



Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

MARÍA LIBIA ARENAL LORA*

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD APROBADO POR LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Contexto y desarrollo de la labor de la Comisión de Derecho Internacional para la aprobación del Proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad. – 3. Consideraciones generales sobre el preámbulo, el ámbito de aplicación y la definición de los crímenes de lesa humanidad. – 4. El establecimiento de las obligaciones generales de los Estados. – 5. Las obligaciones específicas de prevenir. – 6. Las obligaciones específicas de castigar. – 7. Las obligaciones de garantizar los derechos de los presuntos infractores, de las víctimas y de los testigos. – 8. La obligación de cooperar. – 9. El mecanismo para la solución de controversias. – 10. Materias ausentes en el Proyecto de artículos: la inmunidad de jurisdicción penal y las amnistías. – 11. Conclusiones.

1. *Introducción*

Este artículo tiene como objeto analizar el Proyecto de artículos de crímenes de lesa humanidad elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, aprobado en segunda lectura, en 22 de mayo de 2019, con el propósito de conocer sus principales alcances y limitaciones. Este artículo analizará el Proyecto artículo por artículo, destacando no solo que se trata de un texto que ha codificado las normas existentes sobre los crímenes contra la humanidad, sino que también ha desarrollado un conjunto de normas lo suficientemente sólidas para que los Estados puedan tenerlo como base para comenzar una negociación sobre una futura convención sobre la materia. Asimismo, se considerarán algunas de las ausencias más destacables del Proyecto de artículos, en particular, las relativas a las inmunidades de jurisdicción y a las amnistías para los responsables de crímenes de lesa humanidad.

2. *Contexto y desarrollo de la labor de la Comisión de Derecho Internacional para la aprobación del Proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad*

Los crímenes de lesa humanidad forman parte de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. El origen de su concepto puede encontrarse en la “Cláusula Martens”, incorporada en las Convenciones relativas a las

*Profesora asociada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla.

Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (Convenciones de la Haya de 1899 y 1907)¹, que indicaba que hasta que no hubiese una codificación más completa de las leyes de la guerra los “principios de humanidad” ofrecerían una protección residual a las personas en tiempos de guerra². Sin embargo, hay que esperar a la adopción del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, en el año 1948, para encontrar una primera definición jurídica de los crímenes contra la humanidad³. Después de un largo recorrido normativo esta categoría de crimen internacional ha sido tipificada en el artículo 7 del Estatuto de Roma⁴

¹ Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 18 de octubre de 1907, preámbulo, 36 Stat. 2277, 187 Consol. T.S. 227. La versión de 1907 de la cláusula dispone lo siguiente: «Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.»

² T. MERON, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, in *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 78-89, p. 78.

³ El Estatuto de Tribunal Internacional de Núremberg definía en el artículo 6.c) los crímenes contra la humanidad de la siguiente manera: «El asesinato, la exterminación, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.»

⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, p. 3. El artículo 7 del Estatuto de Roma (ER) define los crímenes contra la humanidad de la siguiente forma:

«1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política; b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; 5 e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos

(ER) y su definición es el resultado de una compleja evolución e interrelación doctrinal y jurisprudencial, en particular, entre los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en materia de elaboración del Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y las disposiciones normativas contenidas en los Estatutos de los Tribunales Internacionales *ad hoc* y sus decisiones judiciales, no pudiendo comprenderse esta construcción jurídica al margen de una perspectiva histórica⁵.

Si bien el ER ha supuesto un significativo avance en materia de tipificación de los crímenes contra la humanidad, el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) no tiene en la práctica un alcance universal. Esto significa que la Corte no puede desplegar su jurisdicción sobre todas las situaciones en las que se han cometido estos crímenes ni tampoco sobre todos sus responsables⁶. La CPI ejerce su jurisdicción bajo el principio de complementariedad⁷ y, por tanto, requiere que el Estado actúe en primera línea en defensa contra la impunidad, lo que significa que solo actuará cuando el Estado parte no pueda o no desee ejercer su jurisdicción, estableciendo así una relación vertical con estos⁸. Por consiguiente, el futuro de la justicia penal internacional no puede depender solo de este tribunal⁹ y los Estados deben desarrollar plenamente la capacidad de sus sistemas legales nacionales para la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad porque si no se armoniza sus legislaciones y no se crea un sistema de relaciones horizontales entre los

fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. 3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.»

⁵ C. MÁRQUEZ CARRASCO, *Los elementos comunes de los crímenes de lesa la humanidad* en *Revista General de Derecho Penal*, n.º. 9, 2008, p. 3. Hay que tener además en consideración que en todo este proceso de desarrollo conceptual y normativo de los crímenes contra la humanidad pueden encontrarse hasta 12 definiciones distintas en diferentes instrumentos jurídicos internacionales, lo que pone en evidencia una importante debilidad en el Derecho internacional consuetudinario. Véase en M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity: The Case for a Specialized Convention*, en *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 9, Issue 5, 2010, pp. 575-593, p. 583, nota. 44.

⁶ El profesor Bassiouni señala expresamente que la CPI ha demostrado que no tiene, ni es probable que tenga, la capacidad institucional y los recursos necesarios para perseguir a los responsables de los crímenes contra la humanidad en los diferentes conflictos y régimen de victimización que ocurren en el mundo y que probablemente continuará ocurriendo, véase en M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity: The Case*, cit., p. 587. En este sentido, es importante destacar que la política de la CPI, en el marco de la selección y priorización de casos, es la de tratar de investigar y perseguir a un número reducido de altos cargos para poder construir sobre las evidencias los casos sobre los responsables de los crímenes, en particular, el documento de la CPI Policy Paper on case selection and prioritisation, 15 September 2016, señala que: « (...) consider the investigation and prosecution of a limited number of mid- and high level perpetrators in order to ultimately build the evidentiary foundations for case(s) against those most responsible. The Office may also decide to prosecute lower level-perpetrators where their conduct has been particularly grave or notorious. » p. 14.

⁷ ER, artículo 1.

⁸ De acuerdo a los datos disponibles en 2019 había 122 Estados parte de ER. Véase en el informe de la CPI “Joining Rome Statute Matters”. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/Publications/Joining-Rome-Statute-Matters-SPA.pdf> (última visita, 08 septiembre 2021)

⁹ M. C. BASSIOUNI, *Perspectives in International Criminal Justice*, 50, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, 2010, pp. 270-317.

Estados en materia de investigación, persecución y extradición, muchos delitos constitutivos de crímenes contra la humanidad quedarán impunes.

Ahora bien, el estudio realizado en el año 2013 por la Universidad George Washington (UGW) sobre la tipificación de los crímenes contra la humanidad en los ordenamientos jurídicos nacionales y las circunstancias en las que los Estados podían ejercer su jurisdicción sobre estos crímenes lo que demostró es que existían importantes vacíos en materia de armonización normativa con relación al tipo penal y que faltaba por desarrollar un sistema de cooperación horizontal entre los Estados para la investigación, la persecución de los crímenes contra la humanidad y la extradición de sus responsables¹⁰. Este estudio práctico de la UGW concluyó que el 66% de los Estados parte en el ER tenía algún tipo de legislación nacional sobre crímenes de lesa humanidad, mientras que el 44% carecía de ese tipo de leyes¹¹. De una muestra realizada entre 83 Estados miembros de las Naciones Unidas, el estudio concluyó que solo 34 Estados poseían leyes nacionales específicas sobre crímenes de lesa humanidad. De esos Estados, solo el 29% reproducía literalmente el texto del artículo 7 del ER para definir el crimen¹². Así pues, la mayoría de los 34 Estados que poseían una ley específica sobre crímenes contra la humanidad carecía en su legislación de algunos de los elementos específicos de la definición del crimen recogida en el ER, lo que ponía de relieve sustantivas diferencias materiales en su regulación¹³. Además, este mismo estudio analizó si los 34 Estados que poseían legislación específica sobre crímenes de lesa humanidad podían ejercer su jurisdicción penal sobre no nacionales por la comisión de crímenes en el extranjero contra no nacionales, de lo que se deducía que solo 21 Estados podían hacerlo¹⁴.

El hecho de que una parte significativa de los Estados no dispongan de leyes nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad, o de que estas no estén armonizadas, tiene como resultado que existan importantes obstáculos para establecer un sistema de cooperación eficaz. Además, la circunstancia de que en la mayoría de los Estados no existan leyes que permitan el ejercicio de la jurisdicción sobre los no nacionales por crímenes de lesa humanidad, cometidos contra no nacionales en el extranjero, significa que sus responsables puedan escapar de la acción de la justicia encontrando cobijo en un Estado distinto del que se cometieron los actos o en un Estado en el que ni siquiera exista la obligación de extraditar o juzgar¹⁵.

Esta realidad descrita permite comprender cómo a día de hoy solo el 1% de los responsables de cometer crímenes internacionales hayan sido llevados ante la justicia; también que desde el año 1948 los tribunales internacionales o mixtos hayan acusado solo a 823 personas por estos crímenes¹⁶.

¹⁰ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW CLINIC, George Washington University Law School, *Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction*, 2013. Actualizado y reimpresso en parte en A. J. CARRILLO y A. K. NELSON, *Comparative Law Study and Analysis of National Legislation Relating to Crimes Against Humanity and Extraterritorial Jurisdiction*, en *The George Washington International Law Review* vol. 46, 481-530, 2014 (en adelante, estudio práctico de la GWU),

¹¹ Estudio práctico de la GWU, p. 492

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ídem.*, p. 493.

¹⁴ *Ídem.*, pp. 505-513.

¹⁵ S. MURPHY, *Primer Informe sobre los Crímenes contra la Humanidad*, presentado por Sean D. Murphy, UN Doc. A/CN.4/680, 2015 (en adelante, *Primer Informe del Relator Especial sobre los Crímenes Contra la Humanidad*), párr. 64.

¹⁶ M. C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity: The case*, cit., pp. 580-581.

Si se parte de la afirmación de que las normas que prohíben los crímenes contra la humanidad forman parte del *ius cogens* internacional y de ellas derivan obligaciones *erga omnes* para los Estados de prevenir, perseguir o extraditar, la única vía que existe para llenar el vacío que existe, determinado por la arquitectura y por el funcionamiento del sistema judicial internacional y por la práctica de los Estados, es la adopción de un tratado multilateral especializado, es decir, una convención sobre los crímenes de lesa humanidad¹⁷.

En este contexto, la CDI sobre la base de un informe presentado en el año 2013 por el sr. Sean D. Murphy¹⁸, miembro de la Iniciativa sobre los Crímenes contra la Humanidad¹⁹, decidió añadir el tema de los crímenes de lesa humanidad a su programa de trabajo a largo plazo²⁰. Un año más tarde, en su 66º período de sesiones, lo incluyó en el que fuera su programa actual de trabajo y nombró como Relator Especial al responsable de dicho informe²¹.

Cuando la CDI incluyó el tema de los crímenes de lesa humanidad en su agenda de trabajo, en el año 2014, su objetivo era redactar un proyecto de artículos que se convirtiera en una futura convención para la prevención y el castigo de estos crímenes²². Esta labor la abordaría teniendo en cuenta una serie de consideraciones preliminares: (i) la propuesta de una nueva convención debía ser coherente con el Estatuto Roma, en particular, con la definición de los crímenes contenida en el artículo 7 en aras de promover la armonía entre los esfuerzos nacionales e internacionales para combatir el crimen; (ii) debía establecer una obligación general de prevenir y de castigar los crímenes contra la humanidad en la línea de otras convenciones sobre crímenes internacionales como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito Genocidio, de 1948, los Convenios de Ginebra, de 1949, y el Protocolo Adicional I, de 1977, así como la Convención contra la Tortura, de 1984; (iii) debía integrar un robusto sistema de cooperación interestatal en materia de investigación, enjuiciamiento y castigo de los crímenes, incluso mediante la asistencia judicial recíproca y la concesión de extradición, teniendo como referencia instrumentos jurídicos internacionales que regulan crímenes transnacionales como es la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000²³.

El Relator Especial, entre 2015 y 2019, presentó 4 informes elaborados teniendo como base el Derecho internacional consuetudinario y convencional, la jurisprudencia internacional, la práctica de los Estados y las aportaciones doctrinales de las más importantes

¹⁷ *Ibidem*, p. 588.

¹⁸ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada e 65º período de sesiones, Anuario...*, 2013, UN. Doc. A/68/10, Anexo B. Crímenes Contra la Humanidad (en adelante, Informe CDI 2013)

¹⁹ Washington University School of Law Whitney R. Harris World Law Institute, *Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad, Iniciativa sobre Crímenes de Lesa Humanidad*, agosto 2020. Original: inglés. Disponible en <https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/sites.wustl.edu/dist/b/2004/files/2019/02/CAH-Draft-Convention-Spanish-Translation-January-2012-FINAL.pdf> (última visita, 8 de septiembre de 2021).

²⁰ *Ídem*, Otras Decisiones y Conclusiones de la Comisión, párr. 170.

²¹ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones, Anuario...*, 2014, UN. Doc. A/69/10, Humanidad (en adelante, Informe CDI 2014) párr. 266.

²² Informe CDI 2013, Anexo B, párr. 3.

²³ S. MURPHY, *Foreword*, en *African Journal of International Criminal Justice*, Issue 2, 2020; N. L. SADAT, *A contextual and historical analysis of the International Law Commission's 2016 Draft Articles for a New Global Treaty on Crimes Against Humanity*, en *Journal of International Criminal Justice* 16, 2018, pp. 683-704; *Primer Informe del Relator Especial sobre los Crímenes Contra la Humanidad*.

autoridades en la materia²⁴. La CDI, sobre la base de estos 4 informes, los comentarios de los Estados²⁵ y de otros actores relevantes²⁶, aprobó, en segunda lectura, en el año 2019, la totalidad del Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad que contiene 15 proyectos de artículos, un proyecto de preámbulo y un anexo en materia de cooperación judicial recíproca que, junto a los comentarios, contribuyen a entender el contenido y el alcance de la propuesta de una futura convención²⁷.

La CDI, además, decidió recomendar el Proyecto de artículos a la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) para que los Estados negociaran y elaborasen una convención sobre la base de dicho proyecto²⁸.

La AGNU, un año más tarde, en su 75º periodo de sesiones, sobre la base del informe presentado por la Sexta Comisión, adoptó la resolución 75/136 sobre crímenes contra la humanidad, de 15 de diciembre de 2020, por la que señalaba que tomaba nota del Proyecto de artículos, y decidía incluirlo en el programa de su 76º periodo de sesiones²⁹, en el que ha decidido, de nuevo, mediante resolución 76/114 incluirlo en el programa provisional de su 77º periodo de sesiones³⁰.

3. Consideraciones generales sobre el preámbulo, el ámbito de aplicación y la definición de los crímenes de lesa la humanidad

3.1. Proyecto de Preámbulo

La propuesta de Preámbulo que forma parte del Proyecto de artículos³¹ encuentra su fundamento en la Carta de las Naciones Unidas y su orientación en otros importantes

²⁴ S. MURPHY, *Primer Informe sobre los Crímenes contra la Humanidad*, presentado por Sean D. Murphy, UN Doc. A/CN.4/680, 2015 (en adelante, *Primer Informe del Relator Especial sobre los Crímenes Contra la Humanidad*); S. MURPHY, *Segundo Informe sobre los Crímenes contra la Humanidad*, UN Doc. A/CN.4/690, 2016 (en adelante, *Segundo Informe del Relator Especial sobre los Crímenes contra la Humanidad*); S. MURPHY, *Tercer Informe sobre los Crímenes contra la Humanidad*, UN Doc. A/CN.4/704, 2017 (en adelante, *Tercer Informe del Relator Especial sobre los Crímenes contra la Humanidad*); S. MURPHY, *Cuarto Informe sobre los Crímenes contra la Humanidad*, 2019, UN Doc. A/CN.4/725 (de aquí en adelante, *Cuarto Informe del Relator Especial sobre los Crímenes contra la Humanidad*)

²⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 22ª sesión* (A/C.6/70/SR.22)

²⁶ *Comisión de Derecho Internacional 77º periodo de sesiones* (Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019). *Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados*, UN Doc. A/77CN.4/726*, 21 de enero de 2019 (en adelante, *Comentarios y observaciones de Gobiernos de 2019*)

²⁷ *Report on the Work of Its Sixty-Ninth Session*, UN. Doc. A/72/10 (2017): Topical Summary of the Discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during Its Seventy-Second Session, Prepared by the Secretariat, UN Doc. A/CN.4/713 (2018), párrs. 90-108.

²⁸ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 71º periodo de sesiones, Anuario...*, 2019, Capítulo IV. Crímenes contra la Humanidad (en adelante, *Informe CDI 2019*), párr. 39.

²⁹ *Idem*, párr. 42.

³⁰ Resolución 75/136 de la Asamblea General, Crímenes de lesa humanidad, 22 de diciembre de 2020.

³¹ Resolución 76/114 de la Asamblea General, Crímenes de lesa humanidad, 9 de diciembre de 2021.

³² Informe CDI 2019, Preámbulo y comentario, pp. 24 y ss.

instrumentos internacionales tales como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948³² y el ER de 1998³³.

Del proyecto de Preámbulo cabe destacar tres importantes elementos que resultan importantes contribuciones con relación a la codificación y el desarrollo de normas relativas a los crímenes contra la humanidad. En primer lugar, en el Preámbulo se afirma que la prohibición de los crímenes contra la humanidad es una norma imperativa de Derecho internacional general³⁴, lo que significa que la futura convención podrá convertirse en el primer instrumento jurídico internacional que reconoce expresamente la naturaleza de *ius cogens* de las normas que prohíben estos crímenes³⁵. En este sentido, hay que tomar en consideración que la CDI ya había indicado anteriormente que la prohibición de los crímenes estaba plenamente aceptada como una norma imperativa de Derecho internacional, además de que esta misma cuestión había sido reconocida por los Tribunales Penales Internacionales, tribunales internacionales de derechos humanos y tribunales nacionales³⁶. La inclusión de esta declaración relativa a las normas de *ius cogens* fue bienvenida por la mayoría de los Estados que realizaron comentarios sobre el proyecto de Preámbulo³⁷. Sin embargo, algunos otros Estados expresaron dudas bien porque esta posición no era coherente con el ER, que no hace una declaración expresa en este sentido en su propio Preámbulo³⁸, bien porque consideraron que el *ius cogens* internacional era un tema que la CDI estaba estudiando en un ámbito separado y era innecesaria una manifestación expresa en ese sentido³⁹. A pesar del importante avance que significa este reconocimiento en el Proyecto de artículos, es importante señalar que, sin embargo, éste no aporta soluciones jurídicas a las consecuencias que tiene declarar el carácter imperativo de la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad, en particular, con relación a la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estados o respecto del hecho de que una norma de carácter procesal podría obstar la aplicación de una norma de *ius cogens*. Si bien alguna delegación solicitó que la CDI precisara las consecuencias del carácter imperativo de los crímenes contra la humanidad en lo que se refiere a una persona acusada⁴⁰, la Comisión señaló que no era objeto del Proyecto de artículos ocuparse de las consecuencias de la prohibición que conlleva ese estatus⁴¹ lo que ha dejado un importante vacío en esta materia.

³² Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, p. 277 (en adelante, Convención sobre el Delito de Genocidio)

³³ ER.

³⁴ *Cuarto Informe del Relator Especial sobre los Crímenes Contra la Humanidad 2019*, Proyecto de preámbulo, párr. 3, p. 14, También en Anexo. Proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura en 2017, con los cambios recomendados por el Relator Especial.

³⁵ *Crímenes de lesa humanidad. Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados*, UN. A/CN.4/726*, 21 de enero de 2019. Comentarios específicos sobre el Proyecto de preámbulo. Panamá, p. 24.

³⁶ *Cuarto Informe del Relator Especial sobre los Crímenes Contra la Humanidad de 2019; Comentarios y observaciones*, párr.35; Informe CDI 2019, Preámbulo, comentario 5, p. 26.

³⁷ *Crímenes de lesa humanidad. Comentarios y observaciones*, cit., Comentarios específicos sobre el Preámbulo. Bélgica, p. 22; Panamá, p. 24; Perú, 25 y Sierra Leona, p. 17.

³⁸ *Ídem*. Comentarios generales. Francia p.11.

³⁹ *Ídem*, Comentarios específicos sobre el Preámbulo. Reino Unido (p. 26). Además véase Informe de la CDI de 2019. Cap. Capítulo VIII Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. UN. Doc. y A/CN.4/722.

⁴⁰ *Ídem*. Bélgica, primer párrafo, p. 22

⁴¹ Informe CDI 2019, Preámbulo, comentario 5.

En segundo lugar, merece la pena mencionar la referencia explícita que se hace en el Preámbulo al ER, en particular, al hecho de que toma en consideración el artículo 7 para la definición de los crímenes de lesa humanidad lo que asegura un tratamiento coherente de la temática en el plano jurídico internacional y, al mismo tiempo, no lo limita frente a la posibilidad del desarrollo progresivo del Derecho relativo a estos crímenes⁴².

En tercer, y último lugar, es menester resaltar que se haya incluido en el Preámbulo una referencia expresa a los derechos de las víctimas, los testigos y otras personas con relación a los crímenes de lesa humanidad, así como el derecho de los presuntos infractores a un trato justo, lo que constituye una novedad sobre los preámbulos de otras convenciones internacionales sobre delitos, incluso del propio del ER, y se interpreta como un avance significativo en el marco de la coherencia de normas con el Derecho internacional de los derechos humanos.

3.2. *Ámbito de aplicación del Proyecto de artículos*

Del proyecto de artículo 1 cabe subrayar dos cuestiones con relación al ámbito de aplicación *ratione materiae* y *ratione temporae*.

Por un lado, el proyecto de artículo⁴³ deja establecido que el ámbito de aplicación de una futura convención será la prevención y la sanción de los crímenes contra la humanidad. De acuerdo con el artículo, y con sus comentarios, la prevención se centrará en impedir que se cometan estos aberrantes crímenes, mientras que la sanción se ocupará de las actuaciones penales contra las personas -físicas o jurídicas- presuntamente responsables⁴⁴.

Es importante subrayar que, aunque parezca una obviedad, el alcance *ratione materiae* del Proyecto de artículos solo llega hasta los crímenes contra la humanidad y no se ocupa de otros crímenes graves. Esta cuestión ha sido aclarada en el proyecto de artículo después de que en el seno de la Comisión se expresara, por un lado, el parecer de que los crímenes más graves son cometidos típicamente de manera conjunta y, por otro lado, la preocupación porque no ampliar el alcance material de una futura convención también hacia los crímenes de guerra o el genocidio implicaría no abordar adecuadamente la realidad de los crímenes internacionales⁴⁵. De hecho, la inquietud que ha generado este tema ha llevado a que algunos Estados, de manera separada al Proyecto de artículos, hayan puesto en marcha una iniciativa sobre asistencia judicial recíproca que abarcará al menos tres de los cuatro crímenes más graves de Derecho internacional- crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio-⁴⁶.

Por otro lado, es preciso indicar que el proyecto de artículo 1 no hace ninguna mención sobre su aplicación temporal. Solo en el tercer comentario al proyecto de artículo se hace referencia al hecho de que las obligaciones dimanantes de una nueva convención, se

⁴² N. L. SADAT, *A contextual and historical analysis of the International Law Commission's*, cit., pp. 695-696. La autora señala en este artículo cómo echa de menos en el texto del preámbulo la inclusión de una "Cláusula Martens" propia de este proyecto de convención, que evitaría ciertas preocupaciones en torno al desarrollo del Derecho internacional consuetudinario.

⁴³ Informe CDI 2019, artículo 1 y comentario.

⁴⁴ *Ídem*, comentario, párr.1.

⁴⁵ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 355.

⁴⁶ *Crímenes de lesa humanidad. Comentarios y observaciones*, cit. Comentarios específicos sobre el artículo 1. Sierra Leona observa que la iniciativa sobre asistencia judicial recíproca que promueven la Argentina, Bélgica, Eslovenia, los Países Bajos y el Senegal apunta a instituir una cooperación más estrecha entre los Estados con respecto a todos los crímenes más graves, pp. 27 y 28.

aplicarían a los actos o hechos producidos después de su entrada en vigor para el Estado en cuestión, de acuerdo con el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta norma sería de aplicación sin perjuicio de otras obligaciones que existieran en virtud de otras normas de Derecho internacional, incluido el Derecho internacional consuetudinario, o en función del Derecho interno de los Estados, siempre y cuando no fueran incompatibles con las obligaciones del Estado en base al Derecho internacional⁴⁷.

3.3. Definición de los crímenes de lesa humanidad

El proyecto de artículo 2⁴⁸ trata la definición de los crímenes de lesa humanidad, cuestión que ha sido objeto de importantes cambios a lo largo de su desarrollo normativo en el Derecho internacional y en el Derecho interno. Los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y de la CPI disponen de definiciones diferentes de los crímenes contra la humanidad, consecuencia del contexto en el que surgen, de su ámbito de su competencia y del propio desarrollo de la figura⁴⁹. De la misma manera, los Estados también han regulado en su derecho nacional los crímenes de lesa humanidad de manera no homogénea, utilizando diferentes definiciones⁵⁰, lo que pone de manifiesto la fragmentación en la definición de los crímenes contra la humanidad.

En el momento de abordar la definición de los crímenes contra la humanidad en el Proyecto de artículos se plantearon abiertamente dos posibilidades: avanzar en una nueva definición o adherirse a la establecida en el artículo 7 del ER de la CPI.

La perspectiva de avanzar en una nueva definición de los crímenes contra la humanidad permitiría eliminar o volver a escribir algunos aspectos problemáticos de la definición de los crímenes en el ER, como el elemento de la “política”, el alcance de la expresión “organización” o el adjetivo “civil” que califica a la población objeto del ataque o el requisito del conocimiento del ataque⁵¹.

De la misma manera, proponer una nueva definición de los crímenes contra la humanidad ayudaría a abordar algunos de los desafíos legales que se presentan para esta categoría de crímenes y que vienen de la mano de los cambios que se presentan en un mundo que se transforma muy rápidamente: la inclusión de nuevos ilícitos a los actos subyacentes prohibidos en esta categoría de crímenes⁵² - el caso de graves crímenes cometidos contra el medio ambiente⁵³; o su aplicación a conductas sobre las que hay abierto un debate sobre la

⁴⁷ Informe CDI 2019, artículo 1, comentario, párr. 3.

⁴⁸ *Ídem*, artículo 2 y comentario, pp. 29-50.

⁴⁹ C. MÁRQUEZ CARRASCO, *El proceso de codificación y desarrollo de los crímenes contra la humanidad*, Universidad de Sevilla, 2008.

⁵⁰ Estudio práctico de la UGW, cit.

⁵¹ D. ROBINSON, *The Draft Convention on Crimes Against Humanity: What to do with the definition?* en M. BERGSMO (ed.) *On the Draft Crimes Against Humanity Convention*, FICHL, 2014.

⁵² V. SHARMA, *Critical analysis of International Law Commission's draft articles on crimes against humanity*, en *ILI Law Review*, Vol. II, Winter Issue, 2019, pp. 256-259.

⁵³ Para lo que también se postula la tipificación del crimen internacional de ecocidio. La última de tantas propuestas ha sido presentada en el año 2021 por un panel internacional de 12 juristas, liderado por el prestigioso abogado y jurista Philippe Sands, que definen este crimen como « cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existen grandes probabilidades de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medio ambiente». Información disponible online en <https://www.stopecocide.earth/>.

idoneidad de su integración material en el ámbito de los crímenes contra la humanidad -el caso de la trata de personas-⁵⁴.

La CDI adoptó finalmente la propuesta de definición de los crímenes de lesa humanidad del artículo 7 del ER, salvo algunos cambios de carácter no sustantivo habida cuenta de la necesaria adaptación al contexto de la propuesta de convención⁵⁵. Los argumentos claramente a favor de la oportunidad de esta última vía fueron que la definición contenida en el ER se encontraba ampliamente aceptada; que, además, de acuerdo a la opinión de importantes autoridades en la materia, ésta gozaba de estatus de Derecho internacional consuetudinario⁵⁶; y, asimismo, que esta definición había sido incorporada por un número considerable de Estados en su derecho nacional⁵⁷.

La definición de los crímenes contra la humanidad contenida en el proyecto de artículo responde de esta manera a uno de los pilares del proyecto de borrador que era ser consistente, coherente y complementario con el ER. Asimismo, abraza el amplio consenso que existe entre los Estados sobre la evolución del contenido y del alcance de los requisitos generales de crimen y revela más un ejercicio de codificación que de desarrollo progresivo de normas⁵⁸.

En Último Término, Hay Que Hacer Notar Que El Mismo Proyecto De Artículo, En El párrafo 3, incluye una cláusula en la que señala que la definición en él dada de los crímenes se entenderá “sin perjuicio” de otra definición más amplia que pueda estar contenida en los instrumentos internacionales, en el Derecho internacional consuetudinario o la legislación nacional⁵⁹, lo que implica que no será óbice para la aplicación de normas que contengan una protección más amplia.

4. *El establecimiento de las obligaciones generales del Estado en el Proyecto de artículos*

El proyecto de artículo 3⁶⁰ introduce tres obligaciones generales: la obligación del Estado de no incurrir en actos que constituyan crímenes de lesa humanidad y las obligaciones de prevenir y castigar estos crímenes. Si bien los proyectos de artículos del 4 al 10 desarrollan estas obligaciones, a través del establecimiento de las que tienen carácter específico y que los Estados deben cumplir en el desarrollo y aplicación de sus ordenamientos jurídicos nacionales, así como en el ámbito de la cooperación judicial recíproca con otros Estados o entidades, ahora nos centraremos en el análisis del proyecto de artículo 3 que, como hemos indicado, está dedicado a las obligaciones de carácter general.

⁵⁴ C. KRESS y S. GARIBIAN, *Laying the Foundations for a Convention*, cit., p. 913.

⁵⁵ Estos cambios destacables, respecto de la definición del ER, son los siguientes: con relación al crimen de persecución, se elimina por el contexto de la futura convención cualquier referencia a la expresión “con cualquier crimen de competencia de la Corte”, pero se mantiene su persecución siempre que se cometa en conexión con cualquier otro de los actos subyacentes prohibidos, ello con el propósito de que el texto incluyera un número significativo de prácticas discriminatorias que no fueran crímenes contra la humanidad; por otro lado, se suprime la definición de género que usa el ER permitiendo así que el término se aplique a los efectos del presente proyecto de artículos sobre la base de una interpretación evolutiva de su significado. Véase en Informe CDI 2019, párrs. 38-42.

⁵⁶ N. L. SADAT, *Crimes against Humanity in the Modern Age*, en *American Journal of International Law*, 2013, vol. 107, n.º. 2, 334-373.

⁵⁷ D. ROBINSON, *The Draft Convention on Crimes Against Humanity*, cit., p. 3.

⁵⁸ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 360.

⁵⁹ Informe CDI 2019, artículo 2. Definición de los crímenes de lesa humanidad, párr. 3.

⁶⁰ *Ídem*, artículo 3, comentario, pp. 50-57.

La CDI decidió incluir en este proyecto de convención la obligación general del Estado de no cometer actos que constituyan crímenes de lesa humanidad, lo que diferencia a este Proyecto de artículos de otros instrumentos jurídicos internacionales de los que bebe, tales como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, y la Convención contra la Tortura, de 1986, que no hacen una referencia explícita a este tipo de obligación.

En esta materia, la Comisión ha seguido *mutas mutandis* la interpretación realizada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la obligación de no cometer actos que constituyan un crimen de genocidio en la causa relativa a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (*caso Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro*) que determinó que la identificación del genocidio como crimen, así como la obligación del Estado de prevenirlo, van necesariamente aparejadas a la obligación de no cometer genocidio⁶¹. La CIJ sostuvo que la Convención imponía al Estado, en virtud del artículo I, además de la obligación declarada de prevenir, la de no cometer actos de genocidio y que esta obligación derivaba de la clasificación del genocidio como un “crimen según el Derecho internacional”⁶². La Corte señaló que, aunque la Convención sobre el Delito de Genocidio no exigía expresamente que los Estados se abstuvieran de cometer actos de genocidio, el artículo I tenía el efecto de prohibir a los Estados que cometieran por sí mismos genocidio⁶³.

La CDI aclara en los comentarios al proyecto de artículo que de la obligación general de no cometer crímenes de lesa humanidad, por analogía con la obligación que resulta del crimen de genocidio, se desprenden otras dos: por un lado, el Estado no puede cometer dichos actos «por medio de sus propios órganos o de las personas respecto de las cuales tuviera un control tan firme que su conducta fuera atribuible al Estado con arreglo al derecho internacional»⁶⁴; por otro lado, el Estado tiene la obligación, en virtud del Derecho internacional, de no prestar ayuda o asistencia a otro Estado, ni de dirigir, controlar o coaccionar a otro Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. En el caso de que el Estado incumpliera esta obligación, incurriría en responsabilidad internacional si la conducta le fuera atribuible en virtud de las normas de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en particular, de acuerdo con el Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de 2001 en esta materia⁶⁵.

Si bien se puede cuestionar la necesidad de incorporar esta obligación en el Proyecto de artículos, ya que podría considerarse una tautología prohibir al Estado cometer actos que ya está obligado a prevenir⁶⁶, ha de valorarse como una contribución importante que la CDI haya querido establecer para el Estado obligaciones específicas de no cometer actos que son

⁶¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, p. 43 y ss.

⁶² *Ídem*, p. 113, párr. 166.

⁶³ *Ídem*.

⁶⁴ Informe CDI 2019, artículo 3, comentario, párr. 3. Siguiendo, además, el fallo del *caso Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, p. 113, párr. 166.

⁶⁵ *Ídem*, comentario, párr. 6.

⁶⁶ Schabas indica que es útil recordar que cuando la CIJ reconoció la obligación del Estado de no cometer genocidio, estaba interpretando la cláusula compromisaria sobre la jurisdicción de la Corte contenida en el artículo IX de la Convención sobre el Delito Genocidio y su competencia para conocer si un Estado había cometido genocidio. Véase en W. SCHABAS, *Prevention of Crimes Against Humanity*, en *Journal of International Criminal Justice*, 16, 2018, pp. 705-728, pp. 713-714.

crímenes de lesa humanidad y que de su incumplimiento pueda generarse responsabilidad internacional, de forma paralela a la responsabilidad penal del individuo.

Ahora bien la importancia del establecimiento de esta obligación, el Proyecto de artículos no ha incorporado ninguna mención específica sobre la responsabilidad del Estado por la comisión de crímenes contra la humanidad de acuerdo a los principios de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos ni el proyecto de artículo 3 ni tampoco en el proyecto de artículo 15, sobre solución de controversias, cuestión que ha generado fundadas críticas⁶⁷.

En el ámbito del proyecto de artículo 3, la CDI ha realizado otra aportación significativa que es el establecimiento de la obligación general del Estado de prevenir los crímenes de lesa humanidad. La prevención es una pieza fundamental en el régimen convencional internacional en materia de crímenes internacionales, crímenes transnacionales y de derechos humanos. Por esta razón, el establecimiento de la obligación de prevenir los crímenes contra la humanidad es uno de los objetivos clave del desarrollo de una propuesta de convención internacional.

La Comisión ha establecido la obligación de prevenir a partir de una lectura combinada de la práctica de los Estados, de la jurisprudencia internacional y de la prohibición establecida de delitos que prevé el castigo de quienes cometen crímenes contra la humanidad. Jalloh señala acertadamente que si bien la prohibición del genocidio, del apartheid, de la desaparición forzada y de la tortura exigen al Estado tomar medidas preventivas, y esta obligación estaría vigente para los Estados cuando estos delitos se cometen en el contexto de gravedad exigido para calificar el crimen de lesa humanidad, si esta misma obligación no existe con relación a los otros ilícitos subyacentes a esta categoría como son los casos del asesinato, del exterminio o de los crímenes de violencia sexual, entre otros, es necesario extenderla a los mismos cuando se comenten en el marco de ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil⁶⁸.

La CDI aclara el sentido y el alcance de las obligaciones generales de prevenir y castigar a través de los comentarios al proyecto de artículo 3. De esta manera, la Comisión explica que la obligación de prevenir crímenes contra la humanidad es una obligación jurídicamente vinculante para todos los Estados⁶⁹ y que, además, se trata de una obligación distinta y autónoma de la obligación de castigar los crímenes⁷⁰. De la misma manera, la Comisión señala que los Estados, para dar cumplimiento a esta obligación, deben hacer todo lo posible para prevenir la comisión de tales actos cuando tengan la capacidad de influir efectivamente sobre las personas que los pueden cometer o que los están cometiendo⁷¹, es decir, que la obligación ha de ser interpretada a la luz de las circunstancias y de los riesgos que los Estados deben confrontar en el momento, así como su capacidad de influir sobre el curso de los acontecimientos⁷². De la misma forma, la Comisión indica que al enunciar que todo Estado se compromete a prevenir y castigar los crímenes de lesa humanidad que sean “crímenes según el Derecho internacional”, pretende establecer la obligación de prevención y castigo

⁶⁷ L. N. SADAT, *A comprehensive History of the Proposed International Convention on the Prevention on Punishment of Crimes Against Humanity*, published online by Cambridge University Press, 2011, p. 702.

⁶⁸ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit, pp. 361-363.

⁶⁹ Informe CDI 2019, artículo 3, comentario, párr. 8, siguiendo las medidas provisional adoptadas en el caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, providencia de 8 de abril de 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 3 y ss., en especial pág. 22, párr. 45

⁷⁰ *Ídem*, párr. 9, caso *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, párrs. 425-427.

⁷¹ *Ídem*, párr. 7, sobre el caso *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, párr. 430.

⁷² Informe CDI 2019, artículo 3, comentario, párr. 20.

respecto de los crímenes que son cometidos por individuos y que generan responsabilidad penal individual en el Derecho internacional, más que de los actos ilícitos internacionales de los Estados⁷³. Asimismo, la CDI enuncia que los crímenes contra la humanidad pueden cometerse o no en tiempo de conflicto armado y explica que este último término debe interpretarse en el sentido de que abarcan los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales⁷⁴ y de manera independiente a si los crímenes de lesa humanidad estén o no tipificados en el derecho interno⁷⁵. Por último, la Comisión establece que, con relación a estas obligaciones generales, no podrán invocarse circunstancias excepcionales como justificación de la comisión de los crímenes de lesa humanidad y, por tanto, no pueden ser alegadas situaciones tales como los conflictos armados o la violencia interna en los Estados⁷⁶. Si bien ese texto se inspira en el artículo 2, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, ha sido adaptado al contexto de los crímenes de lesa humanidad⁷⁷.

5. Las obligaciones específicas de prevenir

5.1. Las obligaciones específicas de prevenir los crímenes de lesa humanidad en su dimensión interna

El proyecto de artículo 4⁷⁸ aborda las medidas específicas contenidas en la obligación general de prevenir: tomar «todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas apropiadas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción», lo que se denomina la “dimensión interna” de la obligación⁷⁹; y, también, «cooperar con otros Estados, organizaciones intergubernamentales y, según proceda, con otras organizaciones», también llamada “dimensión externa”⁸⁰.

La obligación de adoptar medidas específicas se inspira en la Convención contra la Tortura, de 1984⁸¹. La Comisión, en los comentarios al proyecto de artículo 4, hace constar que las medidas preventivas específicas que un determinado Estado deberá adoptar, con respecto a los crímenes de lesa humanidad, dependerán del contexto y de los riesgos que existan para ese Estado con respecto a esos delitos⁸²; que deben ser efectivas y para ello tienen que ser revisadas periódicamente⁸³; que tendrán que ser conformes al Derecho internacional, incluidas las normas que prohíben el uso o amenaza de la fuerza previstas en la Carta de las Naciones Unidas, las normas del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos⁸⁴; por último, establece que estas medidas

⁷³ *Ídem*, párr.10.

⁷⁴ *Ídem*, párr.14.

⁷⁵ *Ídem*, párr.19.

⁷⁶ Informe CDI 2019, artículo 3, párrafo 3.

⁷⁷ *Ídem*, párr. 20.

⁷⁸ Informe CDI 2019, artículo 4 y comentario, pp. 57-66.

⁷⁹ W. SCHABAS, *Prevention of Crimes Against Humanity*, cit., p. 714.

⁸⁰ *Ídem*, p. 717.

⁸¹ Convención contra la Tortura, Art. 2. 1: «Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.»

⁸² Informe CDI 2019, artículo 4, comentario, párr.11.

⁸³ *Ídem*, comentario, párr. 8.

⁸⁴ *Ídem*, comentario, párr. 6.

deberán ser adoptadas en todo el territorio bajo su jurisdicción, abarcando situaciones en las que un Estado ejerce jurisdicción *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de iure*⁸⁵.

La CDI señala, por medio de una lectura de la jurisprudencia en la materia, de la práctica de los órganos de Naciones Unidas y de la práctica de los Estados, que estas medidas preventivas específicas deben consistir en aprobar legislación y políticas para dar a conocer el delito y promover la detención temprana; someter a examen esas políticas; emprender programas de formación para funcionarios, cuerpos de seguridad y otro personal relevante; y, por último, cuando se cometa el acto prohibido, cumplir de buena fe cualquier otra obligación de investigar y enjuiciar o extraditar a los responsables⁸⁶.

En este orden de cosas, cabe señalar que la Comisión deja establecido que la responsabilidad internacional del Estado también surge cuando este no ha puesto el máximo empeño para organizar el aparato gubernamental y administrativo, en la medida necesaria y apropiada, a fin de prevenir en lo posible que se cometa el acto prohibido⁸⁷.

La obligación de cooperar con otros Estados, así como con organizaciones intergubernamentales u otras organizaciones, es una manifestación de la dimensión externa de la obligación de prevenir y, a pesar de que el Proyecto de artículos no haya sido explícito en esta cuestión, significa que esta obligación se extiende más allá de la jurisdicción del Estado. Esta obligación de cooperar entre los Estados dimana de la Carta de las Naciones Unidas, del artículo 1, párrafo 3, cuando indica que uno de los propósitos de la Carta es « (...) realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales (...)»; así como de los artículos 55 y 56 de la Carta, donde los Estados se comprometen «a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de ciertos propósitos (...)»⁸⁸.

La responsabilidad general de los Estados de cooperar para prevenir estos crímenes ha sido recogida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, de 1973, en donde se afirma que «los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin»⁸⁹. Asimismo, en el marco de la doctrina sobre la “responsabilidad de proteger”, también la Asamblea General reconoce en la resolución 60/1, de 24 de octubre de 2005, no solo la responsabilidad del Estado de proteger a su propia población contra el genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes contra

⁸⁵ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 53^a periodo de sesiones, Anuario... 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, UN. Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2) Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, Art. 1, comentario, párr. 12) p. 161 (donde se cita la *Opinión consultiva de la CIJ en el caso Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, I.C.J. Reports 1971, pp. 16 y ss., en especial pág. 54, párr. 118). Véase también Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58^a periodo de sesiones, Anuario..., 2006, vol. II (segunda parte), UN. Doc. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, Principio 2, comentario, párr. 25, p. 77; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinión Consultiva*, I.C.J. Reports 1996, pp. 226 y ss., en especial p. 242, párr. 29

⁸⁶ Informe CDI 2019, artículo 4, comentario, párr.11.

⁸⁷ *Ídem*.

⁸⁸ Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI.

⁸⁹ Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad”, 3 de diciembre de 1973.

humanidad, sino también la responsabilidad que tiene la comunidad internacional de usar los medios diplomáticos, humanitarios y otros pacíficos, de acuerdo con los Capítulos VI y VIII de la Carta de las Naciones Unidas, para proteger a poblaciones contra estos crímenes, al mismo tiempo que señala que puede tomar acciones colectivas a través del Consejo de Seguridad, de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta, siempre en un análisis de caso a caso⁹⁰.

De la misma forma, la cuestión de la “prevención unilateral” ante la amenaza de cometerse genocidio y crímenes contra la humanidad, en ausencia de una autorización del Consejo de Seguridad, también ha sido abordada en el Derecho internacional, lo que ha generado significativas discrepancias. La CIJ en el caso *Bosnia v. Serbia*, en 2007, encontró que Serbia había incumplido la obligación de prevención al no haber intervenido en la vecina Bosnia-Herzegovina⁹¹. De acuerdo con el fallo de la Corte, la cercanía geográfica, el tipo de relaciones políticas que mantenían los Estados, la posición de influencia de Serbia y, por tanto, su capacidad de generar un efecto disuasorio sobre la comisión del crimen, obligaban al Estado a tomar medidas si las circunstancias así lo permitieran⁹².

En este sentido, y como acertadamente ha expresado el profesor Schabas, hubiera sido deseable que el Proyecto de artículos confirmara con más precisión el principio de extensión de la obligación del Estado de prevenir más allá de sus fronteras jurisdiccionales de acuerdo con las normas del Derecho internacional⁹³.

5.2. Las obligación de no devolución

El proyecto de artículo 5⁹⁴ completa la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad con la obligación de no expulsar, devolver, entregar o extraditar a una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que estaría en peligro de ser víctima de un crimen de esta misma naturaleza⁹⁵. Su redacción se inspira en el artículo 16 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006⁹⁶.

La redacción del proyecto de artículo, supera algunas preocupaciones derivadas de la redacción original⁹⁷ que fue propuesta por el Relator Especial en su tercer informe, en el año 2017, y que establecía que la obligación de no devolución incluía la de “una persona a un

⁹⁰ Resolución 60/1 de la Asamblea General “Documento final de la Cumbre Mundial 2005”, 16 de septiembre de 2005, UN. Doc. A/Res/60/1.

⁹¹ *Caso Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*) cit., párr. 430.

⁹² *Ídem*. párr. 431.

⁹³ W. SCHABAS, *Prevention of Crimes Against Humanity*, cit., p. 721.

⁹⁴ Informe CDI 2019, artículo 5 y comentario, pp. 66-71.

⁹⁵ Con relación al principio de no devolución la CDI ha expresado incluso que se trata de una norma de *ius cogens* en su compendio *Work of the International Law Commission*, 9º Ed., 2017, p. 22. Además, este principio ha sido explícitamente recogido en varios instrumentos jurídicos internacionales tales como el Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 973, p. 287; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, núm. 2545, p. 137; Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, adopted in Addis Abeba, 10th september 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1001, núm. 14691, p. 45, art. II, párr. 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Pacto de San José de Costa Rica” (San José, 22 de noviembre de 1969), Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955, p. 123; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, núm. 26363, p. 217.

⁹⁶ Convención contra las Desapariciones Forzadas, artículo 16.

⁹⁷ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 362-364.

territorio bajo la jurisdicción de otro Estado”⁹⁸. El comentario al proyecto de artículo aclara que la obligación de evitar el traslado a otro “Estado”, y no “a un territorio bajo la jurisdicción de otro Estado”, permite abarcar las situaciones en las que la persona pasa del control de un Estado al de otro, aunque suceda dentro del mismo territorio o fuera de un territorio -por ejemplo, en la alta mar o en el espacio aéreo-⁹⁹.

Del mismo modo, del comentario al artículo se desprende que la obligación de “no devolución” surgirá solo para el caso de que la persona pueda ser víctima de un crimen contra la humanidad y no se evaluará el riesgo de ser objeto de otros crímenes internacionales como es el genocidio o la persecución vinculada a otros delitos, para los que existen otras normas aplicables. De hecho, en el comentario al artículo se aclara que esta obligación se entenderá sin perjuicio de otras obligaciones de no devolución derivadas de tratados o del Derecho internacional consuetudinario, que seguirán siendo de aplicación¹⁰⁰. Esta es la razón por la que el proyecto de artículo 5 forma parte de la obligación general de prevención del crimen contra la humanidad¹⁰¹.

Al mismo tiempo, la CDI explica en su comentario que cuando el proyecto de artículo 5, párrafo 1, señala que el Estado no devolverá a la persona en cuestión cuando haya “motivos fundados” de estar en peligro de ser víctima de un crimen contra la humanidad, se sigue la interpretación que diferentes órganos judiciales internacionales y órganos de los tratados han realizado sobre esta expresión. La Comisión indica, por ejemplo, que esta expresión implica el riesgo de sufrir un “daño irreparable”¹⁰²; que ha de ser al mismo tiempo “previsible, personal, presente y real”¹⁰³; que los Estados han de examinar las “consecuencias previsibles”¹⁰⁴ de enviar a una persona al Estado receptor, haciendo hincapié en que dicha evaluación debe ser “rigurosa”¹⁰⁵; y, además, que “ha de evaluarse fundamentalmente en relación con los hechos que el Estado contratante conocía o debía conocer en el momento de la expulsión”¹⁰⁶ o “habida cuenta de la información que estaba en poder o debía estar en poder de las autoridades del Estado parte” en ese momento¹⁰⁶.

⁹⁸ *Tercer Informe del Relator Especial sobre los Crímenes contra la Humanidad*. Redacción original del Proyecto de artículo 12. No devolución.

⁹⁹ Informe CDI 2019, artículo 5, comentario, párr. 2.

¹⁰⁰ Informe CDI 2019, artículo 5, comentario, párr. 6, p. 68.

¹⁰¹ Hay que indicar que, sin embargo, esta idea de separar la obligación de no devolución para prevenir el crimen contra la humanidad respecto de la evolución de la comisión de otros crímenes internacional ha sido interpretada como una forma muy restrictiva de abordar la letra y el espíritu de este principio. *Ídem*, p. 364.

¹⁰² Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párr. 12. Véase también Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida (CCPR/C/GC/36).

¹⁰³ Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22 (CAT/C/GC/4), párr. 11. Comité contra la Tortura, *Dadar c. Canadá*, comunicación núm. 258/2004, decisión adoptada el 23 de noviembre de 2005, Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/61/44), anexo VIII, secc. A, p. 264, párr. 8.4; *N. S. c. Suiza*, comunicación núm. 356/2008, decisión adoptada el 6 de mayo de 2010, *ibíd.*, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/65/44), anexo XIII, secc. A, p. 352, párr. 7.3; *Subakaran R. Thirugnanasampanthar c. Australia*, comunicación núm. 614/2014, decisión adoptada el 9 de agosto de 2017 (CAT/C/61/D/614/2014), párr. 8.3.

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, *Saadi v. Italia*, demanda núm. 37201/06, sentencia de 28 de febrero de 2008, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2008-II, párr. 130.

¹⁰⁵ *Ídem*, párr. 128.

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Maksudov y otros c. Kirguistán*, comunicaciones núm. 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, dictamen aprobado el 16 de julio de 2008, Documentos

De la misma manera, es importante mencionar que el proyecto de artículo no integra ninguna cláusula de excepción a la obligación de no devolución para el caso de que la persona haya cometido un delito o represente un riesgo grave para la seguridad, dotándola así de una carácter absoluto¹⁰⁷, y en línea con los tratados internacionales que han recogido esta obligación de “no devolución” con posterioridad a la adopción de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, que sí recoge esta reserva¹⁰⁸.

Por último, se puede señalar que la labor realizada por la CDI en este proyecto de artículo puede interpretarse como una codificación de una norma existente y fundamental del Derecho internacional contra la devolución que pone en peligro a la persona de ser víctima del crimen internacional de lesa humanidad, que coincide con el Derecho internacional consuetudinario contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y con números tratados e instrumentos jurídicos internacionales ampliamente aceptados por los Estados¹⁰⁹.

5.3. *La obligación de criminalización en el derecho interno*

El proyecto de artículo 6¹¹⁰ establece la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los crímenes contra la humanidad estén tipificados en su derecho penal, lo que contribuiría en gran medida o a la prevención de los crímenes.

La redacción de este artículo incluye una parte sustancial de los principios del Derecho internacional recogidos en el Estatuto y en las sentencias del Tribunal de Núremberg, formulados con posterioridad por la propia CDI, en el año 1950, a petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹¹¹.

En este sentido, el proyecto de artículo tipifica la comisión y la tentativa de cometer los crímenes contra la humanidad. Además, tomando como referencia la legislación internacional y nacional sobre crímenes de lesa humanidad, incluye diferentes formas o modos de participación punible de las personas físicas como son el hecho de «ordenar, instigar, inducir, ayudar, ser cómplice o colaborar o contribuir de algún modo a la comisión o tentativa del delito»¹¹².

Asimismo, hay que destacar la inclusión de la responsabilidad penal de los mandos y superiores; la ausencia de eximente en razón del cumplimiento de una orden debida de un Gobierno o de un superior, militar o civil, así como la improcedencia del cargo oficial para la imputación de responsabilidad penal; la no prescripción de los crímenes; la necesidad de establecer penas apropiadas que tengan en cuenta la gravedad de los delitos; y, por último, la responsabilidad de las personas jurídicas, cuando proceda, que podrá ser penal, civil o

Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/63/40), vol. II, anexo V, secc. W, párr. 12.4.

¹⁰⁷ Informe CDI 2019, artículo 5, comentario, párr. 11, pp. 70-71.

¹⁰⁸ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 33, párr. 2.

¹⁰⁹ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 364.

¹¹⁰ Informe CDI 2019, artículo 6 y comentario, pp. 71-91.

¹¹¹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, pp. 374-379.

¹¹² Para algunos autores, sin embargo, aunque parece que tipificar los modos específicos de responsabilidad en el marco de una convención internacional sobre los crímenes contra la humanidad aseguraría armonizar el derecho penal nacional con el derecho internacional, esta cuestión no resultaría del todo necesaria ya que la existencia de diferentes estándares o modos de responsabilidad no supondrían un obstáculo para la persecución de los crímenes, por ejemplo, en términos de cooperación judicial recíproca, Véase en E. VAN SLEDREGT, *Criminalization of Crimes Against Humanity under National Law*, en *Journal of International Criminal Justice* 16, 2018.

administrativa, lo que es una novedad con relación a otros instrumentos jurídicos internacionales que abordan delitos de la misma naturaleza.

Sin embargo, y a pesar del importante esfuerzo realizado para concretar la redacción del artículo, en lo que parece una mezcla entre codificación y desarrollo progresivo de normas¹¹³, la doctrina científica ha planteado sólidas críticas sobre algunos aspectos de alto impacto en materia de prevención y castigo de los crímenes contra la humanidad, en particular, la exclusión de la incitación a la comisión de crímenes contra la humanidad como una forma punible de responsabilidad¹¹⁴.

Aunque la incitación ha sido recogida expresamente en el artículo III, literal c), de la Convención sobre la Represión y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948,¹¹⁵ y en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, de 1968¹¹⁶; y, a pesar de que genera una forma de responsabilidad que parece que se encuentra bien arraigada en el Derecho internacional consuetudinario, en la práctica de los Estados y en la de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* que han perseguido crímenes contra la humanidad¹¹⁷, el camino seguido por la CDI ha sido utilizar una terminología amplia y neutral para que los Estados no se vean obligados a modificar términos o conceptos que estén bien establecidos en su Derecho penal interno¹¹⁸.

En este sentido, el Relator Especial, en su tercer informe, sugirió que la inducción a la comisión de crímenes contra la humanidad cubría la incitación y, por tanto, no se consideraba necesaria la inclusión expresa de esta ofensa en particular¹¹⁹. No obstante, esta afirmación no ha sido desarrollada de forma suficientemente clara ni en los informes presentados por el Relator a la CDI ni en los comentarios del proyecto de artículos aprobados por la Comisión, en segunda lectura. Algunas autoridades en la materia consideran que hubiera sido preferible que el artículo incluyera explícitamente la incitación como una forma de responsabilidad específica en la comisión de los crímenes contra la humanidad al tener una importancia jurídica reseñable¹²⁰. En este sentido, destacan que la inclusión de la incitación como forma de participación punible ayudaría a vencer obstáculos que obstruyen el progreso en la prevención de los crímenes de lesa humanidad¹²¹. De la misma manera, estos mismos autores han indicado que la conspiración debía haberse incluido en el proyecto de artículo 6 ya que parece que su controvertido estatus en el Derecho internacional se está superando y va ganando terreno en el Derecho interno¹²².

¹¹³ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 365.

¹¹⁴ *Ídem*, p. 366; L. N. SADAT, *A comprehensive History of the Proposed International Convention*, cit., pp. 701-702; W. SCHABAS, *Prevention of Crimes Against Humanity*, cit., pp. 721-726.

¹¹⁵ Convención sobre el Delito de Genocidio, artículo III: «Serán castigados los actos siguientes: (...); c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; (...)».

¹¹⁶ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Nueva York, 26 de noviembre de 1968), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 754, núm. 10823 (p. 73) (en adelante, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes).

¹¹⁷ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., pp. 366-367.

¹¹⁸ Informe CDI 2019, artículo 6, comentario (15), p. 77.

¹¹⁹ *Ídem*, párr. 13 “(...) El párrafo 2 no recoge el concepto de incitación como delito no consumado o inacabado (es decir, un delito que puede tener lugar aunque el crimen no se consume, como la “tentativa” del párrafo 2 b)). Al mismo tiempo, los diversos términos que figuran en el párrafo 2 c) engloban el concepto de incitación a la comisión de un crimen de lesa humanidad cuando éste llega a perpetrarse”.

¹²⁰ L. N. SADAT, *A contextual and historical analysis of the International Law Commission's*, cit., p. 702.

¹²¹ W. SCHABAS, *Prevention of Crimes Against Humanity*, cit., p. 726.

¹²² E. VAN SLIEDREGT, *Criminalization of Crimes*, cit., pp. 729-749; Informe CDI 2019, artículo 6, comentario, párr. 13: «El Estatuto de Roma no hace referencia ni a la “conspiración” ni a la “incitación” en relación con los

De la misma forma, tampoco se han hecho presentes en el proyecto de artículos 6 otras teorías sobre la responsabilidad como la de la “empresa criminal conjunta” y la “comisión indirecta”, aplicadas por los Tribunales Internacionales *ad hoc* y la CPI. Lo que puede explicar estas notables ausencias es que estas formas de asociación para la comisión del crimen pueden ser conceptos todavía muy controvertidos¹²³ y que la CDI haya entendido que la total integración de los estándares o los conceptos propios del Derecho internacional, así como la completa armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales en esta materia, no son estrictamente necesarios para la atribución de responsabilidad por los operadores de justicia nacionales ya que pueden encontrar alternativas adecuadas en el derecho interno¹²⁴.

Con relación a esta cuestión, hay que señalar que la CDI ha tomado la decisión de ser coherente con el ER y, por esta razón, ha seguido claramente el enunciado de su artículo 25 que establece la responsabilidad penal del individuo por la comisión de un crimen competencia de la CPI y no abunda más en esta materia relativa a las formas de responsabilidad concretas.

Otros de los temas que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina científica es el de la responsabilidad del superior jerárquico, ya que el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 presenta una responsabilidad por negligencia con relación a dos tipos de *actus reus* -fallar en prevenir la comisión del crimen y fallar en castigar a los responsables-, de acuerdo a los dos estándares de conocimiento o *mens rea* codificados en los tratados internacionales -cuando “hubieran sabido” o “hubieran debido saber” que los subordinados se proponían cometer o estaban cometiendo el crimen-. De esta manera, no queda expresamente recogida la responsabilidad del superior cuando internacionalmente permite la comisión del crimen por sus subordinados o internacionalmente no informa sobre la comisión de los crímenes. Pese a que una lectura combinada del proyecto de artículo, párrafos 3 y 4, ya que este último se refiere a la responsabilidad del subordinado por el cumplimiento de las órdenes del superior jerárquico, puede llevar a entender que esta forma de responsabilidad sí se encuentra recogida en la norma, hubiera sido deseable que la redacción del artículo hubiera incluido explícitamente los tres conceptos de la responsabilidad del superior: (i) por permitir intencionalmente la comisión del crimen por sus subordinados; (ii) por fallar intencionalmente en no informar sobre los crímenes; (iii) por fallar negligentemente en la supervisión de sus subordinados¹²⁵.

De la misma manera que el proyecto de artículo 6 aborda temas clásicos en materia de criminalización de los crímenes de lesa humanidad, también integra una nueva materia que refleja por partes la codificación y el desarrollo progresivo de normas en esta materia¹²⁶: la responsabilidad de las personas jurídicas.

A pesar de que en este terreno no existe todavía un consenso general entre los Estados, algunos de los miembros de la CDI subrayaron la necesidad de incluir una disposición sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de crímenes contra la humanidad que reflejara una nueva realidad en la que otros actores distintos a los Estados se ven

crímenes de lesa humanidad, un enfoque que la Comisión ha decidido seguir en el presente proyecto de artículos».

¹²³ E. VAN SLIEDREGT, *Criminalization of Crimes*, cit., p. 733.

¹²⁴ *Ídem*, pp. 732-734.

¹²⁵ *Ídem*, pp. 740-742.

¹²⁶ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 366.

envueltos en estos aberrantes crímenes¹²⁷. La Comisión teniendo en consideración que la práctica legislativa y jurisprudencial de los Estados en esta materia es insuficiente y muy variada¹²⁸; que la responsabilidad penal de la personas jurídicas ha sido recogida en pocos tratados internacionales¹²⁹, menos aún con relación a la comisión de crímenes contra la humanidad¹³⁰; y, por último, que no ha ocupado hasta el momento un lugar especialmente destacado en las cortes y tribunales penales internacionales¹³¹, ha decidido incluir esta cuestión siguiendo un enfoque flexible, lo que significa que los Estados puedan adoptar las disposiciones del artículo en consonancia con su derecho interno y para ello ha reproducido casi literalmente el artículo 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos

¹²⁷ ILC, *Provisional summary record of the 3300th mtg.*, Sixty-eight session, UN. Doc. A/CN.4/SR.3300, 2016, p.14.

¹²⁸ Estudio práctico de la GWU.

¹²⁹ La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973/403; el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003; y una serie de tratados celebrados en el ámbito del Consejo de Europa; Protocolo de 2014 por el que se modifica el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos de la Unión Africana que, aunque no ha entrado aún en vigor, establece la competencia de la Corte Africana nuevamente constituida para juzgar a personas jurídicas (excepto Estados) por crímenes de carácter internacional, incluidos los crímenes de lesa humanidad; también este es el enfoque que sigue la negociación en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por parte del Grupo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos que fue establecido mediante Resolución 26/9, del 26 de junio de 2014, y tiene el mandato de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre las actividades empresariales y los derechos humanos de un tratado en materia de empresas y derechos humanos en el seno del Consejo de Naciones Unidas; y, por último, la propuesta de Directiva de Debida Diligencia de las empresas y derechos humanos de la Unión Europea contenida en la Resolución del Parlamento Europeo, 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)).

¹³⁰ Protocolo de 2014 por el que se modifica el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos de la Unión Africana, aunque no ha entrado aún en vigor. El TEL no es considerado ya que solo Protocolo de 2014 por el que se modifica el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos de la Unión Africana, aunque no ha entrado aún en vigor, véase en *Al Khayat, Decision of 2 October 2014* (nota 396 *supra*), párr. 74. En última instancia, el Tribunal declaró no culpable a la persona jurídica, *Al Jadeed TV*. Véase *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat, Case No. STL-14-05/T/CJ, Contempt Judge*, decisión de 18 de septiembre de 2015, Tribunal Especial para el Líbano, párr. 55; *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L. (N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat, Case No. STL-14-05/A/AP, Appeals Panel*, decisión de 8 de marzo de 2016.

¹³¹ Ni el Tribunal Internacional de Núremberg, ni los Tribunales Internacionales *ad hoc*, ni la CPI tienen competencia sobre las persona jurídicas. Cuestión distinta es la evolución y el tratamiento que esta cuestión ha tenido en los foros nacionales en los que se ha seguido procesos contra empresas por su participación en la comisión de crímenes internacionales, con mayor o menos éxito, entre ellos: *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc* (582 5F.3 244, 259), 2th october 2009. Véase también, *US Supreme Court, Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc* (No. 09-1262), Amicus Curiae of international law scholars, 30 April 2010, *Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc* (No. 09-1262); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 133 S.Ct. 1659 (2013); *The Public Prosecutor v. Frans Cornelis Adrianus van Anraat*, District Court of The Hague, The Netherlands (Case n.º 09/751003-04), Sentence, 23 December 2005; *The Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven*, Court of Appeal of The Hague, The Netherlands, (Case n.º 220043306) (ECLI: NL: GHSGR: 2008: BC6068), Judgment, 21 April 2017; *Poder Judicial de la Nación de Argentina, año 2019, Sentencia Causas n.º 2855 y 2358*.

del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000¹³².

Algunas de las dificultades que derivan de la redacción del proyecto de artículo 6, párrafo 8, para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas es que la CDI no define lo que es una persona jurídica de modo que los Estados no estarán obligados a aplicarla a las entidades a las que no se les reconoce responsabilidad penal por hechos delictivos en su derecho interno¹³³; también deja a la discrecionalidad del Estado establecer si esta disposición procede o no en el contexto específico de los crímenes contra la humanidad¹³⁴; y, además, pone de manifiesto que no hay una obligación de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas si ello es incompatible con los principios jurídicos nacionales de un Estado y por ello, en estos casos, la responsabilidad de las personas jurídicas pueden ser civil o administrativa¹³⁵.

5.4. *El establecimiento de la competencia nacional para enjuiciar los crímenes*

La CDI regula en el proyecto de artículo 7¹³⁶ el establecimiento de la competencia nacional para enjuiciar crímenes contra la humanidad, obligación que tiene una enorme importancia no solo por su carácter preventivo sino también disuasorio¹³⁷.

Por un lado, la Comisión establece en el proyecto de artículo 7, párrafo 1, una obligación del Estado de carácter general de establecer su competencia en virtud de los criterios de territorialidad, de nacionalidad activa y pasiva. De esta manera, los tribunales nacionales tienen la obligación de ejercer su competencia para conocer de estos crímenes cuando se comentan tanto en el territorio *de iure* como en cualquier otro territorio bajo su jurisdicción, incluidos buques y aeronaves de pabellón de este Estado; además, los Estados tomarán todas las medidas necesarias para establecer la competencia de sus tribunales sobre estos crímenes cuando el presunto infractor sea un nacional y tendrán la facultad de hacerlo en la circunstancia de que sea una persona apátrida que resida habitualmente en su territorio; en última lugar, recoge esta misma facultad del Estado para establecer la competencia de sus órganos judiciales cuando la víctima sea nacional, solo si éste lo considera necesario.

Hay que señalar que el establecimiento de la competencia territorial, enmarcado en la expresión “territorio bajo su jurisdicción”, ha recibido algunas críticas por parte de la doctrina al señalar que el hecho de no extender de manera explícita la obligación del establecimiento de la competencia a los casos en los que los delitos se hubieran cometido en “territorio bajo el control *de facto* del Estado” o “contra individuos que se encontraran bajo el poder o el

¹³² Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Nueva York, 25 septiembre de 2000) *Treaty Series* volumen 2171, p. 227. La Convención ha sido ratificada por 173 Estados sin que se hayan planteado reservas con relación a la responsabilidad de las personas jurídicas.

¹³³ Informe CDI 2019, artículo 6, comentario, párr. 49.

¹³⁴ *Ídem*, párr. 50.

¹³⁵ *Ídem*, párr. 51.

¹³⁶ Informe CDI, artículo 7 y comentario, pp. 91-95.

¹³⁷ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, I.C.J. Reports 2012, párr. 75, p. 451.

control de agentes del Estado actuando fuera de sus fronteras” deja un importante vacío en materia de impunidad¹³⁸.

Por otro lado, la Comisión recoge la obligación de establecer la competencia nacional cuando el presunto infractor se encuentre en un territorio bajo la jurisdicción del Estado y no lo extradite o lo entregue de conformidad con lo dispuesto en el proyecto de artículo 10, dedicado al principio *aut dedere aut iudicare*. En términos generales, se valora positivamente que de la redacción del artículo se desprenda un avance en materia de justicia penal para los crímenes contra la humanidad ya que puede decirse que reduce la facultad de los Estados de renunciar al ejercicio de su *ius puniendi* al transformarla en un deber de ejercer su jurisdicción penal cuando el presunto infractor se encuentra presente en cualquier territorio bajo su jurisdicción¹³⁹. Es importante señalar que en estas circunstancias puede plantearse un conflicto de competencia entre el Estado en el que se encuentra el presunto infractor y el Estado en el que se ha cometido el delito. En estas circunstancias la CDI ha aclarado que el Estado en el que se encuentre el presunto infractor, de acuerdo con el proyecto de artículo 13 sobre extradición, párrafo 12, tomará en consideración la solicitud del Estado en el que bajo su jurisdicción se haya cometido el presunto delito¹⁴⁰.

En último lugar, el proyecto de artículo incluye tácitamente el establecimiento de la competencia del Estado en virtud del principio de jurisdicción universal, reconocido por el Derecho internacional consuetudinario y ampliamente aceptado por los Estados en materia de persecución de crímenes contra la humanidad¹⁴¹. La ausencia de una referencia concreta a este principio puede resultar extraño, pero no debe considerarse como un cambio de parecer de la CDI respecto de sus anteriores trabajos en esta materia en los que ha reconocido que este principio jurisdiccional es viable para la investigación y la sanción de los crímenes contra la humanidad¹⁴². La Comisión preserva así el derecho de los Estados de establecer su competencia más allá de los criterios territoriales y de personalidad activa y pasiva, manteniendo un criterio flexible en la línea de aspirar al establecimiento de una competencia lo más amplia posible.

Lo que no queda del todo claro, ni en la redacción del proyecto artículo ni en su comentario, es el carácter residual o no de la jurisdicción universal con relación a otros Estados, que tengan competencia y que quieran ejercerla, o a otros Tribunales Internacionales. Aunque algunos autores defienden que el principio de subsidiaridad de la jurisdicción universal forma parte del Derecho internacional consuetudinario¹⁴³, una

¹³⁸ A. COCO, *The Universal Duty to Establish Jurisdiction over, and Investigate, Crimes Against Humanity Preliminary Remarks on Draft Articles 7,8,9 and 11 by the International Law Commission*, en *Journal of International Criminal Justice* 16, 2018, pp. 751-774, pp. 757-759.

¹³⁹ S. M. H. NOUWEN, *Is there Something Missing in the Proposed Convention on Crimes Against Humanity? A Political Question for States and a Doctrinal One for the International Law Commission*, en *Journal of International Criminal Justice* 16, 2018, pp. 877-908.

¹⁴⁰ Informe CDI de 2019, artículo 5, comentario, párr. 12.

¹⁴¹ Antonio Coco, recoge un análisis más amplio del fundamento de una posible obligación de los Estados de incluir una obligación de aplicar el principio de jurisdicción universal; el alcance del principio, incluyendo algunas preguntas y sugerencias relativas a una posible inclusión de una “quasi jurisdicción universal” *inter partes* de la posible convención. Véase en A. COCO, *The Universal Duty to Establish Jurisdiction*, cit. pp. 160-164.

¹⁴² C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., pp. 368-369. (Fuente directa en *Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session*, U.N. GAOR, Supp. No. 10, at 110-11, U.N. Doc. A/51/10 (1996), reprinted in [1996] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 1, 29, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2).

¹⁴³ C. KRESS, *Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit International*, en 4 *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 561-585.

excepción en la práctica puede producirse cuando el Estado que pretende ejercer la jurisdicción universal no extradite al sospechoso a un Estado con un título jurisdiccional más cercano porque se tema que no sea capaz o esté dispuesto a someterlo a un proceso penal o que no ofrezca al sospechoso un trato justo durante el proceso¹⁴⁴.

De la misma manera, tampoco ha quedado establecida en el proyecto de artículo ninguna disposición relativa a un conflicto de jurisdicción para el caso de que no operara el artículo 15 sobre solución de controversias. A pesar de que el Relator Especial haya explicado que estas cuestiones se deben resolver a través de la cooperación y de la cortesía entre los Estados¹⁴⁵, además de que el Derecho internacional consuetudinario no establece una jerarquía en materia de título de jurisdicción, si hubiera sido necesario que la CDI introdujera qué nexos jurisdiccionales –p. ej., territorio, personalidad activa - deben tener prioridad, y en todo caso establecer al menos que un Estado tiene prioridad para ejercer su jurisdicción cuando de buena fe esté dispuesto y sea capaz a llevar a enjuiciar los crímenes contra la humanidad siguiendo con ello lo dispuesto en el ER de la CPI¹⁴⁶.

6. Las obligaciones específicas de castigar los crímenes de lesa humanidad

6.1. Investigación

El proyecto de artículo 8¹⁴⁷ recoge la obligación del Estado de investigar de manera pronta, exhaustiva e imparcial los crímenes de lesa humanidad cuando haya motivos para creer que se han cometido o se están cometiendo en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Sobre esta disposición es difícil afirmar si es el resultado de la cristalización de una obligación general de investigar delitos, aplicada a los crímenes contra la humanidad, o si se trata de un ejemplo de desarrollo progresivo de normas en la materia, por lo que algunos autores señalan que parece una combinación de ambos¹⁴⁸, mientras que otros dan a entender que se trata de un propuesta de desarrollo progresivo¹⁴⁹.

La investigación, realizada de buena fe, debe contribuir no solo a identificar y localizar a los posibles responsables –miembros de las fuerzas armadas del Estado en cuestión, de un tercer Estado o de actores no estatales- sino también a la cesación de los actos criminales y a su prevención¹⁵⁰, además del apoyo un proceso criminal posterior¹⁵¹.

Del mismo modo, esta obligación es distinta a la de una posible investigación sobre el presunto autor cuando se encuentre en un territorio bajo la jurisdicción del Estado, recogida en el proyecto de artículo 9 y que se articula como una dimensión específica de la obligación de prevenir contenida en el proyecto de artículo 4¹⁵². En este sentido, algunos autores han sugerido que hubiera sido recomendable que la CDI definiera con mayor claridad el propósito del artículo 8, en particular, que la investigación se centrara en el análisis de los elementos del contexto de los crímenes contra la humanidad y que sus resultados sirvieran

¹⁴⁴ C. KRESS y S. GARIBIAN, *Laying the Foundations for a Convention*, cit., pp. 928-929.

¹⁴⁵ *Segundo Informe del Relator Especial sobre los Crímenes contra la Humanidad*, párr. 115.

¹⁴⁶ A. COCO, *The Universal Duty to Establish Jurisdiction*, cit., pp. 763-764.

¹⁴⁷ Informe CDI 2019, artículo 8 y comentario, pp. 95-97.

¹⁴⁸ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 371.

¹⁴⁹ S. M. H. NOUWEN, *Is there Something Missing*, cit., pp. 877-908.

¹⁵⁰ *Ídem*, comentario, párr. 1.

¹⁵¹ *Ídem*, párrs. 4-7.

¹⁵² C. KRESS y S. GARIBIAN, *Laying the Foundations for a Convention*, cit. p. 930.

de base para el desarrollo de procesos penales posteriores respecto de casos relacionados con la misma situación¹⁵³.

La obligación de investigar sigue la senda de otros instrumentos internacionales en la materia, ya sea la de aquellos que han incluido de manera explícita una obligación comparable, como es el caso de la Convención contra la Tortura¹⁵⁴, y también la de los que la integran implícitamente, como los Convenios de Ginebra de 1949¹⁵⁵.

Además, la CDI concreta el contenido y el alcance de esta obligación apoyándose en la interpretación que los órganos de los tratados han venido haciendo sobre esta cuestión, en particular, en la labor del Comité contra la Tortura. De este modo, cabe destacar, entre otros, que cuando el proyecto de artículo establece que la obligación del Estado de iniciar la investigación ha de fundarse en “motivos razonables”, la CDI destaca la interpretación que hace este Comité al señalar que la obligación surge cuando las autoridades competentes reciben o disponen de información sobre los crímenes, es decir, cuando son conscientes de que los hechos se están pudiendo producir o se han producido, con independencia del origen de esa fuente¹⁵⁶.

De la misma manera, aunque la CDI no explica el término “autoridades competentes”, al referirse al criterio de ser la investigación “imparcial”, señala que ésta puede ser llevada a cabo por una autoridad gubernamental, pero también por otras entidades, como una comisión independiente de investigación, una comisión de la verdad, de reconciliación o una institución nacional de derechos humanos, lo que contribuye a fijar un criterio amplio con relación a las órganos facultados para llevar cabo la investigación¹⁵⁷. Con relación a esta cuestión, se han puesto de manifiesto algunas dudas sobre la posibilidad de que sean los mismos órganos estatales, detrás de la política de cometer los crímenes contra la humanidad, los que lleven a cabo una investigación, ya que ésta tendría que ser también “efectiva”, criterio que debería haberse integrado en el definición del tipo de investigación a la que se refiere el proyecto de artículo¹⁵⁸. Así, en los casos en los que estos órganos estuvieran comprometidos en la comisión del crimen sería preferible el establecimiento de una comisión especial para el desarrollo de la investigación en lugar de procesarse ante los órganos del sistema judicial del Estado en cuestión¹⁵⁹.

Asimismo, la CDI indica que la investigación sea “pronta” significa que se refiere a que sea iniciada sin demora, a partir del momento en el que existan motivos fundados para creer

¹⁵³ A. COCO, *The Universal Duty to Establish Jurisdiction*, cit., pp.763-764.

¹⁵⁴ Convención contra la Tortura, artículo 12

¹⁵⁵ Convenio de Ginebra I, art. 49, párr. 2; CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párrs. 2859 y 2860 (sobre el artículo 49).

¹⁵⁶ Informe CDI 2019, artículo 8, comentario, párr. 3, p. 95, nota 243 en referencia a Comité contra la Tortura, *Encarnación Blanco Abad c. España*, comunicación núm. 59, dictamen aprobado el 14 de mayo de 1998, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/53/44)*, anexo X, secc. A.3, párr. 8.2; *Danilo Dimitrijevic c. Serbia y Montenegro*, comunicación núm. 172/2000, dictamen aprobado el 16 de noviembre de 2005, *ibíd.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/61/44)*, anexo VIII, secc. A, párr. 7.3.; Véase *Dhaou Belgacem Thabti c. Túnez*, comunicación núm. 187/2001, dictamen aprobado el 14 de noviembre de 2003, *ibíd.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/59/44)*, anexo VII, secc. A, párr. 10.4.

¹⁵⁷ *Idem*, párr. 6, p. 96.

¹⁵⁸ C. FERSTMANN y M. LAWRY-WHITE, *Participation, Reparation, and Redress: Draft Article 12 of the ILC's Draft Articles on Crimes Against Humanity at the Intersection of International Criminal Law and Human Rights Law*, en *Journal of International Criminal Justice* 16 (4), 2018, pp. 813-834.

¹⁵⁹ C. KRESS y S. GARIBIAN, *Laying the Foundations for a Convention*, cit. p. 931.

que se han cometido o se están cometiendo crímenes de lesa humanidad, apoyándose para ello en las observaciones de este mismo Comité¹⁶⁰.

Por último, en referencia al criterio de que la investigación sea “exhaustiva” la Comisión señala que ésta ha de llevarse a cabo con todos los medios razonables de los que se disponga para recabar las pruebas y examinarlas a fondo, esto en consonancia con instrumentos jurídicos internacionales, tribunales internacionales de derechos humanos, la Asamblea General de Naciones Unidas y el Comité de Derechos Humanos¹⁶¹.

6.2. La adopción de medidas preliminares cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio

Con relación también a la obligación de investigar, el proyecto de artículo 9¹⁶² aborda la obligación del Estado de adoptar las medidas preliminares de detención y otras legalmente establecidas en los ordenamientos nacionales, siempre y cuando el presunto infractor se encuentre en territorio bajo su jurisdicción y para ello prácticamente sigue la redacción del artículo 6 de la Convención contra la Tortura¹⁶³. El propósito de adoptar estas medidas provisionales es asegurar la presencia del presunto infractor, evitar la comisión de nuevos actos delictivos y la destrucción de pruebas, aunque solo puedan mantenerse durante el tiempo necesario a fin de permitir el inicio de actuaciones penales o de un procedimiento de extradición o de entrega¹⁶⁴.

Esta obligación incluye el deber del Estado de llevar a cabo una investigación preliminar sobre los hechos concretos relacionados con determinadas personas –distinta de la obligación de investigar del artículo 8 como ya se ha visto *supra*- y de comunicar a los Estados interesados, con los que existe el vínculo de la competencia territorial o de personalidad activa y pasiva, la detención del presunto infractor y los resultados de la investigación -salvo que decida que hay cierta información que debe reservarse para proteger la identidad de testigos o víctimas o la misma investigación en curso¹⁶⁵- y si se propone ejercer su competencia¹⁶⁶.

La importancia de que el Estado asuma la responsabilidad de adoptar medidas preliminares para abordar los crímenes contra la humanidad, cuando el presunto infractor se encuentra en el territorio bajo su jurisdicción, ha sido expresada por la Asamblea General¹⁶⁷ y por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹⁶⁸. Asimismo, los tratados sobre delitos

¹⁶⁰ Informe CDI 2019, artículo 8, comentario, párr. 4, la nota 431 sobre caso *Encarnación Blanco Abad c. España*, párr. 8.2, p. 96. La CDI, apoyándose en las observaciones del Comité contra la Tortura, indica que los motivos subyacentes al requisito de la prontitud son que las huellas físicas que podrían probar la tortura pueden desaparecer rápidamente y que las víctimas pueden estar en peligro de ser sometidas a nuevas torturas, algo que una pronta investigación puede evitar.

¹⁶¹ *Ídem*, párr. 5.

¹⁶² Proyecto CDI 2019, artículo 9 y comentario, pp. 97-100.

¹⁶³ Convención contra la Tortura, artículo 6.

¹⁶⁴ Informe CDI 2019, artículo 9, comentario, párr.1.

¹⁶⁵ *Ídem*, párr. 3.

¹⁶⁶ *Ídem*, párrs.1-3.

¹⁶⁷ *Ídem*, párr. 4, en referencia a la Resolución 2840 (XXVI) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1971, sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, párr. 4, y a la Resolución 2583 (XXIV) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1969, sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, párr. 1.

¹⁶⁸ *Ídem*, en referencia a la Resolución 1894 (2009) del Consejo de Seguridad, de 11 de noviembre de 2009, párr. 10.

suelen prever estas medidas provisionales y la propia CIJ, con relación al artículo 6 de la Convención contra la Tortura, que constituye la base del desarrollo de este proyecto de artículo, ha señalado que «la investigación preliminar tiene por objeto, como cualquier investigación realizada por las autoridades competentes, corroborar o no las sospechas que pesan sobre una determinada persona»¹⁶⁹. Asimismo, apunta a que el propósito de esas medidas preliminares es «poder incoar un proceso contra un sospechoso, en caso de no concederse la extradición, y de lograr el objeto y propósito de la Convención (...)»¹⁷⁰. Por lo demás, la práctica desarrollada por los Estados en materia de adopción de medidas preliminares en casos de crímenes contra la humanidad ha sido más bien escasa, por lo que no puede afirmarse con absoluta claridad que esta disposición sea una manifestación de codificación de normas o de desarrollo progresivo¹⁷¹.

6.3. *Aut dedere aut iudicare*

El proyecto de artículo 10¹⁷², en relación con la obligación de perseguir los crímenes contra la humanidad, y bajo el título “el principio *aut dedere aut iudicare*” - aunque la traducción literal de esta expresión quizás no sea del todo acertada por no captar el sentido exacto de la obligación¹⁷³- recoge la obligación de los Estados de someter un asunto en materia de crímenes contra la humanidad ante las autoridades competentes cuando el presunto infractor se encuentre en territorio bajo su jurisdicción. El único medio alternativo de cumplimiento de esa obligación es que el Estado extradite o entregue al presunto infractor a otro Estado o a una corte o tribunal penal internacional competente que esté dispuesto a enjuiciarlo y tenga capacidad para hacerlo¹⁷⁴.

El desarrollo de esta obligación sigue la llamada “fórmula de la Haya”, utilizada en números convenios de delitos y que deriva del artículo 7 del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1970¹⁷⁵. Además, su alcance ha sido analizado por la CIJ, en razón de la aplicación del artículo 7 de la Convención contra la Tortura, por medio de la que afirma que la obligación del Estado consiste en someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Estas mismas autoridades pueden decidir iniciar actuaciones judiciales o no hacerlo, en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación del Estado interesado¹⁷⁶. El propósito de esta cláusula es asegurar que se apliquen los procedimientos y criterios establecidos para los delitos graves conservando las autoridades judiciales la discrecionalidad en relación con el procesamiento que puedan tener en virtud del derecho interno¹⁷⁷.

Ahora bien, el Estado puede eximirse de su obligación de juzgar accediendo a la extradición o a la entrega a un Estado que haya establecido su competencia respecto del delito y que además quiera ejercerla –en este caso podría solicitar la extradición y el Estado

¹⁶⁹ *Ídem*, párr. 5.

¹⁷⁰ *Ídem*, en referencia a *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, *op. cit.*, párr. 72, p. 450.

¹⁷¹ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, *cit.*, p. 372.

¹⁷² Informe CDI 2019, artículo 10 y comentario, pp. 100-106.

¹⁷³ Informe CDI 2019, artículo 10, comentario, párr.1.

¹⁷⁴ *Ídem*.

¹⁷⁵ Convención contra la Tortura, artículo 4; Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, núm. 12325, p. 105.

¹⁷⁶ *Ídem*, comentario, párrs. 3 a 5, en relación a CIJ, *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, párrs. 90, 91, 94 y 95.

¹⁷⁷ *Ídem*, comentario, párr. 9.

en el que se halle el presunto infractor deberá tomarla en consideración de acuerdo con el proyecto de artículo 13-. Además puede darse el caso de una solicitud de extradición por parte de una corte o tribunal internacional competente – esta última opción ha surgido con el establecimiento de la CPI y otras cortes y tribunales penales internacionales-, lo que significa que si bien la extradición es una opción para el cumplimiento de la obligación, el enjuiciamiento es una obligación internacional¹⁷⁸.

Para concluir, la inclusión de la obligación de enjuiciar o extraditar en el marco del Proyecto de artículos responde a un importante vacío que existe en el Derecho internacional con relación a los crímenes contra la humanidad¹⁷⁹; tal y como ha sido observado por la propia CDI en su Informe Final sobre el tema de la obligación de extraditar o perseguir, el reconocimiento de esta obligación sirve para construir un sistema efectivo de criminalización y castigo y forma parte del desarrollo progresivo del Derecho internacional sobre crímenes contra la humanidad¹⁸⁰.

7. Las obligaciones del Estado de garantizar los derechos de las presuntos infractores y de las víctimas y testigos

7.1. *Trato justo del presunto infractor*

El proyecto de artículo 11¹⁸¹ contiene la obligación del Estado de garantizar, respecto de cualquier persona sobre la que se adopten medidas en todas las etapas del procedimiento, un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos, de conformidad con las leyes del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre esa persona, en el entendido de que permitirán que tengan efecto las normas del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario.

Las consideraciones que pueden realizarse sobre este proyecto de artículo son varias. Por un lado, las obligaciones del Estado de garantizar un trato justo y proteger los derechos de toda persona respecto de la cual se tomen medidas no solo se extienden al “presunto infractor”, sino también a cualquier otra persona en cualquier fase del procedimiento. Esto significa que abarcaría las medidas que puedan adoptarse contra una persona antes de ser acusada, es decir, cuando se realiza una investigación, lo que podría incluir las investigaciones preliminares de acuerdo con el proyecto de artículo 9¹⁸², y mientras se la extradita o entrega¹⁸³, circunstancias en las que aún pueden no ser considerados “presuntos infractores”.

Por otro lado, el proyecto de artículo hace referencia a un trato justo, incluido un juicio imparcial, queriendo subrayar la importancia de este último para la protección de los derechos humanos y para la salvaguarda del imperio de la ley¹⁸⁴. Los derechos relativos a un juicio imparcial se encuentran recogidos en disposiciones del Derecho internacional y en el derecho interno de los Estados y han sido reconocidos en una abultada jurisprudencia de tribunales nacionales, regionales e internacionales, por lo que existe una extensa práctica

¹⁷⁸ Informe CDI 2019, artículo 10, comentario, párrs. 5 y 6.

¹⁷⁹ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., pp. 372-374.

¹⁸⁰ Informe CDI 2014, Capítulo VI. La Obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*) párr. 3.

¹⁸¹ Informe CDI 2019, artículo 11 y comentario, pp. 106-110.

¹⁸² C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 375.

¹⁸³ Informe CDI 2019, artículo 11, comentario, párr. 2.

¹⁸⁴ *Ídem*, comentario, párrs. 3 a 6.

estatal y desarrollo doctrinal. En este sentido, puede afirmarse que esta parte de la disposición es manifiestamente codificadora¹⁸⁵.

Del mismo modo, el proyecto de artículo aborda, con relación al trato justo de la persona que se encuentre en prisión, detenida o recluida en un Estado que no es de su nacionalidad, disposiciones que son propias del Derecho internacional consular como son comunicarse con el representante del Estado del que sea nacional, o competencia para proteger sus derechos; recibir la visita de aquel representante; y, ser informados de sus derechos, normas que son aplicables también a las personas apátridas. Si bien puede apreciarse que la CDI realiza una labor codificadora con relación a las normas generales recogidas en el derecho consular, la protección de los derechos de las personas apátridas podría calificarse como de desarrollo progresivo¹⁸⁶.

La Comisión señala que los derechos de la persona que se encuentra privada de libertad se ejercerán de conformidad con las leyes y normativas del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona, siempre que las mismas no impidan que esos derechos puedan tener el pleno efecto para el que están concebidos¹⁸⁷.

Algunas críticas realizadas al proyecto de artículo manifiestan la ambigüedad del lenguaje utilizado, en particular, con relación a que no existe en el texto una distinción clara entre los derechos de los sospechosos y los derechos de los acusados, reconocida en el Derecho penal internacional¹⁸⁸.

Además, el proyecto de artículo debería haber utilizado un enfoque más claro de derechos humanos y establecer una norma más clara que protegiera en la práctica los derechos de los presuntos infractores, en particular de los detenidos, de las restricciones basadas en el derecho interno¹⁸⁹.

De la misma forma, el proyecto de artículo no hace ninguna referencia a la prohibición de que los responsables por crímenes contra la humanidad sean llevados a juicio ante tribunales militares, tal y como sugirió la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos¹⁹⁰.

En último lugar, no se especifica si el artículo solo puede aplicarse a las personas individuales, o también a las personas jurídicas¹⁹¹, teniendo en cuenta que el Estado podrá, de acuerdo con el proyecto de artículo 8, hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas, cuando proceda, con sujeción a los preceptos de su derecho interno, entrando en juego consideraciones relativas a si éstas podrían tener los mismos derechos a un trato justo que las personas naturales.

7.2. Víctimas, testigos y otras personas

¹⁸⁵ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 375

¹⁸⁶ *Ídem*.

¹⁸⁷ Informe CDI 2019, artículo 11, comentario, párr. 8.

¹⁸⁸ *Crímenes contra la humanidad. Comentarios y observaciones recibidos por Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados*, UN Doc. A/CN.4/726*, Comisión de Derecho Internacional, 77º período de sesiones, Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019, artículo 11 del proyecto, Sierra Leona, pp. 107-108.

¹⁸⁹ *Ídem*, Austria, p. 104.

¹⁹⁰ *Ídem*, comentarios y observaciones del Alto Comisiones de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pp. 171-172.

¹⁹¹ *Ídem*.

El proyecto de artículo 12¹⁹² aborda la protección de los derechos de las víctimas, testigos y otras personas afectadas por la comisión de crímenes contra la humanidad y lo hace de una forma similar a otros tratados de delitos, pero de manera particular a la regulación recogida en el ER¹⁹³. La Comisión ha realizado, por un parte, una función de desarrollo progresivo y, de otra parte, una de codificación de normas existentes simplemente ampliadas para aplicarse a este Proyecto de artículos¹⁹⁴.

La disposición recoge la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para proteger los derechos de toda persona –víctimas, testigos, personas físicas, jurídicas, como entidades religiosas y organizaciones no gubernamentales- que denuncie los hechos antes las autoridades pertinentes y participen en cualquier investigación, enjuiciamiento, extradición u otro procedimiento dentro del alcance del presente Proyecto de artículos, ampliando así la categoría de personas protegidas de manera análoga a como lo han hecho otras convenciones de delitos¹⁹⁵.

Asimismo, el proyecto de artículo establece que todo Estado permitirá, de conformidad con su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas de un crimen de lesa humanidad en las etapas apropiadas de las actuaciones penales. Aunque expresa una obligación firme, las cláusulas “de conformidad con su derecho interno” y “en las etapas apropiadas” dan flexibilidad al Estado en cuanto al cumplimiento de dicha obligación¹⁹⁶.

Finalmente, recoge la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para que existan leyes y mecanismos adecuados para que las víctimas de los crímenes de lesa humanidad tengan derecho a obtener una reparación por el daño sufrido de parte de los responsables de causarlo, ya sea el propio Estado u otro actor, de acuerdo a los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones¹⁹⁷. Sobre esta cuestión, parece que la CDI ha realizado un ejercicio de codificación tomando como referencia las normas del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional penal¹⁹⁸. A propósito del derecho de la víctima a obtener reparación, la Comisión decidió referirse al “derecho a obtener reparación” para transmitir una idea de resarcimiento en sentido amplio, un enfoque que parece estar arraigado en diversos regímenes convencionales¹⁹⁹, enumerando además de forma no exhaustiva las diferentes formas de reparación contempladas: restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación, cese y garantías de no repetición²⁰⁰.

¹⁹² Informe CDI 2019, artículo 12 y comentario, pp. 110-119.

¹⁹³ ER, artículo 68. protección de víctimas y testigos y su participación en las actuaciones.

¹⁹⁴ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 376-378.

¹⁹⁵ Informe CDI 2019, artículo 12, comentario, párr. 10.

¹⁹⁶ *Ídem*, comentario, párr. 14.

¹⁹⁷ 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. AG Res. 60/147, aprobada el 16 de diciembre de 2005. Principios 12 a 23.

¹⁹⁸ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 376.

¹⁹⁹ Informe CDI 2019, comentario 14, p. 116.

²⁰⁰ *Ídem*, comentario, párrs. 18 a 20.

La Comisión deja claro en sus comentarios que la reparación puede ser individual, colectiva o ambas²⁰¹ ya que de la experiencia de los Tribunales Internacionales *ad hoc* se ha aprendido que prever solamente un derecho individual a la reparación para cada víctima puede ser problemático en el contexto de atrocidades masivas²⁰².

Algunas de las cuestiones que deben ser tomadas en consideración en referencia al proyecto de artículo 12 son, por un lado, que la CDI no incluye una definición de víctima, prevaleciendo en este sentido la preferencia del Relator Especial y de la propia Comisión²⁰³. Si bien la mayoría de los tratados que recogen delitos en el derecho interno no definen qué es una víctima, el propio Derecho internacional consuetudinario, la práctica relacionada con los tratados, las orientaciones de los reglamentos de los estatutos de los Tribunales Internacionales *ad hoc* y su jurisprudencia, ofrecen orientaciones sobre la manera en la que debe interpretarse este término, incluyendo en el concepto de víctima a las directas e indirectas, así como a los familiares de las personas que son víctimas de estos atroces crímenes²⁰⁴, además de las personas jurídicas siempre que hayan sufrido daños directos. Ahora bien lo anterior, una definición básica de lo que las víctimas son, más bien como un punto de partida y no de llegada, hubiera favorecido una mayor consistencia en la protección de sus derechos a través de las diferentes jurisdicciones nacionales en el marco del Proyecto de artículos²⁰⁵.

Por otro lado, la CDI no explica cómo se hará efectivo el “derecho a obtener reparación” teniendo en cuenta además que los crímenes contra la humanidad pueden cometerse en escenarios muy diferentes y emerger muy distintas cuestiones legales. En esta misma línea, ha sido objeto de crítica el hecho de que la Comisión haya aportado poco para identificar qué Estado tiene la obligación de proporcionar la reparación a la víctima, ello como consecuencia también del propio fracaso de la CDI para abordar la cuestión de la responsabilidad del Estado en relación con los crímenes de lesa humanidad. Tampoco ha contribuido en la identificación del Estado que está obligado a tomar medidas para garantizar que el responsable de los crímenes repare adecuadamente y qué obligación derivaría para los Estados en materia de reparación en caso de no poder garantizarla²⁰⁶, cuestión que es especialmente importante cuando los crímenes de lesa humanidad sean cometidos por actores no estatales, que pueden escapar a los mecanismos institucionales, o no tengan la capacidad de ofrecer una reparación adecuada.

En último lugar, el proyecto de artículo 12 tampoco aborda la posibilidad de adoptar medidas para evitar la prescripción de las acciones civiles, en muchas ocasiones, imprescindibles para que las víctimas obtengan reparación por los daños causados por la comisión de crímenes contra la humanidad, como bien ha demostrado la práctica judicial en algunos sistemas judiciales como el de los Estados Unidos de América.

8. La obligación de cooperar

8.1. La extradición

²⁰¹ *Ídem*, comentario, párr. 22.

²⁰² *Ídem*, comentario, párr. 23.

²⁰³ *Cuarto Informe del Relator Especial sobre los Crímenes Contra la Humanidad de 2019*, párr. 223.

²⁰⁴ Informe CDI 2019, artículo 12, comentario, párrs. 3 a 6.

²⁰⁵ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 377.

²⁰⁶ C. KRESS y S. GARIBIAN, *Laying the Foundations for a Convention*, cit., p. 935.

El proyecto de artículo 13²⁰⁷ se ocupa de los derechos, las obligaciones y los procedimientos aplicables a la extradición de un presunto infractor²⁰⁸ y ha sido redactado tomando como referencia la Convención contra la Corrupción, de 2004,²⁰⁹ y la Convención Crimen Organizado Transnacional, de 2010²¹⁰. Aunque la corrupción, el crimen organizado transnacional y los crímenes contra la humanidad son delitos de naturaleza distinta, las cuestiones que se plantean en el contexto de la extradición son fundamentalmente las mismas. Por esta misma razón, la CDI consideró que, con independencia del carácter del delito subyacente, el artículo 44 de la Convención contra la Corrupción proporcionaba una amplia orientación sobre todas ellas²¹¹.

Para comprender el contenido y alcance del proyecto de artículo 13 debe examinarse en el contexto general del presente Proyecto de artículos y, de manera particular, con relación al artículo 10 sobre la obligación *aut dedere aut iudicare*. La Comisión aclara en sus comentarios, una vez más, que la primera obligación del Estado no es extraditar, sino que la obligación que incumbe al Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor es someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. No obstante, esa obligación también puede cumplirse extraditando al presunto infractor a otro Estado²¹².

En términos generales, puede apreciarse en la redacción del artículo el esfuerzo que ha puesto la CDI por encontrar un equilibrio entre los elementos generales relativos a la extradición y los específicos de los crímenes contra la humanidad²¹³. Cabe destacar, en este sentido, el hecho de que los crímenes contra la humanidad no sean considerados delitos políticos, delitos conexos a un delito político ni delitos inspirados en motivos políticos, lo que aparece recogido en el párrafo 3 del proyecto de artículo, y que refleja la excepción que ha sido incluida en muchos tratados de extradición por la que los Estados no pueden rechazar una solicitud de extradición por esta causa²¹⁴.

En esta misma dirección, el proyecto de artículo ha introducido un enfoque de tratados en materia de extradición, al tener en cuenta que estos instrumentos jurídicos internacionales son de gran importancia en el derecho y en la práctica de esta institución. En este aspecto, formula que los delitos comprendidos en el presente Proyecto de artículos se considerarán incluidos entre los delitos que pueden dar lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados; además, recoge la obligación de que los Estados incluyan tales delitos como causa de extradición en todo tratado al respecto que celebren entre sí; y, en último lugar, propone que la futura convención pueda ser considerada la base jurídica de la extradición para aquellos casos en los que el Estado no tiene tratado al respecto y supedita la extradición a la existencia del mismo, así como que los Estados procurarán, cuando proceda,

²⁰⁷ Informe CDI 2019, artículo 13 y comentario, pp. 119-132.

²⁰⁸ *Ídem*, comentario, párr. 1.

²⁰⁹ Convención contra la Corrupción, artículo 44.

²¹⁰ Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 16.

²¹¹ Informe CDI 2019, artículo 13, comentario, párr. 5.

²¹² *Ídem*, comentario, párr. 4.

²¹³ H. VAN DER WILT, *Extradition and Mutual Legal Assistance in the Draft Convention on Crimes Against Humanity*, en *Journal of International Criminal Justice* 16, 2018, pp. 795-812.

²¹⁴ Véanse, por ejemplo, el artículo de la Convenio Europeo de Extradición, de 13 diciembre de 1957 y el artículo 3(a) del Tratado Modelo de Extradición, adoptado por la Asamblea General mediante Resolución 45/116, 14 de diciembre de 1990.

celebrar tratados de extradición con otros Estados a fin de aplicar el presente proyecto de artículo.

Al margen de estas aportaciones del proyecto de artículo que son avances significativos en la materia, existen otras cuestiones que suscitan alguna preocupación. De este modo, llama la atención que ni el proyecto de artículo ni sus comentarios hayan clarificado el contenido de la expresión “los delitos comprendidos en el presente proyecto” con relación a la extradición. Si bien el proyecto de artículo 3, define el crimen de lesa humanidad y enumera sus delitos subyacentes, el proyecto de artículo 6, párrafo 1, establece la obligación de tipificar en el derecho interno los actos de comisión, tentativa y el hecho de ordenar, instigar, inducir, ayudar, ser cómplice o la tentativa de comisión de crímenes de lesa la humanidad. En este sentido, parece que la redacción de artículo ha dejado un cierto vacío con relación al alcance de su aplicación. La interpretación deseable de esta disposición sería que todos los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos que pueden dar lugar a la extradición sean aquellos comprendidos en los proyectos de artículo 3 y 6²¹⁵.

Otra cuestión que ha generado inquietud es el hecho de que la norma general contenida en el párrafo 7 del proyecto de artículo establece que la extradición debe llevarse a cabo de conformidad con las condiciones previstas en el derecho interno del Estado requerido o en los tratados de extradición. Esto significa que algunas de estas disposiciones del derecho interno podrían ser inadmisibles de acuerdo al Proyecto de artículos o al Derecho internacional como son, por ejemplo, las prescripciones o la prohibición de extraditar basado en la norma de especialidad²¹⁶. No obstante, el proyecto de artículo 13 sí propone soluciones concretas a algunos de estos conflictos que pueden surgir en materia de extradición en virtud de la aplicación del derecho interno. Por una parte, la Comisión, en el párrafo 9, aborda la situación en la que el Estado solo pueda extraditar al Estado en el que se haya cometido el delito y el Estado requirente haya establecido su competencia en base a la personalidad activa o pasiva. En este caso, el artículo dispone que se considerará que los delitos se han cometido «no solo en el lugar en el que se perpetraron sino también en el territorio de los Estados que hayan establecido su competencia de conformidad con el proyecto de artículo 7, párrafo 1». Por otra parte, en el párrafo 10, la Comisión se refiere al caso de que una persona haya sido juzgada y condenada en un Estado extranjero y huya al Estado del que es nacional y no se pueda llevar a cabo la extradición en virtud de una prohibición de extraditar nacionales por lo que en este caso se abre la posibilidad «de hacer cumplir la condena impuesta con arreglo al derecho interno del Estado requirente o la parte de ella que quede pendiente»²¹⁷.

La Comisión, de la misma manera, aborda en el párrafo 12 del proyecto de artículo un posible conflicto de competencia en materia de extradición, lo que denomina “solicitudes de extradición múltiples”²¹⁸, y resuelve que el Estado requerido “tomará debidamente en consideración” la solicitud de extradición del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se haya cometido el presunto delito, ya que puede estar en mejores condiciones de iniciar el procedimiento si es el lugar principal en que se encuentran las víctimas, los testigos u otras pruebas relacionadas con el delito²¹⁹. En este sentido, aporta una opción preferible si tenemos en cuenta que los tratados que abordan la extradición con carácter general o en el contexto

²¹⁵ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 379.

²¹⁶ Informe CDI 2019, artículo 13, comentario, párrs. 18 a 20.

²¹⁷ *Ídem*, párr. 10.

²¹⁸ *Ídem*, comentario, párrs. 35 y 36.

²¹⁹ *Ídem*, párr. 32.

de delitos específicos no se ocupan de regular qué Estado requirente ha de tener prioridad cuando existen solicitudes de extradición múltiples.

En términos generales puede concluirse que el proyecto de artículo 13 es, sin duda, uno de las disposiciones más destacables de la propuesta de convención considerando las lagunas legales que existen todavía hoy en esta materia, pudiendo considerarse un “mini convenio de extradición”, dentro de la propuesta general. A propósito de su desarrollo, puede señalarse que estamos ante una forma de codificación del derecho existente, ya que tiene sus raíces en una larga lista de instrumentos en materia de extradición, pero ahora aplicable específicamente a los crímenes contra la humanidad²²⁰.

8.2. *Asistencia judicial recíproca*

El proyecto de artículo 14 contiene una obligación general de los Estados de cooperar prestándose la más amplia asistencia judicial recíproca para la investigación y enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad²²¹ y que tiene el carácter de *lex specialis*²²². Además, este proyecto se encuentra acompañado de un Anexo que contiene principalmente normas de procedimiento y se aplica cuando los Estados no están sujetos a otro tratado de asistencia o prefieren utilizar este Anexo en lugar de cualquier otro.

A día de hoy, la cooperación judicial que se prestan los Estados para la solicitud de información y de pruebas, con relación a crímenes contra la humanidad, se realiza mediante un proceso de cooperación voluntaria o sobre la base de tratados bilaterales o multilaterales sobre asistencia judicial recíproca en relación con los delitos en general. Sin embargo, la celebración de tratados en materia de asistencia judicial recíproca sobre delitos en general no se encuentra muy extendida²²³ de manera que, cuando es necesario cooperar en relación con crímenes de lesa humanidad, no hay ningún marco jurídico vigente que facilite dicha cooperación²²⁴. Por esta razón, el proyecto de artículo 14, junto al proyecto de Anexo²²⁵, que propone un marco institucional, de procedimiento y de garantías para las personas que prestan testimonio, son fundamentales ya que tratan de ofrecer un marco jurídico completo y detallado que facilite una cooperación judicial recíproca lo más amplia posible.

Como señala la CDI en sus comentarios, el proyecto de artículo 14 y su proyecto de Anexo serán aplicables cuando no exista un tratado de cooperación judicial recíproca entre el Estado requirente y el Estado requerido, salvo en los casos en los que el nivel de asistencia prevista en el proyecto de artículo sea mayor al previsto el tratado; a propósito del Anexo, será de aplicación, aun cuando exista un tratado, si los Estados convienen en aplicarlo²²⁶.

Al analizar la estructura y el contenido del proyecto de artículo, se observa que la Comisión adoptó un enfoque basado en el desarrollo de disposiciones lo más detalladas posibles, con el propósito de ofrecer una orientación exhaustiva a los Estados²²⁷ y tuvo como

²²⁰ C. JALLON, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 378.

²²¹ Informe CDI 2019, artículo 14 y comentario, pp. 132-140.

²²² H. VAN DER WILT, *Extradition and Mutual Legal Assistance*, cit., p. 804.

²²³ Esta afirmación, sin embargo, fue entredicha por la República Checa al señalar que cuestionaba la afirmación de que la asistencia judicial recíproca en asuntos penales tiene lugar normalmente sobre la base de la reciprocidad, así como la sugerencia de que hay pocos tratados, multilaterales o bilaterales, en la materia, Véase en *Crímenes contra la humanidad. Comentarios y observaciones*, cit., p. 124.

²²⁴ Informe CDI 2019, artículo 14, comentario, párr. 2, p. 134.

²²⁵ *Ídem*, Anexo y comentario, pp. 143-153.

²²⁶ *Ídem*, artículo 14, comentario, párr. 3.

²²⁷ *Ídem*, párr. 5.

referencia otras disposiciones en materia de cooperación judicial recíproca presentes de tratados que tratan delitos en el derecho interno, como son la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y la Convención contra la Corrupción²²⁸. En este sentido, puede decirse que el proyecto de artículo constituye una codificación del derecho existente en esta materia²²⁹.

Algunas cuestiones que merecen destacarse del proyecto de artículo 14, porque introducen referencias a la naturaleza específica de los crímenes de lesa humanidad, son la identificación de la víctimas, lo que refleja el incremento de la atención a las víctimas en la justicia penal internacional, con vistas a su participación en el proceso judicial y en la protección de su derecho a la reparación; la calificación de la exhumación como una forma de asistencia de parte del Estado solicitado, por la implicación que esta cuestión tiene en términos de invasión de la soberanía; y, también, la identificación, el rastreo y la congelación de bienes, productos o activos²³⁰. Sobre esta última cuestión, cabe señalar que esta novedad no implica que la CDI reconozca que los crímenes de lesa humanidad puedan cometerse por ánimo de lucro sino que se trata de un procedimiento hábil de cara a la reparación integral de las víctimas.

De la misma manera, la cooperación judicial recíproca en el contexto de la responsabilidad de las personas jurídicas exige una mención especial, ya que aunque aún su alcance es débil muestra del desarrollo progresivo de normas en esta materia. En esta materia, el proyecto de artículo 14 apunta a que la cooperación debe ser estar supeditada a la aplicación de las leyes y los tratados, los acuerdos y los arreglos pertinentes del Estado requerido, con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales y de otra índole, incluidas las administrativas, reconociendo que los ordenamientos jurídicos nacionales difieren considerablemente en la forma en la que se trata a las personas jurídicas con relación a los delitos²³¹.

Para terminar, puede indicarse, sin incurrir en error, que una de las más importantes contribuciones del Proyecto de artículos es el establecimiento de la obligación de cooperar de los Estados. Si bien el enfoque que ha adoptado la CDI ha sido conservador ya que el Proyecto de artículos no difiere en mucho de las disposiciones del ER en esta materia y ha optado por mantenerse en un lugar seguro -aquellos elementos diferenciadores se pueden atribuir a la distinción entre modelos verticales y horizontales de cooperación propios entre la CPI y los Estados y de estos entre sí- ha proporcionado una base sólida al establecer que la futura convención tendría una aplicación preferente sobre otros tratados si ofreciera una mayor asistencia; además de que, por otro lado, alienta a los Estados a concluir tratados en la materia, lo que ofrece, en palabras de Sadat, un “comienzo prometedor”²³².

9. *El mecanismo para la solución de controversias*

²²⁸ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1998) *Treaty Series* vol. 1582, p. 95, artículo 7; Convención contra la Corrupción, artículo 46.

²²⁹ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 380.

²³⁰ H. VAN DER WILT, *Extradition and Mutual Legal Assistance*, cit., pp. 805-807.

²³¹ Informe CDI 2019, artículo 14, comentario, párrs. 8 y 9.

²³² N. L. SADAT, *Crimes against Humanity in the Modern Age*, cit., p. 341.

No puede concluirse el análisis de este Proyecto de artículos sin hacer referencia a la propuesta de solución de controversias para la aplicación y la interpretación de la futura convención, recogida en el proyecto de artículo 15, y que parece buscar un equilibrio entre la autonomía del Estado y un robusto sistema judicial de supervisión. Hay que tener en cuenta que en el contexto de las controversias entre los Estados no es una tarea fácil que estos acepten un mecanismo internacional de solución de controversias de carácter obligatorio, menos aún de carácter judicial.

La CDI no suele incluir este tipo de cláusulas finales en sus proyectos ya que es una cuestión que se preserva a la negociación entre los Estados²³³. Sin embargo, la Comisión ha tomado como ejemplo otras cláusulas compromisarias, integradas en tratados internacionales.

Si bien el proyecto de artículo partió del sistema de arreglo de controversias previsto en la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, que establece el recurso a la CIJ²³⁴, así como del de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, de 1973²³⁵, que incluye, además del recurso judicial, la previa negociación entre las partes, finalmente suma el mecanismo del arbitraje incluido en otros tratados sobre delitos en el derecho interno como son la Convención contra la Corrupción²³⁶ y la Convención contra Crimen Organizado Transnacional²³⁷.

Al respecto de esta cuestión, el proyecto de artículo, en el párrafo 1, establece el primer recurso de los Estados a la negociación para la solución de controversias, que debe entenderse en un sentido amplio, teniendo cabida incluso la conciliación, la mediación y el recurso a órganos regionales²³⁸. De forma condicionada al ejercicio de la negociación, el párrafo 2, prevé el recurso a la CIJ a petición de cualquier de las partes, lo que representa una cláusula compromisaria sobre su competencia, aunque todo Estado puede declarar no sentirse vinculado por ella, en virtud de la cláusula *opting out* integrada en los párrafos 3 y 4. Finalmente, el proyecto de artículo dispone que, de acuerdo con la voluntad de las partes, el asunto puede resolverse acudiendo al arbitraje internacional.

La adopción de este *three-tier model* puede encontrar explicación en el hecho de que las convenciones sobre delitos que sirven de modelo a la redacción de proyecto artículos así lo tienen integrado y han obtenido una aceptación casi universal; por otro lado, un modelo basado en *multi-step dispute settlement process*, permite establecer un canal de comunicación “en la sombra” entre los Estados que puede incentivar la negociación ante la perspectiva de tener que someter la controversia a la CIJ o a un arbitraje²³⁹.

A pesar de lo loable de esta tarea, pueden apreciarse algunos elementos para la discusión. El primero de ellos, es que la Comisión no ha establecido la jurisdicción obligatoria de la CIJ sino que su competencia se ve limitada al acuerdo entre las partes, previo fracaso de negociaciones encaminadas a resolver la controversia. Además, el requisito obligatorio de las negociaciones puede impedir que el Estado pueda tomar medidas provisionales

²³³ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 380.

²³⁴ Convención sobre el delito de Genocidio, artículo IX.

²³⁵ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid (Nueva York, 20 de noviembre de 1973) *Treaty Series* vol. 1015, p. 243 (en adelante, Convención contra el Apartheid), artículo XII.

²³⁶ Convención contra la Corrupción, artículo 66

²³⁷ Convención contra el Crimen Organizado Transnacional, artículo 35.

²³⁸ Informe CDI 2019, artículo 15, comentario, párr. 2.

²³⁹ A. ZIMMERMANN y F. BOOS, *Bringing States to Justice for Crimes against Humanity. The Compromissory Clause in the International Law Commission Draft Convention on Crimes against Humanity*, en *Journal of International Criminal Justice* 16, 2018, pp. 835-855, p. 839.

oportunas²⁴⁰. El segundo de ellos, es la ausencia de un órgano encargado del seguimiento de la aplicación de la futura convención, similar al que se ha sido creado para el control de la aplicación de los instrumentos de derechos humanos más importantes²⁴¹. El tercero de ellos, es que la CDI ha prescindido de cualquier referencia a la responsabilidad internacional del Estado en el proyecto de artículo 15, que sí fue incluida en el artículo IX de la Convención sobre el Delito de Genocidio²⁴², y esto muy a pesar de la importancia que hubiera tenido de una disposición de este tipo en el Proyecto de artículos²⁴³.

10. Materias ausentes en el Proyecto de artículos: la inmunidad de jurisdicción penal y las amnistías

A pesar de que el Proyecto de artículos realiza muy importantes aportes para avanzar en la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, no afronta algunas materias que son centrales al objeto de alcanzar estos dos objetivos: la inmunidad de las personas responsables por la comisión de estos crímenes cuando forman parte de los aparatos del Estado y las amnistías.

La cuestión de la inmunidad de la jurisdicción penal de los funcionarios es una de los temas que alcanza mayor relevancia práctica con relación al propósito de prevenir y sancionar los crímenes contra la humanidad. En primer lugar, los crímenes contra la humanidad que se cometen de acuerdo con la política de un Estado – hay que tener en cuenta que la propia definición de crimen contra la humanidad ha aceptado que puedan cometerse también de acuerdo con la política de una organización no estatal- implican la responsabilidad de individuos que son órganos Estado²⁴⁴; en segundo lugar, cuando esto ocurre, la posibilidad de que el Estado de la nacionalidad ponga en ejercicio el *ius puniendi* en contra de sus propios órganos – Jefes de Estado, Jefes de Gobierno, Ministros u otros funcionarios- o tenga la voluntad de hacerlo, es una posibilidad remota teniendo en cuenta la regulación de las inmunidades que pueden ser reconocidas en los ordenamiento internos –más si tenemos en consideración el desarrollo de procesos de justicia transicional-; en tercer lugar, forma parte del Derecho internacional general el principio de inmunidad de jurisdicción penal absoluta de ciertos órganos del Estado ante los tribunales internos de terceros Estados como fundamento el principio *par in parem non habet imperium*²⁴⁵. Todo ello implicaría que las personas responsables de cometer crímenes contra la humanidad puedan quedar impunes.

²⁴⁰ *Ídem*, pp. 842-845.

²⁴¹ L. N. SADAT, *A Contextual and Historical Analysis of the International Law Commission's*, cit., p. 701.

²⁴² El artículo IX señala que: «Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, *incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III (...)*». La cursiva es nuestra.

²⁴³ Véase en *Crímenes contra la humanidad. Comentarios y observaciones recibidos por Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados*, cit. Comentarios específicos al artículo 15, Sugerencia de Sierra Leona, p. 128. Además, Zimmermann y Boos apuntan a que la no inclusión de esa referencia en el proyecto de artículo podría servir para que los Estados demandados argumentaran que el caso de Genocidio en Bosnia no sea seguido cuando se interprete la futura convención sobre los crímenes contra la humanidad. Véase en A. ZIMMERMANN y F. BOOS, *Bringing States to Justice for Crimes against Humanity*, cit., p. 851.

²⁴⁴ No hay que dejar de señalar que esta perspectiva ha cambiado desde que se ha venido reconociendo que los crímenes contra la humanidad pueden cometerse de acuerdo a la política de una organización no estatal, y así ha quedado reflejado en el artículo 2 relativo a la definición de crímenes de lesa humanidad.

²⁴⁵ M. E. REYES MILK, *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional*, en *Agenda Internacional Año XV*, N° 26, 2008.

Es importante poner de manifiesto esta cuestión porque si bien en el proceso de desarrollo de las normas consuetudinarias y positivas del Derecho internacional penal, desde Núremberg hasta de Roma, se ha dejado bien establecida la imposibilidad de hacer valer ante las cortes y tribunales penales internacionales la existencia de un cargo oficial como circunstancia eximente de la responsabilidad penal por la comisión de crímenes internacionales²⁴⁶, esta tendencia no parece haberse consolidado en la práctica interna de los Estados. En este sentido, la CIJ precisó, con relación al caso Yerodia, que « (...) it has also examined the rules concerning the immunity or criminal responsibility of persons having an official capacity contained in the legal instruments creating international criminal tribunals, and which are specifically applicable to the latter [...] It finds that these rules likewise do not enable it to conclude that any such exception exists in customary international law *in regard to national courts*»²⁴⁷.

Habida cuenta de estos antecedentes, la CDI decidió incluir en el proyecto de artículo 6, sobre la obligación de tipificar estos crímenes en el derecho interno, lo siguiente: « [T]odo Estado adoptará las medidas necesarias para que, en su derecho penal, el hecho de que alguno de los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo fuera cometido por una persona que ocupase un cargo oficial no sea motivo para eximirla de responsabilidad penal»²⁴⁸.

Ahora, si bien es cierto que la CDI aclara que esta circunstancia no excluiría la responsabilidad penal sustantiva del individuo en cuestión²⁴⁹, también hace notar que no afectaría a ninguna inmunidad procesal de la que un funcionario de un Estado extranjero pueda gozar ante una jurisdicción nacional una vez que esas inmunidades siguen rigiéndose

²⁴⁶ Acuerdo concerniente al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo y Estatuto del Tribunal Militar Internacional, art. 6 c) (Londres, 8 de agosto de 1945), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 82, núm. 251, pág. 279 (en adelante, “Estatuto de Núremberg”), artículo 7: «No se considerará que la posición oficial de los acusados, sea como Jefes de Estado o como altos funcionarios de dependencias gubernamentales, les exonere de responsabilidad o constituya una circunstancia atenuante»; Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, y comentarios, *Yearbook...* 1950, vol. II, documento A/1316, tercera parte, p. 375 «[e]l hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya un delito según el derecho internacional [es decir, crímenes de lesa humanidad, crímenes contra la paz y crímenes de guerra] actuara como Jefe de Estado o como cargo del Gobierno no la exime de responsabilidad con arreglo al derecho internacional»; Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, art. 5 c) (Tokio, 19 de enero de 1946) (enmendado el 26 de abril de 1946), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 4, C. (en adelante, Estatuto de Tokio), artículo 6; El estatuto del Tribunal de Tokio es el único instrumento jurídico que indicó la posibilidad de considerar el carácter oficial de la persona como circunstancia atenuante si así lo exigía la equidad, véase en Informe CDI 2016, Proyecto de código sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad), artículo 7, comentario, párr. 7, p.30; Informe CDI 2016, p. 29, art. 7; ER, art. 27, párr. 1: «El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.»; Convención sobre el Delito de Genocidio, artículo IV: «Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares».

²⁴⁶ Convención contra el Apartheid, artículo III: «Se considerarán criminalmente responsables en el plano internacional, cualquiera que sea el móvil, los particulares, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estado (...)».

²⁴⁷ Corte Internacional de Justicia, sentencia del 14 de febrero del 2002, Caso relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), párrafo 58.

²⁴⁸ Informe CDI 2019, artículo 6, párr. 5.

²⁴⁹ *Ídem*, párr. 28.

por el Derecho internacional convencional y consuetudinario²⁵⁰. A este respecto, la Comisión ha adoptado en el Proyecto de artículos sobre crímenes de lesa humanidad una postura que revierte la distinción que ya anteriormente había establecido entre la inmunidad de jurisdicción sustantiva y la procesal.

Por un lado, el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI, de 1996, en el artículo 7, relativo al carácter oficial del cargo y a su responsabilidad, en su comentario 6, establecía que el carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximiría de responsabilidad criminal ni atenuaría su castigo. La Comisión aclaraba además el alcance de esta disposición con relación a la inmunidad procesal de la siguiente manera: «La ausencia de toda inmunidad procesal frente a la persecución o castigo en el procedimiento judicial correspondiente es una consecuencia esencial de la ausencia de cualquier inmunidad o excepción sustantivas. Sería paradójico impedir a un individuo que invoque su carácter oficial para evitar la responsabilidad por un crimen y, en cambio, permitirle que invoque el mismo argumento para evitar las consecuencias de esa responsabilidad»²⁵¹.

Por otro lado, en el marco de los trabajos del Proyecto de artículos sobre inmunidad de jurisdicción penal extranjera, en el que se encuentra trabajando la CDI²⁵², la Relatora Especial, aunque llegara a la conclusión de que no existe una norma consuetudinaria que permita la aplicación de límites o excepciones a la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado *ratione personae*, concluía también que estos límites y excepciones a la inmunidad sí se aplican con relación a la inmunidad *ratione materiae*²⁵³. Sobre la base de esta conclusión, la CDI ha establecido en este Proyecto de artículos sobre inmunidad de jurisdicción penal extranjera, en el artículo 7, párrafo 1, que la inmunidad no se aplicará con relación a los crímenes contra la humanidad. De la misma manera, el artículo 7 señala, en el párrafo 2, que lo previsto en el párrafo 1 no se aplicará a los beneficios de la inmunidad *ratione personae* durante el periodo en el que el funcionario del Estado se encuentre en ejercicio; y todo ello, sin perjuicio, como indica el párrafo 3, de cualquier disposición de un tratado que obligue a los Estados comprometidos y la inmunidad no sea aplicable, o en razón de una obligación de cooperar con un tribunal internacional exigible al Estado del foro²⁵⁴.

La cuestión de cómo abordar la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* de los funcionarios en foros extranjeros ha sido obviamente una de los temas más destacados en el marco de este trabajo de la CDI, pero también de los más controvertidos. De hecho, la

²⁵⁰ *Ídem*, párr. 31.

²⁵¹ Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, *Anuario...1996*, vol. II (segunda parte). Artículos del proyecto de código sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, artículo 7, comentario, párr. 7, p. 30.

²⁵² Véanse los 6 informes sobre Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado presentados por la Sra. Concepción Escobar Hernández (Relatora Especial) UN. Doc. A/CN.4/654, A/CN.4/661, A/CN.4/673, A/CN.4/686, A/CN.4/701 y A/CN.4/722, respectivamente.

²⁵³ Informe CDI 2017, p. 164. Ver en particular, Informe CDI 2017, Capítulo VII. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Suplemento núm. 10 UN. Doc. A/72/10

²⁵⁴ *Ídem*, párr. 71

²⁵⁴ C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (Relatora Especial) *Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, 2016, UN. Doc. A/CN.4/701. Anexo III. Proyecto de artículo 7, p. 110.

Comisión, adoptando un procedimiento totalmente inusual, sometió a voto la adopción del artículo 7, párrafo 1²⁵⁵, que fue aprobado por mayoría²⁵⁶.

En razón de todo lo expuesto, no es comprensible que la CDI haya retrocedido significativamente su postura con relación a la cuestión de las inmunidades en materia de crímenes de lesa humanidad en el Proyecto de artículos sobre esta materia. De hecho, solo puede explicarla la circunstancia de que la Comisión haya querido preservar un difícil equilibrio práctico, ya que no hay un consenso general sobre esta cuestión dentro de la propia CDI, que refleje el clima actual de las relaciones internacionales entre los Estados.

El hecho de eliminar la posibilidad de ejercer jurisdicción penal sobre funcionarios extranjeros constituiría un duro golpe para la aplicación efectiva del *ius puniendi* sobre crímenes de lesa humanidad y pone de manifiesto un importante vacío en el Proyecto de código²⁵⁷.

La doctrina ha planteado varias alternativas a la redacción del proyecto de artículo 6, párrafo 5, que resultarían más acordes con los propósitos de la futura convención de prevenir y castigar los crímenes contra la humanidad.

Por un lado, algunas autoridades en la materia han propuesto importar el artículo IV de la Convención para la Represión y Sanción del Delito de Genocidio. Esa disposición básicamente establece que las personas que cometen genocidio o conspiración para cometer genocidio o incitación al genocidio, serán castigadas, sean gobernantes constitucionalmente responsables, funcionarios públicos o particulares y, aunque en algunas ocasiones se discute sobre si esta disposición elimina las inmunidades sustantivas y procesales, o solo alguna de ellas, goza de un importante respaldo y el uso de un lenguaje similar al de este artículo, que es familiar para los Estados, podría haber alcanzado un amplio respaldo²⁵⁸.

Por otro lado, se ha sugerido ser coherente con el artículo 27 del ER, que señala expresamente que «[L]as inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella». La incorporación de una disposición similar al artículo 27 en el texto del Proyecto de artículos aportaría, sin lugar a dudas, una mayor coherencia con el régimen de la CPI, al menos en relación con el tratamiento de los funcionarios, aceptado por los Estados parte en el ER.

Finalmente, se ha propuesto tender algunos puentes entre la llamada inmunidad sustantiva y procesal. Nolte, miembro de la CDI, ha sugerido la aplicación del principio de “renuncia o enjuiciamiento”²⁵⁹. Este principio implica el reconocimiento de la inmunidad *ratione materiae* pero requiere que el Estado de la nacionalidad del funcionario, que no desea perseguir en su jurisdicción a uno de sus funcionarios, renuncie el derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales del Estado de *iudex deprehensionis*, dando así prioridad en el ejercicio de la jurisdicción penal al Estado de la nacionalidad del funcionario.

²⁵⁵ Informe CDI 2017, p. 164.

²⁵⁶ *Ídem*, p. 177. Sin embargo, muchos miembros de la Comisión han mantenido su oposición a esta disposición del Proyecto de artículo sobre inmunidad de jurisdicción penal extranjera y se han mostrado más a favor de adoptar una disposición en línea con el Proyecto de código de crímenes contra la humanidad, artículo 6, párrafo 5, que mantiene la inmunidad procesal *ratione materiae* por la comisión de crímenes contra la humanidad en procesos penales que pretendan activarse en foros de terceros Estados. Véase en C. KRESS y S. GARIBIAN, *Laying the Foundations for a Convention*, cit., p. 946.

²⁵⁷ C. JALLOH, *The International Law Commission's First Draft Convention*, cit., p. 390

²⁵⁸ *Ídem*, p. 395.

²⁵⁹ Provisional summary record of the 3365th meeting, 13 July 2017, UN Doc. A/CN.4/SR.3365, p. 6. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr3365.pdf

Ahora bien, esta posición estaría en concordancia con la necesidad de que el proyecto de artículo 10, que establece el régimen *aut dedere aut iudicare*, incluyera criterios en materia de prioridad de jurisdicción²⁶⁰.

En atención a todo lo anterior, y para concluir con esta cuestión, puede decirse que la inmunidad *ratione materiae* no es oponible para los funcionarios del Estado en el caso de crímenes contra la humanidad y que esto no se trata de una cuestión de desarrollo progresivo de normas sino que refleja el Derecho internacional consuetudinario²⁶¹. Tal y como ha quedado reflejado en el desarrollo de esta disciplina, el hecho de mantener la inmunidad por actos del Estado constituye una negación del mismo Derecho internacional penal que nace para abordar el tipo de criminalidad que tiene fundamento en el abuso del poder del Estado a través de sus funcionarios que deben responder penalmente²⁶². Sin lugar a dudas, el impacto de una futura convención para el castigo de crímenes de lesa humanidad y el término de la impunidad de sus responsables estará íntimamente conectado con el modo en el que se resuelva definitivamente las lagunas que la redacción actual del Proyecto de artículos ha dejado, en particular, para la distinción entre la inmunidad de jurisdicción procesal de los funcionarios extranjeros en terceros Estados. La CDI debería armonizar su postura sobre la cuestión de inmunidades de jurisdicción en el ámbito de sus diferentes trabajos que abordan crímenes de lesa humanidad en el sentido de eliminar todas las inmunidades en el caso de la comisión de crímenes internacionales.

En línea con lo anterior, cabe subrayar que otro de los temas ausentes en el Proyecto de artículos es el de la prohibición de conceder amnistías, lo que deja también una importante laguna en materia de castigo y de terminación de la impunidad.

Las amnistías deberían ser incompatibles con los crímenes de lesa humanidad en el Derecho internacional en razón de la naturaleza de estas aberrantes conductas y porque impiden el conocimiento de la verdad, la determinación vía judicial de la culpabilidad o inocencia de los sospechosos y la reparación de las víctimas.

Tribunales internacionales y órganos regionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, han considerado que las amnistías son inadmisibles cuando tratamos crímenes internacionales. Los órganos de expertos, creados en virtud de tratados, también han interpretado que sus respectivos tratados impiden que los Estados parte aprueben leyes de amnistía, las apliquen o no las deroguen²⁶³.

Asimismo, existe una práctica legislativa y judicial contemporánea de los Estados en este mismo sentido, en particular, cabe destacar la de algunos tribunales nacionales en Argentina, Brasil, Perú, El Salvador o Colombia, que han establecido que no pueden concederse amnistías para los responsables de crímenes de lesa humanidad, sobre la base del Derecho internacional²⁶⁴.

²⁶⁰ C. KRESS y S. GARIBIAN, *Laying the Foundations for a Convention*, cit., p. 947.

²⁶¹ Véase en H. KREICKER, *Völkerrechtliche Exemtionen Grundlagen und Grenzen völkerrechtlicher Immunitäten und ihre Wirkungen im Strafrecht*, en *Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht. Reihe S: Strafrechtliche Forschungsberichte (MPIS)*, Band 107 2007. 1: 1 Abb.; LII, 705 S., 2: XXXVII, 706–1538 S.; R. PEDRETTI, *Immunity of Heads of States and State Officials for International Crimes*, Nijhoff, 2015, pp. 156-192.

²⁶² *State of Israel v. Eichmann*, Jerusalem District Court, 12 December 1961, Judgment, 36 International Law Reports (1968) 18, p. 47.

²⁶³ Tercer Informe del Relator Especial sobre los Crímenes contra la Humanidad, p. 139 ss.

²⁶⁴ H. A. RELVA, *Three Propositions for a Future Convention on Crimes Against Humanity. The Prohibition of Amnesties, Military Courts, and Reservations*, en *Journal of International Criminal Justice* 16, 2018, pp. 857- 875, pp. 866-868.

Por estas razones es que existe la opinión de que en el Derecho internacional hay una “norma internacional en proceso de cristalización” o “consenso emergente” sobre la prohibición de las amnistías con relación a crímenes internacionales graves, en particular, en lo referente a las amnistías totales o generales, que se basa en la obligación de investigar y enjuiciar esos crímenes y castigar a quienes los cometen²⁶⁵. De hecho, el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición ha indicado en sus comentarios al Proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad que la prohibición de amnistías tiene el carácter de norma de Derecho internacional consuetudinario y, como tal, debería verse reflejada en la codificación que realiza la CDI, habida cuenta de su mandato²⁶⁶.

Sin embargo, el Proyecto de artículos no ha incorporado una prohibición general de conceder amnistías a los responsables de cometer crímenes de lesa humanidad, lo que ha sido reflejo de la opinión del Relator Especial que ha manifestado que no era preciso incluir esta cuestión en el Proyecto, algo que tampoco se hace en los tratados que se ocupan de otros delitos²⁶⁷. Solo el comentario de la CDI al artículo 10, sobre el principio *aut dedere aut iudicare*, indica que la amnistía aprobada por un Estado no impediría el enjuiciamiento por otro Estado con competencia concurrente para conocer del delito y que en el Estado que ha concedido la amnistía, su validez tendría que analizarse, entre otras cosas, a la luz de las obligaciones que le incumben en virtud del Proyecto de artículos con relación a la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, a fin de cumplir con la obligación de extraditar o juzgar y con las obligaciones relacionadas con las víctimas y otras personas²⁶⁸. Aunque este comentario parece significar al menos un obstáculo para la validez de las amnistías²⁶⁹, en realidad no lo es ya que permite un importante margen de discreción a los Gobiernos que, en muchos casos, se encuentran detrás de la política de cometer estos aberrantes crímenes.

Se hace necesario señalar, para concluir con esta cuestión que, con la ausencia de una prohibición de las amnistías, la CDI ha perdido una excelente oportunidad para reconocer en el Proyecto de artículos el carácter consuetudinario de esta prohibición en materia de crímenes de lesa humanidad, basado en el análisis de una práctica general y uniforme que reflejaría la *opinio iuris* de los Estados en la materia, lo que es la piedra angular de los trabajos de la Comisión, y contribuir así de manera más significativa a la lucha contra la impunidad.

11. Conclusiones

Los crímenes de lesa humanidad, no son objeto de un tratado global, a diferencia de los crímenes de guerra y el genocidio que, junto al primero, constituyen crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La adopción de una convención internacional serviría al propósito de proporcionar una pieza fundamental en el Derecho internacional y en el Derecho interno para la prevención y la sanción de estos

²⁶⁵ Informe CDI 2019, con relación a los el Tribunal Especial para Sierra Leona y las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, p. 104

²⁶⁶ Crímenes de lesa humanidad. Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados, p. 140.

²⁶⁷ Cuarto Informe del Relator Especial sobre los Crímenes contra la Humanidad, p. 127, párr. 305.

²⁶⁸ Informe CDI 2019, artículo 10, comentario 13.

²⁶⁹ H. A. RELVA, *Three Propositions for a Future Convention*, cit., p. 860.

crímenes permitiendo cubrir importantes vacíos, armonizar la legislación en la materia y establecer un sistema de cooperación interestatal más eficaz sobre la prevención, la investigación, el enjuiciamiento y la extradición por tales delitos, por tanto, mejorando la justicia penal internacional y la lucha contra la impunidad.

El Proyecto de artículos en materia de prevención y sanción de los crímenes contra la humanidad es una combinación de la codificación del Derecho internacional consuetudinario y de desarrollo progresivo de normas relativa a los crímenes de lesa humanidad, enfoque usado por la CDI en el caso de otros proyectos, y que es reflejo del carácter prácticamente inseparable que existe entre ellos. Esta realidad pone de manifiesto la dificultad de distinguir con absoluta claridad si nos encontramos ante uno u otro caso con relación a los diferentes elementos que integran el Proyecto de artículos y si por momentos avanza o debilita algunos principios fundamentales.

Hay que poner en valor las importantes contribuciones que aporta el Proyecto de artículos al establecer las obligaciones generales del Estado de prevenir y castigar los crímenes contra la humanidad, que se concretan en obligaciones específicas, en línea con otras convenciones internacionales en materia de crímenes internacionales o de delitos en el derecho interno. Asimismo, el proyecto incorpora algunas cuestiones que han generado un importante debate en el seno de la Comisión y que han aparecido en las observaciones y comentarios de Gobiernos, organizaciones internacional y otros interesados, pero que pueden ser de enorme trascendencia, como son las relativas a que la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad es una norma de derecho internacional general o a la responsabilidad del Estado y de las personas jurídicas. Además, la más destacada aportación, es la incorporación de un mini sistema de cooperación judicial entre los Estados para la persecución y la sanción de los crímenes contra la humanidad que es toda una novedad en el campo.

Ahora bien, también hay que destacar importantes ausencias que pueden suponer un obstáculo a la lucha contra la impunidad y someter los propósitos de una futura convención. En este sentido, hay que destacar que el proyecto de artículos no haya incorporado ninguna disposición en materia de prohibición de inmunidades de jurisdicción y de amnistías. De la misma manera, tampoco se ha comprometido con la clarificación de algunas cuestiones que han suscitado incertidumbres y debates en el seno de la Comisión, tales como son el elemento de la política de los crímenes contra la humanidad y la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Dicho lo anterior, solo cabe señalar que el Proyecto de artículos de la CDI puede considerarse una base sólida para el inicio de una negociación de una futura convención entre los Estados, que se han mostrado abiertos a la misma en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Si los Estados deciden emprender una negociación, el proyecto de la CDI será una de las más importantes contribuciones al desarrollo del Derecho internacional penal. El contenido y el alcance de un texto normativo que permita poner en un mismo plano la prevención y la sanción de los crímenes contra la humanidad, del genocidio o de los crímenes de guerra, dependerá de aquello que sea políticamente posible.