de Tallin (2015), "State succession in matters of international responsibility", 14ª Comisión, Relator: Marcelo Kohen, pág. 509, resolución, pág. 711. Puede consultarse en https://idi-iil.org/app/uploads/2017/06/05-Kohen-succession.pdf.

de que, aunque no necesariamente todos los Estados sucesores tendrán derecho a invocar la responsabilidad, uno o varios lo tendrán. La expresión “en determinadas circunstancias” indica que la determinación del Estado o los Estados sucesores que tienen derecho a invocar la responsabilidad por el perjuicio causado al Estado predecesor puede depender de una serie de factores y que no necesariamente todos los Estados sucesores tendrán ese derecho.

4) La expresión “determinadas circunstancias” se refiere a la existencia de un vínculo territorial o personal entre un hecho internacionalmente ilícito o sus consecuencias y uno o varios de los Estados sucesores. El vínculo más evidente parece corresponder a las situaciones en que las consecuencias perjudiciales de un hecho internacionalmente ilícito afectan únicamente al territorio de un Estado sucesor. Por ejemplo, en la causa *Gabčíkovo-Nagymaros*, el objeto del tratado bilateral entre Checoslovaquia y Hungría estaba situado en el territorio de Eslovaquia, que era la única legitimada para invocar la responsabilidad de Hungría por el incumplimiento del tratado, aunque este se produjo antes de la fecha de la sucesión[1174]. Otro posible vínculo es el personal, que se da cuando el perjuicio se causó a personas que se convirtieron en nacionales de un Estado sucesor. Este parece ser el caso de algunas decisiones de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas[1175].

5) El párrafo 2 se inspira en el proyecto de directriz 11. La palabra “correspondientes” se utiliza por el mismo motivo que el indicado en el párrafo 5) del comentario al proyecto de directriz 11. Como se explica en el párrafo 4) del presente comentario, puede que solo uno o varios de los Estados sucesores se vean afectados por las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito (por ejemplo, en *Gabčíkovo-Nagymaros*, fue Eslovaquia, y no la República Checa, quien se vio afectada). La última oración, prácticamente idéntica a la última oración del proyecto de directriz 11, establece criterios para determinar qué Estados sucesores pueden reclamar reparaciones por el perjuicio causado y están más legitimados para ello. A esos mismos criterios alude también la expresión “determinadas circunstancias” del párrafo 1. El hincapié hecho en llegar a un acuerdo está en consonancia con la idea general del proyecto de directrices, reflejada en el párrafo 2 del proyecto de directriz 1, esto es, que los acuerdos entre los Estados interesados tienen prioridad.

Directriz 15
Protección diplomática

El presente proyecto de directrices no aborda la aplicación de las normas relativas a la protección diplomática en las situaciones de sucesión de Estados.

Comentario

1) El presente proyecto de directriz, como se indica en el párrafo 1 del proyecto de directriz 1, se refiere a los efectos de la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Por lo tanto, no se ocupan de la aplicación de las normas relativas a la protección diplomática, ya que la protección diplomática es solo un tipo de invocación de la responsabilidad de un Estado.

[1174] *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial págs. 71, 72 y 81, párrs. 123 y 151.

[1175] Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, decisión relativa a la primera entrega de reclamaciones por lesiones corporales graves o muerte (reclamaciones de la categoría “B”) adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en su 43ª sesión, celebrada el 26 de mayo de 1994, en Ginebra (Decisión 20) y decisión relativa a la primera serie de reclamaciones por la salida del Iraq o de Kuwait (reclamaciones de la categoría “A”) adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en su 46ª sesión, celebrada el 20 de octubre de 1994 en Ginebra (Decisión 22): véanse los documentos S/AC.26/Dec.20 (1994), párr. 3, nota 2 (“Las reclamaciones fueron presentadas inicialmente por la República Federal Checa y Eslovaca. El pago de la indemnización ha de hacerse al Gobierno de la República Eslovaca”) y S/AC.26/Dec.22 (1994), párr. 2, nota 2 (“Estas reclamaciones se presentaron antes de que la República Federal Checa y Eslovaca dejara de existir. Las indemnizaciones otorgadas han de satisfacerse a los Gobiernos de la República Checa y de la República Eslovaca, respectivamente”). Las decisiones del Consejo de Administración pueden consultarse en https://uncc.ch/decisions-governing-council.

2) La relación entre las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y las normas relativas a la protección diplomática quedó reflejada, entre otras disposiciones, en el apartado a) del artículo 44 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1176].

3) No obstante, la omisión de normas específicas sobre la protección diplomática en el presente proyecto de directrices no significa que las normas en materia de nacionalidad de las reclamaciones[1177] y otras normas relativas a la protección diplomática no se puedan aplicar en las situaciones de sucesión de Estados. Por el contrario, los casos de sucesión de Estados suelen conllevar un cambio de nacionalidad de las personas que residen en el territorio o en partes del territorio de un Estado predecesor que pasa a ser el territorio de un Estado sucesor.

4) La Comisión trató anteriormente esta cuestión en los artículos sobre la protección diplomática, aprobados en 2006[1178]. En particular, se aborda en el texto del artículo 5 y su comentario. Aunque la Comisión consideró que era necesario mantener la norma de la continuidad de la nacionalidad, convino en que había excepciones a esa norma[1179]. Así pues, el párrafo 2 del artículo 5 establece que un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en la fecha en la que se produjo el perjuicio, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Esas condiciones, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 y su comentario, son: “en primer lugar, que la persona que solicite la protección diplomática haya tenido la nacionalidad de un Estado predecesor o haya perdido su nacionalidad anterior; en segundo lugar, que la persona haya adquirido la nacionalidad de otro Estado por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación; y, en tercer lugar, que la adquisición de la nueva nacionalidad se haya producido de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional”[1180].

5) Esas condiciones suelen cumplirse en el caso de la sucesión de Estados, cuando el cambio de nacionalidad es involuntario. La segunda condición recogida en el artículo 5 de los artículos sobre la protección diplomática limita las excepciones a la norma de la continuidad de la nacionalidad esencialmente a los casos que implican la imposición forzosa de la nacionalidad, en virtud de los cuales la persona haya adquirido la nueva nacionalidad como consecuencia necesaria de factores como la sucesión de Estados[1181]. En situaciones de sucesión de Estados, la adquisición de la nueva nacionalidad debe ser acorde con el derecho internacional, aunque la persona tenga derecho a elegir entre dos o más nacionalidades concedidas por los Estados predecesor y sucesor[1182].

Directriz 15 *bis*
Cesación y no repetición

1. Todo Estado predecesor responsable de un hecho internacionalmente ilícito ocurrido antes de la fecha de la sucesión de Estados, y que siga existiendo después de esa fecha, sigue estando obligado:

a) a ponerle fin, si ese hecho continúa;

b) a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

[1176] Artículo 44: “La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada: a) si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones”.

[1177] Corte Permanente de Justicia Internacional, *Mavrommatis Palestine Concessions*, fallo núm. 2, 1924, *P.C.I.J., Serie A, núm. 2*, pág. 12.

[1178] Véase la resolución 62/67 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo. Los artículos, con sus comentarios, aprobados por la Comisión figuran en el *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), párrs. 49 y 50.

[1179] *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), párr. 50, págs. 32 a 35.

[1180] Párrafo 7) del comentario al proyecto de artículo 5, *ibid.*, pág. 34.

[1181] Párrafo 10) del comentario al artículo 5, *ibid.*

[1182] Véanse también los artículos 23 y 26 de los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de estados, *Anuario… 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 46 a 50.

2. Todo Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito de conformidad con el proyecto de directriz 7 o el proyecto de directriz 7 *bis*, párrafos 1 o 2, está obligado:

a) a ponerle fin, si ese hecho continúa;

b) a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Comentario

1) El proyecto de directriz 15 *bis* se inspira en el texto del artículo 30 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y aplica la norma enunciada en ese artículo al contexto de la sucesión de Estados[1183]. Por consiguiente, se ocupa de dos cuestiones independientes que plantea la violación de una obligación internacional, a saber: a) la cesación del hecho ilícito, y b) el ofrecimiento de seguridades y garantías de no repetición por el Estado responsable.

2) Así, por una parte, la cesación está vinculada a la norma de carácter más general establecida en el artículo 29 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1184]. El artículo 29 enuncia el principio general de que las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito, en particular la reparación, no afectan a la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación eludida. La Comisión debatió esta cuestión pero decidió no incluir otro proyecto de directriz que reprodujera ese principio. La continuidad del deber de cumplir la obligación debe abordarse con normas primarias, no secundarias, y dependerá de la vigencia de dicha obligación. Por otra parte, las seguridades y garantías de no repetición cumplen una función preventiva.

3) Es indispensable que las obligaciones primarias en cuestión sigan en vigor. Se trata de una condición necesaria tanto de la obligación de cesación como de la obligación de ofrecimiento de garantías, en particular en las situaciones de sucesión de Estados. En cuanto a la obligación de cesación, como subrayó el tribunal arbitral que conoció del caso *Rainbow Warrior*, hay dos condiciones esenciales íntimamente ligadas para que nazca el requisito de la cesación de un comportamiento ilícito, a saber, que el hecho ilícito sea de carácter continuado y que la norma violada siga en vigor en el momento en que se dicta la providencia[1185].

4) Los apartados a) y b) de ambos párrafos son idénticos a las disposiciones correspondientes del artículo 30 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Los apartados establecen, respectivamente, la obligación de un Estado de poner fin al hecho internacionalmente ilícito, si ese hecho continúa, y de ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen, en las situaciones descritas en los encabezamientos de los párrafos 1 y 2. La Comisión también consideró que debía entenderse que el término “hecho” se refería tanto a acciones como a omisiones.

5) El párrafo 1 se refiere a un Estado predecesor que sigue existiendo después de la fecha de la sucesión de Estados. La palabra “sigue” indica que la sucesión de Estados no afecta a la responsabilidad de ese Estado de poner fin a cualquier hecho ilícito de carácter continuado y de ofrecer las seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

6) El párrafo 2 se aplica a los hechos de carácter continuado cometidos por Estados sucesores y a los hechos compuestos. El párrafo 1 aborda los hechos de carácter continuado de los que es responsable un Estado predecesor que sigue existiendo. Por su parte, el párrafo 2

[1183] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 94.

[1184] *Ibid*.

[1185] *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the* Rainbow Warrior *Affair*, decisión, 30 de abril de 1990, *Reports of International Arbitral Awards* (U.N.R.I.A.A.), vol. XX (1990), págs. 215 y ss., en especial pág. 270, párr. 114.

se refiere a los hechos de carácter continuado de los que es responsable el Estado sucesor. Como se indica en el proyecto de directriz 7, el Estado sucesor es responsable de las consecuencias de sus propios hechos después de la fecha de la sucesión de Estados, así como de los hechos de su Estado predecesor, cuando y en la medida en que el Estado sucesor reconozca tales hechos como propios. El Estado sucesor está obligado a poner fin a cualquier hecho ilícito del que sea responsable de conformidad con el proyecto de directriz 7 y a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. Con respecto a los hechos compuestos, abordados en los párrafos 1 y 2 del proyecto de directriz 7 *bis*, los Estados predecesores que siguen existiendo y los Estados sucesores, respectivamente, están obligados a poner fin a los hechos definidos en su conjunto como ilícitos, siempre que estos sean de carácter continuado. Además, esos Estados tienen que ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Capítulo VIII
Principios generales del derecho

A. Introducción

90. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Principios generales del derecho" y nombró Relator Especial al Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez. La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 73/265, de 22 de diciembre de 2018, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

91. En su 71er período de sesiones (2019), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/732), en el que este exponía su enfoque respecto del alcance y el resultado del tema, así como las principales cuestiones que debían abordarse en el curso de la labor de la Comisión. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 a 3 que figuraban en el primer informe del Relator Especial. A continuación, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre el proyecto de conclusión 1 aprobado provisionalmente por el Comité únicamente en su versión en inglés, que le había sido presentado a título informativo[1186].

92. También en su 71er período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando en el que se examinaran jurisprudencia de tribunales arbitrales interestatales y de cortes y tribunales penales internacionales de carácter universal, así como tratados, que fueran especialmente pertinentes para su labor futura sobre el tema.

93. En su 72º período de sesiones (2021), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/741 y Corr.1), en el que este abordaba la identificación de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La Comisión también tuvo ante sí el memorando que había solicitado a la Secretaría (A/CN.4/742) en su 71er período de sesiones. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 4 a 9 propuestos en el segundo informe. La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 1, 2 y 4, con sus comentarios, y tomó nota del proyecto de conclusión 5 que figuraba en el informe del Comité de Redacción[1187].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

94. En el actual período de sesiones, la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/753), en el que este abordaba la cuestión de la transposición (primera parte), los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional (segunda parte) y las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional (tercera parte). El Relator Especial propuso cinco proyectos de conclusión. También hizo sugerencias en relación con el programa de trabajo futuro sobre el tema (cuarta parte).

95. En su 3585ª sesión, celebrada el 1 de junio de 2022, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 5, que había sido aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en el 72º período de sesiones (véase la secc. C.1 *infra*).

96. La Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial en sus sesiones 3587ª a 3592ª, celebradas del 4 al 12 de julio de 2022. En su 3592ª sesión, que tuvo lugar el 12 de julio de 2022, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de

[1186] El informe provisional del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: http://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml.

[1187] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párrs. 169 a 172, 238 y 239. Véanse también A/CN.4/L.955 y Add.1.

conclusión 10 a 14 que figuraban en el tercer informe, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el debate en sesión plenaria[1188].

97. En su 3605ª sesión, celebrada el 29 de julio de 2022, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.971) sobre el texto consolidado de los proyectos de conclusión 1 a 11 aprobados provisionalmente por el Comité[1189]. En el actual período de

[1188] Los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su tercer informe dicen lo siguiente:

Proyecto de conclusión 10
Falta de jerarquía entre las fuentes del derecho internacional

Los principios generales del derecho no guardan ninguna relación jerárquica con los tratados y el derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 11
Coexistencia

Los principios generales del derecho pueden coexistir con normas convencionales y consuetudinarias de contenido idéntico o análogo.

Proyecto de conclusión 12
Principio de lex specialis

La relación de los principios generales del derecho con las normas derivadas de las otras fuentes del derecho internacional que tratan la misma cuestión se rige por el principio de *lex specialis*.

Proyecto de conclusión 13
Subsanación de lagunas

La función esencial de los principios generales del derecho es subsanar las lagunas que puedan existir en los tratados y en el derecho internacional consuetudinario.

Proyecto de conclusión 14
Funciones específicas de los principios generales del derecho

Los principios generales del derecho pueden servir, entre otras cosas:

a) como base independiente de derechos y obligaciones;

b) para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional;

c) para asegurar la coherencia del sistema jurídico internacional.

[1189] **Proyecto de conclusión 1**
Ámbito

El presente proyecto de conclusiones se refiere a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.

Proyecto de conclusión 2
Reconocimiento

Para que un principio general del derecho exista, debe ser reconocido por la comunidad internacional.

Proyecto de conclusión 3
Categorías de principios generales del derecho

Los principios generales del derecho comprenden:

a) los que se derivan de los sistemas jurídicos nacionales;

b) los que pueden formarse en el sistema jurídico internacional.

Proyecto de conclusión 4
Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales

Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales, es necesario cerciorarse de:

a) la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo; y

b) su transposición al sistema jurídico internacional.

Proyecto de conclusión 5
Determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo

1. Para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo, se requiere un análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales.

sesiones, el Comité aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 3, 6, 7, 8, 9, 10 y 11. En su 3605ª sesión, celebrada el 29 de julio de 2022, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de conclusión 3 y 7 (véase la sección C.1 *infra*), y tomó nota de los proyectos de conclusión 6, 8, 9, 10 y 11. En sus sesiones 3605ª a 3612ª, celebradas del 29 de julio al 5 de agosto de 2022, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de conclusión 3, 5 y 7 aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

2. El análisis comparativo debe ser amplio y representativo, e incluir las diferentes regiones del mundo.

3. El análisis comparativo incluye una evaluación de las legislaciones nacionales y de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, así como otros materiales pertinentes.

Proyecto de conclusión 6
Determinación de la transposición al sistema jurídico internacional

Un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo puede transponerse al sistema jurídico internacional en la medida en que sea compatible con ese sistema.

Proyecto de conclusión 7
Identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional

1. Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho que puede formarse en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse de que la comunidad internacional ha reconocido aquel principio como intrínseco al sistema jurídico internacional.

2. El párrafo 1 se entiende sin perjuicio de la cuestión de la posible existencia de otros principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

Proyecto de conclusión 8
Decisiones de cortes y tribunales

1. Las decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de principios generales del derecho constituyen un medio auxiliar para la determinación de dichos principios.

2. Podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de cortes y tribunales nacionales relativas a la existencia y el contenido de principios generales del derecho, como medio auxiliar para la determinación de dichos principios.

Proyecto de conclusión 9
Doctrina

La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones puede ser un medio auxiliar para la determinación de principios generales del derecho.

Proyecto de conclusión 10
Funciones de los principios generales del derecho

1. Se recurre a los principios generales del derecho principalmente cuando otras normas de derecho internacional no resuelven total o parcialmente una determinada cuestión.

2. Los principios generales del derecho contribuyen a la coherencia del sistema jurídico internacional. Pueden servir, inter alia:

a) para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional;

b) de base de derechos y obligaciones primarios, así como de base de normas secundarias y procesales.

Proyecto de conclusión 11
Relación entre los principios generales del derecho y los tratados y el derecho internacional consuetudinario

1. Los principios generales del derecho, como fuente del derecho internacional, no están en una relación jerárquica con los tratados y el derecho internacional consuetudinario.

2. Un principio general del derecho puede coexistir con una norma de contenido igual o similar en un tratado o en el derecho internacional consuetudinario.

3. Todo conflicto entre un principio general del derecho y una norma en un tratado o en el derecho internacional consuetudinario debe resolverse por los métodos generalmente aceptados de interpretación y solución de conflictos en derecho internacional.

1. Presentación del tercer informe por el Relator Especial

98. El Relator Especial señaló que el tercer informe se ocupaba de las funciones de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de la relación entre los principios generales del derecho y las otras fuentes del derecho internacional citadas en el Artículo 38, a saber, los tratados y el derecho internacional consuetudinario. También explicó que en el tercer informe se volvían a examinar ciertos aspectos relativos a la identificación de los principios generales teniendo en cuenta el debate celebrado en la Comisión en su 72º período de sesiones y en la Sexta Comisión en su 76º período de sesiones (2021).

99. El Relator Especial explicó que en la primera parte del tercer informe se analizaba en mayor detalle la cuestión de la transposición al sistema jurídico internacional de los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. Se trataba de abordar las cuestiones que habían planteado los miembros de la Comisión y los Estados en la Sexta Comisión, en particular en relación con el proyecto de conclusión 6 propuesto en el segundo informe del Relator Especial. En primer lugar, el Relator Especial se mostró de acuerdo con quienes habían propuesto que el proyecto de conclusión 6 se simplificara para evitar que fuera demasiado prescriptivo. Asimismo, insistió en que, para que se produjera el reconocimiento mencionado en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no bastaba con que un principio se reconociera en el ámbito interno, sino que también debía reconocerse su aplicabilidad en el sistema jurídico internacional debido a las diferencias existentes entre este y los sistemas jurídicos nacionales. Además, explicó que no hacía falta un acto de reconocimiento formal y que, en el contexto de la transposición, el reconocimiento se producía esencialmente de forma implícita. Señaló que era necesario determinar la compatibilidad del principio con el sistema jurídico internacional.

100. En la segunda parte se resumían las diferentes opiniones expresadas en relación con la segunda categoría de principios generales del derecho establecida en el proyecto de conclusión 7, a saber, los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, y se aclaraban algunas cuestiones relativas a la metodología para identificarlos. El Relator Especial reiteró que había suficiente práctica y doctrina para justificar la inclusión de un proyecto de conclusión sobre la segunda categoría, aunque reconoció la necesidad de mostrar prudencia, en especial habida cuenta de las preocupaciones planteadas en el sentido de que esa categoría no debía confundirse con el derecho internacional consuetudinario. Destacó que lo más difícil era formular una metodología clara y precisa para la identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

101. El Relator Especial afirmó que en la tercera parte se abordaban las funciones de los principios generales del derecho y la relación de estos con otras fuentes de derecho internacional, en particular los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Tras el análisis contenido en la tercera parte de su tercer informe, se proponían cinco proyectos de conclusión.

102. En la sección I de la tercera parte se abordaba la función esencial de los principios generales del derecho como medio de subsanar las lagunas que pudieran existir en el derecho internacional convencional y consuetudinario. El Relator Especial explicó que un principio general del derecho solo podía subsanar una laguna en la medida en que pudiera determinarse la existencia de ese principio aplicando la metodología establecida para su identificación. Destacó que dicha función estaba ampliamente reconocida en la práctica y en la doctrina y que en el informe no se afirmaba que hubiera una jerarquía entre las tres fuentes del derecho internacional (los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho,), sino que esa relación debía entenderse a la luz del principio de *lex specialis*. En cuanto a la cuestión del *non liquet*, el Relator Especial aclaró que la Comisión no tenía por qué ahondar en ella porque: a) en el análisis de la función de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas ya se le daba respuesta, y b) esa cuestión solo se planteaba en el contexto judicial y los principios generales del derecho, como fuente del derecho internacional, no se limitaban a ese ámbito.

103. En la sección II de la tercera parte se abordaban tres cuestiones esenciales relativas a la relación entre los principios generales del derecho, los tratados y el derecho internacional consuetudinario: a) la falta de jerarquía entre las fuentes del derecho internacional; b) la

posible coexistencia de los principios generales del derecho y otras normas de derecho internacional de contenido idéntico o análogo; y c) la aplicación del principio de *lex specialis* en el contexto de los principios generales del derecho. El Relator Especial destacó que la práctica demostraba que los principios generales del derecho podían sí coexistir con tratados y normas de derecho internacional consuetudinario de contenido idéntico o análogo, y que dicha coexistencia no afectaba a la aplicabilidad y especificidad de esos principios. Asimismo, explicó que, tras un análisis del principio de *lex specialis* a la luz de los trabajos de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional, se había concluido que, debido a la forma en que surgían, normalmente los principios generales del derecho podían considerarse "ley general" respecto de otras normas de derecho internacional.

104. En la sección III de la tercera parte del informe se trataban las funciones específicas de los principios generales del derecho. El Relator Especial señaló que dichas funciones no eran necesariamente exclusivas de los principios generales del derecho, y que estos debían entenderse a la luz de su papel esencial como medio de subsanar lagunas. Para concluir, el Relator Especial resumió las funciones específicas que, según se indicaba en el tercer informe, podían cumplir los principios generales del derecho: a) como base independiente de derechos y obligaciones; b) como medio de interpretar y complementar otras normas de derecho internacional; y c) como medio de asegurar la coherencia y la uniformidad del sistema jurídico internacional.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

105. En general, los miembros acogieron favorablemente el tercer informe del Relator Especial y expresaron reconocimiento por su rigor y su lógica jurídica. Muchos señalaron la importancia del tema. Algunos expresaron preocupación por el alcance del tema, por la terminología empleada en el tercer informe y por los ejemplos de práctica estatal aportados en apoyo de algunos de los argumentos expuestos en él.

106. Varios miembros reiteraron que, en general, se consideraba que el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contenía una enumeración autorizada de las fuentes del derecho internacional, y que el punto de partida de la labor de la Comisión eran los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional en el sentido del Artículo 38. A ese respecto, algunos miembros propusieron que el título del tema se cambiara por "Principios generales del derecho como fuente del derecho internacional". Se indicó que, aunque el punto de partida de la labor de la Comisión fuera el Artículo 38, párrafo 1 c), esta no debía verse limitada por el marco del Estatuto en sus análisis y conclusiones. Se afirmó que, más que especificar las fuentes del derecho internacional, el Artículo 38, párrafo 1 c), se refería al derecho aplicable por la Corte Internacional de Justicia. A ese respecto, se indicó que el análisis de la jurisprudencia de los tribunales de arbitraje o de las cortes o tribunales penales internacionales, cada uno de los cuales tenía su propio derecho aplicable, no tenía cabida en un informe relativo a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c).

107. Hubo divergencia de opiniones sobre la naturaleza de los principios generales del derecho como fuente primaria del derecho internacional. Varios miembros estaban de acuerdo en que los principios generales del derecho eran una fuente primaria e independiente, mientras que otros expresaron sus dudas. Se destacó la necesidad de distinguir claramente entre los principios generales del derecho y las técnicas o máximas judiciales, así como entre los principios con alcance normativo y los principios sin alcance normativo.

108. Se señaló con preocupación que en el tercer informe parecía darse una importancia excesiva a las decisiones judiciales y a determinados autores, en lugar de a la práctica de los Estados. Se destacó que eran los Estados quienes debían reconocer los principios generales del derecho. En el caso de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, los Estados podían manifestar dicho reconocimiento expresamente, en forma de disposiciones convencionales, o en forma no escrita, en normas de derecho internacional consuetudinario. Se afirmó que, si una función esencial de los principios generales del derecho era la subsanación de lagunas cuando no existía ninguna norma

convencional ni de derecho internacional consuetudinario aplicable, sería difícil encontrar pruebas del reconocimiento de un principio general del derecho por los Estados.

109. Algunos miembros propusieron que se añadiera al proyecto de conclusiones una lista no exhaustiva de principios generales del derecho similar a la del proyecto de conclusión 23 del tema "Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*". Se dijo que el principal objetivo de la labor sobre el tema debía ser identificar y confirmar el contenido específico de los principios generales del derecho, aunque fuera en forma de lista indicativa.

110. Varios miembros reiteraron su preocupación por la terminología utilizada: se observó que, a menudo, en la práctica y en la doctrina se usaban indistintamente varias expresiones distintas, como "derecho internacional general", "principios generales del derecho internacional" y "principios fundamentales del derecho internacional", y algunos miembros pidieron que se definieran y distinguieran debidamente.

b) Proyecto de conclusión 6

111. Por lo que se refiere al proyecto de conclusión 6 (constatación de la transposición al sistema jurídico internacional) propuesto en el segundo informe del Relator Especial, algunos miembros reiteraron su apoyo al enfoque en dos etapas (existencia en sistemas jurídicos nacionales y transposición) propuesto por el Relator Especial, mientras que otros cuestionaron la noción de transposición en sí misma. Varios miembros apoyaron la idea de que la transposición pudiera ser implícita en lugar de un acto expreso, activo o formal. Se afirmó que el reconocimiento se refería fundamentalmente a la "existencia" en sistemas jurídicos nacionales, mientras que, en la transposición, lo principal era la aplicabilidad de los principios generales del derecho en cada caso. Si bien se apoyó el argumento del Relator Especial de que el requisito del reconocimiento era pertinente tanto para la existencia del principio en los sistemas jurídicos nacionales como para su transposición, también se dijo que el reconocimiento no debía tener ninguna pertinencia para determinar si un principio era transponible. Se expresó preocupación por que la noción de transponibilidad pudiera socavar la voluntad de los Estados en un aspecto clave del proceso de reconocimiento de principios generales del derecho y utilizarse como excusa para constatar la transposición de principios generales del derecho mediante acuerdos especiales entre Estados o decisiones judiciales controvertidas.

112. Varios miembros apoyaron la noción de compatibilidad o adecuación como elemento definitorio de la transposición al sistema jurídico internacional. Se expresaron dudas sobre el uso de la expresión "principios fundamentales del derecho internacional" en el proyecto de conclusión 6 y se hicieron propuestas de redacción a ese respecto. Se señaló que el artículo 21 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional podía ser una buena orientación sobre la cuestión de la transposición. Aunque varios miembros argumentaron que, para la transposición, los principios debían ser compatibles con los elementos esenciales del sistema jurídico internacional o adecuados para ese sistema, un miembro afirmó que debían ser compatibles con todo el derecho internacional aplicable. También se propuso incluir la noción de *opinio iuris* en el proceso de reconocimiento.

113. Varios miembros propusieron que el proyecto de conclusión 6 se simplificara para que hubiera más flexibilidad en lo que respecta a la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, manteniendo al mismo tiempo cierto rigor en el proceso. Algunos miembros insistieron en que la Comisión debía evitar que en el texto se diera la impresión de que la transposición solo podía ser automática o bien requerir un acto formal, y, aunque hubo opiniones favorables al mantenimiento de cierta flexibilidad y de un proceso no formalizado, se pidió más orientación sobre los requisitos de la transposición. A ese respecto, se hicieron propuestas de redacción del proyecto de conclusión 6.

c) Proyecto de conclusión 7

114. La Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de conclusión 7 (identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional), con su comentario, en el actual período de sesiones. Por consiguiente, siguiendo la práctica de la

Comisión, en el presente informe no se ha incluido el resumen del debate sobre este proyecto de conclusión.

d) Proyectos de conclusión 10 a 12

115. Varios miembros apoyaron los proyectos de conclusión 10 (falta de jerarquía entre las fuentes del derecho internacional), 11 (coexistencia) y 12 (principio de *lex specialis*), mientras que otros expresaron dudas y cuestionaron su utilidad o necesidad. Algunos miembros alabaron los esfuerzos del Relator Especial por definir diferentes aspectos de los principios generales del derecho. Se dijo que la Comisión no debía incluir en su labor ningún proyecto de conclusión sobre la relación entre las fuentes.

116. En relación con el proyecto de conclusión 10, si bien algunos miembros suscribían la tesis expuesta en el tercer informe en el sentido de que la falta de jerarquía entre las fuentes del derecho internacional contaba con suficiente apoyo en la práctica de los Estados y en la doctrina, otros cuestionaron ese enfoque. Según estos, aunque, en teoría, no había jerarquía entre las fuentes, en la práctica existía una jerarquía informal entre las fuentes enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se aplicaban por orden sucesivo. A ese respecto, se afirmó que los principios generales del derecho no tenían en la práctica el mismo rango que un tratado o una norma de derecho internacional consuetudinario. Varios miembros señalaron que había cierta contradicción entre el proyecto de conclusión 10 y el proyecto de conclusión 13 (subsanación de lagunas), puesto que la función de subsanar lagunas situaba a los principios generales del derecho en un nivel inferior a los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Se dijo que los principios generales del derecho eran una fuente auxiliar del derecho internacional.

117. Se mostró preocupación por que el proyecto de conclusión 10 no abordara la relación de los principios generales del derecho con las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, ni la relación entre los principios generales del derecho y el derecho de las organizaciones internacionales. Se hicieron varias propuestas para la redacción del proyecto de conclusión 10, como, por ejemplo, que se simplificara el texto, que se fusionara con los proyectos de conclusión 11 y 12 o que se omitiera la palabra "jerarquía". Algunos miembros también propusieron trasladar los proyectos de conclusión 10 a 12 para ubicarlos después de los proyectos de conclusión 13 y 14 (funciones específicas de los principios generales del derecho). Se hizo una propuesta de redacción para que se especificara que los proyectos de conclusión 10, 11 y 12 solo eran de aplicación a los principios generales del derecho existentes.

118. Varios miembros apoyaron el proyecto de conclusión 11 por entender que reflejaba correctamente la posibilidad de que los principios generales del derecho coexistieran con normas de derecho convencional y/o de derecho internacional consuetudinario. A ese respecto, se destacó la jurisprudencia expuesta en el tercer informe en apoyo de dicha propuesta. Otros miembros consideraban que esa disposición era innecesaria o que su aplicabilidad en la práctica era limitada. Se indicó que el contenido del proyecto de conclusión 11 podía tratarse en el comentario y que el debate sobre la coexistencia no era pertinente para el tema, puesto que la Comisión no estaba realizando un análisis general de las fuentes. Se afirmó que los principios generales del derecho no podían coexistir con normas de derecho internacional consuetudinario de contenido similar o idéntico porque los procesos de formación e identificación de los principios generales del derecho y del derecho internacional consuetudinario se superponían a menudo.

119. Se hicieron varias propuestas de redacción del proyecto de conclusión 11, además de la de fusionar los proyectos de conclusión 10 y 11. También se propuso que se reconsiderase la conveniencia de mencionar las fuentes del derecho internacional con las que podían coexistir los principios generales del derecho.

120. Algunos miembros apoyaron el proyecto de conclusión 12 por considerar que podía aplicarse el principio de *lex specialis* para resolver los conflictos entre las normas derivadas de principios generales del derecho, por un lado, y las normas de derecho convencional y derecho internacional consuetudinario, por otro. Otros cuestionaron la necesidad de esa disposición por entender que su contenido podía abordarse en el comentario. Varios miembros expresaron sus dudas por el hecho de que el tercer informe y, por consiguiente, el

proyecto de conclusión, se centrara exclusivamente en el principio de *lex specialis*, cuando podía haber otros métodos pertinentes y aplicables para solucionar los conflictos entre fuentes, como el principio de *lex posteriori*. Se señaló la necesidad de reconsiderar el enfoque en el principio de *lex specialis*. Se afirmó que los principios generales del derecho tenían carácter de *lex generalis*. Algunos miembros observaron cierta contradicción entre los proyectos de conclusión 12 y 13 porque el principio de *lex specialis* no tenía cabida si la función esencial de los principios generales era subsanar lagunas. Se señaló que tanto el análisis contenido en el tercer informe como el proyecto de conclusión 12 se basaban principalmente en la labor de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional, cuando también debían basarse en la práctica de los Estados y la jurisprudencia. Se hicieron propuestas de redacción para que en el proyecto de conclusión se mencionara expresamente el carácter de *lex generalis* de los principios generales del derecho, así como para que el proyecto de conclusión se reformulara a fin de aclarar que se aplicaba el principio de *lex specialis* para solucionar los conflictos entre las normas o reglas derivadas de principios generales del derecho y de otras fuentes del derecho internacional que regulaban la misma cuestión.

e) Proyectos de conclusión 13 y 14

121. Algunos miembros elogiaron al Relator Especial por abordar un aspecto esencial de los principios generales del derecho y recordaron que varios Estados habían destacado en la Sexta Comisión la importancia de abordar las funciones de los principios generales del derecho. Otros miembros cuestionaron la pertinencia o utilidad de redactar conclusiones sobre las funciones de los principios generales del derecho, tarea que constituía toda una novedad en la labor de la Comisión sobre las fuentes del derecho internacional. Se destacó que no estaba claro que las únicas funciones de los principios generales del derecho, o las más importantes, fueran las funciones enumeradas en los proyectos de conclusión 13 y 14.

122. En lo que respecta al proyecto de conclusión 13, varios miembros estuvieron de acuerdo en que la función esencial de los principios generales del derecho era subsanar las lagunas que quedaban en el sistema jurídico internacional cuando las demás fuentes no ofrecían ninguna solución. Algunos miembros afirmaron que los principios generales del derecho no tenían el monopolio de la subsanación de lagunas, ya que los tratados y el derecho internacional consuetudinario podían desempeñar una función similar. A ese respecto, se dijo que no todas las lagunas podían subsanarse con principios generales del derecho. También se afirmó que la subsanación de lagunas no era la función principal de los principios generales del derecho, puesto que estos contribuían de manera importante a la interpretación y aplicación de las normas existentes y a la coherencia del sistema jurídico internacional. Mientras que algunos miembros apoyaban el uso de la expresión “subsanación de lagunas”, otros la consideraron ambigua y engañosa.

123. Se insistió en que los principios generales del derecho solo cumplían la función de subsanar lagunas en la medida en que existían y eran reconocidos. Se mencionó la necesidad de analizar detenidamente esa función teniendo en cuenta las particularidades del sistema jurídico internacional. Algunos miembros consideraban que en el tercer informe se daba una importancia excesiva a la contribución de los principios generales del derecho a la subsanación de lagunas. Otros señalaron que cumplían esa función en el contexto del arreglo de controversias para evitar las situaciones de *non liquet*. En ese sentido, se propuso que en el proyecto de conclusión se indicaran el contexto (arreglo de controversias) y el objetivo (evitar una situación de *non liquet*). Se afirmó que para la aplicación de principios generales del derecho no tenía por qué haber necesariamente una laguna, ya que estos desempeñaban otras funciones importantes en el sistema jurídico internacional. Algunos miembros expresaron su disconformidad con la distinción que se hacía en el tercer informe entre funciones esenciales y específicas. Se observó con preocupación que el tercer informe no explicaba cómo se cumpliría la función de subsanar lagunas si la Comisión llegaba a la conclusión de que existían dos categorías diferentes de principios generales del derecho (los derivados de sistemas jurídicos nacionales y los formados en el sistema jurídico internacional).

124. Se hicieron algunas propuestas de redacción. Varios miembros propusieron que los proyectos de conclusión 13 y 14 se fusionaran para no tener que distinguir entre funciones

esenciales y específicas. Otros propusieron que la expresión “función esencial” se sustituyera por “función general”, o que el término “función” se sustituyera por “carácter”.

125. Por lo que se refiere al proyecto de conclusión 14, algunos miembros apoyaron su contenido y convinieron en que indicaba debidamente algunas de las funciones que los principios generales del derecho podían desempeñar en el sistema jurídico internacional. Otros, sin embargo, pusieron en duda que la lista de funciones que figuraba en la disposición fuera exhaustiva y expresaron su preocupación por las definiciones empleadas. Algunos miembros cuestionaron que las funciones enumeradas en el proyecto de conclusión se calificaran de “específicas” porque no eran específicas de los principios generales del derecho, sino comunes a todas las fuentes del derecho internacional. También se dudó de si el proyecto de conclusión 14 era necesario y si la Comisión debía ahondar en las funciones de los principios generales del derecho en el contexto del tema.

126. Hubo divergencia de opiniones sobre la función de los principios generales del derecho como base independiente de derechos y obligaciones indicada en el apartado a) del proyecto de conclusión 14. Varios miembros apoyaron el texto del apartado a) por entender que la función esencial de cualquier fuente del derecho era servir de base independiente de derechos y obligaciones, y que esa función estaba estrechamente relacionada con la de subsanar lagunas. Otros miembros rechazaron esa tesis y afirmaron, entre otras cosas, que carecía de fundamento empírico, que no se compadecía con la función de subsanar lagunas y que podía propiciar indebidamente la invocación de principios generales del derecho abstractos para reclamar derechos no reconocidos en tratados ni en el derecho internacional consuetudinario. Se pidió que se explicaran mejor los requisitos para determinar la existencia de derechos y obligaciones sobre la base de principios generales del derecho.

127. Si bien se apoyó el apartado b) del proyecto de conclusión 14 sobre la función de los principios generales del derecho como medio de interpretar y complementar otras normas de derecho internacional, algunos miembros consideraron que dicho apartado carecía de suficiente apoyo en la práctica.

128. Varios miembros apoyaron el apartado c) del proyecto de conclusión 14, sobre la función de los principios generales del derecho de asegurar la coherencia del sistema jurídico internacional, mientras que otros negaron que cumplieran esa función y afirmaron que no se podía afirmar que el derecho internacional fuera un sistema sistemático y coherente. Era necesario fundamentar mejor el cumplimiento de esa función. Se propuso que se fusionaran los apartados b) y c).

f) Programa de trabajo futuro

129. Algunos miembros apoyaron la propuesta del Relator Especial de que la Comisión concluyera la primera lectura sobre el tema en su 73er período de sesiones, mientras que otros señalaron que quizás no fuera posible porque no habría tiempo suficiente durante la segunda parte del período de sesiones. A este respecto, se mencionaron la complejidad del tema y la divergencia de opiniones que había en la Comisión sobre algunos aspectos fundamentales de este.

3. Observaciones finales del Relator Especial

130. En su resumen del debate, el Relator Especial expresó su agradecimiento a los miembros de la Comisión y celebró el enriquecedor debate mantenido sobre su tercer informe. Reconoció la complejidad del tema y destacó que había analizado cuidadosamente los argumentos y las preocupaciones expresados por los miembros durante el debate.

131. Por lo que se refiere al alcance del tema, el Relator Especial reiteró que la labor de la Comisión se refería a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Aclaró que las dos categorías de principios generales del derecho (a saber, los derivados de sistemas jurídicos nacionales y los formados en el sistema jurídico internacional) se abordaban partiendo de la premisa de que estaban contempladas en el Artículo 38, párrafo 1 c). También aclaró que, al afirmar que el punto de partida de la labor sobre el tema debía ser el Artículo 38, párrafo 1 c), lo que se pretendía decir era que la Comisión no debía limitarse a interpretar dicha disposición

literalmente, sino que debía tener en cuenta la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina existentes.

132. En cuanto a la cuestión de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, el Relator Especial afirmó que en la mayor parte de la práctica y la doctrina existentes se consideraba que los principios generales del derecho eran una fuente formal del derecho internacional, junto con los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Indicó que varios miembros de la Comisión y Estados en la Sexta Comisión habían señalado expresamente que el Artículo 38, párrafo 1 c), establecía los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional capaz de generar normas para regular el comportamiento en el plano internacional. Recordó el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*[1190]. Además, explicó que la tesis de que el Artículo 38 se refería únicamente al derecho aplicable por la Corte suponía que no existían fuentes del derecho internacional de carácter general, lo que, a juicio del Relator Especial, sería insostenible porque generaría una fragmentación inaceptable del derecho internacional, además de inseguridad jurídica, lo que impediría el funcionamiento del sistema jurídico internacional.

133. En respuesta a las preocupaciones expresadas por la falta de coherencia de la terminología empleada, el Relator Especial recordó que es algo que ya se había abordado en el primer informe y destacó que la propia Comisión había confirmado en varias ocasiones que las expresiones “derecho internacional general” o “principios generales del derecho internacional” podían referirse a principios generales del derecho según el contexto. El Relator Especial también explicó que, cuando las cortes y tribunales penales internacionales aplicaban principios generales del derecho, eran esencialmente principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c). El Relator Especial concluyó que la jurisprudencia y la práctica relativa a las cortes y tribunales penales internacionales eran pertinentes para el tema.

134. Por lo que se refiere a la propuesta de algunos miembros de que se añadiera una lista no exhaustiva con ejemplos de principios generales del derecho, el Relator Especial reiteró que no hacía falta, ya que el principal objetivo del tema era aclarar diferentes aspectos de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, a saber, su alcance, la metodología para identificarlos, sus funciones y su relación con otras fuentes del derecho internacional. Afirmó que en los comentarios se citaría práctica pertinente, que a su vez contendría esos ejemplos.

135. El Relator Especial señaló que los miembros de la Comisión estaban de acuerdo, en general, con el enfoque en dos etapas para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, con la propuesta de que se adoptara un enfoque más flexible respecto de la transposición, manteniendo al mismo tiempo una metodología rigurosa, con la noción de compatibilidad con el sistema jurídico internacional y con la idea de que la transposición era implícita y no requería un acto expreso o formal. El Relator Especial también observó que varios miembros convenían en que, para la transposición, debía cumplirse el requisito del reconocimiento en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c). A este respecto, aclaró que un principio general de derecho reconocido en el ámbito interno no se transponía automáticamente al sistema jurídico internacional. Destacó que, en el análisis, había que tener en cuenta los sistemas jurídicos nacionales y el sistema jurídico internacional. También insistió en que la práctica, la jurisprudencia y la doctrina existentes indicaban que la cuestión de la transposición estaba relacionada con la identificación de principios generales del derecho, y no con la aplicación de un principio general del derecho existente a un caso concreto.

136. Según el Relator Especial, la principal tarea que la Comisión tenía ante sí era establecer criterios claros para determinar la transposición de un principio reconocido en el ámbito interno al sistema jurídico internacional. A ese respecto, observó que en el debate en

[1190] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial pág. 38, párr. 56.

sesión plenaria parecía haber quedado claro que, para que se considerara que un principio se había transpuesto, tenía que haber compatibilidad. En su opinión, debía constatarse su compatibilidad con normas universalmente aceptadas y que pudiera considerarse que reflejaban la estructura básica del sistema jurídico internacional. Teniendo en cuenta los comentarios y observaciones realizados por los miembros en sesión plenaria, y tras una reflexión más detenida sobre determinadas cuestiones, el Relator Especial sometió al Comité de Redacción una propuesta revisada de proyecto de conclusión 6.

137. El Relator Especial recordó que, al igual que en años anteriores, la cuestión de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional seguía suscitando divergencia de opiniones entre los miembros de la Comisión: varios apoyaban la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional; algunos eran escépticos, pero no descartaban la existencia de dichos principios; y otros consideraban que solo eran principios generales del derecho los derivados de sistemas jurídicos nacionales. Reiteró que, en su opinión, el análisis de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina daba motivos para apoyar la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

138. El Relator Especial explicó en primer lugar que lo que la Comisión debía hacer era aclarar, en la medida de lo posible, si existían principios generales del derecho derivados del sistema jurídico internacional. También destacó que los principios comprendidos en esa segunda categoría regulaban cuestiones básicas y estructurales del sistema jurídico internacional, como la igualdad soberana de los Estados y el consentimiento a la competencia de las cortes y tribunales internacionales. Reiteró que el Artículo 38, párrafo 1 c), no indicaba que los principios generales del derecho fueran únicamente los derivados de sistemas jurídicos nacionales. Aunque reconoció que la práctica relativa a la existencia de la segunda categoría era limitada, el Relator Especial afirmó que no era insuficiente para que la Comisión abordara la cuestión. El Relator Especial también aclaró que la metodología inductiva y deductiva expuesta en el tercer informe no era diferente de la metodología propuesta para la identificación de los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. Destacó que, para ambas categorías de principios generales del derecho, se debía realizar primero un análisis inductivo de las normas, seguido de un análisis deductivo. En lo que respecta a la primera categoría, el análisis deductivo era para determinar la compatibilidad con el sistema jurídico internacional, mientras que, en el caso de la segunda categoría, dicho análisis era para demostrar que el principio general del derecho en cuestión era inherente al sistema jurídico internacional.

139. Con miras a lograr un consenso teniendo en cuenta las observaciones formuladas por los miembros en el debate en sesión plenaria, el Relator Especial remitió al Comité de Redacción una formulación alternativa del proyecto de conclusión 7.

140. En relación con el proyecto de conclusión 10, el Relator Especial observó que, según varios miembros, no había jerarquía entre las diferentes fuentes del derecho internacional. En cuanto a la opinión de algunos miembros de que existía cierta contradicción entre el proyecto de conclusión 10 y la función de subsanar lagunas, el Relator Especial señaló que cualquier contradicción entre los dos proyectos de conclusión quedaba resuelta porque en la Comisión parecía haber consenso en que los principios generales del derecho cumplían las mismas funciones que las demás fuentes del derecho internacional, y no se limitaban necesariamente a subsanar lagunas.

141. Por lo que se refiere al proyecto de conclusión 11, relativo a la posible coexistencia de principios generales del derecho y otras normas de derecho internacional de contenido idéntico o análogo, el Relator Especial señaló que no había suscitado muchas divergencias entre los miembros de la Comisión. En cuanto a las observaciones de algunos miembros que cuestionaban que los principios generales del derecho pudieran coexistir con normas de derecho internacional consuetudinario, el Relator Especial afirmó que nada impedía que un principio general del derecho coexistiera con una norma de derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, era posible que una norma de derecho internacional consuetudinario regulara solo algunos de los aspectos de un principio general de derecho y, por lo tanto, que el principio siguiera siendo útil para interpretar o aplicar dicha norma.

142. El Relator Especial explicó que el proyecto de conclusión 12 se refería únicamente al principio de *lex specialis* porque era el principio que solía mencionarse en la práctica y en la doctrina cuando se analizaba la relación entre los principios generales del derecho y otras fuentes. No obstante, convino en que había otros principios que también podían ser pertinentes en el contexto de la resolución de conflictos entre normas.

143. En lo que respecta a las observaciones formuladas por los miembros acerca de la relación entre los principios generales del derecho y las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*, el Relator Especial señaló que en el proyecto de conclusiones y los comentarios se podría aclarar que dichas normas también podían ser importantes para resolver los conflictos entre normas.

144. El Relator Especial consideraba que, dada la divergencia de opiniones a ese respecto que a veces existía en la práctica y en la doctrina, los proyectos de conclusión 10 a 12 eran necesarios para orientar a los Estados, a las cortes y tribunales internacionales y a los profesionales. Asimismo, se mostró de acuerdo con las propuestas de fusionar los proyectos de conclusión 10 a 12, que podrían seguir debatiéndose en el Comité de Redacción.

145. En cuanto al papel de los principios generales del derecho como medio de subsanar lagunas, el Relator Especial observó que en general los miembros lo aceptaban, aunque señalaban que no podía considerarse una función propiamente dicha y que respondía a consideraciones prácticas. Explicó que, en principio, los principios generales del derecho tenían las mismas funciones que las otras fuentes del derecho internacional enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1 c), aunque reconoció que, en la práctica, se solía recurrir a los principios generales del derecho cuando las normas convencionales o el derecho internacional consuetudinario no regulaban una cuestión jurídica o no lo hacían plena y claramente.

146. En opinión del Relator Especial, los proyectos de conclusión sobre las funciones de los principios generales del derecho eran realmente necesarios, dada la confusión que existía a veces tanto en la práctica como en la doctrina. El Relator Especial apoyaba la propuesta de algunos miembros de que los proyectos de conclusión 13 y 14 se fusionaran, que podría debatirse en el Comité de Redacción. Indicó que el Comité de Redacción podría aclarar las funciones de los principios generales del derecho, teniendo en cuenta la forma en que estos solían aplicarse en la práctica.

147. Por último, el Relator Especial reiteró su intención de concluir la primera lectura antes de que terminara el actual quinquenio.

C. Texto de los proyectos de conclusión sobre los principios generales del derecho aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones

1. Texto de los proyectos de conclusión

148. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones.

Conclusión 3
Categorías de principios generales del derecho

Los principios generales del derecho comprenden:

a) los que se derivan de los sistemas jurídicos nacionales;

b) los que pueden formarse en el sistema jurídico internacional.

Conclusión 5
Determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo

1. Para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo, se requiere un análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales.

2. El análisis comparativo ha de ser amplio y representativo, e incluir las diferentes regiones del mundo.

3. El análisis comparativo incluye una evaluación de las legislaciones nacionales y de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, así como otros materiales pertinentes.

Conclusión 7
Identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional

1. Para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho que puede formarse en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse de que la comunidad internacional ha reconocido aquel principio como intrínseco al sistema jurídico internacional.

2. El párrafo 1 se entiende sin perjuicio de la cuestión de la posible existencia de otros principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

2. Texto de los proyectos de conclusión y sus comentarios aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones

149. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de conclusión, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 73er período de sesiones.

Conclusión 3
Categorías de principios generales del derecho

Los principios generales del derecho comprenden:

a) los que se derivan de los sistemas jurídicos nacionales;

b) los que pueden formarse en el sistema jurídico internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 3 aborda las dos categorías de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Se utiliza el término “categorías” para indicar los dos grupos en que pueden clasificarse los principios generales del derecho en función de su origen y, por tanto, del proceso por el que pueden surgir. A diferencia del apartado a) del proyecto de conclusión, que emplea la expresión “se derivan de”, en el apartado b) se utiliza “pueden formarse”. Esta expresión se ha considerado apropiada para introducir cierta flexibilidad en la disposición, y con ella se reconoce que no hay consenso sobre la existencia de una segunda categoría de principios generales del derecho.

2) El apartado a) del proyecto de conclusión se refiere a los principios generales del derecho que se derivan de sistemas jurídicos nacionales. El hecho de que los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia incluyen los derivados de sistemas jurídicos nacionales ha quedado

establecido en la jurisprudencia de las cortes y tribunales[1191] y en la doctrina[1192], y ha sido confirmado por los trabajos preparatorios del Estatuto[1193]. Los proyectos de conclusión 4 a 6 tratan con mayor detalle la metodología para identificar esos principios generales del derecho.

3) El apartado b) del proyecto de conclusión 3 se refiere a los principios generales del derecho que pueden formarse en el sistema jurídico internacional. La jurisprudencia de las cortes y tribunales[1194] y la doctrina parecen corroborar la existencia de esta categoría de

[1191] Véanse, por ejemplo, el caso *Fabiani* (1896) (en H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (Berlin, Stämpfli, 1902), pág. 356); *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie),* laudo de 11 de noviembre de 1912, *Reports of International Arbitral* Awards (U.N.R.I.A.A.), vol. XI, págs. 421 a 447, en especial pág. 445; *Corfu Channel case*, fallo de 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 4, en especial pág. 18; Corte Internacional de Justicia, *South West Africa* [segunda fase], fallo, *I.C.J. Reports 1966*, pág 6, párr. 88; *Argentine-Chile Frontier Case*, laudo de 9 de diciembre de 1966, U.N.R.I.A.A., vol. XVI, págs. 109 a 182, en especial pág. 164; Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970,* pág. 3 y ss., en especial pág. 38, párr. 50; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Sea-Land Service, Inc.* v. *Iran*, laudo núm. 135-33-1, 20 de junio de 1984, *Iran–United States Claims Tribunal Reports* (IUSCTR), vol. 6, págs. 149 y ss., en especial pág. 168; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Questech, Inc. v. Iran*, laudo núm. 191-59-1, 25 de septiembre de 1985, IUSCTR, vol. 9, págs. 107 y ss., en especial pág. 122; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Aloeboetoe y otros*. *Vs. Surinam*, sentencia (Reparaciones y Costas), 10 de septiembre de 1993, Serie C, núm. 15, párr. 50; Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, fallo, 15 de julio de 1999, Sala de Apelaciones, párr. 225; *Prosecutor v. Zejnil Delalić* et al., causa núm. IT-96-21-A, fallo, 20 de febrero de 2001, Sala de Apelaciones, párr. 179; Organización Mundial del Comercio, Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, informe del Órgano de Apelación, 14 de enero de 2002 (WT/DS108/AB/RW), párrs. 142 y 143; Alemania, Tribunal Constitucional, fallo, 4 de septiembre de 2004 (2 BvR 1475/07), párr. 20; Corte Permanente de Arbitraje, *Award in the Arbitration regarding the delimitation of the Abyei Area between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army*, caso núm. 2008-7, laudo, 22 de julio de 2009, U.N.R.I.A.A., vol. XXX, págs. 145 a 416, en especial págs. 299, párr. 401; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *El Paso Energy International Company* c. *la República Argentina*, caso núm. ARB/03/15*,* laudo, 31 de octubre de 2011, párr. 622; Filipinas, Corte Suprema, *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC,* decisión de 8 de marzo de 2016 (G.R. núm. 221697; G.R. núms. 221698-700), págs. 19 y 21.

[1192] Véanse, por ejemplo, B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 1953/2006), pág. 25; G. Abi-Saab, "Cours général de droit international public", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 207 (1987), págs. 188 y 189; J. A. Barberis, "Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional", *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), págs. 11 a 41, en especial págs. 30 y 31; R. Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9ª ed. (Longman, 1996), págs. 36 y 37; S. Yee, "Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), págs. 472 a 498, en especial pág. 487; P. Palchetti, "The role of general principles in promoting the development of customary international rules", en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), págs. 47 a 59, en especial pág. 48; Pellet y D. Müller, "Article 38", en A. Zimmermann y otros (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), pág. 925.

[1193] Corte Permanente de Justicia Internacional, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920 with Annexes* (La Haya, Van Langenhuysen Brothers, 1920), págs. 331 a 336.

[1194] Véanse, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Corfu Channel case* (véase la nota anterior), pág. 22; Corte Internacional de Justicia, *Reservations to the Convention on Genocide, opinion consultiva, I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 23; Corte Internacional de Justicia, *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question),* fallo de 15 de junio de 1954*, I.C.J. Reports 1954,* págs. 19 y ss., en especial pág. 32; Corte Internacional de Justicia, *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 565, párrs. 20 y 21; Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor* v. *Anto Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, Sala de Primera Instancia, 10 de diciembre de 1998 (IT-95-17/1-T), párr. 183*;* Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor* v. *Zoran Kupreškić* et al., causa núm. IT-95-16-T, fallo, Sala de Primera Instancia, 14 de enero de 2000, párr. 738.

principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[1195]. No obstante, algunos miembros consideran que el Artículo 38, párrafo 1 c), no prevé una segunda categoría de principios generales del derecho, o al menos se muestran escépticos sobre su existencia como fuente autónoma del derecho internacional. En el comentario al proyecto de conclusión 7 se explican más aspectos de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

Conclusión 5
Determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo

1. Para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo, se requiere un análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales.

2. El análisis comparativo ha de ser amplio y representativo, e incluir las diferentes regiones del mundo.

3. El análisis comparativo incluye una evaluación de las legislaciones nacionales y de las decisiones de las cortes y tribunales nacionales, así como otros materiales pertinentes.

Comentario

1) En el proyecto de conclusión 5 se aborda la primera de las dos etapas de la metodología establecida en el proyecto de conclusión 4 para la identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales: la determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. El párrafo 1 del proyecto de conclusión dispone que, para determinar dicha existencia, se requiere un análisis comparativo. En el párrafo 2 se describe el análisis comparativo indicando que este ha de ser amplio y representativo e incluir las diferentes regiones del mundo. En el párrafo 3 se explica cuáles son los materiales pertinentes para esta metodología.

2) En el párrafo 1 del proyecto de conclusión 5 se afirma la necesidad de realizar un "análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales" para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Esta formulación se basa en un enfoque general, adoptado en la práctica y en la doctrina, consistente en evaluar y comparar los sistemas jurídicos nacionales para establecer si un principio jurídico les es común. Para realizar el "análisis comparativo" mencionado en el proyecto de conclusión, no es necesario emplear las metodologías particulares que se utilizan en derecho comparado. Si bien esas metodologías pueden, en su caso, proporcionar cierta orientación, en la práctica

[1195] Véase, por ejemplo, L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit International : Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958), pág. 286; J. G. Lammers, "General principles of law recognized by civilized nations", en F. Kalshoven, P. J. Kuyper y J. G. Lammers (eds.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys* (Alphen aa den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980), págs. 53 a 75, en especial pág. 67; O. Schachter, "International law in theory and practice: general course in public international law", en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 178 (1982), págs. 9 a 396, en especial págs. 75, 79 y 80; R. Wolfrum, "General international law (principles, rules, and standards)", en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, vol. IV (entrada actualizada en 2010; Oxford, Oxford University Press, 2012), párr. 28; A. A. Cançado Trindade, "General principles of law as a source of international law", en Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2010), en 22:00; B. I. Bonafé y P. Palchetti, "Relying on general principles of law", en C. Brölmann y Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar Publishing, 2016), pág. 162; A. Yusuf, "Concluding remarks", en M. Andenas y otros (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (nota 1192 *supra*), pág. 450; G. Gaja, "General principles of law", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2020), párrs. 17 a 20.

suele haber cierta flexibilidad. De lo que se trata, a los efectos del proyecto de conclusión 5, es de encontrar un denominador común a todos los sistemas jurídicos nacionales[1196].

3) En el proyecto de conclusión 5 no se especifica qué se entiende por principio jurídico "común" a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. La Comisión consideró que, dado que los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales podían tener distinto contenido y alcance, convenía no ser excesivamente prescriptivos a ese respecto y permitir un análisis caso por caso. En muchos casos, el resultado del análisis comparativo puede ser la determinación de la existencia de un principio jurídico de carácter general y abstracto[1197]. En otros, no obstante, el análisis comparativo puede llevar a determinar la existencia de principios jurídicos con un carácter más concreto o específico[1198].

4) En el segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 se indica que el análisis comparativo para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo ha de ser "amplio y representativo, e incluir las diferentes regiones del mundo". Con esta descripción se pretende aclarar que, si bien no es necesario evaluar cada uno de los sistemas jurídicos del mundo para identificar un principio general del derecho, el análisis comparativo ha de ser suficientemente completo para tener en cuenta los sistemas jurídicos de los Estados conforme al principio de igualdad soberana de los Estados. Se ha incluido la expresión "diferentes regiones del mundo" para destacar que no basta con demostrar la existencia de un principio jurídico en los sistemas jurídicos correspondientes a determinadas familias jurídicas (como el derecho continental, el derecho anglosajón y el derecho islámico), sino que también es necesario demostrar que el principio ha sido ampliamente reconocido en las diferentes regiones del mundo[1199] o, como indicó la Corte

[1196] Véanse, por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Furundzija* (nota 1194 *supra*), párr. 178; y *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kunac and Zoran Vuković*, causas núms. IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, fallo, Sala de Primera Instancia, 22 de febrero de 2001, párr. 439.

[1197] Un principio general del derecho mencionado con frecuencia en la práctica y en la doctrina, y que puede considerarse de carácter general y abstracto, es el principio de buena fe.

[1198] Entre los ejemplos de principios generales del derecho que se han invocado o aplicado en la práctica y que pueden considerarse de carácter más específico (por ejemplo, porque su aplicación está sujeta a condiciones concretas), cabe citar los principios de cosa juzgada y *lis pendens*, y el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. Véanse, respectivamente, Corte Internacional de Justicia, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)* [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2016*, págs. 100 y ss., en especial págs. 125 y 126, párrs. 58 a 61; Corte Permanente de Justicia Internacional, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, fallo, 15 de Agosto de 1925, *P.C.I.J. Series A*, núm. 6, págs. 5 y ss., en especial pág. 20; Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste* v. *Australia)* [Medidas provisionales], Providencia de 3 de marzo de 2014, *I.C.J. Reports 2014*, págs. 147 y ss., en especial págs. 152 y 153, párrs. 24 a 28.

[1199] Entre los ejemplos de práctica de Estados que se puede considerar que han realizado un análisis comparativo amplio y representativo, cabe mencionar Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Right of Passage over Indian Territory* [Cuestiones de fondo], fallo de 12 de abril de 1960, *I.C.J. Reports 1960*, pág. 6, observaciones y conclusiones de Portugal sobre las excepciones preliminares de la India, anexo 20, págs. 714 a 752, y réplica de Portugal, anexo 192, págs. 858 a 861 (donde se analizan los sistemas jurídicos de Alemania, la Arabia Saudita, la Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia (el Estado Plurinacional de), el Brasil, Bulgaria, el Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, el Ecuador, Egipto, El Salvador, España, los Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Ghana, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, la India, Indonesia, Irlanda, Italia, el Japón, México, Myanmar, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Pakistán, Panamá, el Paraguay, el Perú, Polonia, Portugal, la República de Corea, la República Dominicana, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, el Uruguay, Venezuela República Bolivariana de), el Yemen y Zambia, así como Checoslovaquia y la Unión Soviética); Corte Internacional de Justicia, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia*) [Excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 1992*, pág. 240, memoria de Nauru, apéndice 3 (donde se analizan los sistemas jurídicos de Alemania, la Argentina, Australia, Bangladesh, Bélgica, el Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Dinamarca, España, los Estados Unidos, Etiopía, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Hungría, la India, Irlanda, Italia, el Japón, Liechtenstein, México, Nigeria, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Pakistán, el Reino Unido, Rumania, el Senegal, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia y Suiza); Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)* (nota 1198 *supra*), memoria of Timor-Leste,

Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Barcelona Traction*, que el principio ha sido "generalmente aceptado en los sistemas jurídicos internos"[1200].

5) El párrafo 3 del proyecto de conclusión 5 proporciona una orientación adicional al enumerar, de manera no exhaustiva, las fuentes a las que se puede acudir para realizar el análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales. Las expresiones "legislaciones nacionales" y "decisiones de las cortes y tribunales nacionales" deben entenderse en un sentido amplio, de manera que designan toda la gama de materiales de los sistemas jurídicos nacionales que pueden ser pertinentes para la identificación de un principio general del derecho, como las constituciones, las leyes, los decretos y los reglamentos, así como las decisiones de las cortes y tribunales nacionales de diferente nivel y competencia, como las cortes y tribunales constitucionales, supremos, de casación y de apelaciones y los tribunales de primera instancia y administrativos. Se ha añadido la expresión "así como otros materiales

anexos 22 a 24 (donde se analizan los sistemas jurídicos de Alemania, la Arabia Saudita, Australia, Austria, Bélgica, el Brasil, Bulgaria, China, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, los Estados Unidos, Estonia, la Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Indonesia, Irlanda, Italia, el Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Noruega, Nueva Zelandia, los Países Bajos, Polonia, Portugal, el Reino Unido, la República Checa, la República de Corea, Rumania, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, así como la Unión Europea y Hong Kong (China)), y contramemoria de Australia, anexo 51 (donde se analizan los sistemas jurídicos de Alemania, Australia, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, Francia, la India, Indonesia, Marruecos, México, Nueva Zelandia, el Reino Unido, Suiza, Timor-Leste y Uganda). Pueden encontrarse ejemplos similares en la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Delalić* (nota 1191 *supra*), párrs. 584 a 589 (Australia, Bahamas, Barbados, Croacia, Alemania, Italia, Japón, Federación de Rusia, Singapur, Sudáfrica, Turquía, Estados Unidos, Inglaterra, Escocia y ex-Yugoslavia, así como Hong Kong (China)); Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, causa núm. IT-01-42-A, fallo, Sala de Apelaciones, 17 de julio de 2008, párrs. 52 a 54 (Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Chile, Croacia, Estados Unidos, Federación de Rusia, India, Japón, Malasia, Montenegro, Países Bajos, Reino Unido República de Corea y Serbia); Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, fallo, Sala de Apelaciones, causa núm. IT-96-22-A, fallo, 7 de octubre de 1997, párr. 19, donde se hace referencia a la opinión separada conjunta de la Magistrada McDonald y el Magistrado Vohrah, párrs. 59 a 65 (Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Chile, China, España, Etiopía, Finlandia, Francia, India, Italia, Japón, Malasia, Marruecos, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Panamá, Polonia, Somalia, Sudáfrica, Suecia, Venezuela (República Bolivariana de), así como Inglaterra y ex-Yugoslavia); *Furundžija* (véase la nota 1194 *supra*), párr. 180 (Alemania, Argentina, Austria, Bosnia y Herzegovina, Chile, China, Francia, India, Italia, Japón, Países Bajos, Pakistán, Uganda y Zambia, así como Inglaterra y Gales, ex-Yugoslavia y Nueva Gales del Sur (Australia)); *Kunarac* (véase la nota 1196 *supra*), párrs. 437 a 460 (Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Canadá, China, Costa Rica, Dinamarca, España, Estados Unidos, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, India, Italia, Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Portugal, Reino Unido, República de Corea, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Uruguay y Zambia).

[1200] *Barcelona Traction* (nota 1191 *supra*), pág. 38, párr. 50. Véanse también *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC* (nota 1191 *supra*), págs. 19 y 21; *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*(nota 1191 *supra*), párr. 622; Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*) [Cuestiones de fondo], fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 639 y ss., en especial pág. 675, párr. 104; *Abyei Area* (nota 1191 *supra*), pág. 299, párr. 401; Alemania, Tribunal Constitucional, sentencia, 4 de septiembre de 2004 (nota 1191 *supra*), párr. 20; *Kunarac* (véase la nota 1196 *supra*), párr. 439; *Delalić* (nota 1191 *supra*), párr. 179; *Tadić* (nota 1191 *supra*), párr. 225; Tribunal Penal Internacional para Rwanda, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, causa núm. ICTR-96-4-T, fallo, 2 de septiembre de 1998, párr. 46; Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalić* et al., causa núm. IT-96-21-T, decisión sobre la moción para que se permita que los testigos K, L y M presten declaración mediante videoconferencia, Sala de Primera Instancia, 28 de mayo de 1997, párrs. 7 y 8; *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam* (nota 1191 *supra*), párr. 62; *Questech* (nota 1191 *supra*), pág. 122; *Sea-Land Service, Inc. v. Iran* (nota 1191 *supra*), pág. 168; *Corfu Channel case* (nota 1191 *supra*), pág. 18; caso *Fabiani* (nota 1191 *supra*), pág. 356; y caso *Queen* entre el Brasil, Noruega y Suecia (1871) (reproducido en La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794–1900*: *Histoire documentaire des arbitrages internationaux*) (nota 1191 *supra*), pág. 155.

pertinentes” para no excluir otras fuentes de los sistemas jurídicos nacionales que también pueden ser pertinentes, como el derecho consuetudinario o la doctrina.

6) Al redactar el párrafo 3 del proyecto de conclusión 5, la Comisión ha sido consciente de que los sistemas jurídicos nacionales no son iguales y que cada uno debe analizarse en su propio contexto y teniendo en cuenta sus propias características. En algunos sistemas jurídicos, por ejemplo, las decisiones de las cortes y tribunales nacionales pueden ser más pertinentes para determinar la existencia de un principio jurídico, mientras que en otros pueden tener más importancia los textos jurídicos y la doctrina. La Comisión también ha convenido en que todas las ramas del derecho interno, tanto de derecho privado como público, pueden ser pertinentes para la identificación de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales[1201].

7) Cabe destacar que, para establecer la existencia y el contenido de un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no basta con determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo. Como se afirma en el proyecto de conclusión 4, también es necesario cerciorarse de la transposición de ese principio al sistema jurídico internacional. Esa segunda etapa de la metodología se aborda en el proyecto de conclusión 6.

Conclusión 7
Identificación de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional

1. Para determinar la existencia y el contenido de un principio general de derecho que puede formarse en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse de que la comunidad internacional ha reconocido aquel principio como intrínseco al sistema jurídico internacional.

2. El párrafo 1 se entiende sin perjuicio de la cuestión de la posible existencia de otros principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional.

Comentario

1) El proyecto de conclusión 7 se ocupa de la identificación de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional[1202].

[1201] Véanse, por ejemplo, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia* (nota 1198 *supra*), pág. 125, párr. 58 (donde se aplica el principio de cosa juzgada, derivado del derecho procesal civil); *Barcelona Traction* (nota 1191 *supra*), pág. 38, párr. 50 (donde se aplica el principio de separación entre las sociedades y sus accionistas, derivado del derecho mercantil); *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero*” (nota 1191 *supra*), párr. 143 (donde se aplica un principio relativo a la tributación de los no residentes, derivado del derecho fiscal); *Questech, Inc. v. Iran* (véase la nota anterior), pág. 122 (donde se aplica el principio de *rebuc sic stantibus*, derivado del derecho contractual); *Sea-Land Service, Inc. v. Iran* (nota 1191 *supra*), pág. 168 (donde se aplica el principio de enriquecimiento injusto, derivado del derecho civil o el derecho de las obligaciones); *Furundžija* (véase la nota 1194 *supra*), párrs. 178 a 182, y *Kunarac* (véase la nota 1196 *supra*), párrs. 439 a 460 (donde se aplica una definición de “violación” derivada del derecho penal); *Aloeboetoe Vs. Surinam* (nota 1191 *supra*), párr. 62 (donde se aplica un principio relativo a la sucesión a efectos de indemnización, derivado de las legislaciones sobre herencia o sucesiones); *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC* (nota 1191 *supra*), pág. 21 (donde se aplica un principio de nacionalidad de los expósitos, derivado de las legislaciones sobre nacionalidad). Véanse también *El Paso Energy International Company c. la República Argentina* (nota 1191 *supra*), párr. 622 (“los ‘principios generales’ son normas que por lo general se aplican en el ámbito interno, a las cuestiones privadas o públicas, de fondo o de forma”); *South West Africa [Segunda fase]* (nota 1191 *supra*), opinión disidente del Magistrado Tanaka, págs. 250 y ss., en especial pág. 294 (“En la medida en que no se precisa cuáles son los ‘principios generales del derecho’, debe entenderse que el término ‘derecho’ abarca todas las ramas del derecho, entre ellas el derecho interno, el derecho público, el derecho constitucional y administrativo, el derecho privado, el derecho mercantil, el derecho sustantivo y el derecho procesal”).

[1202] Entre los ejemplos mencionados por los miembros de la Comisión durante los debates de la

2) El párrafo 1 del proyecto de conclusión 7 establece que, para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho que puede formarse en el sistema jurídico internacional, es necesario cerciorarse de que la comunidad internacional ha reconocido aquel principio como intrínseco a ese sistema. La Comisión ha considerado que varias razones justifican la existencia de este tipo de principios generales del derecho. En primer lugar, en la práctica judicial hay ejemplos que parecen corroborar la existencia de estos principios generales del derecho. En segundo lugar, como cualquier otro sistema jurídico, el sistema jurídico internacional debe ser capaz de generar principios generales del derecho que le sean intrínsecos y que puedan reflejar y regular sus características básicas, y no tener únicamente principios generales del derecho tomados de otros sistemas jurídicos. En tercer lugar, nada de lo dispuesto en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia limita los principios generales del derecho a los derivados de sistemas jurídicos nacionales. En cuarto lugar, los trabajos preparatorios del Estatuto no excluyen la existencia de dichos principios.

3) La Comisión ha considerado que la metodología para la identificación de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional es similar a la utilizada en el caso de los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. En ambos casos, primero se realiza un análisis inductivo de las normas existentes: en el caso de los principios de la primera categoría, se analizan las normas existentes en los sistemas jurídicos nacionales y, en el caso de los de la segunda categoría, se analizan las normas existentes en el sistema jurídico internacional. La metodología es también deductiva para ambas categorías: en el caso de los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales, debe determinarse su compatibilidad con el sistema jurídico internacional y, en el caso de los principios formados en el sistema jurídico internacional, debe demostrarse que dichos principios son intrínsecos al sistema jurídico internacional.

4) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 indica que el proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de la cuestión de la posible existencia de otros principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional. Este párrafo se ha añadido para reflejar la opinión de algunos miembros de la Comisión que, si bien apoyaban la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, consideraban que el párrafo 1 del proyecto de conclusión sería demasiado restringido y excluiría otros posibles principios que, aunque no fueran intrínsecos o inherentes al sistema jurídico internacional, podían surgir en ese sistema, y no a partir de sistemas jurídicos nacionales.

5) La Comisión aprobó el proyecto de conclusión 7 a pesar de la divergencia de opiniones entre sus miembros, con la idea de recabar más observaciones de los Estados sobre la cuestión antes de que concluya la primera lectura.

6) Varios miembros, si bien no descartaban la existencia de una segunda categoría de principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, observaron con preocupación que no había suficiente práctica de los Estados, jurisprudencia o doctrina para respaldar plenamente dicha existencia, lo que hacía difícil establecer una metodología clara para identificar esos principios.

7) Otros miembros consideraron que el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refería únicamente a los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales. Se afirmó que, cuando se redactó el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el Comité Consultivo de Juristas no aceptaba la existencia de principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional[1203] y que, cuando se redactó el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no se aceptó la propuesta sobre la creación de principios generales del derecho en el sistema

Comisión, cabe citar el principio de igualdad soberana de los Estados, el principio de integridad territorial, el principio de *uti possidetis iuris*, el principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados, el principio de consentimiento a la competencia de las cortes y tribunales internacionales, las consideraciones elementales de humanidad, el respeto de la dignidad humana, los Principios de Núremberg y los principios del derecho internacional del medio ambiente.

[1203] *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920* (nota 1193 *supra*), 15ª session, pág. 335.

jurídico internacional[1204]. Algunos miembros señalaron que la Comisión debía procurar no embarcarse en un ejercicio de desarrollo progresivo en un tema referente a una de las fuentes del derecho internacional. También se dijo que debía evitarse toda confusión con las demás fuentes del derecho internacional. A este respecto, algunos miembros de la Comisión consideraron que la distinción entre el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional en el sentido del proyecto de conclusión 7 no estaba clara, y que la Comisión debía poner especial cuidado en no proponer una metodología de identificación de esos principios generales del derecho que pudiera solaparse con las condiciones que debían cumplirse para la aparición de normas de derecho internacional consuetudinario.

8) Cabe destacar que el presente comentario y el comentario al proyecto de conclusión 3 son provisionales y que la Comisión volverá a ocuparse de ellos más adelante.

[1204] *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945*, vol. XIII, 5ª sesión del Comité IV/1, 10 de mayo de 1945, págs. 162 y ss. (1945), en especial pág. 164.

Capítulo IX
La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional

A. Introducción

150. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema "La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional"[1205]. En su resolución 73/265, de 22 de diciembre de 2018, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

151. En su 71er período de sesiones (2019), la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo. También decidió establecer un Grupo de Estudio de composición abierta sobre el tema, copresidido, de manera rotatoria, por el Sr. Bogdan Aurescu, el Sr. Yacouba Cissé, la Sra. Patrícia Galvão Teles, la Sra. Nilüfer Oral y el Sr. Juan José Ruda Santolaria. En su 3480ª sesión, celebrada el 15 de julio de 2019, la Comisión tomó nota del informe conjunto de los Copresidentes del Grupo de Estudio, presentado en forma oral[1206].

152. En su 72º período de sesiones (2021), la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio y examinó el primer documento temático[1207], que se había publicado junto con una bibliografía preliminar[1208]. En su 3550ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2021, la Comisión tomó nota del informe conjunto de los Copresidentes del Grupo de Estudio, presentado en forma oral[1209].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

153. En el actual período de sesiones, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional, presidido por los dos Copresidentes sobre las cuestiones relacionadas con la condición de Estado y con la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, a saber, la Sra. Galvão Teles y el Sr. Ruda Santolaria.

154. De acuerdo con el programa y los métodos de trabajo convenidos, el Grupo de Estudio tuvo ante sí el segundo documento temático (A/CN.4/752), preparado por la Sra. Galvão Teles y el Sr. Ruda Santolaria y publicado en abril de 2022, junto con una selección bibliográfica (A/CN.4/752/Add.1), ultimada en consulta con los miembros del Grupo de Estudio y publicada únicamente en el idioma original en junio de 2022.

155. El Grupo de Estudio celebró nueve reuniones, del 20 al 31 de mayo y los días 6, 7 y 21 de julio de 2022[1210].

156. En su 3612ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2022, la Comisión examinó y aprobó el informe del Grupo de Estudio sobre la labor realizada por este durante el actual período de sesiones, que se reproduce a continuación.

157. En la misma sesión, la Comisión decidió pedir a la Secretaría que preparara un memorando en el que se identificaran los elementos del trabajo realizado anteriormente por la Comisión que pudieran ser relevantes para su labor futura sobre el tema, en particular en relación con la condición de Estado y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, con el fin de examinarlo en su 75º período de sesiones.

1205 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párr. 369.

1206 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 265 a 273.

1207 A/CN.4/740 y Corr.1.

1208 A/CN.4/740/Add.1.

1209 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párrs. 247 a 296.

1210 Para conocer la composición del Grupo de Estudio, véase el capítulo I.

1. Presentación del segundo documento temático por los Copresidentes

a) Procedimiento seguido por el Grupo de Estudio

158. En la primera reunión del Grupo de Estudio, celebrada el 20 de mayo de 2022, la Copresidenta (Sra. Galvão Teles) indicó que el objetivo de las seis reuniones programadas en la primera parte del período de sesiones era posibilitar un intercambio de opiniones sobre el segundo documento temático y cualquier cuestión pertinente que los miembros desearan abordar sobre el tema, en la medida en que estuvieran relacionadas con los dos subtemas objeto de examen, a saber, la condición de Estado y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. La Copresidenta también invitó a los miembros a entablar un debate estructurado e interactivo, basándose en el contenido del segundo documento temático, y a realizar aportaciones sobre un proyecto de bibliografía acerca de los subtemas que se publicaría como adición al segundo documento temático. El resultado de la primera parte del período de sesiones sería un informe provisional del Grupo de Estudio que se examinaría y complementaría durante la segunda parte del período de sesiones con el fin de reflejar un debate interactivo más extenso sobre el futuro programa de trabajo. A continuación, el informe sería aprobado por el Grupo de Estudio y posteriormente presentado por los Copresidentes a la Comisión, con miras a que esta lo incluyera en su informe anual. Ese procedimiento, acordado por el Grupo de Estudio, estaba basado en el informe de 2019 de la Comisión[1211].

159. La Copresidenta también recordó que, tal y como se indicaba en la parte cuarta del segundo documento temático, en cuya sección II se abordaba el futuro programa de trabajo del Grupo de Estudio, este volvería a tratar en el siguiente quinquenio todos los subtemas — el derecho del mar, la condición de Estado y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar— y después procuraría elaborar un informe sustantivo sobre el tema en conjunto consolidando los resultados de la labor realizada.

b) Presentación del segundo documento temático

i) Introducción, observaciones generales y métodos de trabajo

160. En una introducción general, los Copresidentes (la Sra. Galvão Teles y el Sr. Ruda Santolaria) destacaron el carácter preliminar del segundo documento temático, subrayando que estaba destinado a servir de base para el debate del Grupo de Estudio y que podría complementarse con otros documentos preparados por sus miembros.

161. Además de contener un resumen del objetivo y la estructura del documento temático (cap. I), la introducción trataba sobre la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión y en qué medida se había examinado hasta la fecha (cap. II). Asimismo, ofrecía una visión general de las muestras de apoyo o interés, entre otras, que habían dado los Estados Miembros en relación con el tema durante los debates celebrados en la Sexta Comisión desde 2018, además de un resumen de las iniciativas de divulgación emprendidas por los Copresidentes (cap. III). En el capítulo IV de la introducción se incluía información actualizada sobre las conclusiones científicas y las perspectivas de la elevación del nivel del mar relevantes para los subtemas, complementada con una intervención oral en la que se hacía referencia a dos nuevos informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático que se habían publicado después de la presentación del segundo documento temático, y se compartían las principales conclusiones expuestas en el informe del Grupo Intergubernamental acerca de los impactos, la adaptación y la vulnerabilidad con respecto al cambio climático[1212]. El capítulo V de la introducción contenía un resumen de los

[1211] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 270 y 271.

[1212] Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability – Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [H.-O. Pörtner y otros (eds.)] (Cambridge, Cambridge University Press); y Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change – Contribution of Working Group III to the*

resultados relevantes de la labor de la Asociación de Derecho Internacional. Al respecto, los Copresidentes señalaron que, posteriormente, la Asociación había decidido prorrogar hasta 2024 el mandato del Comité sobre el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar.

162. El objetivo de la primera parte (titulada "Generalidades") consistía en recordar el alcance y el resultado del tema, teniendo en cuenta los límites establecidos en la sinopsis preparada en 2018[1213]. Así, la primera parte contenía, en el capítulo I, un examen de las cuestiones que debía examinar la Comisión en la medida en que estuvieran relacionadas con la condición de Estado, la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar y el resultado final. En el capítulo II se recordaba que los aspectos metodológicos y organizativos se habían abordado en la sinopsis de 2018[1214], en el capítulo X del informe anual de 2019 de la Comisión[1215] y en el capítulo IX de su informe anual de 2021[1216]. Al respecto, los Copresidentes subrayaron que la práctica estatal era clave para la labor de la Comisión y alentaron a los Estados, a las organizaciones internacionales y a otras entidades pertinentes a seguir colaborando con el Grupo de Estudio y con la Comisión para compartir sus prácticas y experiencias en relación con el tema.

ii) Observaciones y preguntas orientativas sobre la condición de Estado

163. En la segunda reunión del Grupo de Estudio, uno de sus Copresidentes (el Sr. Ruda Santolaria) presentó la segunda parte del segundo documento temático, titulada "Reflexiones sobre la condición de Estado".

164. El Copresidente recordó que la elevación del nivel del mar era un fenómeno mundial, que no era uniforme y que planteaba graves amenazas para todos los Estados. Para los Estados de baja altitud y los pequeños Estados insulares en desarrollo, la amenaza era de carácter existencial y, en el caso de los pequeños Estados insulares en desarrollo, afectaba a su supervivencia. Señaló que, si bien se habían producido evacuaciones de población entre islas del mismo Estado[1217], no existía constancia de que el territorio de ningún Estado hubiera quedado completamente sumergido o inhabitable. No obstante, en vista del carácter progresivo del fenómeno, no se podía considerar que una situación así fuera una posibilidad teórica lejana. El Copresidente recordó también que en las reflexiones preliminares sobre la condición de Estado no se pretendía prejuzgar esas cuestiones ni formular conclusiones al respecto, ya que eran delicadas y requerían un enfoque muy prudente. El documento se orientaba a explorar ciertas experiencias o situaciones pasadas o presentes para establecer una lista de cuestiones de derecho internacional pertinentes que debían analizarse tanto desde la perspectiva de la *lex lata* como de la *lex ferenda*.

165. En cuanto al capítulo II de la segunda parte del documento temático, centrado en los criterios para la creación de un Estado, el Copresidente recordó que no existía una noción de "Estado" que fuera asumida de manera general. No obstante, señaló que, para ser considerado "persona" o sujeto de derecho internacional, un Estado tenía que cumplir cuatro requisitos, según el artículo 1 de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, de 1933[1218]: a) población permanente; b) territorio determinado; c) Gobierno; y d) capacidad para entrar en relaciones con los demás Estados. El Copresidente señaló que este último requisito también se aplicaba a otros sujetos de derecho internacional. En el capítulo II se ofrecía una visión general de los criterios. Como referencia adicional, se analizaban en el mismo capítulo las características del Estado que figuraban en disposiciones de otros textos ilustrativos: la resolución de 1936 del Instituto de Derecho Internacional relativa al reconocimiento de

Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [P. R. Shukla y otros (eds.)] (Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press).

[1213] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), anexo B, párrs. 12 a 14.

[1214] *Ibid*., párr. 18.

[1215] A/74/10, párrs. 263 a 273.

[1216] A/76/10, párrs. 245 y 246.

[1217] Por ejemplo, los habitantes de las islas Carteret, en Papua Nueva Guinea, habían sido reubicados debido a la elevación del nivel del mar.

[1218] Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (Montevideo, 26 de diciembre de 1933), Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CLXV, núm. 3802, pág. 19.

nuevos Estados y de nuevos Gobiernos[1219]; el proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados, de 1949[1220]; el proyecto de artículos de 1956 sobre el derecho de los tratados propuesto por el Relator Especial[1221]; y las opiniones de la Comisión de Arbitraje de la Conferencia Internacional sobre la ex-Yugoslavia, de 1991[1222], en que la definición de las características de un Estado era coherente con los requisitos de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados.

166. El capítulo III contenía algunos ejemplos representativos de las medidas adoptadas por los Estados y otros sujetos de derecho internacional, empezando por la Santa Sede y la Soberana Orden de Malta. Al respecto, se observaba que esas entidades, pese a haber sido privadas de sus territorios en un momento determinado de la historia, mantenían su personalidad jurídica y seguían ejerciendo algunos de sus derechos en virtud del derecho internacional, en particular el derecho de legación y la facultad de celebrar tratados (seccs. A y B). En el capítulo III (secc. C) también se examinaba el caso de los Gobiernos que se veían obligados a exiliarse por una ocupación militar extranjera o por otras circunstancias. En ese sentido, se observaba que, pese a haber perdido el control de su territorio o de una gran parte de este, los Estados afectados conservaban su condición de tales y sus órganos representativos se trasladaban a territorios que estaban bajo la jurisdicción de terceros Estados que los acogían, lo que era percibido como una prueba de la presunción de continuidad de la condición de Estado. En una línea similar, el Copresidente, basándose en ciertos instrumentos internacionales mencionados en la sección D del capítulo III, entre ellos la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, señaló que, una vez que un Estado se creaba como tal en virtud del derecho internacional, tenía el derecho inalienable de tomar medidas para seguir siéndolo.

167. En cuanto al capítulo IV, acerca de las inquietudes en relación con el fenómeno de la elevación del nivel del mar y las medidas adoptadas al respecto, se enumeraron los siguientes aspectos pertinentes para la cuestión de la condición de Estado:

a) La posibilidad de que la superficie terrestre del Estado quedara totalmente cubierta por el mar o resultara inhabitable, a lo cual se sumaba que podría no contarse con abastecimiento suficiente de agua potable para la población;

b) El desplazamiento progresivo de personas a los territorios de otros Estados, lo que a su vez planteaba cuestiones relacionadas con la nacionalidad, la protección diplomática y la condición de refugiado;

c) La situación jurídica del Gobierno de un Estado afectado por la elevación del nivel del mar que se hubiera establecido en el territorio de otro Estado;

d) La preservación de los derechos de los Estados afectados por el fenómeno de la elevación del nivel del mar con respecto a las zonas marítimas;

e) El derecho a la libre determinación de las poblaciones de los Estados afectados.

168. El Copresidente recalcó además la necesidad de examinar, por un lado, las medidas destinadas a mitigar los efectos de la elevación del nivel del mar —como el refuerzo de la costa y la construcción de islas artificiales— y, por otro, posibles alternativas de futuro en relación con la condición de Estado en caso de inundación completa del territorio de un Estado. Con respecto a las primeras, se subrayó el elevado costo de las medidas de preservación y la necesidad de evaluar su impacto ambiental, por ejemplo mediante la cooperación en favor de los Estados más afectados. En relación con las alternativas, también

[1219] Institut de Droit International, “Resolutions concerning the recognition of new States and new Governments” (Bruselas, abril de 1936), *The American Journal of International Law*, vol. 30, núm. 4, suplemento: Official Documents (octubre de 1936), págs. 185 a 187.

[1220] *Yearbook of the International Law Commission, 1949*, pág. 287.

[1221] *Yearbook of the International Law Commission, 1956*, vol. II, A/CN.4/101, párr. 10, en especial págs. 107 y 108.

[1222] Maurizio Ragazzi, “Conference on Yugoslavia Arbitration Commission: opinions on questions arising from the dissolution of Yugoslavia”, *International Legal Materials*, vol. 31, núm. 6 (noviembre de 1992), págs. 1488 a 1526, en especial pág. 1495.

se destacó la urgente necesidad de tener en cuenta la perspectiva de los pequeños Estados insulares en desarrollo.

169. En ese contexto, en el capítulo V se presentaban varias alternativas preliminares que no eran concluyentes ni restrictivas. La primera de las alternativas propuestas consistía en dar por sentada la presunción de continuidad de la condición de Estado, lo que estaba en consonancia con el enfoque preliminar adoptado por la Asociación de Derecho Internacional y con las opiniones expresadas por algunos Estados, en el sentido de que la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados solo era aplicable a la determinación del nacimiento de un Estado y no a la continuación de su existencia. Al mismo tiempo, se señaló que la continuidad de la condición de Estado en ausencia de territorio podría conllevar ciertos problemas prácticos, como la apatridia de su población o dificultades para ejercer derechos sobre zonas marítimas. Otra posible alternativa que podía explorarse consistía en mantener alguna forma de personalidad jurídica internacional sin territorio, similar a las de la Santa Sede y la Soberana Orden de Malta, en relación con lo cual el Copresidente apuntó varias modalidades: a) cesión o asignación de segmentos o porciones de territorio en otros Estados, con o sin transferencia de soberanía; b) asociación con otro(s) Estado(s); c) establecimiento de confederaciones o federaciones; d) unificación con otro Estado, incluida la posibilidad de una fusión; y e) eventuales esquemas híbridos que conjuguen elementos de más de una modalidad, para lo cual determinadas experiencias podrían resultar ilustrativas o aportar ideas con miras a formular alternativas o concebir ese tipo de esquemas.

170. En la tercera reunión del Grupo de Estudio, el Copresidente planteó las preguntas orientativas relacionadas con la condición de Estado, que figuran en el párrafo 423 del documento. Subrayó que el objetivo era que esas preguntas sirvieran de base para futuros debates del Grupo de Estudio.

iii) Observaciones y preguntas orientativas sobre la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar

171. En la cuarta reunión del Grupo de Estudio, la Copresidenta (Sra. Galvão Teles) recordó algunas de las observaciones preliminares basadas en las partes tercera y cuarta del segundo documento temático, relativas al subtema “Protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar”.

172. La Copresidenta señaló que los marcos jurídicos internacionales existentes que podían aplicarse a la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar eran fragmentarios y de carácter general, y sugirió que podrían desarrollarse más para abordar las necesidades específicas de las personas afectadas. Concretamente, podrían complementarse en mayor medida para reflejar aspectos específicos de las consecuencias a largo plazo o permanentes de la elevación del nivel del mar, y para que se tuviera en cuenta el hecho de que las personas afectadas podían permanecer en el lugar, o bien verse obligadas a desplazarse dentro de su propio territorio o emigrar a otro Estado para sobrellevar los efectos de la elevación del nivel del mar o evitarlos. A ese respecto, se consideraba que la labor previa de la Comisión, en particular el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, de 2016[1223], sería la base para esa tarea.

173. La Copresidenta también señaló que, si bien la práctica estatal pertinente seguía siendo escasa en todo el mundo, se encontraba más desarrollada entre los Estados que ya se habían visto afectados por la elevación del nivel del mar. Asimismo, observó que una parte de la práctica identificada no se refería específicamente a la elevación del nivel del mar, sino que, en términos generales, guardaba relación con los desastres y el cambio climático. No obstante, la práctica revelaba varios principios que podrían resultar útiles para el examen del tema por el Grupo de Estudio. También se observó que las organizaciones internacionales y otras entidades cuyos mandatos tenían relación con el tema estaban adoptando un enfoque más proactivo para promover instrumentos prácticos que permitieran a los Estados estar mejor preparados a la hora de abordar cuestiones relativas a los derechos humanos y la movilidad humana ante los desplazamientos provocados por el cambio climático. Se subrayaron igualmente los esfuerzos de los Copresidentes por facilitar el intercambio de

[1223] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2016*, vol. II (segunda parte), párr. 48.

información con los Estados, las organizaciones internacionales y otras partes interesadas, por ejemplo mediante reuniones de expertos.

174. La Copresidenta recordó varios instrumentos internacionales pertinentes examinados en la parte tercera del segundo documento temático, incluidos los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos[1224], la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala)[1225], la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes[1226], el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular[1227], el Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030[1228], la Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a Través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático, en el marco de la Iniciativa Nansen[1229], y la Declaración de Principios de Sídney sobre la Protección de las Personas Desplazadas en el Contexto de la Elevación del Nivel del Mar, de la Asociación de Derecho Internacional[1230]. También se señaló la importancia del dictamen recientemente aprobado por el Comité de Derechos Humanos, en el caso *Teitiota c. Nueva Zelandia*[1231], acerca de la aplicabilidad del principio de no devolución en el contexto tanto del cambio climático como de la elevación del nivel del mar. La Copresidenta señaló además que, en ese caso, según el Comité de Derechos Humanos, los efectos del cambio climático —en concreto, la elevación del nivel del mar— en los Estados receptores podrían exponer a las personas a una violación de los derechos que les son reconocidos en virtud de los artículos 6 (derecho a la vida) o 7 (prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[1232], haciendo así que entraran en juego las obligaciones de no devolución de los Estados de origen.

175. Con respecto a la parte cuarta del segundo documento temático, la Copresidenta se refirió al párrafo 435, que contenía una lista de preguntas orientativas relacionadas con la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. Las preguntas se dividían en tres subconjuntos, relativos a: a) los principios aplicables a la protección de los derechos humanos de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar; b) los principios aplicables a las situaciones que impliquen la evacuación, la reubicación, el desplazamiento o la migración de personas, incluidas las personas y grupos vulnerables, debido a las consecuencias de la elevación del nivel del mar o como medidas de adaptación a la misma; y c) la aplicabilidad y el alcance del principio de cooperación internacional para ayudar a los Estados en la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. La Copresidenta subrayó que las preguntas orientativas se habían propuesto para estructurar la futura labor del Grupo de Estudio sobre el tema, y que serían bienvenidas las propuestas o contribuciones de sus miembros sobre cualquiera de las cuestiones que se habían planteado, así como sobre aspectos de la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales y otras entidades pertinentes en relación con esas mismas cuestiones.

[1224] E/CN.4/1998/53/Add.2, anexo.

[1225] Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África (Kampala, 23 de octubre de 2009), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 3014, núm. 52375, pág. 3.

[1226] Resolución 71/1 de la Asamblea General, de 19 de septiembre de 2016.

[1227] Resolución 73/195 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 2018, anexo. Véase también A/CONF.231/7.

[1228] Resolución 69/283 de la Asamblea General, de 3 de junio de 2015, anexo II.

[1229] Iniciativa Nansen, *Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a Través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático*, vol. 1 (diciembre de 2015).

[1230] Informe final del Comité sobre el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar, en International Law Association, *Report of the Seventy-eighth Conference, Held in Sydney, 19-24 August 2018*, vol. 78 (2019), págs. 897 y ss., y resolución 6/2018, anexo, *ibid*., pág. 33.

[1231] CCPR/C/127/D/2728/2016.

[1232] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171.

2. Resumen del debate

a) Observaciones generales

i) El tema en general

176. Comentando el tema en términos generales, los miembros del Grupo de Estudio reiteraron su pertinencia y la importancia crucial del debate de la Comisión para los Estados directamente afectados por la elevación del nivel del mar, entre ellos los que podrían ver amenazada su supervivencia. Algunos miembros también manifestaron que existía la necesidad de proceder con urgencia, habida cuenta de las cuestiones que estaban en juego y la gravedad de la situación, y señalaron que la elevación del nivel del mar tenía consecuencias que afectaban a numerosas ramas del derecho internacional. Asimismo, se observó que los Estados que podían correr el riesgo de perder su condición eran pequeños Estados insulares en desarrollo, que precisamente habían contribuido menos a las emisiones que contaminaban la atmósfera, pero resultaban más afectados por el cambio climático a causa de la elevación del nivel del mar.

177. No obstante, también se observó que, si bien las necesidades de los pequeños Estados insulares, que se veían especialmente afectados, habían de tenerse muy en cuenta, en consonancia con la posición de la propia Comisión en sus conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario[1233], no debía esta pasar por alto los comentarios ni las necesidades de otros Estados, dado que las consecuencias jurídicas de la elevación del nivel del mar no solo afectarían a los pequeños Estados insulares y ribereños, sino a todos los Estados. Asimismo, se señaló que había que encontrar una vía intermedia entre las dimensiones humana y jurídica del tema para asegurarse de que ambas estuvieran en sintonía. Por otra parte, se destacó que algunos aspectos del tema tocaban cuestiones difíciles y delicadas, similares a las referidas a las políticas, en relación con las cuales la Comisión tenía que ser prudente. Además, se subrayó que la Comisión debía centrarse en los aspectos jurídicos del tema, de acuerdo con su mandato, que comprendía el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

ii) Segundo documento temático

178. Los miembros del Grupo de Estudio expresaron cumplidamente su agradecimiento a los Copresidentes (la Sra. Galvão Teles y el Sr. Ruda Santolaria) por un segundo documento temático muy bien documentado y estructurado, y observaron que presentaba de forma sistematizada mucha información pertinente y de gran calidad que ofrecía una excelente base para que el Grupo de Estudio deliberara sobre los dos subtemas objeto de examen. No obstante, también se apuntó que no resultaba evidente la pertinencia de algunas novedades incluidas en el documento, como los comentarios sobre las cuestiones relativas a la nacionalidad y la protección diplomática en relación con la condición de Estado. Asimismo, se recordó que el contenido del documento temático había sido decidido por los Copresidentes, no por la Comisión en conjunto.

179. Además, los miembros celebraron la labor de divulgación llevada a cabo por los Copresidentes, tanto recopilando pruebas de la práctica de los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades pertinentes, como promoviendo un mayor interés y solicitando aportaciones sobre el tema en los ámbitos intergubernamental y académico.

iii) Alcance de la labor del Grupo de Estudio y métodos de trabajo

180. Con respecto al alcance de la labor del Grupo de Estudio, se expresaron opiniones divergentes tanto en relación con el alcance material como temporal del tema: mientras que algunos miembros del Grupo de Estudio consideraban que era demasiado ambicioso y debía acotarse más, otros entendían que la imposición de limitaciones al tema impediría que el Grupo de Estudio llegara a conclusiones sobre si el derecho internacional vigente bastaría para abordar los retos que se plantearan o si se requerirían nuevas normas o principios para colmar posibles lagunas.

[1233] A/73/10, cap. V (párrs. 53 a 66).

181. También se hizo hincapié en la necesidad de centrarse en la dimensión jurídica del tema y evitar escenarios especulativos, así como de determinar la función operacional de la Comisión y diferenciar las cuestiones de política de las de derecho internacional. En ese sentido, se sugirió que el papel de la Comisión sobre el tema se limitara a un examen o una explicación a grandes rasgos de los problemas jurídicos relevantes derivados de las situaciones provocadas por la elevación del nivel del mar. Por otra parte, se sugirió que la Comisión examinara cuestiones relacionadas con las políticas y se tuviera presente la posibilidad de desarrollar el derecho vigente o, al menos, de hacer sugerencias no vinculantes sobre las políticas.

182. Asimismo, se subrayó la necesidad de identificar el nexo entre el subtema sobre las cuestiones relacionadas con el derecho del mar —que la Comisión había examinado durante su 72º período de sesiones— y los subtemas que se estaban examinando en el período de sesiones en curso. Al respecto, se destacó la interrelación entre los efectos de la elevación del nivel del mar y el derecho del mar, en particular el principio de que la tierra domina el mar y el principio de libertad de los mares.

183. En cuanto a los métodos de trabajo, se señaló que sería útil aclarar cómo reflejaría el producto del Grupo de Estudio los documentos de información complementaria que aportaran sus miembros. Se sugirió además que, en el próximo quinquenio, la Comisión considerara la posibilidad de adoptar un formato tradicional para el tema, designando a uno o más relatores especiales y manteniendo debates públicos en sesión plenaria.

iv) Conclusiones científicas

184. Con respecto a las conclusiones científicas, si bien se sugirió que la Comisión podría tener que examinar aquellas en las que se apoyaba para estar en condiciones de ofrecer una evaluación uniforme de los riesgos, la mayoría de los miembros recordaron que la labor del Grupo de Estudio se basaba en el supuesto compartido de que la elevación del nivel del mar era un hecho ya demostrado por la ciencia que afectaba considerablemente a varios Estados y que era un fenómeno mundial. También se observó que en los párrafos 45 a 51 del segundo documento temático se ofrecía un excelente resumen de los datos científicos disponibles, y que era acertado apoyarse —como se hacía en los documentos temáticos primero y segundo— en la labor de especialistas de gran prestigio, como el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.

185. En cuanto a la necesidad de celebrar en el futuro reuniones con científicos, se expresaron distintas opiniones. No obstante, los miembros del Grupo de Estudio acogieron favorablemente la propuesta de los Copresidentes de organizar reuniones específicas de información y formación sobre los aspectos más relevantes para su estudio de las cuestiones jurídicas.

v) Práctica de los Estados

186. Los miembros del Grupo de Estudio reiteraron que para su labor sobre el tema era esencial la práctica de los Estados, y que el hecho de que esta fuera escasa restringía el análisis que se le había encomendado. También se destacó que, hasta la fecha, ningún Estado estaba en proceso de quedar completamente sumergido ni de resultar inhabitable por alguna otra causa.

187. En cuanto a la escala y la representatividad, si bien se señaló el surgimiento de una práctica regional continua de los pequeños Estados insulares —del Pacífico, concretamente—, se observó que el número de comentarios formulados desde América Latina y el Caribe, Asia y África era reducido y que resultaba necesario que la Comisión mantuviera iniciativas de divulgación en el ámbito gubernamental y que los miembros del Grupo de Estudio preparasen documentos con información complementaria sobre la práctica regional.

188. Se sugirió que, en las circunstancias particulares de un fenómeno extremadamente complejo, existencial e inevitable, como era la elevación del nivel del mar, en que la práctica estatal era limitada porque ningún Estado había quedado todavía totalmente sumergido, la Comisión podía recurrir al razonamiento por analogía y a las normas interpretativas, en consonancia con su mandato, que preveía el desarrollo progresivo del derecho internacional.

En ese sentido, se recordó que la práctica jurídica internacional incluía la aplicación de los principios del derecho internacional y la interpretación constante de las normas jurídicas a la luz de los acontecimientos, a fin de poder hacer frente a nuevos desafíos cuando fuera necesario. Asimismo, se subrayó la necesidad de que la Comisión reflexionara sobre la base del derecho internacional y propiciara un diálogo sobre las posibles opciones y alternativas, tal y como habían hecho los Copresidentes para identificar las más idóneas.

vi) Fuentes del derecho

189. En cuanto a las fuentes del derecho, se reiteró que la Comisión debía tener en cuenta los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho que pudieran resultar aplicables —incluidos, por ejemplo, los principios de equidad, buena fe y cooperación internacional— con arreglo a su pertinencia para el tema. También se destacó el papel central de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la necesidad de preservar su integridad[1234].

190. Algunos miembros del Grupo de Estudio sugirieron que el principio de cooperación internacional parecía igualmente pertinente para los dos subtemas objeto de examen. También se observó que ese principio podría desempeñar un papel destacado para que los Estados proveyeran a su propia conservación, como sugerían los Copresidentes en el segundo documento temático. Teniendo en cuenta el costo particularmente elevado de medidas de preservación tales como la instalación o el refuerzo de barreras o de defensas costeras y diques, se subrayó la importancia de la cooperación internacional mediante la transferencia de tecnología y el intercambio de mejores prácticas. La cooperación internacional se consideraba igualmente importante en relación con la construcción de islas artificiales destinadas a alojar a personas afectadas por el fenómeno de la elevación del nivel del mar, dado el costo de esas iniciativas y su posible impacto ambiental, que aconsejaban buscar otras fórmulas duraderas y ambientalmente sostenibles. Se subrayó la necesidad de identificar formas y medios prácticos para lograr esa cooperación internacional.

191. También se observó que cualquier reflexión sobre la condición de Estado y la elevación del nivel del mar debía incluir el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, en la medida en que el costo de abordar un problema ambiental mundial tan grave debería distribuirse entre los distintos Estados en función de su responsabilidad histórica y sus capacidades. Para ello, el Grupo de Estudio podía basarse en los marcos jurídicos ya existentes diseñados para hacer frente a los desafíos mundiales relacionados con el clima, incluidos, entre otros, el artículo 2 del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono[1235], el principio 7 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[1236], el artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[1237] y el Protocolo de Kyoto[1238], el artículo 20 del Convenio sobre la Diversidad Biológica[1239] y el Acuerdo de París[1240].

192. También se expresaron opiniones diferentes, desde el apoyo hasta el escepticismo, en relación con la pertinencia para la condición de Estado del principio de que la tierra domina el mar.

[1234] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3.

[1235] Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1513, núm. 26164. pág. 293.

[1236] A/CONF.151/26/Rev.l (Vol. l).

[1237] Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107.

[1238] Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Kyoto, 11 de diciembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162.

[1239] Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1760, núm. 30619, pág. 79.

[1240] Acuerdo de París (París, 12 de diciembre de 2015), Naciones Unidas, *Treaty Series*, núm. 54113 (número de volumen por determinar), que puede consultarse en https://treaties.un.org.

b) Comentarios sobre la condición de Estado, las observaciones y las preguntas orientativas

i) Criterios de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados

193. Durante el diálogo sobre la condición de Estado, se observó que esa era una cuestión compleja que merecía ser abordada con cautela y se hizo hincapié en que, como se indicaba en el segundo documento temático, no había una definición generalmente aceptada de Estado ni criterios claramente definidos acerca de la extinción de un Estado. Se señaló que la propia Comisión había tenido dificultades para definir la condición de Estado en el contexto de su labor sobre el proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados, de 1949. Sobre ese particular, se observó que el término "Estado" tenía muchos significados, que debía interpretarse en el contexto de un tratado en concreto y que al respecto había jurisprudencia internacional controvertida. También se observó que la cuestión de la condición de Estado solo era relevante para aquellos Estados cuyo territorio podía desaparecer totalmente o dejar de ser apto para mantener habitación humana o vida económica, lo que sugería que el efecto de la elevación del nivel del mar podía limitarse a un número muy reducido de Estados.

194. Se expresaron diversas opiniones sobre la pertinencia de los cuatro criterios para el establecimiento de un Estado enumerados en el artículo 1 de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, a saber, que un Estado tenga una población permanente, un territorio determinado, un Gobierno soberano y la capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados y otros sujetos de derecho internacional.

195. En ese sentido, se observó que cada uno de esos criterios era polifacético y presentaba numerosas excepciones y posibilidades, así como definiciones cambiantes. Si bien se consideraban útiles como referencia o punto de partida para el debate sobre la condición de Estado y la elevación del nivel del mar, se señaló que esos criterios eran producto de un contexto histórico diferente, de una época en la que la desaparición de un territorio debida a cambios ambientales se situaba exclusivamente en el terreno de la ficción. Por ello, podían limitar innecesariamente las opciones disponibles para los Estados afectados en relación con la condición de Estado. También se observó que los criterios no eran requisitos indefinidos y que un Estado no podía desaparecer automáticamente porque dejara de cumplir alguno de ellos, especialmente debido a la pérdida del territorio o de la población por inhabitabilidad.

196. En cuanto al criterio del territorio, se afirmó que era un requisito previo para el establecimiento de un Estado, y que la existencia del territorio terrestre había sido un aspecto muy arraigado de la condición de Estado. En cambio, se señaló que la soberanía se refería a todo el territorio que se encontrara bajo el control del Estado, no solo a la parte terrestre. Así, un territorio que quedara totalmente sumergido debido a la elevación del nivel del mar no debería considerarse como un territorio inexistente.

197. También se subrayó que, en algunas tradiciones jurídicas, la capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados, que era el cuarto criterio, se consideraba una consecuencia derivada de la condición de Estado, de manera que en realidad habría tres elementos constitutivos del Estado: el territorio, la población y un Gobierno efectivo.

198. Se observó además que, en su práctica, los Estados habían desarrollado criterios modernos que complementaban los de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, por lo que resultaba necesario que la Comisión fuera prudente con sus conclusiones al respecto. Así pues, podría ser útil llevar a cabo un estudio sobre la práctica de los Estados en relación con la interpretación de los criterios de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, también para que se tuvieran en cuenta las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, dada su importancia en ciertos casos relacionados con la condición de Estado. Se afirmó asimismo que, según la práctica de los Estados, el incumplimiento de alguno de los criterios de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados no implicaba necesariamente el cese de la condición de Estado.

ii) Condición de Estado y libre determinación

199. En el transcurso del debate, se observó que, con vistas a comprender qué opciones relativas a la condición de Estado podían ponerse a disposición de los Estados afectados por la elevación del nivel del mar, debían tenerse especialmente presentes los intereses y las

necesidades de la población afectada. En ese sentido, que esa población siguiera siendo un pueblo a efectos del ejercicio del derecho de libre determinación debía ser uno de los pilares de la labor de la Comisión sobre la cuestión. Al mismo tiempo, se señaló que la Comisión debía tener en cuenta los contextos históricos y jurídicos especiales del derecho a la libre determinación y aplicar con cautela ese principio en relación con la elevación del nivel del mar.

iii) Condición de Estado y presunción de continuidad

200. En cuanto a los comentarios sobre la presunción de continuidad de los Estados sumergidos o inhabitables y el mantenimiento de su personalidad jurídica internacional, presentados en el segundo documento temático, los miembros del Grupo de Estudio expresaron opiniones diversas.

201. Se indicó que la presunción de continuidad de la condición de Estado era una solución pertinente para hacer frente a las consecuencias de la elevación del nivel del mar, y se apoyó la idea de que el Grupo de Estudio considerara la presunción consuetudinaria como punto de partida, dado que, en particular, en el derecho internacional consuetudinario no existía un criterio claro para el cese de la existencia de un Estado. Al respecto, se señaló que un enfoque así también estaría en consonancia con las conclusiones preliminares a las que había llegado la Asociación de Derecho Internacional en la Conferencia que celebró en Sídney en 2018. Además, se afirmó que el derecho de conservación era inherente a la condición de Estado.

202. Se expresó también la opinión de que una presunción preliminar de continuidad de la condición de Estado estaba supeditada a un examen más detenido por parte de los Estados, algunos de los cuales habían apoyado anteriormente esa opción y no veían con buenos ojos la idea de que un Estado se extinguiera por efecto de la elevación del nivel del mar. También se sugirió que no era una cuestión sobre la que la Comisión pudiera extraer una conclusión en concreto, dado que su papel debía limitarse a perfilar los problemas jurídicos relevantes derivados de la elevación del nivel del mar, y no ir más allá para aportar soluciones específicas.

203. Sobre esa cuestión, se recordó que, en consonancia con la sinopsis de 2018 mencionada en el párrafo 64 del segundo documento temático, la Comisión debía, entre otras cosas, realizar "análisis de los posibles efectos jurídicos en la continuidad o la pérdida de la condición de Estado en casos en que el territorio de un Estado insular quede completamente cubierto por el mar o resulte inhabitable"[1241]. En consecuencia, se propuso que la Comisión examinara: a) las cuestiones jurídicas derivadas de la continuidad de la condición de Estado en ausencia de territorio, como la protección diplomática de las personas apátridas *de facto*, que se trataban en parte en el documento temático; y b) las cuestiones jurídicas derivadas de la discontinuidad de la condición de Estado, en particular de la extinción de la condición de Estado, que no se habían examinado hasta la fecha.

204. También se señaló que el principio de continuidad de la condición de Estado era temporal y tenía por objeto posibilitar la protección del Estado ante situaciones anómalas, como, por ejemplo, la ocupación militar de un territorio o la existencia de violencia interna, a que se hacía referencia en los párrafos 192 y 193 del segundo documento temático. Además, se observó que la inundación de un territorio o la ausencia total de este no podía equipararse a un cambio en el territorio, y que la presunción de continuidad solo podía contemplarse cuando existían territorio y población. A ese respecto, si bien se recordó que el territorio era un elemento indispensable del Estado, también se destacó que, más que depender del territorio y la población, la presunción de continuidad del Estado iba ligada a la personalidad jurídica de este.

205. Asimismo, se subrayaron los riesgos asociados a la continuación de la condición de Estado en ausencia de territorio, o cuando un Estado desmaterializado, sin territorio, estuviera sujeto a la soberanía de otro Estado. También se cuestionó la capacidad de ese Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales y nacionales, ya fuera en relación, por ejemplo, con sus zonas marítimas o en el ámbito de los derechos humanos, la migración y el derecho de los refugiados. Igualmente, se hizo hincapié en la necesidad de que el Grupo de Estudio

[1241] A/73/10, anexo B, párr. 16.

identificara medios y métodos para preservar la identidad cultural y tradicional de los pueblos, ya fuera en función de la condición de Estado o por otros conceptos, tanto de las tierras costeras bajas como de los territorios totalmente sumergidos.

iv) Otras posibles alternativas para el futuro a propósito de la condición de Estado

206. En el contexto del anterior diálogo, el Grupo de Estudio también examinó en relación con la condición de Estado las demás alternativas posibles para el futuro, expuestas en el capítulo V de la parte segunda del documento temático, como el mantenimiento de una personalidad jurídica internacional sin territorio y el recurso a diversas modalidades, como las enumeradas en el párrafo 169 *supra*, para mantener la condición de Estado.

207. Durante ese examen, el Grupo de Estudio agradeció el detallado análisis y los numerosos ejemplos ilustrativos explorados por el Copresidente, incluidos los de la Santa Sede entre 1870 y 1929, la Soberana Orden de Malta y los Gobiernos en el exilio. Si bien se sugirió que podrían resultar de utilidad para el Grupo de Estudio a la hora de seguir evaluando la pérdida de la condición de Estado de los Estados sumergidos o inhabitables, se consideraban sobre todo ejemplos de interés histórico, más que analogías útiles para examinar opciones destinadas a mantener la existencia de Estados afectados por la elevación del nivel del mar. Al respecto, se subrayó en particular que el contexto de los ejemplos proporcionados por el Copresidente, en que las entidades en cuestión parecían no ser consideradas como verdaderos Estados, era esencialmente distinto del contexto de un territorio que dejara de estar disponible, como ocurriría en el caso de un Estado afectado por la elevación del nivel del mar.

208. Teniendo en cuenta las diversas opciones examinadas en el segundo documento temático, se sugirió que se llevara a cabo un análisis minucioso y prudente de las posibles alternativas y que no se descartara la idea de crear regímenes jurídicos sui géneris sobre la base de acuerdos entre Estados o de decisiones de la comunidad internacional. En ese sentido, se hizo referencia a ciertos casos en los que, en virtud de acuerdos de asociación, se posibilitaba la libre circulación de personas desde pequeños Estados insulares hacia un Estado de mayor tamaño, frente a otros casos en que no existía ningún acuerdo de ese tipo, y se citó como ejemplo un procedimiento vigente para otros pequeños Estados insulares con arreglo al cual cada año solo 75 personas elegidas por sorteo podían trasladarse al Estado de mayor tamaño[1242].

209. Por otro lado, se expresó la opinión de que no correspondía a la Comisión recomendar determinados acuerdos y no otros, ya que esa tarea debía quedar reservada al ámbito político. También se señaló el desequilibrio de poder que podía llegar a existir entre un Estado en proceso de desaparición y otro Estado (potencialmente receptor) con el que este estuviera negociando una solución: en un contexto así, los derechos marítimos del Estado que fuera a desaparecer podían ser transferidos en gran medida o en su totalidad al otro Estado (receptor) como parte del acuerdo.

v) Condición de Estado e iniciativas de recuperación

210. Dada la importancia que se concedía en la práctica a la posesión de un territorio, incluso si era de pequeño tamaño, se sugirió que una posible solución podía consistir en conservar parte del Estado que estaba desapareciendo, por ejemplo mediante iniciativas de recuperación. El punto de partida de esas iniciativas sería un accidente geográfico ya

[1242] Véase, por ejemplo, la Declaración de Asociación entre Nueva Zelandia y Tuvalu (2019-2023), que puede consultarse en https://www.mfat.govt.nz/assets/Countries-and-Regions/Pacific/Tuvalu/Statement-of-Partnership-NZ-Tuvalu-_2019-2023.pdf. Véanse también Nueva Zelandia, Manual de Operaciones, que puede consultarse en https://www.immigration.govt.nz/opsmanual/#46618.htm, y el sitio web de Inmigración del Gobierno de Nueva Zelandia, en https://www.immigration.govt.nz/new-zealand-visas/apply-for-a-visa/about-visa/pacific-access-category-resident-visa, así como R. Curtain y M. Dornan, “Climate change and migration in Kiribati, Tuvalu and Nauru”, DevPolicyBlog, 15 de febrero de 2019, que puede consultarse en https://devpolicy.org/climate-change-migration-kiribati-tuvalu-nauru-20190215/.

existente, en estado natural —por ejemplo, una isla—, cuyo tamaño se ampliaría para incrementar la masa terrestre.

vi) Condición de Estado e indemnización

211. Se sugirió que, en lugar de analizar diversos conceptos relativos a la condición de Estado y tratar de encontrar precedentes donde no los había, resultaría útil examinar la cuestión clásica de la indemnización por daños causados, teniendo en cuenta que las consideraciones sobre la continuidad de la soberanía no resolverían los problemas a los que se enfrentaban los Estados más afectados, que eran los que menos habían contribuido a un fenómeno causado en gran medida por la industria humana incontrolada. Por otro lado, se sugirió que abordar las indemnizaciones como parte del tema podría resultar contraproducente y que en la sinopsis de 2018 no se mencionaba de forma expresa.

212. También se señaló que algunos Estados habían expresado preocupación acerca del subtema de la condición de Estado y que quizá fuera necesario determinar la medida en que la elevación del nivel del mar en el planeta estaba asociada a cambios en el litoral, dado que el fenómeno podía explicarse por otras actividades humanas.

vii) Comentarios sobre las preguntas orientativas

213. Los miembros del Grupo de Estudio formularon las siguientes observaciones con respecto a las preguntas orientativas enumeradas en el párrafo 423 del segundo documento temático:

a) Se sugirió que, en circunstancias excepcionales, debía ser posible que un Estado siguiera existiendo pese a haber dejado de cumplir algunos o todos los criterios establecidos en la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados. Sin embargo, se pidió cautela, ya que en la práctica determinadas situaciones siempre estarían sujetas a interpretación. Al mismo tiempo, se observó que los criterios de población y territorio seguían siendo fundamentales, y que la pérdida prolongada o permanente de territorio repercutiría accidentalmente en la condición de Estado;

b) Se señaló que los casos de la Santa Sede y la Soberana Orden de Malta no resultaban de utilidad para el examen del subtema, aunque también se observó que, si bien no estaban directamente relacionados, podían examinarse por analogía. En ese sentido, no se consideraba que los casos referentes a Gobiernos en el exilio, que por definición eran situaciones provisionales y no implicaban la desaparición del territorio, tuvieran una pertinencia directa. Según otro punto de vista, podrían extraerse conclusiones valiosas de casos de Gobiernos que se vieran obligados a exiliarse, al menos durante el período inmediatamente posterior a la desaparición de la parte terrestre del territorio del Estado por la elevación del nivel del mar o cuando esa parte terrestre dejara de ser habitable pese a no quedar totalmente cubierta por el mar;

c) Se expresaron dudas acerca de la existencia y el contenido del derecho de un Estado a proveer a su conservación, y se propuso que el Grupo de Estudio evitara abordar las medidas de conservación desde la perspectiva de los derechos y las obligaciones;

d) y e) Se observó que el mantenimiento de la presunción de continuidad de la condición de Estado podría dar lugar a complicaciones en la práctica. Se consideró que no estaba claro que las preguntas de los apartados d) y e) del párrafo 423 del segundo documento temático fueran prácticas ni que existiera la necesidad de que el Grupo de Estudio las examinara. Al mismo tiempo, se propuso que el Grupo de Estudio desarrollara un conjunto de herramientas preventivas para que pudieran utilizarlas los Estados;

f) Se señaló que cualquier modalidad práctica dependería de los acuerdos alcanzados entre los Estados interesados. Algunos miembros manifestaron dudas acerca de la posibilidad de ampliar el derecho a la libre determinación en ese contexto;

g) Se expresó la opinión de que no existía una presunción de continuidad de la condición de Estado. También se señaló que el Grupo de Estudio no debía determinar la existencia de esa presunción, sino analizar si era adecuada;

h) Se señaló que, suponiendo que un Estado pudiera seguir manteniendo su jurisdicción sobre las zonas marítimas pese a perder la parte terrestre de su territorio, surgirían dificultades prácticas, entre otras con respecto a la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones en esas zonas. No obstante, se consideró que esa situación ofrecía un posible recurso para los Estados afectados. Se hizo hincapié en la necesidad de diferenciar entre los casos de inundación total y parcial y aquellos en los que el territorio de un Estado dejaba de ser habitable pese a no estar totalmente cubierto por el mar;

i) Según una de las opiniones expresadas, la pregunta del apartado i) del párrafo 423 del segundo documento temático no resultaba útil ni era pertinente para el tema. También se señaló que sugerir modalidades específicas, como el establecimiento de una zona autónoma en el territorio de un tercer Estado, quedaba fuera del alcance del tema;

j) Se observó que la elección de las opciones relativas a la condición de Estado era un cuestión que incumbía a la formulación de políticas y dependería de los acuerdos alcanzados entre los Estados interesados en cada caso concreto.

c) Comentarios sobre la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar y las preguntas orientativas conexas

i) Marcos jurídicos existentes

214. Durante los debates sobre el subtema celebrados en las reuniones cuarta y quinta del Grupo de Estudio, se señaló que no había ningún marco que previera un estatuto jurídico distinto para las personas afectadas por la elevación del nivel del mar y que los marcos aplicables vigentes estaban muy fragmentados. Se apoyó la propuesta de identificar y evaluar la efectividad de los principios existentes aplicables a la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. Se hizo hincapié en la necesidad de tener en cuenta distintas características de la elevación del nivel del mar en el curso de ese análisis. También se cuestionó que el carácter fragmentario de las normas aplicables causara algún problema desde un punto de vista práctico, por lo que se consideraba innecesario elaborar un marco jurídico muy específico para la protección del reducido grupo de personas afectadas por la elevación del nivel del mar.

215. Al comentar la cuestión de la aplicabilidad de los marcos jurídicos existentes, algunos miembros señalaron que el derecho internacional de los refugiados, la legislación sobre el cambio climático y el derecho internacional humanitario no bastaban para abordar la cuestión de la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. En cambio, se indicaron como ejemplos de cooperación estatal fructífera varios instrumentos jurídicos internacionales vigentes, como la Convención de Kampala, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Asimismo, se recordó jurisprudencia reciente de los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas[1243].

216. Con respecto a la cuestión de la práctica estatal disponible, se lamentó que solo unos pocos Estados hubieran proporcionado a la Comisión información pertinente sobre el tema. Se propuso reiterar la solicitud de información y de práctica a los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades pertinentes. Se ofrecieron ejemplos de políticas administrativas adoptadas por los Estados en respuesta a los desplazamientos transfronterizos causados por la elevación del nivel del mar. Se consideró que la expedición de visados humanitarios y la concesión de protección complementaria a personas que no reunían los requisitos para que pudiera determinarse su condición de refugiadas requerían un examen más detenido.

ii) Aplicabilidad del derecho de los derechos humanos

217. Se reconoció que el cambio climático y la elevación del nivel del mar podían repercutir negativamente en el disfrute de los derechos humanos, y que existía la necesidad de considerar que todos los derechos humanos —civiles, políticos, económicos, sociales y

[1243] Por ejemplo, *Teitiota c. Nueva Zelandia* (CCPR/C/127/D/2728/2016) y *Bakatu-Bia c. Suecia* (CAT/C/46/D/379/2009).

culturales— son indivisibles, están relacionados entre sí y son interdependientes. También se observó que, si bien no se abordaba directamente la cuestión de la elevación del nivel del mar, en algunos instrumentos regionales, como la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados[1244] y la Declaración del Brasil[1245], en América Latina, o la Convención de Kampala[1246], en África, sí se tenían en cuenta el cambio climático y los desastres como causas del desplazamiento de personas que necesitaban protección. Se subrayó además que los Estados tenían que respetar sus obligaciones en materia de derechos humanos al tiempo que abordaban el fenómeno de la elevación del nivel del mar. En ese sentido, se recordó que el Consejo de Derechos Humanos había reconocido recientemente el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible[1247].

218. Algunos miembros del Grupo de Estudio cuestionaron si el marco del derecho internacional de los derechos humanos podía ser plenamente pertinente para la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. Se observó que, si bien los Estados tenían obligaciones en materia de derechos humanos con respecto a las personas, el fenómeno de la elevación del nivel del mar no podía atribuirse directamente a ningún Estado en particular. En consecuencia, no estaba claro de qué manera podían aplicarse las normas de derechos humanos en ese contexto ni, en concreto, cómo y contra quién se podrían presentar reclamaciones relacionadas con la elevación del nivel del mar. Esas cuestiones se consideraban aún más pertinentes en el caso de los Estados cuyo territorio quedara completamente sumergido o resultara inhabitable. En respuesta a lo anterior, también se argumentó que el derecho de los derechos humanos era un buen prisma a través del cual observar el fenómeno de la elevación del nivel del mar y se sostuvo que los derechos humanos de la persona seguían siendo inalienables, incluso si el Estado bajo cuya jurisdicción estuviera dejaba de existir debido a la elevación del nivel del mar. No obstante, se consideró necesario examinar en qué medida eran aplicables las normas de derechos humanos en ese contexto. Se propuso evaluar cómo se podían integrar mejor las obligaciones de derechos humanos en el marco jurídico del cambio climático. Se sugirió llevar a cabo un examen adicional del principio de no devolución en el contexto de la elevación del nivel del mar.

219. Se argumentó que resultaba difícil examinar la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos en el contexto de la elevación del nivel del mar sin abordar la cuestión de la causalidad, porque para determinar cómo se aplicaría el derecho de los derechos humanos era necesario precisar qué Estado o Estados en concreto serían responsables en un determinado caso de la protección de los derechos humanos correspondientes. Como respuesta, se señaló que el Grupo de Estudio había excluido intencionadamente del alcance del tema la causalidad[1248], y que abordarla no favorecería su labor.

iii) Comentarios sobre las preguntas orientativas

220. Los miembros del Grupo de Estudio formularon las siguientes observaciones con respecto a las preguntas orientativas enumeradas en el párrafo 435 del segundo documento temático:

a) Se sugirió que los derechos humanos mencionados en el documento se abordaran por categorías, a saber, los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Además, se señaló que los principios de no discriminación, igualdad e igual protección de la ley deberían incluirse entre los aplicables a

[1244] Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, aprobada en el Coloquio sobre Cuestiones de Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena (Colombia) del 19 al 22 de noviembre de 1984. Puede consultarse en www.oas.org/dil/esp/1984_Declaraci%C3%B3n_de_Cartagena_sobre_Refugiados.pdf.

[1245] Declaración del Brasil: “Un marco de cooperación y solidaridad regional para fortalecer la protección internacional de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en América Latina y el Caribe”, 3 de diciembre de 2014. Puede consultarse en https://www.acnur.org/5b5100c04.pdf.

[1246] Véase la nota 1225 *supra*.

[1247] Véase la resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos, de 8 de octubre de 2021.

[1248] A/73/10, anexo B, párr. 14.

la protección de los derechos humanos de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

b) Se expresó preocupación por que las medidas mencionadas en el documento con respecto a los desplazamientos y la movilidad humana fueran demasiado específicas para recomendarlas como norma general, dado que en cada caso la elección dependería mucho de los marcos jurídicos y administrativos nacionales. También se observó que la aplicación de un régimen preferente a las personas desplazadas por la elevación del nivel del mar podría ser considerada discriminatoria para quienes huyeran de otras consecuencias del cambio climático. Se destacó la importancia de la prevención y la prohibición de los desplazamientos arbitrarios en situaciones de evacuación, reubicación, desplazamiento o migración de personas por las consecuencias de la elevación del nivel del mar;

c) Se subrayó la importancia del principio de cooperación internacional. También hubo quien opinó que ese principio era un concepto político y que resultaba cuestionable que de él pudiera derivarse alguna consecuencia jurídica. Por ello, para obtener orientaciones sobre la aplicabilidad y el alcance del principio de cooperación internacional, se sugirió que el Grupo de Estudio se remitiera al proyecto de artículos de la Comisión sobre la protección de las personas en caso de desastre y al principio 4 de la Declaración de Principios sobre la Protección de las Personas Desplazadas en el Contexto de la Elevación del Nivel del Mar, formulada en Sídney por la Asociación de Derecho Internacional[1249].

d) Labor futura del Grupo de Estudio

221. En relación con los comentarios formulados sobre el alcance de la labor y los métodos de trabajo del Grupo de Estudio (párrs. 31 a 34 *supra*), se expresó preocupación por que el alcance de los subtemas fuera demasiado amplio y se sugirió que se redujera el número de cuestiones que debían tratarse. También se propuso que el examen se centrara predominantemente en los aspectos sobre los que hubiera una práctica suficientemente desarrollada. En relación con lo anterior, se sugirió que el Grupo de Estudio dejara de lado las cuestiones relativas la condición de Estado y que orientara su labor futura a cuestiones que guardaran relación con el derecho del mar y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar.

222. Por otra parte, se observó que era necesario seguir estudiando la cuestión de la extinción de la condición de Estado, ya que no se había explorado suficientemente en el segundo documento temático. Asimismo, se señaló que el Grupo de Estudio debería seguir examinando casos en los que se produjera una inundación parcial del territorio o en que el este dejara de ser habitable pese a no estar totalmente cubierto por el mar, así como las medidas de defensa costera y la construcción de islas artificiales. Con respecto al subtema de la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, se propuso que se consideraran por separado las cuestiones relativas a la protección de las personas *in situ* y en los desplazamientos. Además, se propuso seguir estudiando tres temas de carácter general: a) las obligaciones en materia de derechos humanos; b) cuestiones específicas de los movimientos de personas, incluidos los desplazamientos; y c) la obligación de cooperar.

223. Se señaló que los trabajos del Grupo de Estudio tenían que basarse en la labor previa de la Comisión, en particular en el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre. Al mismo tiempo, se hizo hincapié en la necesidad de examinar aspectos específicos de la elevación del nivel del mar, concretamente su irreversibilidad y su perdurabilidad. También se propuso que el Grupo de Estudio contemplara la posibilidad de entablar un diálogo con los órganos de expertos en derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas en relación con el subtema de la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. Sobre ese mismo subtema, se sugirió además adoptar un enfoque combinado que se basara tanto en los derechos como en las necesidades.

224. En cuanto al resultado de la labor del Grupo de Estudio, se formularon varias propuestas, entre ellas que se redactara un proyecto de convención marco sobre cuestiones

[1249] Informe final del Comité sobre el Derecho Internacional y la Elevación del Nivel del Mar, en International Law Association, *Report of the Seventy-eighth Conference* (véase la nota 1230 *supra*), pág. 904, y resolución 6/2018, anexo, *ibid*., pág. 33.

relacionadas con la elevación del nivel del mar, que podría servir de base para nuevas negociaciones en el sistema de las Naciones Unidas, siguiendo el ejemplo de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África[1250]. Otra propuesta consistía en orientar la labor del Grupo de Estudio a resultados más concretos y limitados, como un proyecto de tratado sobre una nueva forma de protección complementaria para las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, o un análisis detallado, a título ilustrativo, de ciertos derechos humanos para determinar exactamente cómo se verían afectados por la elevación del nivel del mar y cómo deberían protegerse en esos casos. Se apoyó la idea de que se elaboraran directrices para el establecimiento de acuerdos bilaterales entre Estados y que se preparara una lista de cuestiones jurídicas para que fueran abordadas desde una perspectiva política en el seno de las Naciones Unidas. También se señaló que el resultado a corto plazo de la labor del Grupo de Estudio sería su informe final sobre todos los subtemas, aunque la labor de la Comisión proseguiría en un formato diferente. A ese respecto, se propuso que, en el informe final del Grupo de Estudio, se incluyera un proyecto de resolución en el que se abordaran todas las cuestiones políticas pendientes, para su examen por la Asamblea General.

3. Observaciones finales de los Copresidentes

a) Observaciones finales generales

225. En la sexta reunión del Grupo de Estudio, los Copresidentes (la Sra. Galvão Teles y el Sr. Ruda Santolaria) formularon observaciones finales a raíz de los comentarios que habían hecho sus miembros durante las reuniones anteriores.

226. Los Copresidentes expresaron su agradecimiento a los miembros del Grupo de Estudio por sus contribuciones y comentarios en relación con el segundo documento temático. Si bien se consideraba que el documento ofrecía una buena base para futuros debates, se requería algo más de información sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, especialmente en África, Asia y América Latina y el Caribe. Los Copresidentes indicaron que, aunque las conclusiones científicas relativas a la elevación del nivel del mar y el cambio climático no se encontraban dentro del ámbito de la labor del Grupo de Estudio, procurarían organizar reuniones oficiosas con científicos del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático acerca de cuestiones específicas de interés.

227. Los Copresidentes observaron además que el Grupo de Estudio continuaría trabajando sin perjuicio del resultado de su labor, que, según la sinopsis, sería un informe final consolidado. Las propuestas que plantearan los miembros del Grupo de Estudio en relación con el futuro formato de sus trabajos y los resultados se examinarían con más detalle en una etapa posterior.

b) Condición de Estado

228. El Copresidente (Sr. Ruda Santolaria) recordó que la elevación del nivel del mar era un fenómeno gradual que podía provocar la pérdida parcial o total del territorio de un Estado. Aunque aún no se había registrado ningún caso en que las tierras de un Estado se hubieran inundado completamente, era probable que los pequeños Estados insulares en desarrollo dejaran de ser habitables en el futuro.

229. El Copresidente señaló que, debido a la falta de práctica estatal, resultaba necesario explorar ejemplos históricos y principios generales del derecho pertinentes. En relación con los últimos, recordó el principio de igualdad soberana de los Estados, el principio de libre determinación de los pueblos, el principio de cooperación internacional y el principio de buena fe. Si bien se reconocía que las analogías históricas de la Santa Sede y la Orden de Malta no estaban directamente relacionadas con la elevación del nivel del mar, podrían resultar útiles para avanzar en el tema en lo relativo a la posibilidad de mantener la

[1250] Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África (París, 14 de octubre de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1954, núm. 33480, pág. 3.

personalidad jurídica internacional pese a la pérdida de territorio. Asimismo, podían extraerse algunas conclusiones valiosas de los casos en que un Gobierno se viera obligado a exiliarse, al menos durante el período inmediatamente posterior a la desaparición de la parte terrestre del territorio de su Estado debido a la elevación del nivel del mar o cuando esa parte dejara de ser habitable aunque no quedara totalmente cubierta por el mar.

230. En referencia a los criterios relativos a la condición de Estado, el Copresidente reiteró que, aunque no existía una noción generalmente aceptada de "Estado", los criterios de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados podrían constituir un punto de partida para la labor del Grupo de Estudio. El Copresidente observó la posición expresada por algunos miembros del Grupo de Estudio, según la cual existía una diferencia entre los criterios para la creación de un Estado y aquellos en los que se basaba la continuación de su existencia. Se expusieron algunas reflexiones acerca de los criterios referentes al territorio y la población permanente.

231. El Copresidente señaló que la presunción de continuidad de un Estado también ofrecía un punto de partida para la labor ulterior. Al mismo tiempo, hizo hincapié en la necesidad de considerar las consecuencias prácticas del mantenimiento de esa presunción aunque se produjeran grandes cambios en el territorio y la población del Estado. Al respecto, el derecho de los Estados a procurar su conservación requería una reflexión más detenida. También se destacó la importancia de preservar el derecho a la libre determinación de las poblaciones afectadas.

c) Protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar

232. La Copresidenta (Sra. Galvão Teles) recordó que no existía un marco específico que previera un estatuto jurídico distinto para las personas afectadas por la elevación del nivel del mar. Los marcos jurídicos universales y regionales vigentes, como el derecho de los derechos humanos, el derecho de los refugiados, la legislación sobre las migraciones y la legislación para la prevención y mitigación de los desastres y el cambio climático, requerían un estudio más detallado con miras a evaluar su aplicabilidad en el contexto de la elevación del nivel del mar. La Copresidenta señaló al respecto la práctica emergente, directa e indirecta, de los Estados, las organizaciones internacionales y otras entidades pertinentes, así como la necesidad de seguir examinando su desarrollo con el fin de determinar los principios aplicables a la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar.

233. La Copresidenta observó que, de acuerdo con las propuestas planteadas por algunos miembros, el Grupo de Estudio debía remitirse a los resultados anteriores de la labor de la Comisión, en particular, aunque no exclusivamente, al proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre. Asimismo, la Copresidenta recordó que los miembros del Grupo de Estudio podían presentar a título individual contribuciones por escrito sobre cualquiera de las preguntas orientativas.

4. Cuestiones para un estudio ulterior relativas a los subtemas de la condición de Estado y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar

234. Sobre la base de los debates mantenidos por el Grupo de Estudio durante la primera parte del período de sesiones, los Copresidentes formularon las siguientes propuestas acerca de la continuación de su labor sobre los subtemas, sin perjuicio de que se pudieran seguir examinando otras cuestiones, si procedía.

a) Condición de Estado

235. El Copresidente (Sr. Ruda Santolaria) propuso que el Grupo de Estudio solicitara a la Secretaría la realización de un estudio de la labor relacionada que hubiera llevado a cabo la Comisión, con el fin de evaluar su pertinencia para el subtema. Hizo hincapié en la necesidad de colaborar con entidades e instituciones de diferentes regiones del mundo para garantizar la diversidad y la representatividad, especialmente en lo tocante a la práctica en regiones de las que se disponía de menos información, como América Latina y el Caribe, Asia y el Pacífico y África. Propuso las siguientes tareas para complementar el segundo documento temático con respecto al subtema de la condición de Estado, teniendo en cuenta el

intercambio de opiniones entre los miembros del Grupo de Estudio, en el contexto del análisis de la elevación del nivel del mar en relación con la condición de Estado:

a) Una evaluación del modo en que se habían interpretado los requisitos para la configuración de un Estado como persona o sujeto de derecho internacional, tomando como punto de partida la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados e incluyendo referencias a la práctica de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y un análisis de las diferencias existentes entre los criterios para la creación de un Estado y los que se observaban para la continuidad de su existencia;

b) Un análisis del territorio, incluidos los diferentes espacios que se encontraran bajo la soberanía del Estado y las zonas marítimas sujetas a su jurisdicción, así como de la naturaleza de la superficie terrestre que podría quedar sumergida como consecuencia de la elevación del nivel del mar;

c) Una presentación de los posibles efectos jurídicos del mantenimiento o, en última instancia, de la pérdida de la condición de Estado y del mantenimiento ulterior de alguna forma de personalidad jurídica internacional, en el contexto de los diferentes escenarios resultantes de la elevación del nivel del mar; y un análisis de la pertinencia de la presunción de la condición de Estado en el caso de los Estados afectados por la elevación del nivel del mar, así como de las formas en que las poblaciones afectadas podrían ejercer la libre determinación y si en esas situaciones cabría aplicar ciertos principios de derecho internacional general. Dado el carácter progresivo de la elevación del nivel del mar, sería importante distinguir dos situaciones y sus posibles efectos: una, más cercana en el tiempo, en que la superficie terrestre de un Estado no quedaría completamente cubierta por el mar, pero podría llegar a ser inhabitable; y la otra, en que la superficie terrestre de un Estado podría quedar completamente cubierta por el mar. Sin perjuicio de que en el análisis se reflejaran las particularidades de cada subtema, debería reforzarse la interacción entre los diferentes supuestos o escenarios en relación con la condición de Estado y sus posibles consecuencias para la protección de las personas y sus derechos;

d) Una reflexión sobre el derecho de un Estado afectado por la elevación del nivel del mar a procurar su conservación, las modalidades a las que se podría recurrir para conseguirlo y la importancia de la cooperación internacional a esos efectos;

e) Un análisis meticuloso y prudente de las diversas opciones planteadas en el segundo documento temático, teniendo en cuenta la posibilidad de crear regímenes jurídicos sui géneris o proponer alternativas prácticas basadas en acuerdos entre Estados o en instrumentos en relación con el fenómeno de la elevación del nivel del mar que puedan adoptarse en el marco de las organizaciones internacionales, especialmente en el contexto del sistema de las Naciones Unidas.

b) Protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar

236. La Copresidenta (Sra. Galvão Teles) propuso que el Grupo de Estudio solicitara a la Secretaría la realización de un estudio de la labor anterior de la Comisión al respecto, con el fin de evaluar su pertinencia para el subtema. Alentó a los miembros del Grupo de Estudio a que prepararan documentos sobre la práctica internacional y regional pertinente y sobre las preguntas orientativas que figuraban en el párrafo 435 del segundo documento temático. La Copresidenta hizo hincapié en la necesidad de establecer y mantener contactos con los órganos de expertos y las organizaciones internacionales pertinentes. Por último, indicó diversos aspectos, enumerados a continuación, que tenía previsto examinar más detenidamente para complementar el segundo documento temático con respecto al subtema de la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar teniendo en cuenta el intercambio de opiniones entre los miembros del Grupo de Estudio:

a) La protección de la dignidad humana como principio general de la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

b) La combinación de los enfoques basados en las necesidades y en los derechos como base para el análisis jurídico de la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

c) Las consecuencias para los derechos humanos —entre otras con respecto a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— en el contexto de la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

d) La identificación del alcance de las obligaciones de los garantes de los derechos humanos en el contexto de la elevación del nivel del mar;

e) La protección de las personas en situación de vulnerabilidad en el contexto de la elevación del nivel del mar;

f) La pertinencia del principio de no devolución en el contexto de la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

g) Las consecuencias del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular y otros instrumentos de derecho indicativo para la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

h) La aplicación de la protección complementaria y temporal a las personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

i) La pertinencia de la expedición de visados humanitarios y de otras políticas administrativas similares para la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar;

j) Instrumentos para evitar la apatridia en el contexto de la elevación del nivel del mar;

k) El contenido del principio de cooperación internacional, incluidas las vías institucionales para la cooperación entre Estados y en los ámbitos regional e internacional en relación con la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar.

C. Labor futura del Grupo de Estudio

237. En el próximo quinquenio, el Grupo de Estudio volverá a abordar el subtema del derecho del mar (en 2023) y los subtemas de la condición de Estado y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar (en 2024). En 2025, el Grupo de Estudio tratará de finalizar un informe sustantivo sobre el tema en conjunto consolidando los resultados de la labor realizada.

Capítulo X
Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

A. Inclusión de nuevos temas en el programa de trabajo

238. En su 3582ª sesión, celebrada el 17 de mayo de 2022, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales" y nombrar Relator Especial al Sr. August Reinisch. En la misma sesión, el Presidente de la Comisión recordó el párrafo 3 de la sinopsis del tema presentada en 2016, en el que se indicaba que "[p]osteriormente habría que decidir si también podrían quedar comprendidas determinadas controversias de derecho privado, como las suscitadas en torno a un contrato o las derivadas de un ilícito civil cometido por una organización internacional o contra esta"[1251]. Habida cuenta de la importancia de estas controversias para el funcionamiento de las organizaciones internacionales en la práctica, se presumía que el Relator Especial y la Comisión las tomarían en consideración.

239. En la misma sesión, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar" y nombrar Relator Especial al Sr. Yacouba Cissé.

240. También en la misma sesión, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema "Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional" y nombrar Relator Especial al Sr. Charles Chernor Jalloh.

B. Solicitudes de la Comisión a la Secretaría de preparación de estudios sobre temas del programa de trabajo de la Comisión

241. En su 3612ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2022, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría que preparara un memorando con información sobre la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales que pudiera ser pertinente para su futura labor sobre el tema "El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales", que incluyera controversias tanto internacionales como de derecho privado.

242. La Comisión también aprobó la recomendación del Relator Especial de que la Secretaría se pusiera en contacto con los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes a fin de recabar información y sus opiniones para elaborar el memorando.

243. En la misma sesión, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría que preparara un memorando sobre el tema "Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar", en el que abordara en particular:

a) elementos de trabajos anteriores de la Comisión que pudieran ser particularmente pertinentes para su futura labor sobre el tema, y las opiniones expresadas por los Estados;

b) la doctrina relativa a las definiciones de piratería y de robo a mano armada en el mar; y

c) las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad y la Asamblea General relativas al tema.

244. La Comisión aprobó asimismo la recomendación del Relator Especial de que la Secretaría se pusiera en contacto con los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes para recabar información y opiniones sobre:

a) la legislación, la jurisprudencia y la práctica de los Estados en relación con el tema, así como con los artículos 101 a 107 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar;

[1251] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2016*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 251.

b) los acuerdos celebrados por los Estados para trasladar a las personas acusadas de piratería o robo a mano armada en el mar con miras a su enjuiciamiento; y

c) el papel de las organizaciones internacionales, regionales y subregionales en materia de prevención y represión de los actos de piratería y robo a mano armada en el mar.

245. También en la misma sesión, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría que preparara un memorando sobre el tema "Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional" en el que:

a) se identificaran elementos de trabajos anteriores de la Comisión que pudieran ser especialmente pertinentes para el tema;

b) se estudiase la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales, así como de otros organismos, especialmente pertinente para su futura labor sobre el tema con miras a su presentación en el 75º período de sesiones.

246. En la misma sesión, la Comisión decidió solicitar a la Secretaría que preparara un memorando en el que se identificaran elementos de trabajos anteriores de la Comisión que pudieran ser pertinentes para su futura labor sobre el tema "La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional", en particular en lo referente a la condición de Estado y la protección de las personas, con miras también a su presentación en el 75º período de sesiones.

C. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación

247. El 1 de junio de 2022 se constituyó el Grupo de Planificación para el actual período de sesiones.

248. El Grupo de Planificación celebró tres reuniones, que tuvieron lugar los días 1 de junio y 21 y 22 de julio de 2022. Tuvo ante sí el resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo sexto período de sesiones (A/CN.4/746); la resolución 76/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2021, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 72º período de sesiones; la resolución 76/117 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2021, relativa al estado de derecho en los planos nacional e internacional; y el proyecto de presupuesto por programas para 2023, Programa 6 (Asuntos jurídicos), subprograma 3, relativo al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

249. En su primera reunión, celebrada el 1 de junio de 2022, el Grupo de Planificación decidió que se volviera a reunir el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, con el Sr. Mahmoud D. Hmoud como Presidente. En su segunda reunión, celebrada el 21 de julio de 2022, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación un informe oral sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. El Grupo de Planificación tomó nota del informe oral.

250. La Comisión señaló que durante el actual mandato ya había recomendado la inclusión en su programa de trabajo a largo plazo de los siguientes temas: a) "Principios generales del derecho" (2017)[1252], que forma parte del actual programa de trabajo; b) "La prueba ante las cortes y tribunales internacionales" (2017)[1253]; c) "La jurisdicción penal universal" (2018)[1254]; d) "La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional" (2018)[1255], que también figura en el actual programa de trabajo; e) "Reparación debida a las personas por

[1252] *Anuario… 2017*, vol. II (segunda parte), pág. 159, párr. 267, y págs. 167 y ss., anexo I.
[1253] *Ibid*., pág. 159, párr. 267, y págs. 182 y ss., anexo II.
[1254] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párr. 369 y anexo A.
[1255] *Ibid*., párr. 369 y anexo B.

violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario" (2019)[1256]; f) "Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar" (2019)[1257], que está incluido en el programa de trabajo del actual período de sesiones; y g) "Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho" (2021)[1258], que también figura en el programa de trabajo del actual período de sesiones.

251. En el actual período de sesiones, la Comisión, siguiendo la recomendación del Grupo de Trabajo, decidió proponer la inclusión del tema "Los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes" en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

252. Para elegir el tema, la Comisión se guio por la recomendación que hizo en su 50º período de sesiones (1998) en cuanto a los criterios de selección, a saber: a) que el tema reflejara las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) que el tema estuviera en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; y c) que el tema fuera concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación. Convino además en que no debería limitarse a los temas tradicionales, sino que también podría examinar los que representaran la evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en general[1259]. La Comisión consideró que el presente tema constituía una aportación útil al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. La sinopsis del tema elegido figura como anexo I del presente informe.

253. La Comisión recuerda que otros cinco temas siguen inscritos en el programa de trabajo a largo plazo desde quinquenios anteriores, a saber: a) "Propiedad y protección de restos de naufragios que se encuentran fuera de los límites de la jurisdicción marítima nacional"[1260]; b) "Inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales"[1261]; c) "Protección de los datos personales en el movimiento transfronterizo de información"[1262]; d) "Jurisdicción extraterritorial"[1263]; y e) "La norma del trato justo y equitativo en el derecho internacional en materia de inversiones"[1264].

2. Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión

254. En su primera reunión, celebrada el 1 de junio de 2022, el Grupo de Planificación decidió volver a establecer el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión, con el Sr. Hussein A. Hassouna como Presidente. En su segunda reunión, celebrada el 21 de julio de 2022, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación un informe oral sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. El Grupo de Planificación tomó nota del informe oral.

255. La Comisión señala que, en el transcurso del presente mandato, el Grupo de Trabajo ha examinado varios documentos de trabajo elaborados por miembros sobre cuestiones como la labor llevada a cabo en plenaria, en el Comité de Redacción y por los relatores especiales; los informes de los relatores especiales y el modo en que pueden abordarse en plenaria; la labor de los grupos de estudio y los grupos de trabajo; cómo deben reflejarse, en particular en el informe de la Comisión, los textos que se encuentran en distintas fases de desarrollo en el marco de la labor de la Comisión; el Reglamento y la selección de nuevos temas; la relación con otros órganos, incluida la Sexta Comisión, las organizaciones internacionales y regionales y otros actores; y la nomenclatura relativa a los resultados de la labor de la Comisión. El contenido de los documentos de trabajo y las observaciones de los miembros al respecto complementaron en particular la labor realizada por la Comisión en 1996 y 2011.

1256 *Ibid*., *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 290 y anexo B.
1257 *Ibid*., párr. 290 y anexo C.
1258 *Ibid*., *septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párr. 302 y anexo.
1259 *Anuario… 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 120 y 121, párr. 553. Véase también *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 72 y 73, párr. 238.
1260 *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 248, y págs. 147 y ss., anexo II, adición 2.
1261 *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 203, párr. 257, y págs. 219 y ss., anexo II.
1262 *Ibid*., págs. 236 y ss., anexo IV.
1263 *Ibid*., págs. 250 y ss., anexo V.
1264 *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 191, párr. 365, y págs. 223 y ss., anexo IV.

256. La Comisión señala además que, dadas las limitaciones de tiempo durante el actual período de sesiones y la importancia de no excluir ninguno de los temas tratados, el Grupo de Trabajo necesitaría más tiempo. En este sentido, observa que el Grupo de Trabajo desea proseguir su labor en el próximo quinquenio, basándose en el trabajo ya realizado, así como en la labor previa sobre los métodos de trabajo llevada a cabo en particular en 1996 y 2011. Observa asimismo que el Grupo de Trabajo recordó la resolución 76/111 de la Asamblea General, así como las observaciones formuladas por las delegaciones acerca del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 72º período de sesiones, recogidas en el resumen por temas preparado por la Secretaría (A/CN.4/746), y subraya que el Grupo de Trabajo proseguirá su labor a fin de mejorar y seguir perfeccionando los métodos de trabajo de la Comisión.

257. La Comisión expresa su agradecimiento por los esfuerzos de la Secretaría para hacer frente a los desafíos de la organización de sesiones híbridas en 2021 y 2022. En particular celebra que, con sujeción a la disponibilidad de recursos, se prevea la retransmisión por Internet de las sesiones plenarias, lo que asegura la visibilidad y la transparencia. También apoya que siga usándose "Google drive" para que los miembros puedan acceder fácilmente a los documentos. Habida cuenta de que continuará recurriéndose cada vez más a la tecnología, la Comisión alienta a sus miembros y a la Secretaría a seguir esforzándose por utilizar las herramientas disponibles.

3. Examen de la resolución 76/117 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2021, relativa al estado de derecho en los planos nacional e internacional

258. La Asamblea General, en su resolución 76/117, relativa al estado de derecho en los planos nacional e internacional, entre otras cosas reiteró a la Comisión su invitación a que, en su informe a la Asamblea General, formulara observaciones sobre su papel actual en la promoción del estado de derecho. Desde su 60º período de sesiones (2008), la Comisión ha comentado en cada uno de sus períodos de sesiones su papel en la promoción del estado de derecho. Señala que las observaciones que figuran en los párrafos 341 a 346 de su informe de 2008[1265] siguen siendo pertinentes y reitera las formuladas en sus períodos de sesiones anteriores[1266].

259. La Comisión recuerda que el estado de derecho constituye la esencia de su labor. El propósito de la Comisión, tal como se establece en el artículo 1 de su estatuto, es promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

260. Teniendo presente en toda su labor el principio del estado de derecho, la Comisión es plenamente consciente de la importancia de la aplicación del derecho internacional en el plano nacional, y tiene por objetivo promover el respeto del estado de derecho en el plano internacional.

261. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, la Comisión seguirá teniendo en cuenta, cuando proceda, el estado de derecho como principio de gobernanza y los derechos humanos que son fundamentales para el estado de derecho, como se refleja en el Preámbulo y el Artículo 13

[1265] *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), págs. 163 y 164.

[1266] *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), pág. 162, párr. 231; *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), págs. 216 y 217, párrs. 390 a 393; *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 194 y 195, párrs. 392 a 398; *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párrs. 274 a 279; *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), pág. 85, párrs. 171 a 179; *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte) y Corr.1, pág. 179, párrs. 273 a 280; *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párrs. 288 a 295; *Anuario… 2016*, vol. II (segunda parte), págs. 245 y 246, párrs. 314 a 322; *Anuario… 2017*, vol. II (segunda parte), págs. 161 y 162, párrs. 269 a 278; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párrs. 372 a 380; *ibid*., *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párrs. 293 a 301; e *ibid*., *septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párrs. 304 a 312.

de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional[1267].

262. En su labor actual, la Comisión es consciente de "la estrecha relación entre el estado de derecho y los tres pilares de las Naciones Unidas (paz y seguridad, desarrollo y derechos humanos)", sin primar uno a expensas del otro[1268]. En este sentido, la Comisión celebra en particular la decisión de la Asamblea General de invitar a los Estados Miembros a que, durante el próximo debate de la Sexta Comisión sobre el estado de derecho en el septuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, centren sus comentarios en el subtema "Las repercusiones de la pandemia mundial de enfermedad por coronavirus (COVID-19) en el estado de derecho en los planos nacional e internacional"[1269].

263. A este respecto, desde su 72º período de sesiones, celebrado en 2021, la Comisión y sus miembros han seguido de cerca la evolución de la situación. En este sentido, la Comisión recuerda su función de fortalecimiento del marco jurídico internacional actual, que está en consonancia con su mandato de ayudar a la Asamblea General a impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. La Comisión recuerda, en particular, los términos del artículo 17 de su estatuto, que permite a la Comisión examinar también las propuestas y los proyectos de convenciones multipartitas que hayan sido presentados por los Estados Miembros de las Naciones Unidas, por los órganos principales de las Naciones Unidas, distintos de la Asamblea General, por los organismos especializados o por las entidades oficiales que hayan sido establecidas por acuerdos intergubernamentales. Cualquier propuesta de texto o de otra índole sobre los retos jurídicos internacionales relacionados con la pandemia que se remitiera a la Comisión sería debidamente examinada y, de prosperar, resultaría probablemente beneficiosa para los Estados y el estado de derecho, tanto en el plano nacional como en el internacional.

264. Al igual que otras instituciones, dentro y fuera de las Naciones Unidas, la pandemia de COVID-19 afectó al trabajo de la Comisión de diferentes maneras. En 2020, la Comisión se enfrentó a una situación sin precedentes al no poder reunirse en Ginebra debido a la pandemia, y en 2021 celebró su período de sesiones en un formato híbrido. A este respecto, reitera su agradecimiento tanto a la Asamblea General como al Gobierno de Suiza por las decisiones adoptadas, que le permitieron seguir cumpliendo su mandato durante la pandemia. Cabe también mencionar que, aunque los métodos de trabajo habituales de la Comisión se vieron muy trastocados, se hicieron esfuerzos extraordinarios para que las deliberaciones pudieran llevarse a cabo sin contratiempos durante el período de sesiones híbrido[1270].

265. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, la Comisión es consciente de los retos actuales a que se enfrenta el estado de derecho. Teniendo presente que la Asamblea General ha destacado la importancia de fomentar el intercambio de las mejores prácticas nacionales sobre el estado de derecho[1271], la Comisión desea recordar que gran parte de su labor consiste en recopilar y analizar prácticas nacionales relacionadas con el estado de derecho con miras a evaluar su posible contribución al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

266. Teniendo presente el papel de los procesos de los tratados multilaterales en la promoción del estado de derecho[1272], la Comisión recuerda que su labor en relación con diferentes temas ha dado lugar a varios procesos de tratados multilaterales y a la aprobación

[1267] Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 30 de noviembre de 2012, relativa a la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, párr. 41.

[1268] Informe del Secretario General sobre la evaluación de la eficacia del apoyo del sistema de las Naciones Unidas a la promoción del estado de derecho en situaciones de conflicto y posteriores a los conflictos (S/2013/341), párr. 70.

[1269] Resolución 76/117 de la Asamblea General, párr. 23.

[1270] Véase, a este respecto, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párr. 315.

[1271] Resolución 75/141 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 2020, relativa al estado de derecho en los planos nacional e internacional, párrs. 2 y 19.

[1272] *Ibid*., párr. 8.

de diversos tratados de ese tipo[1273]. La Comisión acoge con satisfacción la resolución 76/119 de la Asamblea General, en la que se decidió establecer un grupo de trabajo *ad hoc* de la Sexta Comisión encargado de examinar el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre y de seguir estudiando la recomendación de la Comisión de que la Asamblea General o una conferencia internacional de plenipotenciarios elaboren una convención basada en el proyecto de artículos.

267. Durante el actual período de sesiones, celebrado en el contexto de las limitaciones impuestas por la pandemia de COVID-19, la Comisión sigue contribuyendo a la promoción del estado de derecho, entre otras formas con su labor sobre los temas incluidos en su actual programa de trabajo, "Normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*" (aprobado en segunda lectura en el actual período de sesiones), "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados" (aprobado en segunda lectura en el actual período de sesiones), "Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado" (aprobado en primera lectura en el actual período de sesiones), "La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado", "Principios generales del derecho" y "La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional".

268. Dado que concluyó la labor sobre cinco temas de su programa de trabajo entre el 69º período de sesiones (2017) y el actual período de sesiones, y le quedan por concluir otros temas de su actual programa de trabajo, la Comisión decidió añadir tres nuevos temas: "El arreglo de controversias internacionales en las que son parte organizaciones internacionales", "Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar" y "Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional".

269. La Comisión reitera su compromiso de promover el estado de derecho en todas sus actividades.

4. Honorarios

270. La Comisión reitera su opinión, expresada en sus informes anteriores, sobre la cuestión de los honorarios, planteada a raíz de la aprobación por la Asamblea General de su resolución 56/272, de 27 de marzo de 2002[1274]. Insiste en que la resolución 56/272 afecta especialmente a los relatores especiales, ya que compromete el apoyo a su labor de investigación. Ello se entiende sin perjuicio de la propuesta de establecimiento de un fondo fiduciario (véanse la sección E y el anexo II y apéndice).

5. Documentación y publicaciones

271. La Comisión subrayó una vez más la singularidad del método que empleaba para el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, en cuanto que concedía especial relevancia a la práctica de los Estados y a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales e internacionales cuando abordaban cuestiones de derecho internacional. Reiteró la importancia que tenía la aportación y puesta a disposición de toda prueba de práctica de los Estados y otras fuentes del derecho internacional pertinentes para el desempeño de su cometido. Los informes de sus relatores especiales requerían una presentación adecuada de

[1273] Véase, más concretamente, *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 91, párr. 294.

[1274] Véase *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 107 y 108, párrs. 525 a 531; *Anuario… 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 108, párr. 447; *Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 131, párr. 369; *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 98, párr. 501; *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 205, párr. 269; *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 97, párr. 379; *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 166, párr. 358; *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), pág. 163, párr. 240; *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), pág. 217, párr. 396; *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 195, párr. 399; *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párr. 280; *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 85 y 86, párr. 181; *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte) y Corr.1, pág. 179, párr. 281; *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 92, párr. 299; *Anuario… 2016*, vol. II (segunda parte), pág. 247, párr. 333; *Anuario… 2017*, vol. II (segunda parte), pág. 162, párr. 282; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párr. 382; *ibid*., *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 302; e *ibid*., *septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párr. 317.

los precedentes y de otros datos relevantes, como tratados, resoluciones judiciales y doctrina, así como un análisis exhaustivo de las cuestiones que se examinaban. La Comisión quiso destacar que tanto ella como sus relatores especiales eran plenamente conscientes de la necesidad de ahorrar siempre que fuera posible en el volumen general de la documentación y que seguirían teniendo presentes esas consideraciones. Si bien es consciente de las ventajas de ser lo más concisa posible, la Comisión reitera su firme convencimiento de que no puede limitarse *a priori* la extensión de los documentos y los proyectos de investigación relacionados con su labor. De ahí que no se pueda pedir a los relatores especiales que reduzcan la longitud de sus informes después de presentarlos a la Secretaría, con independencia de las estimaciones que esta haya hecho de su extensión antes de la presentación. Los límites de palabras no son aplicables a la documentación de la Comisión, como ha reiterado sistemáticamente la Asamblea General[1275]. La Comisión también subraya la importancia de que los relatores especiales preparen sus informes en el plazo fijado y los envíen a la Secretaría para su tramitación y remisión a la Comisión con antelación suficiente, a fin de que estos se publiquen en todos los idiomas oficiales, a ser posible cuatro semanas antes del inicio de la parte correspondiente del período de sesiones de la Comisión. A este respecto, insiste en la importancia de que los relatores especiales presenten sus informes en los plazos fijados por la Secretaría. Solo así esta podrá garantizar que los documentos oficiales de la Comisión se publiquen oportunamente en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

272. La Comisión reiteró su firme convencimiento de que las actas resumidas de sus sesiones, que constituían trabajos preparatorios indispensables para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, no podían ser objeto de restricciones arbitrarias en cuanto a su extensión. Observó con satisfacción una vez más que las medidas implantadas en su 65º período de sesiones (2013) para racionalizar la tramitación de sus actas resumidas habían acelerado la remisión de la versión en inglés a los miembros de la Comisión con miras a la introducción de los cambios pertinentes y a su pronta publicación. Pidió nuevamente a la Secretaría que retomara la práctica de redactar las actas resumidas provisionales tanto en francés como en inglés y que siguiera esforzándose por mantener las medidas en cuestión a fin de asegurar la pronta remisión de las actas provisionales a los miembros de la Comisión. Observó además que el método más reciente de presentar las actas provisionales por vía electrónica para poder introducir las correcciones pertinentes con control de cambios estaba funcionando sin problemas. La Comisión también celebró que esos métodos de trabajo hubieran permitido una utilización más racional de los recursos y pidió a la Secretaría que prosiguiera sus esfuerzos por facilitar la preparación de las actas definitivas en todos los idiomas oficiales sin poner en peligro su integridad.

273. La Comisión expresó su agradecimiento a todos los Servicios que habían intervenido en la tramitación de su documentación, tanto en Ginebra como en Nueva York, por sus esfuerzos para que esta se llevara a cabo de manera oportuna y eficiente, a menudo con plazos ajustados. Hizo hincapié en que la tramitación oportuna y eficiente de la documentación era esencial para que pudiera llevar a cabo su labor de manera fluida. El trabajo realizado por todos los Servicios se agradecía aún más en las circunstancias actuales.

274. La Comisión reafirmó su compromiso con el multilingüismo y recordó la importancia primordial que se daba en su labor a la igualdad de los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, como se había destacado en las resoluciones de la Asamblea General 69/324, de 11 de septiembre de 2015, 71/328, de 17 de septiembre de 2017, y 73/346, de 16 de septiembre de 2019[1276].

275. La Comisión expresó una vez más su sincero reconocimiento a la Biblioteca de las Naciones Unidas en Ginebra, que sigue prestando asistencia a los miembros de la Comisión

[1275] Para consideraciones relativas al límite de páginas de los informes de los relatores especiales, véanse, por ejemplo, *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 133, y *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 133 y 134. Véanse también la resolución 32/151 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1977, párr. 10, y la resolución 37/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1982, párr. 5, así como resoluciones posteriores relativas a los informes anuales de la Comisión a la Asamblea General.

[1276] Véase también la resolución 76/111 de la Asamblea General.

con eficiencia, competencia y dedicación. Acogió con satisfacción el material bibliográfico que la Biblioteca prepara para la Comisión y agradeció la sesión informativa a la que tuvo ocasión de asistir el 5 de mayo de 2022 sobre la base de datos bibliográficos en línea y otros servicios de la Biblioteca. La Comisión señaló que la Biblioteca seguía prestando valiosos servicios aun con las limitaciones impuestas por la pandemia de COVID-19. Observó además que los servicios de la Biblioteca eran esenciales para la labor de la Comisión en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y que a lo largo de los años ha apreciado la ayuda recibida de la Biblioteca de Ginebra. En este sentido, la Comisión subrayó la necesidad de limitar las repercusiones que tenían las restricciones presupuestarias en el mandato de la Biblioteca y los Archivos de las Naciones Unidas en Ginebra y de proporcionar una financiación adecuada para que la Biblioteca pudiera seguir funcionando como biblioteca de investigación a fin de brindar asistencia a la Comisión en el desempeño de su mandato de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. También espera que se haga todo lo posible por reducir al mínimo el impacto de la reforma prevista en los servicios de la Biblioteca.

6. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

276. La Comisión reiteró que el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* era crucial para comprender la labor de la Comisión en el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, así como en el fortalecimiento del estado de derecho en las relaciones internacionales. Tomó nota de que la Asamblea General, en su resolución 76/111, expresó su reconocimiento a los Gobiernos que habían realizado contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* y alentó a que se hicieran nuevas contribuciones al Fondo.

277. La Comisión recomienda que la Asamblea General, al igual que en su resolución 76/111, *exprese su satisfacción* por los notables avances logrados en los últimos años para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* en los seis idiomas oficiales, *acoja con beneplácito* los esfuerzos realizados por la División de Gestión de Conferencias de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, especialmente su Sección de Edición, por dar cumplimiento efectivo a las resoluciones pertinentes de la Asamblea General en que se pedía que se redujera el retraso y *aliente* a la División de Gestión de Conferencias a que siga prestando todo el apoyo necesario para que la Sección de Edición avance con el *Anuario*.

7. Asistencia de la División de Codificación

278. La Comisión expresó su agradecimiento por la valiosa asistencia de la División de Codificación de la Secretaría en la prestación de servicios sustantivos a la Comisión, así como por la continua asistencia a los relatores especiales y en la preparación de estudios de investigación minuciosos sobre aspectos relacionados con los temas que estaban siendo examinados, atendiendo a las solicitudes de la Comisión. En particular, esta agradeció a la Secretaría sus esfuerzos constantes, que le han permitido reunirse incluso en el contexto de la pandemia de COVID-19. La Comisión también reconoció el trabajo que lleva a cabo la División de Codificación para ofrecer textos en distintos idiomas a fin de que la labor del Comité de Redacción sea representativa y de calidad.

8. Sitios web

279. La Comisión expresó su reconocimiento a la Secretaría por el sitio web sobre la labor de la Comisión y se felicitó de su actualización y mejora constantes[1277]. Reiteró que ese y otros sitios web gestionados por la División de Codificación constituían un recurso inestimable para la Comisión y para el conjunto de investigadores interesados en su labor, lo que contribuía al estado de derecho y a potenciar en general la enseñanza, el estudio y la difusión del derecho internacional y a lograr que se valorase en mayor medida[1278]. La Comisión celebró que el sitio web sobre su labor contuviera información sobre el estado

[1277] http://legal.un.org/ilc.

[1278] En general, puede consultarse en http://legal.un.org/cod/.

actual de los temas de su programa, así como enlaces a versiones preliminares editadas de las actas resumidas y a las grabaciones de audio y video de sus sesiones plenarias.

9. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

280. La Comisión observó con reconocimiento una vez más el extraordinario valor de la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas[1279], que permite promover un mejor conocimiento del derecho internacional y de la labor de las Naciones Unidas en este ámbito, incluidos los trabajos de la Comisión.

10. Consideración de la posibilidad de celebrar en Nueva York la primera parte de un período de sesiones de la Comisión del próximo quinquenio

281. La Comisión recomienda que se celebre en Nueva York la primera parte de un período de sesiones del próximo quinquenio y solicita a la Secretaría que proceda a tomar las disposiciones administrativas y relativas a la organización necesarias para ello. Se destacó la necesidad de asegurar el acceso a las instalaciones de la biblioteca de la Sede y el acceso electrónico a los recursos y la asistencia para la investigación de la Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. También se pidió que se facilitara el acceso de los asistentes de los miembros de la Comisión a las reuniones y se habilitara espacio suficiente a tal efecto.

11. Visados

282. La Comisión reitera su agradecimiento al Gobierno de Suiza, Estado anfitrión de la Comisión, por el apoyo que ha prestado durante muchos años y que ha permitido el desempeño fluido y eficaz de su labor en el Palacio de las Naciones de Ginebra. La Comisión está especialmente agradecida por las medidas excepcionales adoptadas por las autoridades suizas para poder celebrar su 72º período de sesiones en un formato híbrido en 2021, y por la asistencia permanente prestada por dichas autoridades para la celebración del período de sesiones actual, ahora que las sesiones de la Comisión retoman progresivamente la normalidad anterior a la pandemia.

283. La Comisión destaca la importancia de que sus miembros reciban oportunamente visados para viajar a su sede de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra o a Nueva York, de conformidad con los acuerdos pertinentes, y pide a la Secretaría que colabore con las autoridades competentes a ese respecto, cuando proceda.

D. Fecha y lugar de celebración del 74º período de sesiones de la Comisión

284. La Comisión decidió celebrar su 74º período de sesiones en Ginebra del 24 de abril al 2 de junio y del 3 de julio al 4 de agosto de 2023.

E. Examen del párrafo 34 de la resolución 76/111, de 9 de diciembre de 2021, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 72º período de sesiones

285. La Comisión tomó nota del párrafo 34 de la resolución 76/111 y formuló comentarios y observaciones adicionales al respecto, que, junto con el mandato del fondo fiduciario propuesto, figuran en el anexo II y un apéndice del presente informe.

[1279] http://legal.un.org/avl/intro/welcome_avl.html.

F. Cooperación con otros órganos

286. En la 3585ª sesión, celebrada el 1 de junio de 2022, la Magistrada Joan E. Donoghue, Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó a la Comisión de las recientes actividades judiciales de la Corte[1280]. A continuación hubo un intercambio de opiniones. En esa sesión, la Comisión guardó un minuto de silencio en memoria del Magistrado Antônio Augusto Cançado Trindade, fallecido en el Brasil el 29 de mayo de 2022.

287. Una vez más, la Comisión no pudo mantener un intercambio de opiniones con la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa ni el Comité Jurídico Interamericano. La Comisión sigue valorando su cooperación con dichos organismos y expresa su deseo de que puedan organizarse intercambios de opiniones en futuros períodos de sesiones.

288. El 21 de julio de 2022 tuvo lugar un intercambio informal de opiniones entre miembros de la Comisión y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre asuntos de interés mutuo. El Sr. Nils Melzer, Director de Derecho Internacional, Políticas y Diplomacia Humanitaria en el CICR, pronunció unas palabras de bienvenida. El Sr. Dire D. Tladi, Presidente de la Comisión, hizo una breve descripción de la labor de la Comisión y habló de los diferentes enfoques del desarrollo del derecho internacional. La Sra. Cordula Droege, Oficial Jurídico Principal y Jefa de la División Jurídica del CICR, presentó brevemente la labor del CICR y formuló observaciones sobre la determinación de la utilidad de los diferentes instrumentos para la aclaración y el desarrollo del derecho internacional humanitario. A continuación tuvo lugar un debate sobre la evolución del derecho internacional, moderado por el Sr. Nils Melzer.

G. Representación en el septuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General

289. La Comisión decidió que, en el septuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, estaría representada por su Presidente, el Sr. Dire D. Tladi.

H. Seminario de Derecho Internacional

290. De conformidad con la resolución 76/111 de la Asamblea General, el 56º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones del 4 al 22 de julio de 2022, durante el actual período de sesiones de la Comisión. El Seminario está dirigido a juristas jóvenes que se especializan en derecho internacional, así como a profesores o funcionarios jóvenes que siguen una carrera académica o diplomática en la administración pública de sus países.

291. Asistieron al período de sesiones 28 participantes de diferentes nacionalidades procedentes de todas las regiones del mundo[1281]. Los participantes asistieron a las sesiones

[1280] La intervención se recoge en el acta resumida de esa sesión.

[1281] Participaron en el Seminario las siguientes personas: Sr. Adam Abdou Hassan (Níger); Sra. Rawa Almakky (Arabia Saudita); Sr. Christian Bukor (Eslovenia); Sr. Víctor P. Calderón Merino (Ecuador); Sr. Pierrot Chambu Ntizimire (República Democrática del Congo); Sra. Ludovica Di Lullo (Italia); Sr. Fabian Simon Eichberger (Alemania); Sra. Malak Elkasrawy (Egipto); Sra. Kaniz Fatima (Pakistán); Sra. María Consuelo Gálvez Reyes (Chile); Sra. Estelle Carine Gassi Matago (Camerún); Sra. Kristi How (Singapur); Sr. Manzi Karbou (Togo); Sra. Irene Meta (República Unida de Tanzanía); Sra. Kefilwe Moshokwa-Seberane (Botswana); Sr. Garo Moughalian (Líbano); Sra. Shaiesta Nabibaks (Suriname); Sr. Alfredo Uriel Pérez Manríquez (México); Sra. Sasha Raycheva (Bulgaria); Sr. Juan David Sáenz Henao (Colombia); Sr. Jamaldeen Seidu (Ghana); Sra. Augustina Siman (Moldova); Sra. Beril Sogut (Türkiye); Sr. Viet Tong Trinh (Viet Nam); Sr. Leandro Daniel Verteramo (Argentina); Sra. Andrea María Villavicencio Morales (Perú); Sr. Louino Volcy (Haití); y Sra. Florentina Xavier (Timor-Leste). El Comité de Selección, presidido por el Sr. Makane Moïse Mbengue, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra,

plenarias de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

292. El Sr. Dire D. Tladi, Presidente de la Comisión, inauguró el Seminario. El Sr. Markus Schmidt, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, se encargó de la administración, organización y dirección del Seminario y desempeñó las funciones de Director. El Sr. Vittorio Mainetti, experto en derecho internacional y consultor, actuó como coordinador, con la ayuda del Sr. Georg Hopfner y el Sr. Hongda Sun, asistentes jurídicos.

293. Se organizaron las siguientes conferencias, pronunciadas por miembros de la Comisión: "La labor de la Comisión de Derecho Internacional", a cargo del Sr. Ernest Petrič; "Reparaciones debidas a las personas por violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario", a cargo del Sr. Claudio Grossman Guiloff; "Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional", a cargo del Sr. Charles Chernor Jalloh; "Cambios en los métodos de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional: tendencias recientes y sus repercusiones (o no repercusiones)", a cargo del Sr. Shinya Murase; "Las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*", a cargo del Sr. Dire D. Tladi; "Principios generales del derecho", a cargo del Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez; "Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados", a cargo de la Sra. Marja Lehto; "La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado", a cargo de la Sra. Concepción Escobar Hernández; "La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado", a cargo del Sr. Pavel Šturma; y "La aplicación provisional de los tratados", a cargo del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo. Además, se organizó una mesa redonda con los cinco Copresidentes del Grupo de Estudio sobre el tema "La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional", a saber: el Sr. Bodgan Aurescu, el Sr. Yacouba Cissé, la Sra. Patrícia Galvão Teles, la Sra. Nilüfer Oral y el Sr. Juan José Ruda Santolaria.

294. El Sr. Marcelo G. Kohen, profesor del Instituto Superior de Estudios Internacionales y de Desarrollo, dictó una conferencia titulada "La prueba ante la Corte Internacional de Justicia".

295. Los participantes visitaron la exposición "100 años de cooperación multilateral en Ginebra" en el Museo de las Naciones Unidas de Ginebra, dirigida por el Sr. Pierre-Etienne Bourneuf, historiador y asesor de la Biblioteca y los Archivos de las Naciones Unidas en Ginebra. También realizaron una visita a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y asistieron a dos conferencias: una impartida por el Sr. Dražen Petrović, Secretario del Tribunal Administrativo de la OIT, titulada "Los tribunales administrativos internacionales", y otra a cargo del Sr. Georges Politakis, Asesor Jurídico de la OIT, sobre "El establecimiento de normas de la OIT".

296. Se organizaron dos grupos de trabajo, uno sobre "Reparaciones debidas a las personas por violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario" y otro sobre "Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional", y los participantes fueron asignados a uno de ellos. Dos miembros de la Comisión, el Sr. Claudio Grossman Guiloff y el Sr. Charles C. Jalloh, respectivamente, supervisaron y ofrecieron orientación a los grupos de trabajo. Cada grupo preparó un informe y presentó sus conclusiones en la última sesión de trabajo del Seminario. Una vez compilados, los informes se distribuyeron a todos los participantes, así como a los miembros de la Comisión.

297. Los participantes también asistieron a una reunión de la Red de Antiguos Participantes en el Seminario de Derecho Internacional. La Sra. Verity Robson (exalumna, 2017), Presidenta de la Red; el Sr. Moritz Rudolf (exalumno, 2017), Vicepresidente de la Red; la Sra. Valeria Reyes Menéndez (exalumna, 2017), Vicepresidenta de la Red; la Sra. Ozge Bilge (exalumna, 2019), el Sr. René Figueredo Corrales (exalumno, 2019) y el

se reunió el 28 de abril de 2022 y seleccionó a 29 candidatos de entre 202 solicitantes. En el último momento, uno de los candidatos seleccionados no pudo asistir al Seminario.

Sr. Vittorio Mainetti, Secretario General de la Red y Coordinador del Seminario de Derecho Internacional, se dirigieron a los participantes y presentaron la labor de la Red.

298. La República y el Cantón de Ginebra ofrecieron su tradicional recepción en el Hôtel de Ville de Ginebra, donde los participantes en el Seminario visitaron la sede de las autoridades cantonales, guiados por la Sra. Irene Renfer, Vicesecretaria General del Parlamento de Ginebra, y el Sr. Giovanni Magnin, Director de Proyectos del Servicio de Protocolo de la República y el Cantón de Ginebra.

299. El Presidente de la Comisión, el Director del Seminario de Derecho Internacional y el Sr. Jamaldeen Seidu (Ghana), en nombre de los participantes en el Seminario, hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la ceremonia de clausura del Seminario. Se entregó un diploma a todos los participantes.

300. La Comisión observa con preocupación que, en los últimos años, los fondos del Seminario de Derecho Internacional se han visto perjudicados por la crisis económica y financiera, que, a su vez, ha reducido el número y la cuantía de las contribuciones voluntarias hechas por los Estados Miembros al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario. La situación de este año era mucho mejor que la de 2019, debido a dos importantes contribuciones voluntarias realizadas en 2021. En 2022 se concedieron 21 becas (17 para gastos de viaje y dietas, 3 solo para gastos de viaje y 1 solo para dietas).

301. Desde 1965, año en el que se empezó a organizar, han asistido al Seminario 1.284 participantes de 178 nacionalidades. De ellos, 781 han recibido una beca.

302. La Comisión destaca la importancia que concede al Seminario de Derecho Internacional, que permite a juristas jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomienda que la Asamblea General haga un nuevo llamamiento a los Estados para que realicen contribuciones voluntarias a fin de que el Seminario que se organice en 2023 tenga la mayor participación posible y una distribución geográfica adecuada.

Anexo I

Los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes *(Les accords internationaux juridiquement non-contraignants)*

Por Mathias Forteau[1]

1. Introducción

1. La celebración de acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes (llamados también en la doctrina "acuerdos entre caballeros", "acuerdos políticos", "acuerdos informales" o, en francés, *"instruments (ou actes) concertés non conventionnels"*) es una práctica antigua que lleva siendo objeto de numerosos estudios doctrinales desde 1945[2]. Esos estudios, en particular el realizado por el Instituto de Derecho Internacional a principios de la década de 1980[3], aportan información relevante sobre esta práctica. Sin embargo, no han aclarado todos los aspectos controvertidos relativos a la naturaleza y el régimen de dichos acuerdos.

2. Por otra parte, la práctica de celebrar acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes ha aumentado significativamente y se ha vuelto más compleja y diversa en los últimos decenios, por lo que concita creciente atención, así como una preocupación considerable, tanto en la doctrina como en la práctica de los Estados. En particular, en 2020 fue objeto de un estudio y unas directrices del Comité Jurídico Interamericano, que trató de aclarar las definiciones de los acuerdos vinculantes y no vinculantes, los métodos para identificarlos, la capacidad para concertarlos y sus efectos jurídicos y afirmó que las Directrices "señala[ban] en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no e[ra] claro o e[ra] motivo de controversias" y dejaban esas cuestiones sin resolver[4]. El tema figura también desde 2021 en el programa del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa (CAHDI), en el que se ha destacado la importancia cada vez mayor de los acuerdos jurídicamente no vinculantes en el derecho internacional[5]. Las iniciativas que han tenido lugar recientemente en algunos ordenamientos jurídicos nacionales también reflejan la importancia de este tema en la actualidad[6]. Todo esto

---

[1] El autor desea dar las gracias a la Sra. Jessica Joly Hébert, doctoranda de la Universidad de París Nanterre y miembro del CEDIN, por su ayuda para la preparación de la presente propuesta

[2] Véase un análisis de la terminología empleada en el párrafo 3 *infra*.

[3] Véanse, en la bibliografía selectiva adjunta, referencias a la resolución del Instituto de Derecho Internacional titulada *International Texts of Legal Import in the Mutual Relations of their Authors and Texts Devoid of Such Import*.

[4] Comité Jurídico Interamericano, *Directrices para los Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes* (resolución e informe final (77 págs.) de D. Hollis), agosto de 2020, puede consultarse en línea (versión original de la resolución en español y del informe en inglés).

[5] Comité de Asesores Jurídicos en Derecho Internacional Público (CAHDI), Taller de Expertos sobre los acuerdos no jurídicamente vinculantes en derecho internacional, 26 de marzo de 2021, Resumen de la Presidencia, pág. 1. Véase también la pág. 4, donde se afirma que un considerable número de Estados miembros del Consejo de Europa se ha manifestado a favor de preparar una recopilación más detallada de su práctica en materia de acuerdos jurídicamente no vinculantes.

[6] En Francia, por ejemplo, el Consejo de Estado propuso que se estableciera expresamente en una circular que el Ministerio de Asuntos Exteriores debía verificar de algún modo los acuerdos jurídicamente no vinculantes antes de su celebración, que se debía velar por que *"la rédaction ne laisse pas d'ambiguïté sur le caractère juridiquement non contraignant"* ["no haya ninguna ambigüedad en el texto sobre el carácter jurídicamente no vinculante"], y que en principio esos acuerdos debían publicarse (véase Consejo de Estado, *Le droit souple*, Etudes et documents, 2013, págs. 168 a 170). Véase también en España la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de 2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que contiene disposiciones sobre acuerdos internacionales "no normativos" (https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12326). En relación con la práctica

demuestra la necesidad de aumentar la claridad y la seguridad jurídica sobre el tema de los acuerdos jurídicamente no vinculantes a nivel universal[7], sobre todo teniendo en cuenta los riesgos jurídicos que sigue conllevando el uso de instrumentos jurídicamente no vinculantes[8].

3. Dado que una de las cuestiones fundamentales es determinar la forma de distinguir estos instrumentos de los acuerdos jurídicamente vinculantes, la terminología y la forma adquieren una importancia particular, ya que pueden constituir valiosos indicios sobre la intención de quienes celebran el acuerdo[9]. En el título de la presente propuesta se habla de "acuerdos" *("accords"* en francés) jurídicamente no vinculantes sin perjuicio del sentido que al final convenga atribuir a ese término (y teniendo en cuenta que, en la práctica de algunos Estados, el término "acuerdos" solo designa a los acuerdos vinculantes). De ser necesario, podrían emplearse otros términos (como "arreglo", "entendimiento" *("entente")*, o "instrumento"), siempre que el término que se adopte finalmente refleje el alcance del tema (véase a este respecto el párr. 27 *infra*). En la presente propuesta se ha optado por la expresión "acuerdo no vinculante" por ser la utilizada en los trabajos anteriores de la Comisión (véase el párr. 8 *infra*) y en los últimos trabajos del Comité Jurídico Interamericano y del CAHDI (véase el párr. 2 *supra*).

4. En consonancia con lo que antecede, y como se explica más adelante en el párrafo 27, este tema no se ocupa del derecho y las consecuencias de los tratados, de los acuerdos entre Estados (u organizaciones internacionales) que se rigen por la legislación nacional y de los acuerdos entre actores privados. Tampoco se ocupa de los acuerdos internacionales jurídicamente vinculantes cuyas disposiciones tienen efectos jurídicamente vinculantes y no vinculantes.

2. El tema propuesto y los criterios de selección de nuevos temas

5. La práctica relacionada con los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes plantea un considerable número de cuestiones jurídicas que tienen una gran importancia específica en las relaciones internacionales. Esas cuestiones cumplen los criterios fijados por la Comisión de Derecho Internacional para la elección de nuevos temas[10]:

i) Se trata de un tema que puede responder a "las necesidades de los Estados" al proporcionarles aclaraciones y, si se considera oportuno, orientaciones útiles sobre la naturaleza y los posibles efectos jurídicos de estos acuerdos;

ii) El tema se encuentra "en una etapa suficientemente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados", habida cuenta de la abundancia de la práctica reciente y de que lleva varios decenios siendo estudiado en detalle por la doctrina;

seguida en el Canadá, véase, por ejemplo, [https://treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?lang=fra], punto 8 y anexo C. Sobre la práctica del Reino Unido, véase, por ejemplo, "The Scrutiny of International Treaties and other international agreements in the 21st century inquiry", Written evidence from Sir Michael Wood (SIT 03) to the Public Administration and Constitutional Affairs Committee of the House of Commons, que puede consultarse en línea [https://committees.parliament.uk/writtenevidence/36775/pdf/]. Más generalmente, véase un análisis de la evolución actual de las prácticas nacionales en C. Bradley, J. Goldsmith, O. Hathaway, "The Rise of Nonbinding International Agreements: An Empirical, Comparative, and Normative Analysis", 2022, que puede consultarse en línea; O. Hathaway, "Non-Binding Agreements and International Law", ASIL, *International Law Behind the Headlines*, episodio 33, 2022, [https://soundcloud.com/americansocietyofinternationallaw/international-law-behind-the-headlines-episode-33].

[7] Preocupación manifestada recientemente por la OCDE en el *Recueil de pratiques d'organisations internationales. Œuvrer à l'élaboration d'instruments internationaux plus efficaces/Compendium of International Organisations' Practices. Working Towards More Effective International Instruments*, 25 de febrero de 2022, que puede consultarse en línea.

[8] Declaración del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, citada en el Resumen de la Presidencia del CAHDI mencionado *supra*, pág. 1.

[9] Véanse los párrafos 12 a 20 *infra*. Véase también A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3ª ed. (CUP:2013), cap. 3.

[10] *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 191, párr. 366.

iii) El tema también es, sin ninguna duda, “concreto y viable”, por una parte porque corresponde plenamente al ámbito de competencia de la Comisión de Derecho Internacional, que tiene una experiencia y una autoridad indiscutibles en materia de fuentes del derecho internacional, y por otra parte porque es un tema que tiene un alcance razonable y está suficientemente acotado;

iv) Por último, aunque algunos podrían considerar que el tema no refleja “nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del derecho internacional y las preocupaciones urgentes de la comunidad internacional”, sigue siendo importante que la Comisión continúe ocupándose de temas clásicos que revisten una importancia fundamental en la práctica cotidiana de los Estados. Durante los debates celebrados en 2021 en la Sexta Comisión sobre el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, los Países Bajos destacaron en ese sentido su deseo de que la Comisión se centrase en temas “más pertinentes para la práctica internacional, como el uso de instrumentos no vinculantes en la identificación y aplicación del derecho internacional”[11].

3. Los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes en la labor anterior de la Comisión

6. La Comisión ha tenido ocasión de abordar en el pasado la cuestión de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes, pero nunca ha realizado un estudio completo sobre el tema.

7. En el marco de su labor sobre el *Derecho de los tratados*, la Comisión tuvo que determinar qué acuerdos correspondían a la noción de tratado y, por el contrario, cuáles no entraban en el ámbito del derecho de los tratados por ser jurídicamente no vinculantes. Hay que admitir que el proyecto de la Comisión de 1966 sobre el derecho de los tratados no aclaraba bien esa cuestión. Aprobó una definición muy general de “tratado” —que se recogió en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969 y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986— que abarcaba “toda clase de acuerdos internacionales celebrados entre Estados y consignados por escrito”, siempre que el acuerdo estuviera “regido por el derecho internacional”. Pero la definición que la Comisión dio a esta última expresión es equívoca:

> “La expresión ‘regido por el derecho internacional’ sirve para distinguir los acuerdos internacionales regulados por el derecho internacional público de aquellos acuerdos que, a pesar de haber sido concluidos entre Estados, están regulados por el derecho interno de una de las partes (o por algún otro sistema de derecho interno elegido por las partes). La Comisión examinó la cuestión de si debía añadirse a la definición el elemento de la ‘intención de crear obligaciones en virtud del derecho internacional’. Algunos miembros consideraron que esto no era aconsejable, pues podría implicar que los Estados siempre tuvieran la posibilidad de escoger entre el derecho internacional y el derecho interno como derecho aplicable al tratado, siendo así que en muchos casos no la tienen. Otros consideraron que la misma naturaleza de las partes contratantes hacía necesariamente que un acuerdo entre Estados estuviera sujeto al derecho internacional, al menos en primera instancia. La Comisión llegó a la conclusión de que, en la medida en que sea pertinente, el elemento de la intención queda comprendido en la frase ‘regido por el derecho internacional’, y decidió no mencionarlo en la definición[12].”

8. En las conclusiones aprobadas en 2018 sobre *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, la Comisión consideró que los “acuerdos” que debían tenerse en cuenta para interpretar los tratados a los efectos del artículo 31, párrafo 3, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados podían ser jurídicamente no vinculantes. La conclusión 10, párrafo 1, establece lo siguiente:

[11] A/C.6/76/SR.18, párr. 50.

[12] Párrafo 6) del comentario al proyecto de artículo 2, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 208.

> “Un acuerdo en virtud del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Dicho acuerdo podrá ser legalmente vinculante, aunque no tendrá que serlo, para ser tenido en cuenta.”

En el comentario a este proyecto de conclusión se especifica, en particular, que “[e]l objetivo de la segunda oración del párrafo 1 es reafirmar que el ‘acuerdo’ del artículo 31, párrafo 3, no tiene que ser jurídicamente vinculante en sí mismo, a diferencia de otras disposiciones de la Convención de Viena de 1969 en que el término ‘acuerdo’ se utiliza en el sentido de un instrumento jurídicamente vinculante”[13].

9. Del mismo modo, la directriz 4 de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados de 2021 establece que la aplicación provisional de un tratado “podrá ser convenida [...] mediante [...] b) cualquier otro medio o arreglo”. En el comentario a esta disposición se indica que esta fórmula “amplía el abanico de posibilidades para lograr un acuerdo de aplicación provisional” y “está en consonancia con la naturaleza intrínsecamente flexible de la aplicación provisional”[14].

10. Cabe señalar también que en el comentario al proyecto de principio 17, relativo a la designación por acuerdo de zonas protegidas, del proyecto sobre la *Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados* aprobado en primera lectura en 2019 se indica que la noción de acuerdo “debe interpretarse en su sentido más amplio, de modo que incluya las declaraciones recíprocas y unilaterales aceptadas por la otra parte, los tratados y otros tipos de acuerdos”[15]. Del mismo modo, en el comentario al proyecto de principio 23, relativo a los procesos de paz, se afirma que este “tiene por objeto abarcar todos los acuerdos de paz de carácter formal, así como otros instrumentos o acuerdos celebrados o aprobados en cualquier momento en el transcurso del proceso de paz [...]”, “acuerdos e instrumentos [que] pueden adoptar distintas formas”[16].

11. Lo que antecede demuestra que el valor que podría tener un estudio exhaustivo por la Comisión de Derecho Internacional del derecho internacional existente en materia de acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes. En particular, en el contexto de este tema habría que estudiar dos series de cuestiones: los criterios de identificación de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes (secc. 4 *infra*) y los posibles efectos jurídicos de dichos acuerdos (secc. 5 *infra*).

4. Criterios de identificación de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes

12. La primera serie de cuestiones se refiere al establecimiento de criterios que permitan distinguir, en derecho internacional, los acuerdos jurídicamente no vinculantes de los que son jurídicamente vinculantes. Esta distinción es esencial, puesto que determina el efecto que debe atribuirse a un acuerdo, en particular si está sujeto al derecho convencional, comenzando por el principio de *pacta sunt servanda*, y si debe ser registrado por las Naciones Unidas en virtud del Artículo 102 de la Carta (teniendo en cuenta que el hecho de que un acuerdo no esté registrado no significa necesariamente que no sea un tratado), o si es una simple declaración de intenciones o un acuerdo de naturaleza exclusivamente política[17]. En este sentido, Polonia afirmó, durante el debate de la Sexta Comisión en 2021, que “la Comisión ha[bía] realizado una labor útil para aclarar diversas disposiciones de la Convención de Viena y sug[irió] que consider[ase] la posibilidad de realizar una labor similar

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párrafo 9) del comentario a la conclusión 10.

[14] *Ibid*., septuagésimo sexto período de sesiones (A/76/10), párrafo 5) del comentario a la directriz 4.

[15] *Ibid*., septuagésimo cuarto período de sesiones (A/74/10), párrafo 1) del comentario al proyecto de principio 17.

[16] *Ibid*., párrafo 6) del comentario al proyecto de principio 23; véase también *ibid*., nota 1359, sobre los “documentos” considerados “acuerdos de paz” en la base de datos de acuerdos de paz de las Naciones Unidas.

[17] Véase la práctica de la Sección de Tratados de las Naciones Unidas a ese respecto, en particular, en el *Manual de tratados*, Naciones Unidas, sección 5.3.

sobre otras disposiciones de la Convención, como las relativas a la definición del término ‘tratado’...”[18].

13. En la causa relativa a la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia dictaminó que un acta de 1990 “no es una simple acta de una reunión, similar a las redactadas en el marco del Comité Tripartito. No se limita a dar cuenta de los debates y resumir las cuestiones sobre las que hay acuerdo o disconformidad. Enumera los compromisos en los que han consentido las Partes. Por lo tanto, crea para las Partes derechos y obligaciones de derecho internacional. Constituye un acuerdo internacional”[19].

14. Hay jurisprudencia más reciente en la que se ha abordado la distinción entre tratados y acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes, en particular la causa relativa a la *Delimitación marítima en el océano Índico (Somalia c. Kenya)* y la causa relativa a la *Obligación de negociar el acceso al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*.

15. En la primera causa, la Corte debía determinar si un documento presentado oficialmente como un “Memorando de entendimiento” constituía un tratado o no. La Corte concluyó que sí era un tratado sobre la base de una serie de elementos, en particular algunos elementos de forma, a saber, “el hecho de que contenga una disposición relativa a su entrada en vigor [que] es indicativa del carácter vinculante del instrumento” y que “Kenia consideraba que era un tratado, puesto que solicitó su registro de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, y Somalia no impugnó ese registro hasta casi cinco años después”[20].

16. En la segunda causa, la Corte dictaminó que los acuerdos o declaraciones invocados por el demandante no establecían obligaciones jurídicas, aunque las declaraciones en cuestión fueran “políticamente significativas”[21], basándose principalmente en la averiguación de la “intención” de las partes en dichos instrumentos de vincularse por obligaciones jurídicas. Según la Corte, esa intención debe apreciarse “independientemente de la forma que puedan revestir los acuerdos”[22] y, “a falta de términos expresos que indiquen la existencia de un compromiso jurídico, puede establecerse sobre la base de un examen objetivo de todos los elementos de prueba”[23].

17. Por otra parte, y sin proceder a un análisis exhaustivo, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha afirmado que el término “acuerdo” en el sentido del artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativo a la delimitación del mar territorial entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente, designa, “a la luz del objeto y fin del artículo 15 de la Convención, un acuerdo jurídicamente vinculante. El Tribunal considera que lo importante no es la forma o la designación de un instrumento, sino su carácter y contenido jurídicos”[24]. También se planteó si los acuerdos a que se hace referencia en el artículo 281 de la Convención eran únicamente acuerdos vinculantes o también podían ser no vinculantes[25].

18. En la actualidad, hay muchas situaciones en que surgen dudas sobre la naturaleza de un acuerdo, lo que tiene consecuencias muy concretas. Además de la doctrina, el Instituto de Derecho Internacional ha identificado en su labor numerosos acuerdos de ese tipo, como el

[18] A/C.6/76/SR.19, párr. 19.

[19] Fallo de 1 de julio de 1994, *I.C.J. Reports 1994*, pág. 121, párr. 25.

[20] Fallo de 2 de febrero de 2017 [Excepciones preliminares], *I.C.J. Reports 2017*, págs. 22 a 25, párrs. 41 a 50 (cita en el párr. 42).

[21] Fallo de 1 de octubre de 2018, *I.C.J. Reports 2018*, pág. 543, párr. 105.

[22] Fallo de 1 de octubre de 2018, *I.C.J. Reports 2018*, pág. 540, párr. 97.

[23] Fallo de 1 de octubre de 2018, *I.C.J. Reports 2018*, pág. 539, párr. 91. Véase un examen de cada uno de los argumentos invocados por la parte demandante en esta causa en las págs. 543 y ss., párrs. 105 y ss.

[24] *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, fallo de 14 de marzo de 2012, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 35, párr. 89.

[25] A este respecto, véase en particular la decisión de la Comisión de Conciliación entre Timor-Leste y Australia de 19 de septiembre de 2016, párrs. 55 y ss. [https://pcacases.com/web/sendAttach/10052].

acuerdo de la Conferencia de Yalta y el Acta Final de Helsinki de 1975[26]. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, de 1997, prevé en su artículo 3 la conclusión de "acuerdos" de curso de agua sin especificar si estos han de ser jurídicamente vinculantes[27]. Las directrices sobre la celebración de acuerdos relativos al agua pueden haber mantenido cierta ambigüedad a este respecto, ya sea porque utilizan términos equívocos como "arreglo"[28], o porque definen esos términos de una forma que parece incluir tanto los acuerdos vinculantes como los no vinculantes[29]. Del mismo modo, entre otros ejemplos contenidos en otras disposiciones, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 establece en su artículo 7, párrafo 20, que "[c]uando sea necesario, las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, den efecto a sus disposiciones o las refuercen".

19. Huelga decir que, en principio, es más fácil averiguar la naturaleza de los acuerdos que contienen disposiciones claras e inequívocas sobre la cuestión. Cabe citar, entre numerosos ejemplos, el artículo 16 de la Carta del Consejo de Estabilidad Financiera[30]. Otro ejemplo es el de la "Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios" sobre los bosques aprobada en la Conferencia de Río de 1992[31]. Por otra parte, las partes negociadoras pueden fijarse el objetivo explícito de celebrar un instrumento "jurídicamente vinculante"[32].

20. Cuando no existen cláusulas de ese tipo, o el sentido o alcance de estas no están claros, hacen falta criterios generales en los que poder basarse. Los estudios disponibles tienden a mostrar que existen diversos criterios posibles. Algunos dan más importancia a la intención de las partes en el acuerdo, que también puede determinarse por el contenido del instrumento o la práctica correspondiente. Asimismo, puede acudirse a elementos más objetivos, como la forma del instrumento, el tipo de formulación empleada o las modalidades de registro o publicación[33]. Para definir con mayor precisión qué distingue a los tratados de los acuerdos

[26] Véanse, por ejemplo, los acuerdos identificados por O. Schachter, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", *American Journal of International Law*, 1977, págs. 296 a 304; Ph. Gautier, *Essai sur la définition des traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruylant, Bruselas, 1993, págs. 312 a 375, en especial págs. 323 y ss. sobre la práctica; M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, LGDJ-lextenso, París, 2022, núms. 304 y ss. Véase también el análisis del Acta Fundacional sobre las relaciones entre la OTAN y la Federación de Rusia de 1997 que hace Ph. Gautier en *Annuaire français de droit international*, 1997, págs. 82 a 92.

[27] El comentario al artículo 3 del correspondiente proyecto aprobado por la Comisión en 1994 no contiene más detalles a este respecto. Véase *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 98 a 102.

[28] Véase la *Guía para la presentación de informes sobre el Convenio del Agua y como contribución a los informes sobre el indicador 6.5.2 de los ODS de la Comisión Económica para Europa (CEPE)*, Naciones Unidas, Ginebra, 2020, sección 2, págs. 13 a 15.

[29] Véase, por ejemplo, la versión de 2020 de la *Metodología de monitoreo paso a paso para el indicador 6.5.2 de los ODS*, pág. 3 (https://www.unwater.org/app/uploads/2020/02/SDG_652_Step-by-step_methodology_2020_SPA.pdf): "Un arreglo de cooperación en materia de recursos hídricos es un tratado, un convenio, un acuerdo u otro arreglo bilateral o multilateral (como un memorando de entendimiento), entre Estados ribereños que proporciona un marco para la cooperación en la gestión de las aguas transfronterizas".

[30] El artículo 16 establece que la Carta no tiene por objeto crear derechos ni obligaciones jurídicos (https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_090925d.pdf?page_moved=1).

[31] Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo, 21 de abril de 1992, A/CONF.151/6 (https://digitallibrary.un.org/record/144461?ln=es).

[32] Véase, por ejemplo, la resolución 69/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 19 de junio de 2015, que prevé la elaboración de un instrumento de este tipo sobre la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional.

[33] Véanse, en particular, A. Aust, "The Theory and Practice of Informal International Instruments", *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, págs. 796 y ss; Ph. Gautier, *Essai sur la définition des traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruylant, Bruselas, 1993, págs. 353 y ss., en especial pág. 352 acerca de los debates doctrinales sobre los criterios pertinentes.

jurídicamente no vinculantes, es necesario determinar cuáles son los criterios que más se aplican actualmente en la práctica, la jurisprudencia y la doctrina, y cómo deben aplicarse esos criterios.

5. Posibles efectos jurídicos de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes

21. La segunda serie de cuestiones se refiere a los posibles efectos jurídicos de los acuerdos jurídicamente no vinculantes, en comparación con los efectos, mejor definidos, de los acuerdos jurídicamente vinculantes. Hoy en día el derecho internacional no puede reducirse solo a obligaciones vinculantes. Como bien se ha dicho, aunque no corresponda a las cortes y tribunales internacionales "pronunciarse sobre deberes políticos o morales"[34], el hecho de que un instrumento no constituya un tratado no significa que no tenga efectos jurídicos[35] y, los acuerdos no vinculantes no dejan de tener consecuencias jurídicas por el hecho de no regirse por el derecho internacional[36]. Pueden tener otros "efectos jurídicos" que habrá que determinar. Nada indica que el estudio propuesto acabará concluyendo que tales efectos existen o, si existen, que son múltiples. No obstante, si existen, es importante que la Comisión los identifique y defina basándose en la práctica, la jurisprudencia y la doctrina existentes.

22. Algunos de estos efectos jurídicos pueden ser de *naturaleza directa*. Así ocurre, en particular, con la función interpretativa de los acuerdos jurídicamente no vinculantes señalada por la Comisión en 2018 en sus conclusiones sobre los acuerdos y la práctica ulteriores (véase el párr. 8 *supra*). Algunos también consideran que tales acuerdos deben aplicarse con arreglo al principio jurídico de buena fe. Cabe mencionar asimismo, a este respecto, el seguimiento o el control del cumplimiento de los acuerdos jurídicamente no vinculantes que puede prever una organización internacional y que implica el reconocimiento de determinados efectos jurídicos a esos acuerdos[37]. Como mínimo, lo que es seguro es que ya no se puede considerar que esos acuerdos regulan cuestiones que corresponden exclusivamente a la jurisdicción nacional de cada parte interesada.

23. Otros efectos pueden ser de *naturaleza indirecta*[38]. En particular, los acuerdos jurídicamente no vinculantes pueden contribuir a la formación de otras fuentes del derecho internacional, comenzando por el derecho internacional consuetudinario, o ser invocados en el marco de la teoría del *estoppel*, o incluso como una forma de renuncia, como presunción, o como prueba a favor o en contra de una determinada pretensión. También se plantea la cuestión de la relación entre los acuerdos jurídicamente no vinculantes y los jurídicamente vinculantes. En particular, es necesario determinar si tales acuerdos pueden modificar o enmendar un acuerdo jurídicamente vinculante y en qué medida pueden hacerlo, teniendo en cuenta que el criterio establecido por la Comisión y la Convención de Viena con respecto a la modificación de tratados es el del "consentimiento" de las partes en el tratado[39]. La cuestión

---

[34] CIJ, *International Status of South-West Africa*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 140.

[35] *Oppenheim's International Law*, vol. 1, partes 2 a 4, Longman, 1992, págs. 1209 y 1210, nota 8.

[36] Véanse O. Schachter, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", *American Journal of International Law*, 1977, pág. 301. Véase también M. Forteau, A. Miron, A. Pellet, *Droit international public*, citado anteriormente, núm. 304: los acuerdos jurídicamente no vinculantes *"sont aux traités ce que les recommandations sont aux décisions des organisations internationales"* (son a los tratados lo que las recomendaciones son a las decisiones de las organizaciones internacionales).

[37] Véase, por ejemplo, la resolución 47/191 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 22 de diciembre de 1992, por la que se establecen "arreglos institucionales complementarios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo".

[38] Véase un análisis reciente sobre la cuestión en A. Zimmerman, N. Jauer, "Legal Shades of Grey? Indirect Legal Effects of 'Memoranda of Understanding'", *Archiv. des V.*, 2021, págs. 278 a 299.

[39] Véase el párrafo 3) del comentario al artículo 51 del proyecto de la Comisión sobre el derecho de los tratados: *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 273: "En ocasiones se ha expuesto la teoría de que el acuerdo por el que se pone término al tratado puede estructurarse en la misma forma que el propio tratado que extingue, o por lo menos constituir una forma de tratado de la misma importancia. Sin embargo, la Comisión llegó a la conclusión de que esa teoría refleja la práctica constitucional de determinados Estados y no una norma de derecho internacional, porque opina que el derecho internacional no acepta la teoría de los actos contrarios. Los Estados interesados tienen siempre libertad de elegir la forma en que establecen su acuerdo de poner término al tratado. Al hacerlo, los Estados tendrán

del régimen aplicable a la terminación de los tratados o a la retirada por "consentimiento de las partes" fue objeto de importantes debates cuando se codificó el derecho de los tratados[40]. También cabe preguntarse si un acuerdo inicialmente no vinculante no puede pasar a ser vinculante, ya sea en virtud de la aceptación —posiblemente unilateral— de una o varias partes del acuerdo, o en virtud de la práctica seguida en relación con el tratado tras su celebración o de un acto de una organización o conferencia internacional[41].

24. Del mismo modo, es preciso determinar si un acuerdo jurídicamente no vinculante puede tener efectos jurídicos por haber sido objeto de una referencia directa o indirecta en un tratado u otro acto jurídicamente vinculante, y en qué medida puede tenerlos. Por ejemplo, el artículo 207 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispone que "[l]os Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres, incluidos los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe, teniendo en cuenta las reglas y estándares, así como las prácticas y procedimientos recomendados, que se hayan convenido internacionalmente"[42]. Del mismo modo, cabe destacar que las Naciones Unidas han considerado que la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE) es un "acuerdo regional" en el sentido del Capítulo VIII de la Carta[43].

25. Para identificar mejor los efectos jurídicos de los acuerdos internacionales jurídicamente no vinculantes también será necesario determinar las normas, si las hay, por las que se rigen dichos acuerdos y preguntarse, en particular, si les son aplicables —y en qué medida— las normas de derecho convencional que regulan la capacidad para celebrar tratados, el proceso de celebración, la aplicación, la suspensión, la enmienda y la modificación, y la terminación o la nulidad[44]. Por ejemplo, se ha argumentado que los Estados *"ne peuvent conclure un accord qui soit contraire au jus cogens sous prétexte qu'il s'agit d'un accord non obligatoire"* [no pueden celebrar un acuerdo que sea contrario al *ius cogens* con la excusa de que se trata de un acuerdo no vinculante][45]. También es indudable que un acuerdo jurídicamente no vinculante no puede anular las disposiciones de un tratado en vigor[46]. Asimismo, si bien no cabe duda de que el incumplimiento de un acuerdo jurídicamente no vinculante no puede, como tal, generar responsabilidad internacional[47], cabe preguntarse si, en algunos casos, dicho acuerdo no podría dar lugar a algún tipo de responsabilidad civil si constituye una ayuda o asistencia en la comisión de un hecho ilícito[48].

26. También podría abordarse la cuestión de la transparencia y la publicación de los acuerdos jurídicamente no vinculantes, posiblemente en forma de recomendaciones o de mejores prácticas. No obstante, hay que evitar por todos los medios dar a los acuerdos jurídicamente no vinculantes —que se celebran precisamente con la intención de no vincular jurídicamente a las partes— un alcance o unos efectos jurídicos no deseados o consentidos

indudablemente en cuenta sus propios requisitos constitucionales, pero el derecho internacional solo exige que los Estados consientan en poner término al tratado".

40 Véanse, en particular, *Anuario... 1963*, vol. II, págs. 236 y 237, y *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 30 a 33.

41 Véase J. Barberis, "Le concept de 'traité international' et ses limites", *Annuaire français de droit international*, 1984, pág. 259.

42 Véase también, por ejemplo, el artículo 60, párrafo 5, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

43 Véase la resolución 47/10 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 28 de octubre de 1992.

44 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, dictaminó que los tratados de la Unión Europea no otorgaban a la Comisión Europea la facultad de firmar acuerdos jurídicamente no vinculantes con un tercer Estado sin la autorización previa del Consejo: véase CJUE, *Consejo c. Comisión*, 28 de julio de 2016, C-660/13, párr. 38.

45 J. Barberis, "Le concept de 'traité international' et ses limites", *Annuaire français de droit international*, 1984, pág. 258.

46 Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica*, 12 de febrero de 2009, C-45/07, párr. 29.

47 Véase O. Schachter, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", *American Journal of International Law*, 1977, pág. 300 (donde se afirma que un acuerdo no vinculante, por muy en serio que lo tomen las partes, no genera su responsabilidad jurídica).

48 Véanse los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 16.

por esas partes. En un plano más general, debe quedar claro que el presente tema no tiene por objeto limitar la libertad de los Estados para celebrar de manera flexible acuerdos no vinculantes, que son esenciales para la cooperación internacional y el diálogo entre los Estados. Lo que se pretende es aclarar la naturaleza y los posibles efectos de dichos acuerdos en el derecho internacional.

6. Alcance del tema

27. El tema tendría el siguiente alcance (véanse también los párrafos 3 y 4 *supra*):

i) El tema debe centrarse únicamente en los *instrumentos* internacionales jurídicamente no vinculantes y no abordar la cuestión distinta del efecto de las *disposiciones* no vinculantes que pueden contener determinados tratados[49];

ii) Será necesario delimitar los tipos de instrumentos que deben examinarse limitando el estudio a los "acuerdos", lo que por definición excluye los actos no consensuados, como un acto unilateral de un Estado o de una organización internacional en sí mismo;

iii) Sería conveniente limitar el estudio a los acuerdos *escritos* (y excluir los acuerdos tácitos u orales, o las costumbres bilaterales);

iv) También convendría limitar el estudio a los acuerdos que adoptan la forma de un único instrumento o de un único conjunto de instrumentos (como un canje de notas no vinculante) y excluir del ámbito del estudio los "acuerdos" resultantes de la combinación de dos o más actos unilaterales, como las declaraciones facultativas por las que se reconoce como obligatoria la competencia de la Corte Internacional de Justicia en virtud del Artículo 36 del Estatuto de la Corte, o por las que se manifiesta el "consentimiento" como circunstancia que excluye la ilicitud contemplada en el artículo 20 de los artículos aprobados por la Comisión en 2001[50];

v) Se planteará inevitablemente la cuestión de si el tema debe incluir actos jurídicos de carácter dudoso o controvertido como los actos adoptados por las conferencias de Estados partes que no son atribuibles a un sujeto autónomo de derecho internacional y pueden considerarse de naturaleza convencional, o los informes finales de conferencias que incorporan "conclusiones convenidas"[51] o incluso ciertos "códigos de conducta"[52]. El estudio debe incluir las normas o estándares elaborados en marcos informales como los existentes en el ámbito del control de las importaciones y exportaciones de materiales de doble uso (por ejemplo, el Arreglo de

[49] Véase, por ejemplo, Corte de Derecho Internacional, *Oil platforms*, fallo, 12 de diciembre de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 815, párr. 31: "A la luz de lo que antecede, la Corte considera que el objetivo de paz y amistad proclamado en el artículo I del Tratado de 1955 permite aclarar la interpretación de las demás disposiciones del Tratado, y en particular la de los artículos IV y X. Así pues, si bien el artículo I no carece de importancia jurídica para esa interpretación, tomado aisladamente no puede fundamentar la competencia de la Corte"; compárese con *Certain questions of mutual assistance in criminal matters (Djibouti v. France)*, fallo, 4 de junio de 2008, *I.C.J. Reports 2008*, págs. 215 y 216, párr. 101, y pág. 216, párr. 104. Véase también J. d'Aspremont, "Les dispositions non normatives des actes juridiques conventionnels à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", *RBDI* 2003, págs. 496 a 520.

[50] En los artículos sobre la responsabilidad del Estado aprobados en primera lectura en 1996, la Comisión consideró que, "así pues, la hipótesis a que se refiere el artículo implica, por una parte, la petición de un Estado de que se le permita actuar en un caso concreto de manera no conforme con la obligación y, por otra parte, la manifestación del consentimiento del Estado beneficiario de la obligación a ese comportamiento del primer Estado. El efecto combinado de esos dos elementos se traduce en un acuerdo que excluye, en el caso de que se trate, la ilicitud del hecho considerado". *Anuario... 1979*, vol. II, págs. 130 y 131, párrafo 3) del comentario al artículo 29, relativo al consentimiento. Véase un análisis más general de la cuestión en J. Salmon, "Les accords non formalisés ou *solo consensu*", *Annuaire français de droit international*, 1999, págs. 1 a 28.

[51] *Oppenheim's International Law*, vol. 1, partes 2 a 4, Longman, 1992, pág. 1189.

[52] *Ibid*., pág. 1202, nota 18.

Wassenaar) o en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de dinero o la financiación del terrorismo[53];

vi) También será necesario especificar si el tema se refiere únicamente a los acuerdos celebrados por Estados o también a los celebrados por organizaciones internacionales. A primera vista, no parece haber ninguna razón especial para excluir a estos últimos del alcance del tema[54]. En cambio, se recomienda no incluir los acuerdos celebrados con o por entidades no estatales, que pertenecen a un género demasiado diferente[55];

vii) Del mismo modo, deben excluirse del tema los acuerdos o arreglos interestatales que no sean de derecho internacional[56];

viii) Por otra parte, cabe suponer que los acuerdos entre actores subestatales —o entre autoridades estatales que no están facultadas para obligar al Estado a nivel internacional— de diferentes países estarían incluidos en el alcance del tema en la medida en que no se rigen únicamente por el derecho interno;

ix) Por último, ciertamente será aconsejable limitar el estudio a los aspectos del derecho internacional público y no abordar, —en todo caso como tales—, los aspectos del tema que corresponden al derecho interno, incluidos los relativos al "derecho de las relaciones exteriores"[57].

7. Posible forma de la labor de la Comisión

28. La labor de la Comisión probablemente debería adoptar la forma de conclusiones, o de directrices (o cláusulas modelo) si fuera necesario. Si hace falta, el examen preliminar del tema también puede llevar al establecimiento de un grupo de estudio, siempre que sus trabajos sean totalmente transparentes. También corresponderá a la Comisión decidir en su momento la forma final del proyecto, según la orientación que decida darle y su contenido.

[53] Véase en especial A. Rodiles, *Coalitions of the Willing and International Law. The Interplay between Formality and Informality*, CUP, 2018.

[54] Por ejemplo, véase un análisis de la práctica de la Unión Europea en R. Wessel, "Normative Transformations in EU External Relations: The Phenomenon of 'Soft' International Agreements", *West European Politics*, 2021, págs. 72 a 92.

[55] La Secretaría de la Comisión recomendó su estudio como tema específico (véase Programa de trabajo a largo plazo, Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/679/Add.1 a 3, 31 de marzo de 2016, párrs. 13 y ss.)

[56] El Comité Jurídico Interamericano decidió incluirlos en su estudio. La cuestión del carácter internacional o interno de un acuerdo interestatal que remita al derecho interno como derecho aplicable se ha debatido, por ejemplo, en el caso *Loan Agreement between Italy and Costa Rica*, U.N.R.I.A.A., vol. XXV, pág. 61, párr. 37 (donde el Tribunal concluyó que se trataba de un acuerdo internacional).

[57] Véase el párrafo 2 *supra* a este respecto.

Bibliografía seleccionada

Aust A., “The Theory and Practice of Informal International Instruments”, *International and Comparative Law Quarterly* vol. 35 (1986), pp. 787-811

Aust A., “Alternatives to Treaty-Making: MOUs as Political Commitments”, *in* D. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press, 2012) pp. 46-72

Aust A., *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., 2013, Chapter 3

Barberis J., “Le concept de ‘traité international’ et ses limites”, *Annuaire français de droit international*, 1984, pp. 239-270

Bastid S., “The Special Significance of the Helsinki Act”, *in* Th. Buergenthal (dir.), *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord*, Montclair, 1977, pp. 11-19

Baxter R., “International Law In ‘Her Infinite Variety’”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.29 (1980), pp. 549-566

Bothe M., “Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations ?”, *Netherlands Yearbook of International Law* (1980), pp. 65-95

Boyle A., “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), pp. 901-913

Boyle A., “The Choice of a Treaty: Hard Law versus Soft Law”, *in* S. Chesterman *et al*. (eds), *The Oxford Handbook of United Nations Treaties*, OUP, 2019, pp. 101-118

Bradley C., Goldsmith J., Hathaway O., “The Rise of Nonbinding International Agreements: An Empirical, Comparative, and Normative Analysis”, 2022, accessible online on SSRN

Busuttil J., “The Bonn Declaration on International Terrorism: A Non-Binding International Agreement on Aircraft Hijacking”, *International and Comparative Law Quarterly* (1982), pp. 474-487

Cohen-Jonathan G., Jacqué J.-P., “Obligations Assumed by the Helsinki Signatories”, *in* Th. Buergenthal (dir.), *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord*, Montclair, 1979, pp. 43-70

Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI), Expert Workshop on “Non-Legally Binding Agreements in International Law”, 26 March 2021, Chair’s Summary (accessible online)

Courteix S., “Les accords de Londres entre pays exportateurs d’équipements et de matériel nucléaires”, *Annuaire français de droit international*, 1976, pp. 27-50

Daillier P., “L’acte international’ selon le droit communautaire”, *Mélanges Thierry*, Pedone, Paris, 1998, pp. 147-158

Decaux E., “La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite”, *Annuaire français de droit international*, 1983, pp. 81-97

Delabie L., “Gouvernance mondiale : G8 et G20 comme modes de coopération interétatiques informels”, *Annuaire français de droit international*, 2009, pp. 629-663

Escobar Hernández C., “Los memorandos de entendimiento : consideraciones prácticas a la luz del Derecho de los tratados”, *in Informes del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación a los memorandos de entendimiento de las Comunidades Autónomas con instituciones extranjeras. Años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2006, pp. 607-611

Eisemann P.M., “Le Gentlemen’s agreement comme source du droit international”, *Journal du droit international* (1979), pp. 326-348

Esposito C., “Spanish Foreign Relations Law and the Process for Making Treaties and other International Agreements”, *in* C. Bradley (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, OUP, 2019, pp. 205-220

Fawcett J., "The Legal Character of International Agreements", *British Yearbook of International Law* (1953), pp. 381-400

Fawcett J., "The Helsinki Act and International Law", *Revue belge de droit international* (1977), pp. 5-9

Fitzmaurice M., "The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in International Law", *British Yearbook of International Law*, 2002, pp. 141-185

Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, LGDJ-lextenso, 9th ed., 2022, pp. 480-490, n° 304-310

Gautier Ph., *Essai sur la définition des traités entre Etats. La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruylant, Brussels, 1993, XIII-619 p., pp. 310-375

Gautier Ph., "Accord et engagement politique en droit des gens : à propos de l'Acte fondateur sur les relations, la coopération et la sécurité mutuelles entre l'OTAN et la Fédération de Russie signé à Paris le 27 mai 1997", *Annuaire français de droit international* (1997), pp. 82-92

Gautier Ph., "Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats", *Mélanges Salmon*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 425-454

Gautier Ph., "Non-Binding Agreements", *Max Planck Encyclopedia of International Law* (2012)

Ghébali V.-Y., "L'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe et les Nations Unies", *Annuaire français de droit international* (1975), pp. 73-127

Gomaa Mohammed M., "Non-Binding Agreements in International Law", *in* L. Boisson de Chazournes and V. Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber amicorum Georges Abi-Saab*, Brill, 2001, pp. 229-250

Guzman A., "The Design of International Agreements", *European Journal of International Law* vo.16 (2005), pp. 579-612

Hathaway O., "Non-Binding Agreements and International Law", ASIL, *International Law Behind the Headlines*, Episode 33, 2022, [https://soundcloud.com/americansocietyofinternationallaw/international-law-behind-the-headlines-episode-33]

Institute of International Law, *International Texts of Legal Import in the Mutual Relations of their Authors and Texts Devoid of Such Import*,

- Provisional report of Michel Virally of July 1981, *Yearbook of the IIL*, 1983, vol. 60-I, Session of Cambridge, Preparatory Work, pp. 166-257
- Annex I: Observations by members of the Seventh Commission, *ibid.*, pp. 258-282
- Annex II: Preliminary Statement by Michel Virally, ibid., pp. 283-306
- Annex III: Exploratory Study by Fritz Münch of 15 September 1976, *ibid.*, pp. 307-327
- Definitive Report by Michel Virally of September 1982, *ibid.*, pp. 328-357
- Annex: Observations by members of the Seventh Commission, *ibid.*, pp. 358-374
- Deliberations of the Institute during Plenary Meetings, *Yearbook of the IIL*, 1984, vol. 60-II, Session of Cambridge, Deliberations, pp. 117-154

Inter-American Juridical Committee, *Guidelines on Binding and Non-Binding Agreement* (resolution and final report (77 p.) by D. Hollis, August 2020, accessible online (original version of the resolution in Spanish and of the report in English)

Kanetake M., Nollkaemper A., "The Application of Informal International Instruments before Domestic Courts", *George Washington International Law Review* (2014), pp. 765-808

Klabbers J., *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer, 1996, XV-307 p.

Klein N. (ed.), *Unconventional Lawmaking in the Law of the Sea*, OUP, 2022, 464 p.

Lachs M., “Some Reflections on the Substance and Form of International Law”, *Mélanges Jessup*, 1972, pp. 99-112

Lauterpacht E., “Gentlemen’s Agreements”, *Mélanges Mann*, 1977, pp. 381-398

Le Floch G., “Instruments concertés non conventionnels et OMC”, *in* SFDI, *Les sources et les normes dans le droit de l’Organisation mondiale du commerce*, Pedone, Paris, 2012, pp. 123-137

Lipson C., “Why are Some International Agreements Informal?”, *International Organization*, 1991, pp. 495-538

Mahaseth H., Subramaniam K., “Binding or Non-Binding: Analysing the Nature of the ASEAN Agreements”, *International and Comparative Law Review* (2021), pp. 100-123

Meyer T., “Alternatives to Treaty-Making – Informal Agreements”, *in* D. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, 2d ed., OUP, 2020, pp. 59-81

Münch F., “Non-Binding Agreements”, *ZaöRV*, 1969, pp. 1-11

Nincic D., “Les implications générales juridiques et historiques de la Déclaration d’Helsinki”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, 1977-I, t. 154, pp. 43-102

Pastor Palomar A., “Tipos de acuerdos internacionales celebrados por España : al hilo del Proyecto de la Ley de tratados y otros acuerdos internacionales de noviembre de 2013”, *in Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 66 (2014), pp. 331-337

Pauwelyn J., Wessel R., Wouters J. (eds), *Informal International Lawmaking*, OUP, 2012

Prévost J.-F., “Observations sur la nature juridique de l’Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe”, *Annuaire français de droit international*, 1975, pp. 129-153

Raustiala K., “Form and Substance in International Agreements”, *American Journal of International Law*, 2005, pp. 581-614

Recueil de pratiques des organisations internationales. Œuvrer à l’élaboration d’instruments internationaux plus efficaces / Compendium of International Organisations’ Practices. Working Towards More Effective International Instruments, 25 February 2022, accessible online on the website of the OECD

Reichard M., “Some Legal Issues Concerning the EU-NATO Berlin Plus Agreement”, *Nordic Journal of International Law*, 2004, pp. 37-67

Reinicke H., Witte J., “Challenges to the International Legal System. Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-Binding International Legal Accords”, *in* D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, 2003, pp. 75-114

Reuter P., “Traités et transactions – Réflexions sur l’identification de certains engagements conventionnels”, *Mélanges Ago*, 1987, t. I, pp. 399-415

Rodiles A., *Coalitions of the Willing and International Law. The Interplay between Formality and Informality*, CUP, 2018

Roessler F., “Law, *De Facto Agreements* and Declarations of Principle in International Economic Relations”, *German Yearbook of International Law* (1978), pp. 27-59

Salmon J., “Les accords non formalisés ou *solo consensu*”, *Annuaire français de droit international*, 1999, pp. 1-28

Schachter O., “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, *American Journal of International Law*, vol.71 (1977), pp. 296-304

Tardieu A., “Les conférences des Etats parties”, *Annuaire français de droit international*, 2011, pp. 111-143

Tomuschat Ch., “The Concluding Documents of World Order Conferences”, *Mélanges Skubiszewski*, 1996, pp. 563-585

United Nations, *Treaty Handbook*, section 5

Van Dijk P., "The Final Act of Helsinki – Basis for a Pan-European System?", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1980, pp. 97-124

Virally M., "Sur la notion d'accord", *Mélanges Bindschedler*, 1980, pp. 159-172

Weil, P., "Vers une normativité relative en droit international ?", *Revue générale de droit international public*, 1982, pp. 5-47

Weil P., "Towards Relative Normativity in International Law?", *American Journal of International Law*, vol.77 (1983), pp. 413-442

Wengler W., "Les conventions 'non juridiques' comme nouvelle voie à côté des conventions en droit", *Revue générale de droit international public*, 1992, pp. 637-656

Wessel R., "Normative Transformations in EU External Relations: The Phenomenon of 'Soft' International Agreements", *West European Politics*, 2021, pp. 72-92

Widdows K., "On the Form and Distinctive Nature of International Agreements", *Australian Year Book of International Law* (1977), pp. 114-128

Widdows K., "What is an Agreement in International Law?", *British Yearbook of International Law* (1979), pp. 117-149

Zimmermann A., Jauer N., "Legal Shades of Grey? Indirect Legal Effects of 'Memoranda of Understanding'", *Archiv. des V.*, 2021, pp. 278-299

Anexo II

Solicitud de la Asamblea General en virtud del párrafo 34 de su resolución 76/111, de 9 de diciembre de 2021

1. En el párrafo 34 de su resolución 76/111, la Asamblea General tomó nota del párrafo 329 del informe de 2021 de la Comisión de Derecho Internacional (A/76/10) y, entre otras cosas, solicitó que se proporcionara más información sobre las limitaciones y los problemas a que se hacía referencia en dicho párrafo, así como sobre las opciones disponibles para hacerles frente, incluida información relativa al mandato del fondo fiduciario propuesto, para su examen por la Asamblea General en su septuagésimo séptimo período de sesiones.

2. La presente información se facilita en respuesta a dicho párrafo 34. En la primera parte se abordan las cuestiones relacionadas con los relatores especiales y los presidentes de los grupos de estudio, cuyo trabajo no está remunerado, y la labor que lleva a cabo la Secretaría para ayudarlos, mientras que en la segunda parte se examinan los aspectos presupuestarios conexos. Cabe señalar que la información recogida en el presente anexo y el mandato del fondo fiduciario propuesto que figura en el apéndice se centran en la asistencia a los relatores especiales y los presidentes de los grupos de estudio, y en el apoyo de la Secretaría a su labor.

3. La Comisión recuerda que ha reiterado en numerosas ocasiones su opinión sobre la cuestión de los honorarios, así como sobre la medida en que la labor de investigación de los relatores especiales se ve afectada por la falta de recursos. Destaca que es imprescindible que los relatores especiales (en particular los procedentes de regiones en desarrollo) reciban la ayuda que requieran para realizar las investigaciones necesarias con miras a la elaboración de sus informes.

La función de los relatores especiales, los presidentes de los grupos de estudio y la Secretaría

4. La propuesta de establecimiento de un fondo fiduciario para apoyar la labor de los relatores especiales y los presidentes de los grupos de estudio, así como la asistencia de la Secretaría a dicha labor, no obsta para que ello deba preverse en la partida del presupuesto por programas correspondiente a la labor de la Comisión. El establecimiento de dicho fondo se propone como medida de carácter provisional.

5. La Comisión desea subrayar que sus relatores especiales desempeñan un papel esencial en su funcionamiento. La práctica de la Comisión ha sido nombrar relator especial a uno de sus miembros al comienzo del examen de un tema, independientemente de que se trate de una cuestión relacionada con el desarrollo progresivo del derecho internacional o con su codificación[1]. Los relatores especiales tienen trayectorias profesionales y responsabilidades diferentes y son nombrados teniendo en cuenta los distintos grupos regionales representados en la composición de la Comisión en su conjunto.

6. Las funciones adicionales del miembro que actúa como relator especial se prolongan hasta que la Comisión concluye su labor sobre el tema. Corresponde al relator especial aportar una visión intelectual del tema; delimitar su alcance; analizar la práctica y el derecho existentes en la materia; formular propuestas en los informes sobre el tema que se presenten a la Comisión; tener en cuenta las opiniones expresadas por los miembros, los Estados Miembros y, en algunos casos, las organizaciones internacionales y otros actores; y dirigir las tareas de la Comisión sobre el tema en su conjunto, desde su concepción en términos de contenido y estructura hasta la aprobación del resultado final con comentarios.

[1] El estatuto de la Comisión solo prevé el nombramiento de un relator especial en los casos relacionados con el desarrollo progresivo del derecho internacional.

7. El relator especial realiza una serie de tareas que abarcan desde la elaboración de informes sobre el tema, la participación en el examen del tema en plenaria, la aclaración de diversos aspectos del tema en plenaria y en el marco de la labor del Comité de Redacción y la preparación de textos revisados, hasta la elaboración de comentarios, una vez que dichos textos son aprobados por la Comisión. Los informes de los relatores especiales son la base misma de la labor de la Comisión y constituyen un componente fundamental de los métodos y técnicas de trabajo de la Comisión establecidos en su estatuto[2].

8. La labor de los relatores especiales exige una amplia actividad independiente de investigación y análisis, así como una enorme entrega a las tareas de dirección en todas las etapas de los trabajos de la Comisión sobre un tema. Si bien la Comisión se reúne durante un período determinado, las funciones de los relatores especiales continúan durante todo el año.

9. La independencia exigida en el cumplimiento de sus funciones hace que los relatores especiales tengan que desempeñar su labor al margen de sus demás responsabilidades, de manera paralela a su actividad profesional, pero a menudo a expensas de esta. Habida cuenta de que la Comisión se ocupa cada vez más de temas multidisciplinarios y de que la práctica disponible es escasa en algunos casos, la labor de investigación sobre algunos temas ha requerido viajes y contactos con personas e instituciones con conocimientos especializados en esos temas concretos o con acceso a determinada información. El uso de asistencia para la investigación bajo la supervisión directa de un relator especial ha sido siempre un componente esencial del trabajo de los relatores especiales en la preparación de informes entre períodos de sesiones.

10. En algunos casos, los relatores especiales se encuentran en lugares en los que el acceso a material y recursos de investigación primordiales es difícil y oneroso. De hecho, en ocasiones, algunos relatores especiales han hecho uso de sus propios recursos para realizar actividades de investigación o han renunciado a sus derechos de viaje para desviarse y llevar a cabo investigaciones en otros lugares, ya fuera de camino a los períodos de sesiones de la Comisión en Ginebra o a su regreso. En algunas regiones, el acceso a Internet puede ser intermitente y caro. Todas esas dificultades suponen una carga adicional para los relatores especiales, en especial cuando la Comisión no está reunida, ya que deben elaborar informes en los que analizan cuestiones complejas de derecho internacional para el siguiente período de sesiones de la Comisión.

11. En resumen, el proceso establecido en el estatuto de la Comisión se apoya en gran medida en la labor realizada por los relatores especiales, cuyos informes, elaborados entre períodos de sesiones, constituyen la base para el examen de los distintos temas por parte de la Comisión.

12. En los casos en que la Comisión ha creado un grupo de estudio en los últimos años, los presidentes y los miembros encargados de cuestiones concretas han trabajado de una forma parecida a la descrita anteriormente en relación con los relatores especiales.

13. En cuanto a la Secretaría, de conformidad con el artículo 14 del estatuto de la Comisión, el Secretario General de las Naciones Unidas presta servicios sustantivos y técnicos a la Comisión que incluyen diversas formas de asistencia a los relatores especiales. Desde el establecimiento de la Comisión, la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas ha actuado como Secretaría de esta.

14. Los relatores especiales reciben asistencia de la Secretaría por dos vías conexas: se benefician de la asistencia prestada a la Comisión en su conjunto y reciben además una asistencia específica para el desempeño de sus funciones.

15. En cuanto al primer tipo de asistencia, la División de Codificación lleva a cabo numerosas investigaciones independientes, estudios analíticos y encuestas para facilitar el trabajo de la Comisión. En su 32º período de sesiones (1980), la Comisión señaló que los estudios y proyectos de investigación preparados por la División de Codificación eran parte

[2] Véase, en general, Naciones Unidas, *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, vol. I, 8ª ed. (publicación de las Naciones Unidas, 2016).

integrante del método y las técnicas analíticas de la labor de la Comisión y, como tal, constituían una contribución indispensable a su labor[3]. Esto sigue siendo así.

16. El segundo tipo de asistencia prevé la designación por parte de la División de Codificación de uno o varios funcionarios para que trabajen en estrecha colaboración con el relator especial en las distintas fases de desarrollo del tema; sigan y supervisen los avances que se hagan al respecto; y presten asistencia para la investigación cuando se solicite, como la recopilación de pruebas de la práctica de los Estados, doctrina y jurisprudencia, o la realización de investigaciones sobre un tema concreto. Estas funciones se integran en las actividades generales de la División. Esos funcionarios también realizan tareas de edición, investigación y referenciación relacionadas con los informes elaborados por los relatores especiales. Además, a veces pueden colaborar en la preparación de los comentarios al proyecto final a petición de los relatores especiales, que siguen siendo los principales responsables de los comentarios[4]. Su presencia suele ser crucial durante el examen de un tema concreto cuando la Comisión está reunida. La práctica reciente ha puesto de manifiesto que su participación en cualquier actividad externa que lleve a cabo el relator especial en el marco de la labor sobre el tema también puede ser muy valiosa.

Honorarios de los relatores especiales

17. La Comisión recuerda que el papel singular de los relatores especiales en su labor fue reconocido por la Asamblea General desde el principio, cuando, en 1949, autorizó inicialmente, con carácter excepcional, el pago de subsidios de investigación a los relatores especiales y posteriormente decidió que se concedieran indemnizaciones especiales con carácter excepcional a todos los miembros de la Comisión[5].

18. Fue la disposición específica del estatuto de la Comisión relativa a la designación de miembros de la Comisión como relatores especiales para los temas seleccionados lo que llevó a que ese año la Quinta Comisión recomendara a la Asamblea General la concesión de subsidios para proyectos de investigación, con carácter excepcional, en forma de honorarios. El pago de tales honorarios estaba condicionado a la presentación de un informe. En los debates celebrados en la Quinta Comisión, el Presidente de la Comisión Consultiva en Asuntos Administrativos y de Presupuesto señaló que los relatores especiales preparaban proyectos y documentos de trabajo para ayudar a la Comisión en su labor, lo cual permitía que esta economizara tiempo durante los períodos de sesiones, pero exigía esfuerzos y tiempo adicionales de autoridades en asuntos jurídicos[6].

19. La finalidad de esos pagos no era tanto compensar debidamente a esas personas por los servicios que prestaban como reconocer de manera simbólica el enorme sacrificio de tiempo o intereses económicos que hacían.

20. Después de varias revisiones, la Asamblea General, en el párrafo 1 de su resolución 35/218, decidió que, con efecto a partir del 1 de enero de 1981, se pagarían tasas de honorarios cuando ya lo hubiera autorizado con carácter excepcional, como en el caso de la Comisión de Derecho Internacional y sus relatores especiales. Se determinó que las tasas pagaderas serían: 5.000 dólares de los Estados Unidos para los presidentes, 3.000 dólares para otros miembros y una cantidad adicional de 2.500 dólares para los miembros de la Comisión de Derecho Internacional cuando actuaran en calidad de relatores especiales, a

[3] Véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 165 y 166, párr. 192. Aunque existe una sinergia con la labor general de la Comisión, los estudios y encuestas de la Secretaría son independientes de los informes de los relatores especiales y, por la naturaleza de dicha labor, no pretenden sustituirlos.

[4] Véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 105, párr. 234; véase también el artículo 20 del estatuto de la Comisión de Derecho Internacional.

[5] En su cuarto período de sesiones (1949), la Asamblea General autorizó el pago anual de honorarios al Presidente y a los relatores especiales de la Comisión por el trabajo realizado entre períodos de sesiones.

[6] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Quinta Comisión, Actas resumidas de las sesiones*, 20 de septiembre a 8 de diciembre de 1949, 208ª sesión, 26 de octubre de 1949.

condición de que preparen informes o estudios concretos entre períodos de sesiones de la Comisión[7].

21. En su quincuagésimo sexto período de sesiones (2002), tras examinar la nota de la Secretaría sobre el estudio amplio de la cuestión de los honorarios que se han de pagar a los miembros de los órganos principales y órganos subsidiarios de las Naciones Unidas (A/56/311), la Asamblea General, de conformidad con su resolución 56/272, decidió, con efecto a partir del 6 de abril de 2002, fijar en 1 dólar de los Estados Unidos por año todos los honorarios pagaderos por entonces con carácter excepcional, entre otros, a los miembros de la Comisión de Derecho Internacional. Así, cuando los honorarios se fijaron en 1 dólar al año para todos los miembros de la Comisión, los relatores especiales dejaron de percibir la cantidad adicional que se pagaba a condición de que elaboraran informes o estudios concretos entre períodos de sesiones de la Comisión.

22. Desde su 54º período de sesiones (2002), la Comisión ha señalado reiteradamente a la atención de la Asamblea General las repercusiones de la resolución 56/272[8], destacando en particular que la resolución afectaba a los relatores especiales, en especial los procedentes de países en desarrollo, ya que comprometía el apoyo a su labor de investigación. La Comisión ha instado a la Asamblea General a que reconsidere este asunto con miras a restablecer los honorarios de los relatores especiales.

Otros aspectos presupuestarios conexos

23. La Comisión se financia con cargo al presupuesto ordinario (subprograma 3 del programa “Asuntos jurídicos”). Con su presupuesto se sufragan los gastos de viaje y las dietas de los 34 miembros de la Comisión, la asistencia del Presidente al período ordinario de sesiones de la Asamblea General durante el examen del informe de la Comisión, los honorarios de los 34 miembros de la Comisión (pagaderos con arreglo a la tasa de 1 dólar fijada por la Asamblea General en su resolución 56/272, que la Comisión optó por no recibir), y los gastos de viajes y dietas de un número limitado de miembros de la División de Codificación para prestar servicios sustantivos durante los períodos de sesiones de la Comisión.

24. La Comisión observa que, a lo largo de los años, las Naciones Unidas han atravesado dificultades presupuestarias que han provocado recortes (por ejemplo, en 2010-2011, 2012-2013 y 2014-2015) o una congelación del presupuesto (por ejemplo, en 2006-2007) y que también han afectado a la Comisión. En algunos casos las previsiones presupuestarias se han rebasado y atender a las necesidades de la Comisión ha tenido consecuencias para el presupuesto por programas (2016-2017).

25. La Comisión es consciente de que las cuestiones administrativas y presupuestarias son asuntos de los que se ocupa la Quinta Comisión. No pretende interferir en los procesos relacionados con la negociación del presupuesto ordinario, ni en las opciones que puedan existir al respecto. No obstante, de lo anterior se desprende que, como los relatores especiales o los presidentes de los grupos de estudio, y los miembros de la Secretaría que les prestan

[7] A/53/643.

[8] Véase *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 107 y 108, párrs. 525 a 531; *Anuario… 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 108, párr. 447; *Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 131, párr. 369; *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 98, párr. 501; *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 205, párr. 269; *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 97, párr. 379; *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 166, párr. 358; *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), pág. 163, párr. 240; *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), pág. 217, párr. 396; *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 195, párr. 399; *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párr. 280; *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 85 y 86, párr. 181; *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte) y Corr.1, pág. 179, párr. 281; *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 92, párr. 299; *Anuario… 2016*, vol. II (segunda parte), pág. 247, párr. 333; *Anuario… 2017*, vol. II (segunda parte), pág. 162, párr. 282; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párr. 382; *ibid*., *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 302; e *ibid*., *septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párr. 317.

apoyo, no perciben honorarios por asistir a talleres o seminarios que les permitan avanzar en su labor, dicha asistencia, pese a ser una parte valiosa y a menudo esencial del trabajo de la Comisión, no se contempla en el presupuesto de las Naciones Unidas.

26. En el párrafo 34 de su resolución 76/111, la Asamblea General también solicitó información sobre el mandato del fondo fiduciario propuesto. En caso de que la propuesta de creación de un fondo fiduciario sea considerada favorablemente por la Asamblea General, será preciso establecer un mandato. Dicho mandato, que será aprobado por el Secretario General, podría adoptar la forma mostrada en el apéndice del presente anexo. El texto se inspira en otros mandatos anteriores, como el que figura en la resolución 75/129 de la Asamblea General sobre el Fondo Fiduciario para el Programa de Becas Judiciales de la Corte Internacional de Justicia. La Comisión agradece a su Secretaría la preparación del mandato.

Apéndice

Mandato propuesto

Fondo Fiduciario de Asistencia para los Relatores Especiales de la Comisión de Derecho Internacional y asuntos conexos

Mandato

I. Establecimiento

1. El Fondo Fiduciario de Asistencia para los Relatores Especiales de la Comisión de Derecho Internacional y asuntos conexos se establece en virtud de la resolución 77/....

II. Antecedentes

2. En sus períodos de sesiones 72º (2021) y 73º (2022), la Comisión de Derecho Internacional propuso que se considerara la posibilidad de establecer un fondo fiduciario para los relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional y asuntos conexos.

3. Los relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional desempeñan una función esencial en el funcionamiento de esta. La práctica de la Comisión ha sido nombrar relator especial a uno de sus miembros al comienzo del examen de un tema, independientemente de que se trate de una cuestión relacionada con el desarrollo progresivo del derecho internacional o con su codificación[1]. El relator especial realiza una serie de tareas que abarcan desde la elaboración de informes sobre el tema, la participación en el examen del tema en plenaria, la aclaración de diversos aspectos del tema en plenaria y en el marco de la labor del Comité de Redacción y la preparación de textos revisados, hasta la elaboración de comentarios una vez que dichos textos son aprobados por la Comisión. Los informes de los relatores especiales son la base misma de la labor de la Comisión y constituyen un componente fundamental de los métodos y técnicas de trabajo de la Comisión establecidos en su estatuto[2].

4. La labor de los relatores especiales exige una amplia actividad independiente de investigación y análisis, así como una enorme entrega a las tareas de dirección en todas las etapas de los trabajos de la Comisión sobre un tema. Sus funciones continúan durante todo el año. El proceso establecido en el estatuto de la Comisión se apoya en gran medida en la labor realizada por los relatores especiales, cuyos informes, elaborados entre períodos de sesiones, constituyen la base para el examen de los distintos temas por parte de la Comisión. Los relatores especiales asumen la autoría de sus informes.

5. Las necesidades prácticas de los relatores especiales están esencialmente determinadas por las disposiciones del estatuto de la Comisión. Las responsabilidades establecidas en el estatuto y su condición de órgano de expertos integrado por personas de reconocida competencia en derecho internacional con el objetivo de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación hacen que sea imperativo que la Comisión mantenga su función específica como órgano de deliberación de expertos de la Asamblea General.

[1] El estatuto de la Comisión solo prevé la designación de un relator especial en el caso del desarrollo progresivo del derecho internacional.

[2] Véase, en general, Naciones Unidas, *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*, vol. I, 8ª ed. (publicación de las Naciones Unidas, 2016).

6. El trabajo de los relatores especiales exige una enorme cantidad de recursos. A pesar de que se reconoce que deben elaborar informes en los que se analizan cuestiones complejas de derecho internacional para los períodos de sesiones de la Comisión, los relatores especiales, en particular los procedentes de países en desarrollo, se enfrentan a muchas dificultades en el desempeño de su labor. Algunos se encuentran en lugares en los que el acceso a material y recursos de investigación primordiales es difícil y oneroso. Habida cuenta de que la Comisión se ocupa cada vez más de temas multidisciplinarios y de que la práctica disponible es escasa en algunos casos, la labor de investigación sobre algunos temas ha requerido viajes y contactos con personas e instituciones con conocimientos especializados en esos temas concretos o con acceso a determinada información. Es preciso apoyar a los relatores especiales en particular para que estén en condiciones de reunir material de muy diversos sistemas jurídicos y en diferentes idiomas. En ocasiones, algunos han hecho uso de sus propios recursos para realizar actividades de investigación o han renunciado a sus derechos de viaje para desviarse y llevar a cabo investigaciones en otros lugares. En algunos casos, el acceso a Internet es intermitente y caro. En los últimos años, cuando la Comisión ha creado un grupo de estudio, los presidentes y los miembros encargados de temas concretos han trabajado de forma similar. De conformidad con la resolución 56/272 de la Asamblea General, de 27 de marzo de 2002, los relatores especiales ya no perciben, con carácter excepcional, la asignación especial de 2.500 dólares para ayudarles en la elaboración de los informes, que se abonaba en el momento de su presentación. Desde su 54º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión ha señalado reiteradamente a la atención de la Asamblea General las repercusiones de la resolución 56/272[3], de conformidad con la cual decidió, con efecto a partir del 6 de abril de 2002, fijar en 1 dólar de los Estados Unidos por año todos los honorarios pagaderos con carácter excepcional, entre otros, a los miembros de la Comisión de Derecho Internacional, incluidos los relacionados con la asistencia que reciben, destacando en particular que la resolución afectaba a los relatores especiales, en especial los procedentes de países en desarrollo, ya que comprometía el apoyo a su labor de investigación. La Comisión ha instado a la Asamblea General a que reconsidere este asunto con miras a restablecer los honorarios de los relatores especiales.

7. En algunas circunstancias, la Comisión ha creado grupos de estudio cuyos presidentes o copresidentes trabajan de forma parecida a la descrita anteriormente en relación con los relatores especiales. Por consiguiente, las referencias a estos se aplican también a los presidentes de grupos de estudio que realizan actividades similares.

8. En el párrafo ... de la resolución ... de ... diciembre de 2022, la Asamblea General toma nota de los párrafos ... a ... del informe de la Comisión y, sin perjuicio de la importancia de que se asegure la asignación de los recursos necesarios con cargo al presupuesto ordinario, solicita al Secretario General que establezca un fondo fiduciario para aceptar contribuciones voluntarias a fin de prestar asistencia a los relatores especiales y brindar a la Secretaría cualquier apoyo que pueda requerirse con carácter excepcional.

9. Además, en los últimos años el trabajo de la Comisión se ha desarrollado en un contexto de dificultades financieras y presupuestarias que ha afectado a las Naciones Unidas y ha repercutido en su Secretaría. El presupuesto ordinario seguirá utilizándose para financiar los gastos de viaje y las dietas de los miembros de la Comisión y de la Secretaría sustantiva

[3] Véase *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 107 y 108, párrs. 525 a 531; *Anuario… 2003*, vol. II (segunda parte), pág. 108, párr. 447; *Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 131, párr. 369; *Anuario… 2005*, vol. II (segunda parte), pág. 98, párr. 501; *Anuario… 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 205, párr. 269; *Anuario… 2007*, vol. II (segunda parte), pág. 97, párr. 379; *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), pág. 166, párr. 358; *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), pág. 163, párr. 240; *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), pág. 217, párr. 396; *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), pág. 195, párr. 399; *Anuario… 2012*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párr. 280; *Anuario… 2013*, vol. II (segunda parte), págs. 85 y 86, párr. 181; *Anuario… 2014*, vol. II (segunda parte) y Corr.1, pág. 179, párr. 281; *Anuario… 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 92, párr. 299; *Anuario… 2016*, vol. II (segunda parte), pág. 247, párr. 333; *Anuario… 2017*, vol. II (segunda parte), pág. 162, párr. 282; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/73/10), párr. 382; *ibid*., *septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/74/10), párr. 302; e *ibid*., *septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 10* (A/76/10), párr. 317.

en los períodos de sesiones anuales de la Comisión. Los recursos del Fondo Fiduciario también pueden destinarse a financiar la participación de un miembro de su Secretaría en actividades realizadas por un relator especial al margen del período de sesiones anual de la Comisión para cumplir sus tareas.

III. Propósito

10. El propósito del Fondo Fiduciario es establecer un mecanismo para que los donantes aporten recursos a fin de contribuir a las actividades de investigación de los relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional y los presidentes de sus grupos de estudio y, cuando las circunstancias lo requieran, a los gastos de los miembros de la Secretaría relacionados con actividades llevadas a cabo por los relatores especiales y los presidentes de los grupos de estudio en cumplimiento de sus tareas, en el marco del subprograma 3, del que se encarga la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

IV. Contribuciones

11. Podrán hacer contribuciones al Fondo Fiduciario los Estados, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las instituciones nacionales, los colegios de abogados, las instituciones privadas y los particulares, y otras entidades pertinentes. Las contribuciones solo podrán ser aceptadas por el Subsecretario General y Contralor.

12. Se aceptarán contribuciones en efectivo al Fondo en dólares de los Estados Unidos o en otras monedas plenamente convertibles.

13. Las contribuciones financieras no se destinarán a ninguna actividad concreta de la Comisión de Derecho Internacional, sus relatores especiales o los presidentes de sus grupos de estudio.

14. Los intereses que generen las contribuciones al Fondo se abonarán a este de conformidad con el Reglamento Financiero y la Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas y las políticas y procedimientos pertinentes.

15. La Contraloría ha designado la siguiente cuenta bancaria para depositar los recursos del Fondo:

[Datos de la cuenta]

Asignación al Fondo Fiduciario de Asistencia para los Relatores Especiales de la Comisión de Derecho Internacional

V. Autoridad

16. El Fondo Fiduciario se administrará de conformidad con el Reglamento Financiero y la Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas y las políticas y procedimientos pertinentes. No se permiten excepciones a dichos procedimientos, normas y políticas, a menos que sean autorizadas específicamente por el Secretario General o por el Subsecretario General y Contralor o por el Subsecretario General de Recursos Humanos, según corresponda, en su nombre.

VI. Administración y disposiciones de ejecución

17. El Fondo Fiduciario será administrado por el Secretario General. La División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos será la oficina encargada de la ejecución del Fondo. Coordinará su labor con la Oficina Ejecutiva de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

18. A fin de garantizar un control financiero adecuado, el Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico será el Director de Programas del Fondo Fiduciario y el Director Ejecutivo de la Oficina de Asuntos Jurídicos será su Oficial Certificador.

19. El Asesor Jurídico velará por que el Fondo Fiduciario se utilice para los fines descritos en la parte III, leídos juntamente con los objetivos establecidos en las partes I y II.

20. En particular, los miembros que asuman la función de relator especial, con independencia de la forma de designación, podrán recibir hasta [X] dólares, siempre y cuando elaboren informes o estudios específicos entre períodos de sesiones de la Comisión.

21. Cuando se determine que no hay fondos suficientes para sufragar los gastos relacionados con las actividades que pueda realizar el relator especial en cumplimiento de sus tareas, el Asesor Jurídico así lo certificará, indicando las repercusiones que ello tendrá en la prestación de servicios por parte de la Comisión.

22. El Oficial Certificador se asegurará de que los gastos se efectúen de conformidad con el Reglamento Financiero y la Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas y las políticas y procedimientos pertinentes, para los fines previstos, y señalará a la atención del Contralor cualquier propuesta de compromiso o gasto que considere incompatible con lo anterior.

VII. Presentación de informes

23. El Contralor presentará un estado financiero anual con los ingresos y los gastos al 31 de diciembre de cada año en relación con los fondos totales prometidos y recibidos para el Fondo Fiduciario de Asistencia para los Relatores Especiales de la Comisión de Derecho Internacional.

24. Toda la contabilidad y los estados financieros se presentarán en dólares de los Estados Unidos.

VIII. Gastos de apoyo a los programas

25. De conformidad con el Reglamento Financiero y la Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas, los gastos de apoyo a los programas se financiarán con cargo al Fondo Fiduciario a razón del 13 % del total de los gastos anuales, a menos que se acuerde otra cosa con el Contralor. Además, se utilizará la reserva para gastos de funcionamiento del Fondo Fiduciario, dentro de los recursos en efectivo disponibles, a fin de sufragar los gastos finales de las actividades previstas por el Fondo.

IX. Auditoría

26. El Fondo Fiduciario estará sujeto únicamente a los procedimientos de auditoría externa e interna de las Naciones Unidas.

X. Revisión

27. El Secretario General podrá revisar las disposiciones anteriores, si las circunstancias lo requieren.

XI. Terminación

28. El Secretario General decidirá la terminación del Fondo Fiduciario y la enajenación de sus activos.