



La responsabilidad estatal por violaciones graves del DIDH y del DIH en el sistema de Naciones Unidas*

State responsibility for serious violations of the ILHR and the IHL on the United Nations system

ROSMERLÍN ESTUPIÑÁN SILVA**

rosmerlin.estupinan@yahoo.com

RESUMEN

Esta investigación explora el estado del arte en el seno de los órganos jurídicos de las Naciones Unidas en materia de principios de la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos, relativos a violaciones graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DIH). El proyecto de 2001 elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y aprobado por la Asamblea General, sirve como marco teórico para el estudio de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. El análisis jurisprudencial, por su parte, se concentra en el establecimiento de normas imperativas, de obligatorio cumplimiento para todos los Estados, que se refieren al DIDH y al DIH, y en las consecuencias que la jurisprudencia de esta Corte ha definido frente a un eventual incumplimiento de las mismas. Los elementos de conclusión pretenden sugerir un uso de esta teoría de la responsabilidad y de las constataciones de la Corte.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad internacional del Estado, normas de *jus cogens*, derechos humanos, derecho humanitario, Derecho Internacional, jurisprudencia internacional, CIJ, atribución, contenido.

Fecha de recepción: 25/07/2011

Fecha de aceptación: 29/08/2011

ABSTRACT

This research explores the state of the art, into the juridical organs of the United Nations on responsibility of States for internationally wrongful acts for serious violations on International Law of Human Rights (ILHR) and International Humanitarian Law (IHL). The draft prepared by the International Law Commission (ILC) in 2001, and approved by the General Assembly, serves as a theoretical framework for the study of the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ). The case law's analysis, meanwhile, focuses on the establishment of mandatory rules, binding on all States, which refer to ILHR and IHL, and the consequences that the case law of ICJ has defined against possible breach thereof. The conclusion proposes an application of this theory of responsibility and of the findings of the Court.

KEYWORDS: International responsibility, rules of *jus cogens*, human rights, humanitarian law, international law, ICJ, attribution, content.

* Este artículo presenta los resultados de la investigación inédita realizada por la autora en el marco de tesis doctoral en la Universidad de Valencia (España, 2010). Las actualizaciones posteriores han sido debidamente efectuadas y se ha hecho una traducción libre de las fuentes que se encuentran en francés y en inglés.

** Abogada de la Universidad Industrial de Santander (Colombia, 2000), DEA en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia (España, 2008), Magister en Droit Public spécialité Histoire, théorie et pratique des droits de l'homme de l'Université Pierre Mendès France (Francia, 2010), y doctora en Derecho Internacional de la Universidad de Valencia (España, 2011). La autora se encuentra vinculada como investigadora cooperante del Grupo de Investigación Escuela Política y Normativa de la FUAC. Categoría D Colciencias.



Introducción

El 3 de febrero de 2012, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), emitió sentencia en el asunto de Alemania contra Italia, relativo a la inmunidad jurisdiccional del Estado alemán por graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

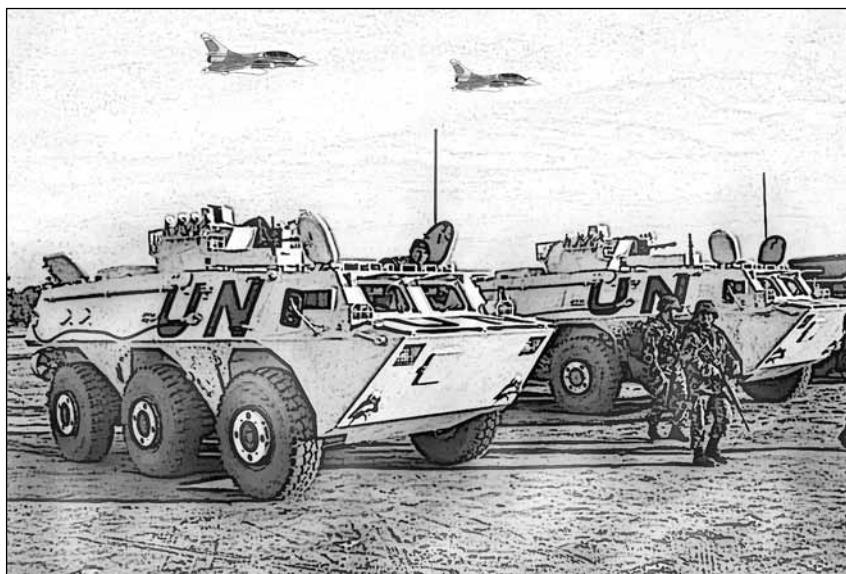
Esta sentencia ofrece la ocasión para hacer un recorrido por la evolución de la teoría de la responsabilidad del Estado en el seno de la ONU. En efecto, esta organización interestatal nació en San Francisco (Estados Unidos de América) el 26 de junio de 1945, con el propósito de conjurar la guerra, como lo indica el Tratado de creación de la ONU o Carta de San Francisco (en adelante: la Carta).

Hasta el momento, todos los asuntos que amenazan o quebrantan la paz y la seguridad internacional incluyen graves violaciones del Derecho Internacional de los derechos humanos (DIDH)

y del DIH. En este sentido, el Consejo de Seguridad es el órgano que concentra la competencia principal, en el marco de los capítulos VI y VII de la Carta. Sin embargo, la urgencia y la necesidad de evitar la profundización de atentados en masa contra la dignidad humana, han llevado a la ONU a diversificar su acción por la vía de sus organismos especializados.

Desde su nacimiento, la ONU ha venido codificando una serie de principios aplicables en materia de humanidad (1), cuya forma más elaborada es el proyecto de codificación para la firma de un Tratado sobre la responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito (2) (I).

En fin, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha venido consolidando su jurisprudencia en materia de control indirecto y de control directo a las obligaciones internacionales del Estado relativas al DIDH y al DIH. Los límites y las posibilidades de estos desarrollos deben ser valorados caso por caso (II).



Con el nacimiento de la ONU después de la II Guerra mundial (1945) la comunidad internacional estableció un sistema de mínimos en términos de valores comunes y exigencias necesarias no negociables, en relación directa con la salvaguardia de la condición humana.



La codificación de Naciones Unidas en materia de responsabilidad del Estado por violaciones graves al DIDH y al DIH

Con el nacimiento de la ONU después de la II Guerra mundial (1945) la comunidad internacional estableció un sistema de mínimos en términos de valores comunes y exigencias necesarias no negociables, en relación directa con la salvaguardia de la condición humana y, por lo tanto, de obligatoria sumisión y cumplimiento como reglas de *jus cogens*. La aceptación internacional de estos principios permitió, durante los juicios de Núremberg, juzgar y condenar a funcionarios del Estado y a dirigentes políticos y militares actuando bajo órdenes del gobierno central por contravenir las reglas de *jus cogens*. En este sentido la ONU constató que:

“El hecho de que una persona que haya cometido un acto que constituya un crimen conforme al Derecho Internacional, haya actuado como jefe de Estado o como funcionario público, no le exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional”¹.

El estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMIN), aprobado en el marco del Acuerdo de Londres (8/8/1945) preveía expresamente que “un grupo o una organización podía ser declarado criminal” (art. 9 y 10). A pesar de esto, y aunque los tribunales de Núremberg y Tokio juzgaron y condenaron a funcionarios estatales por

crímenes cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales y declararon el carácter criminal de organizaciones como el Partido Nacional Socialista de Trabajadores Alemán (NSDAP, por sus siglas en alemán), el escuadrón de protección (SS) y la Policía secreta alemana (Gestapo), ni Alemania ni Japón fueron calificados como Estados infractores y/o criminales.

De hecho, dos elementos persisten como centro de debate y fuente de evolución del Derecho Internacional desde el siglo XX. De una parte, la posibilidad de hallar al Estado responsable como persona jurídica no solo por acción sino por omisión relativa a violaciones graves del DIDH y del DIH. De otra parte, la dimensión internacional de las violaciones cometidas por los individuos, que halló una extensa oposición derivada de la calidad de sujeto de derecho internacional atribuida casi en exclusividad a los Estados y que conoció una rápida evolución después de la II Guerra mundial y hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional².

Es así que, las consecuencias internacionales para los Estados en caso de violación de normas fundamentales del Derecho Internacional no fueron retenidas por la jurisprudencia (TMIN, 1946: 221) y la construcción del sistema de persecución y sanción de los Estados mantiene latente una doble consideración respecto a la naturaleza y alcance de la responsabilidad del Estado, que ha sido sujeto de un intenso debate en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI).

1. Carta de la Organización de Naciones Unidas, 1946, Principio III. <http://www.onu.org.pe/Publico/OnuMundo/cartadelaonu.aspx>

2. DONNEDIEU DE VABRES, H. (1928). *Les principes modernes du droit pénal international*. Paris: Librairie du Recueil Sirey.



En este sentido, en 2001, la Asamblea General de la ONU aprobó el proyecto de Tratado: “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” (CDI, 2001) (en adelante: “Proyecto de 2001”)³. Este proyecto establece “que ninguna disposición... excluirá la ilicitud de cualquier hecho del Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho Internacional” (art. 26). El Proyecto de 2001 se mantiene en fase de discusión por los Estados, sin que haya sido abordada la elaboración final del Tratado, pese a los llamados periódicos de la Asamblea General de la ONU para que se adopten obligaciones convencionales al respecto (ONU, 2004).

En el Proyecto de 2001 y hasta el presente, la responsabilidad internacional penal del Estado queda excluida. En adelante, conforme al Derecho Internacional, el estudio de la responsabilidad internacional del Estado debe centrarse en: (1) la naturaleza de los comportamientos atribuibles al Estado y, (2) el contenido de la obligación internacional. Este análisis busca establecer un equilibrio entre la demanda de justicia internacional y el respeto debido a la soberanía de los Estados. (CDI, 2001: 70, art. 2).⁴

La atribución de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

La responsabilidad internacional se refiere a la incidencia y las consecuencias de los actos ilegales en el orden internacional y la reparación por los daños causados⁵. Conforme al Proyecto de 2001, esta responsabilidad procede por acción (2.1.) y por omisión (2.2) (art. 2).

■ La atribución de la responsabilidad internacional por la acción del Estado

El Proyecto 2001 fijó “las condiciones generales que establece el Derecho Internacional para que el Estado sea considerado como responsable de sus acciones u omisiones ilícitas y las consecuencias jurídicas que derivan”, con independencia de las valoraciones que haga el derecho interno del Estado en cuestión (art. 3) (CDI, 2001: 61, 77).

En este marco, la responsabilidad internacional del Estado sobrepasa la comisión del acto ilícito por un órgano del Estado de rango nacional o subnacional para el caso de los Estados federados

3. El proyecto inicial llevaba el nombre de “Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”. Fue formulado por primera vez en 1954 por la CDI y aprobado en primera lectura por la Asamblea General de la ONU de 1996 (última redacción de 1991). El proyecto se hallaba dividido en tres partes relativas: (i) al contenido de la incriminación, (ii) las formas y grados de responsabilidad internacional y, (iii) la solución de controversias y modalidades para hacer efectiva la responsabilidad. Este proyecto de 1996 mantenía los principios relativos a la responsabilidad del individuo y de los agentes del Estado en la conspiración para cometer crímenes (art. 2) y distinguía entre crímenes y delitos internacionales imputables a los Estados (art. 19).

4. Pese a la controversia de una parte de la doctrina, la CDI presume el elemento del daño, por lo tanto no es un tercer elemento de estudio. En efecto, desde los informes del Relator Sr. Roberto Ago en el 25º periodo de sesiones de la CDI (1973), el daño fue considerado como relativo al perjuicio económico o daño civil y entró a hacer parte integral del estudio únicamente para efectos indemnizatorios, pero no de la configuración de la responsabilidad, pues se considera implícitamente contenido en el incumplimiento de toda obligación internacional (art. 2) (ÁVALOS VÁZQUEZ, 2006).



(art. 4). Por lo tanto, también será considerado “hecho del Estado” a los fines de la atribución de responsabilidad, aquel cometido por una “entidad” o “persona” quien, aunque no sea “órgano del Estado” según lo define el artículo 4, esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones de poder público y actúe en ejercicio de dicha atribución (art. 5).

La atribución de la responsabilidad del Estado parte de criterios estrictamente teóricos, donde el comportamiento de toda entidad y/o individuo relacionado con un Estado bajo distintos vínculos como nacionalidad, domicilio o lugar de residencia, etc., únicamente puede atribuirse al Estado en el ámbito del Derecho Internacional, si se prueba dicha vinculación no solo con respecto del Estado sino con respecto de su gobierno.

En cuanto a los órganos del Estado no se distingue la jerarquía, nacional, provincial o local, ni entre órganos ejecutivos, legislativos o judiciales. (CDI, 2001: 90-91)⁶. Por otra parte, el término “entidad” engloba variados organismos públicos y privados, a condición de estar facultados por el derecho interno para ejercer actos de poder público (CDI, 2001: 98).

El comportamiento de los particulares no es —como tal— atribuible al Estado, pero sí lo es, el comportamiento oficial incompatible con las obligaciones internacionales (art. 7), con independencia del nivel de administración o gobierno en que se produzca (CDI, 2001: 84, 104)⁷.

Son fuentes de responsabilidad estatal igualmente: los hechos atribuidos a un órgano puesto a disposición del Estado por otro Estado (art. 6), el comportamiento de particulares que actúen bajo la dirección o control del Estado (art. 8), o por quien ejerce el poder público en ausencia del Estado, incluso cuando esta ausencia estatal está justificada por las circunstancias (art. 9), el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierte en gobierno o en nuevo Estado (art. 10) y, en general, todo tipo de comportamiento que viole una obligación internacional, que aun cuando no fuera atribuible al Estado, sea reconocido por este como propio (art. 11).

Algunas causales de responsabilidad internacional del Estado pueden ser aplicadas a la situación de Colombia, por ejemplo: la presunta comisión de delitos sexuales contra menores por parte de militares americanos en la base de Tolemaida (art. 6),

5. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. & SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A. (2006). *Curso de Derecho internacional público*. 13ª edición. Madrid: Civitas, pág. 280.

6. Ver citas 111, 113 y 114. En el asunto *Salvador Commercial Company*, el Tribunal arbitral declaró que: “(...) El Estado responde de los actos de sus dirigentes, ya pertenezcan a la rama legislativa, ejecutiva o judicial, siempre que los actos sean realizados en calidad oficial...”

7. En el Asunto *Tellini*, resuelto en el ámbito del Consejo de la Sociedad de las Naciones por conflictos suscitados entre Italia y Grecia debido al asesinato en territorio griego del Presidente y varios miembros de una Comisión Greco-Albanesa de delimitación de frontera, el Comité Especial encargado declaró: “Un Estado solo incurre en responsabilidad por un delito político cometido en su territorio por extranjeros si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente...” (cita 98).



Algunas causales de responsabilidad del Estado pueden ser aplicadas a Colombia, por ejemplo: la presunta comisión de delitos sexuales contra menores por parte de militares americanos en la base de Tolemaida, los crímenes cometidos por grupos paramilitares bajo autoridad de órganos del Estado y los crímenes cometidos por las guerrillas en ausencia del Estado.

los crímenes cometidos por grupos paramilitares bajo autoridad de órganos del Estado (art. 8) y los crímenes cometidos por las guerrillas en ausencia del Estado (art. 9), entre otros.

■ La atribución de la responsabilidad internacional por la omisión del Estado

La acción y la omisión están estrechamente ligadas pues es difícil separar una omisión de las circunstancias que le rodean y que intervienen en la determinación de la responsabilidad (CDI, 2001: 72).

La omisión es un comportamiento del Estado que genera una responsabilidad por ausencia de prevención y de represión del hecho ilícito, siempre que las reglas primarias del Derecho Internacional le impongan al Estado obligaciones positivas (Sicilianos, 2000: 115).

Ciertamente, las mismas reglas pueden imponer al Estado la obligación de abstenerse de ejecutar determinadas conductas consideradas criminales y exigir una conducta dirigida a la prevención y la protección de los habitantes de su territorio.

La responsabilidad por omisión del Estado ha sido tradicionalmente vinculada a los daños causados a los extranjeros, como proyección de un daño causado a otro Estado. Desde las conferencias de la SDN en 1930, el Estado es responsable de prevenir, reprimir y reparar los hechos dañosos en que pudieran ser víctimas los extranjeros bajo su territorio (CDI, 1956: 221).

Adicionalmente, la configuración de la responsabilidad del Estado por ausencia de prevención o de represión depende de la formulación de las reglas primarias y los textos convencionales no son uniformes en su formulación. Solo algunas convenciones como la Convención contra el ge-



nocidio de 9 de diciembre de 1948 (art. 1) y la Convención contra la tortura de 10 de diciembre de 1984 (art. 5), establecen el carácter criminal de la conducta descrita y la obligación estatal de perseguir y sancionar en todo tiempo y circunstancia.

Diferentes tratados comprometen a los Estados con la represión de las actividades criminales en el marco de su derecho interno, esto es, acciones positivas⁸. La ausencia de sanción judicial en el derecho interno constituye un indicio de responsabilidad y puede llegar a configurar una responsabilidad adicional por ausencia de cooperación, cuando esta obligación deriva de normas imperativas o de carácter convencional en materia de extradición y entrega, entre otras⁹.

En todo caso, no basta con que la acción u omisión sea válidamente atribuible al Estado. Es preciso determinar la naturaleza de tal violación, pues el hecho de un Estado no puede ser calificado como internacionalmente ilícito, si no constituye un atentado contra una obligación internacional, con independencia de las normas de derecho interno existentes en el seno del Estado (2)¹⁰.

El contenido de los hechos internacionalmente ilícitos como violaciones de obligaciones internacionales

Desde 1949 sucesivos relatores especiales han estudiado la naturaleza de una obligación estatal para que sea considerada de carácter internacional¹¹. En su evolución, el artículo 2-b del Proyecto 2001, habla de la “violación de una obligación internacional” y no de la violación de una regla o norma de Derecho Internacional.

Una “obligación internacional” es una obligación primaria estudiada y aplicada al hecho atribuible al Estado, para determinar el comportamiento requerido, la norma a observar, el resultado a obtener, entre otros. No existe una obligación internacional en abstracto y en cada caso es necesario referirse a fuentes primarias precisas y en vigor (art. 13) (CDI, 2001: 130).

El Proyecto 2001, descartó la distinción entre crímenes y delitos (utilizada en el proyecto de 1996 de la CDI)¹² y prefirió referirse a las violaciones graves de obligaciones derivadas de normas

8. E. g. Convención internacional para la represión de atentados terroristas con explosivos, 15 de diciembre de 1997, art. 4-b; Convención internacional sobre la seguridad del personal de Naciones Unidas y personal asociado, 9 de diciembre de 1994, art. 11.

9. DAVID, E. (2000). La responsabilité de l'Etat pour absence de coopération. En: H. Ascencio, E. Decaux & A. Pellet, *Droit International Pénal*. (pp. 129-135). Paris: Editions A. Pedone, pág. 129.

10. “La conformité d'un acte au droit interne et sa conformité aux dispositions d'un traité sont des questions différentes. Ce qui constitue une violation d'un traité peut être licite en droit interne, et ce qui est illicite en droit interne peut n'entraîner aucune violation d'une disposition conventionnelle”. (CIJ, *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, 1989: 15) con reenvíos de jurisprudencia de la CPIJ.

11. Desde que la CDI comenzó a estudiar el tema en 1949, han sido relatores: el Sr. Francisco V. García Amador (1956-1961), Sr. Roberto Ago (1963-1979), Willem Riphagen (1980-1986), Sr. Gaetano Arangio-Ruiz (1988-1996), Sr. James Crawford (1997-2001) y Giorgio Gaja (2002). El Relator Sr. Roberto Ago, jurista italiano, introdujo avances significativos en materia de normas primarias y secundarias y la distinción entre crímenes y delitos internacionales, en un enfoque aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional en 1981. Este enfoque fue descartado por los relatores posteriores.

12. En efecto, la existencia de hechos ilícitos del Estado que pudieran ser clasificados como crímenes internacionales más allá de la categoría de delitos internacionales, estancó durante 25 años los trabajos de la CDI: desde 1976, cuando el proyecto de la CDI creó



imperativas de Derecho Internacional General (arts. 40 y 41).

El fundamento de dicha transformación radicó en la definición de normas imperativas y en la imprecisión del contenido de los “intereses fundamentales de la comunidad internacional” que servía como base al establecimiento de los llamados “crímenes”. En efecto, la CDI prefirió adherir al término “norma imperativa” (*jus cogens*) por su fuerza obligatoria y carácter superior. Tal decisión se apoya en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, según el cual, todo tratado que esté en conflicto con una norma imperativa de Derecho Internacional General es nulo; según el artículo 64, un tratado anterior que esté en conflicto con una nueva norma imperativa deviene igualmente nulo. Para comprender el contenido de atribución de la responsabilidad del Estado es preciso recordar que, en el estado actual del Derecho Internacional, se puede afirmar que los crímenes internacionales más graves forman parte de las normas de *jus cogens* claramente reconocidas¹³.

La jurisprudencia internacional ha afirmado de modo reiterado que “ciertas obligaciones son

oponibles a la comunidad internacional en su conjunto y en razón de la importancia de los derechos concernidos, todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos” (CIJ, Barcelona Traction, 1970: 32, párr. 33)¹⁴.

Sin embargo, las consecuencias que tiene para los Estados la atribución de un hecho internacionalmente ilícito, no han sido traducidas a tratados y las sanciones sugeridas hasta el presente en el Proyecto 2001 son esencialmente de naturaleza compensatoria relativa al daño causado (art. 34) o indemnizatoria por el perjuicio sufrido (art. 36).

Hasta el momento, la CDI ha reiterado que “en los términos del Derecho Internacional en vigor, es evidente que los Estados, por definición, no pueden ser objeto de sanciones penales similares a las previstas por los sistemas penales internos” (CDI, 2001: 301).

La CDI ha desarrollado igualmente una distinción entre las nociones fundamentales de normas imperativas de Derecho Internacional (de *jus cogens*) y obligaciones oponibles a la comunidad internacional en su conjunto (*erga omnes*). En la difícil separación de los conceptos, los ejemplos

la distinción entre estas dos categorías, donde el crimen constituía una “violación por un Estado de una obligación internacional esencial para la salvaguarda de los intereses fundamentales de la comunidad internacional” (art. 19-2). Entre los crímenes internacionales de los Estados figuraban: crímenes contra la paz y la seguridad mundial, la dominación colonial, la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*, la preservación del medio ambiente, entre otros (art. 19.3).

13. Entre las normas imperativas universalmente aceptadas se pueden mencionar la interdicción de agresión, el genocidio, la esclavitud, la discriminación racial, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y la violación al derecho a la autodeterminación de los pueblos. CIJ, Asunto Timor oriental (Portugal c. Australia, 1995: 102, párr. 29)

14. En el mismo sentido: CIJ, Asunto Timor oriental (Portugal c. Australia: 1995: 102, párr. 29); CIJ, Opinión sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio, 1996: 616, párr. 31).



de obligaciones *erga omnes* proporcionados por la CIJ¹⁵ y por la CDI (1956: 270) derivan de normas de *jus cogens*. En efecto, la diferencia se centra en el contenido de la obligación: la obligación de *jus cogens* es sustantiva en términos de respeto de determinados principios de Derecho Internacional; la obligación *erga omnes* es de procedimiento, referida al interés jurídico que tienen todos los Estados en reclamar y aplicar el respeto de obligaciones de *jus cogens*. Así, las violaciones graves de obligaciones de *jus cogens* pueden traer consecuencias suplementarias más allá del Estado infractor (art. 28), porque todos los Estados tienen el derecho/deber de invocar/exigir la responsabilidad *erga omnes* por la violación de tales obligaciones (art. 48).

La teoría de la responsabilidad del Estado del Proyecto 2001, plantea un problema adicional de legitimación. En principio, la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito se extiende a todas “las obligaciones internacionales” y no solo a aquellas que se refieren a otros Estados. Esto significa que el Estado es internacionalmente responsable, por ejemplo, en caso de graves violaciones al DIDH y al DIH, incluso si la víctima principal es su propia población nacional. No obstante, para efectos de las consecuencias derivadas de hechos ilícitos internacionales, solamente los Estados son sujetos legitimados para invocar la responsabilidad de otro Estado (art. 33).

La importancia de este aspecto del Proyecto 2001 es evidente. En efecto, las violaciones graves del

DIDH y del DIH atribuibles al Estado son comúnmente cometidas contra nacionales del propio Estado. Sea cual fuere el autor de los elementos materiales del crimen, el Estado viola con frecuencia su obligación de *jus cogens* de prevenir, perseguir y sancionar. En todo caso, la responsabilidad estatal por el hecho internacionalmente ilícito, en los términos de la CDI, solo puede ser perseguida en el plano internacional a través de un tercer Estado.

Las consecuencias de este problema de legitimación pueden ser ilustradas a través de la situación de Colombia. En este caso, las violaciones graves del DIDH y del DIH, constituyen violaciones de normas imperativas de Derecho Internacional General (art. 40 y 41)¹⁶. La prueba de la naturaleza de violación puede, en muchos casos, venir acompañada de una prueba de la atribución de la responsabilidad del Estado por acción o por omisión. No obstante, en el marco del Proyecto 2001, la prueba sustantiva de la responsabilidad internacional por el hecho ilícito (atribución y naturaleza) no tiene consecuencias en materia de procedimiento, porque la responsabilidad internacional del Estado colombiano no puede ser alegada por sujetos diferentes de otro Estado.

Esta barrera de procedimiento sólo puede ser superada si un tercer Estado interpone la acción. Esto es posible, por ejemplo, para los Estados fronterizos, que han sido víctimas de hechos internacionalmente ilícitos atribuibles a la República de

15. Barcelona Traction (Belgique c/ Espagne, 1970), p. 32, párr. 34; Timor oriental (Portugal c/ Australie, 1995) p. 102, párr. 29; Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (ONU et OMS. Avis consultatif, 1996), p. 258, párr. 83; Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (ONU, exceptions préliminaires, 1996), p. 615 et 616, párr. 31 et 32.

16. Las violaciones “graves” son definidas en el artículo 40-2 como aquellas que denotan de parte del Estado responsable una falta flagrante o sistemática a la ejecución de la obligación.



Colombia y para otros Estados que pueden considerarse igualmente víctimas de hechos atribuibles al Estado colombiano en términos de ausencia de protección de los ciudadanos extranjeros residentes en su territorio.

Sin embargo, tales constataciones no son suficientes. En la práctica, los terceros Estados deben conformarse con manifestaciones públicas de desagravio, arreglos amistosos o constatar *de facto* la ausencia de reparación, debido a que la reglamentación de la responsabilidad estatal por vía de tratado continúa, desde 2001, en fase de proyecto y sometida a la discrecionalidad del Estado.

Como puede deducirse, las dificultades para la codificación de la responsabilidad internacional del Estado están estrechamente vinculadas a la noción de soberanía estatal. La inexistencia de una autoridad superior a los Estados impide que se pueda hacer efectivo el principio de igualdad interestatal, a efectos de imponer las mismas reglas a los Estados con independencia de su poder concreto o influencia en la esfera internacional.

Hasta el presente, la ONU se ha visto abocada a concentrar sus esfuerzos en limitar las consecuencias de los crímenes de *jus cogens* y, en algunos casos, a sancionar a los autores de los elementos materiales. La comunidad internacional ha intentado reparar la carencia de norma convencional en materia de hecho ilícito del Estado a través de la sustitución física de los Estados fallidos y de la intervención militar y civil para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

A estas debilidades del sistema deben añadirse serios problemas de disimulación. Debido a que no existe una obligación consuetudinaria de extradición o entrega por delitos comunes y la competencia de persecución y sanción resta en el dominio del derecho interno del Estado¹⁷, la disimulación de la naturaleza de los crímenes cometidos, es decir, de su carácter de violación de normas de *jus cogens*, tiene consecuencias en términos de impunidad que beneficia al Estado infractor y a los individuos que actúan en su nombre.

Dicho de otro modo, la codificación de la responsabilidad estatal por vía de tratados sigue inconclusa y hasta el momento no existe un procedimiento de constatación de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones graves del DIDH y del DIH. En la práctica, solo pueden evocarse algunas intervenciones marginales de la jurisprudencia de la CIJ, que muestran el estado actual del derecho consuetudinario y de la *opinio juris* en la materia (II).

Los aportes de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) frente a la responsabilidad de los Estados por violación del DIDH y del DIH

La Corte Internacional de Justicia es el órgano jurisdiccional principal de la ONU, creado por la Carta (art. 7-1) como continuidad de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) (art. 92), que tuvo vigencia en el marco de la SDN. A la CIJ concierne resolver de modo general los

17. El alcance de la obligación internacional de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare) se encuentra actualmente bajo estudio de la CDI. El Relator especial, Zdzislaw Galicki, suministró el Cuarto Informe durante la sesión 63 de 2011 (CDI, 2011, párr. 292 ss.),



diferendos jurídicos entre los Estados, según lo previsto por el capítulo VI de la Carta (art. 36-3) y solo los Estados pueden presentarse ante ella conforme a su Estatuto (art. 34-1)¹⁸.

La jurisprudencia de la CIJ tiene cierta importancia en materia de violaciones graves del DIDH y del DIH debido a que la competencia de la CIJ se extiende a todos los asuntos que las Partes le sometan a su consideración en virtud del Estatuto (art. 36-1).

Colombia y los Estados fronterizos son Partes *ipso facto* de la CIJ como miembros de la ONU (art. 93-1 de la Carta) y el Estado colombiano hace parte de los 58 Estados que han suscrito una Declaración facultativa aceptando *a priori* la obligatoriedad de las decisiones de la CIJ¹⁹.

La responsabilidad estatal por violación de normas de *jus cogens* fue evocada por la jurisprudencia de la CPIJ en el periodo de entre guerras, directamente a propósito de violación de obligaciones convencionales²⁰. En la jurisprudencia de la CIJ, este tema fue evocado indirectamente, a propósito de la responsabilidad del Estado por el tratamiento dispensado a los extranjeros bajo su territorio, en el asunto *Barcelona Traction* (CIJ, 1970).

La evolución de la jurisprudencia en materia de responsabilidad internacional de los Estados por violaciones graves del DIDH y del DIH responde a una doble evolución del derecho. La alusión a la responsabilidad resta indirecta y justifica como violación de obligaciones convencionales sin aludir expresamente a la conducta violatoria del DIDH y del DIH cometida contra los individuos y atribuible al Estado (CIJ, 1949).

La ratificación de los Pactos relativos a derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales de 1966, y de otros instrumentos internacionales específicos como la Convención contra el genocidio de 1948, la Convención contra la tortura de 1984²¹ y la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Producción, Almacenamiento y Transferencia de Minas Antipersonales y sobre su Destrucción de 1997²², entre otras, ha sido lentamente referida por la jurisprudencia de la CIJ y se ha convertido en el centro de debate dentro de algunos contenciosos.

La cautela de la CIJ se explica por la persistencia de un problema sensible: el ejercicio del individuo en el plano internacional frente a la competencia privilegiada de los Estados como sujetos de Derecho Internacional (CIJ, 1970: 32, párr. 33).

18. Los órganos de Naciones Unidas están calificados para demandar avisos consultivos ante la Corte en virtud de la Carta (art. 96).

19. En efecto, Colombia suscribió la declaración facultativa en el marco del artículo 36.2 de la CPIJ de la extinta Sociedad de Naciones (03/10/1937), que se considera como una aceptación obligatoria de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia *ipso facto* y bajo condición de reciprocidad, para hechos posteriores al 6 de enero de 1932.

20. GOY, R. (1995). *La Cour permanente de justice internationale et les droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, pág. 199-232.

21. Ratificada por Colombia el 8/12/1987.

22. Ratificada por Colombia el 6/10/2000.

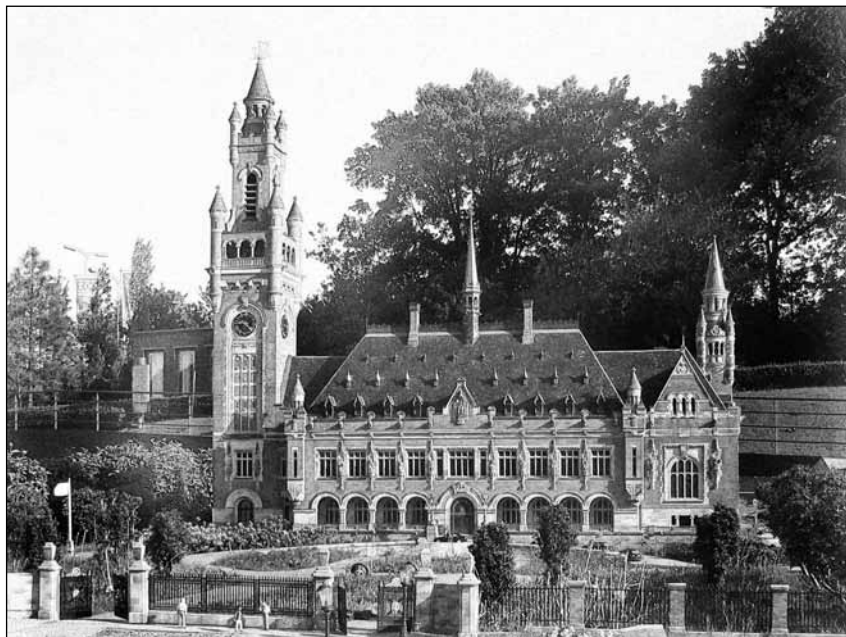


En efecto, el procedimiento contencioso ante la CIJ, que pueda incluir violaciones graves de obligaciones de *jus cogens* no concierne a los individuos sino a los Estados y los contenciosos no siempre son resueltos sobre la base de los derechos, el contexto de su violación y la calidad de los autores. La CIJ practica la economía de medios y puede incluso declarar su incompetencia, como lo hizo en el asunto *Anglo-Iranian Oil Co.*, con ocasión de la nacionalización de bienes en un contexto de postconflicto (CIJ, 1952). En otros casos, la CIJ ha señalado vicios de procedimiento como la ausencia de interés de Parte (CIJ, 1970), o ha rechazado la demanda por un uso indebido de la teoría del interés general (*actio popularis*) (CIJ, 1966).

En cuanto al procedimiento de opinión consultiva o consulta previsto por la Carta (art. 96), este no asegura al individuo sino una protección margi-

nal, pues no le reconoce capacidad de Parte, ni interés ni derecho de consentir. Ante la CIJ solo el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y algunos órganos especializados bajo autorización de la Asamblea, pueden elevar consultas (art. 65 del Estatuto CIJ).

Pese a las restricciones en la capacidad para actuar ante la CIJ, esta ejecuta un control internacional multiforme y, en este marco, el desarrollo jurisprudencial en materia de violaciones a las obligaciones internacionales relativas a crímenes de *jus cogens*, aunque indirecto y de garantía global, constituye un instrumento de inmensa riqueza en la construcción del universo jurídico internacional, capaz de contrarrestar los efectos dañinos de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por un Estado y que afectan los intereses de otro Estado (1).



A la Corte Internacional de Justicia concierne resolver de modo general los diferendos jurídicos entre los Estados, según lo previsto por el capítulo VI de la Carta (art. 36-3) y solo los Estados pueden presentarse ante ella conforme a su Estatuto (art. 34-1).



La importancia de este órgano de la ONU se puede constatar, además, por el hecho de que la CIJ ha ratificado el carácter fundamental del DIDH y del DIH y ha condenado por acción y omisión las violaciones de los Estados a las obligaciones de *jus cogens* (2).

El control jurisdiccional indirecto de las obligaciones del Estado

La CIJ puede fallar el fondo de un asunto sometido a su jurisdicción en el marco de un conflicto armado sin evocar como fundamento jurídico las obligaciones de *jus cogens*, en el entendido que dichas obligaciones son frecuentemente aplicadas por los tratados, las costumbres y los principios generales de derecho.

En efecto, la CIJ prefiere referirse solamente a las normas aplicables y garantías jurídicas generales de control indirecto (1.1.) y solo en algunos casos ha efectuado un ejercicio indirecto de control sobre las obligaciones de *jus cogens* (1.2.).

■ El control indirecto de las garantías jurídicas generales

La garantía jurisdiccional en materia de violación de normas imperativas puede ser confiada a la CIJ por vía de contenciosos o por vía de consulta. Esta garantía es generalmente indirecta y obliga a los individuos a acogerse a la protección diplomática y

actuar a través de sus Estados de origen, sabiendo de antemano que las garantías indirectas sobre el cumplimiento de obligaciones generales siempre se evocan al margen de los individuos implicados (CIJ, 1950b).

El control indirecto puede ser evocado por la CIJ a la luz de los compromisos internacionales de los Estados con las organizaciones regionales. En el asunto *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua*²³ la CIJ estimó que la Organización de los Estados Americanos OEA tenía la responsabilidad de ejercer control sobre los compromisos internacionales de Nicaragua en el marco del postconflicto, proponiendo el ejercicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de visitas, informes y medidas cautelares²⁴.

La garantía de cumplimiento de obligaciones generales de protección puede ser confiada o negada a los Estados víctimas o a terceros Estados, por consideraciones generales en materia de tratados. Así, la CIJ reconoció el compromiso de liberalización (anticomunista) adquirido por Nicaragua frente a la OEA, pero negó la legitimación de Parte alegada por los Estados Unidos para reclamar su ejecución por la fuerza (CIJ, 1986: 133, párr. 262). En esta sentencia de fondo, la CIJ negó igualmente la legitimación del uso de la fuerza extranjera no consentida, bajo el argumento de la protección de los ciudadanos nicaragüenses en el marco del conflicto armado, pues “la protección de los derechos humanos, dado su carácter estrictamente humanitario, no es de ningún modo compatible

23. CIJ. Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, 1986, pág. 90.

24. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 1986:134, párr. 267.



con ciertas medidas de fuerza (CIJ, 1986:133, párr. 262).

En el asunto del Relator Especial de la ONU Sr. Mizilu, la CIJ invocó los privilegios e inmunidades de los relatores especiales de la ONU en el marco del Derecho de los tratados, evitando cualquier alusión a su condición de defensores de derechos humanos en países acusados de incumplimiento de sus obligaciones de *jus cogens* (CIJ, 1989: 197).

En un ejercicio de expansión de las fuentes, la CIJ ha ido más allá de la fuente jurídica implícita y ha acudido a la “conciencia jurídica internacional” como elemento metajurídico de refuerzo del valor de la obligación general. Esta práctica pudo constatarse en la opinión consultiva sobre las Reservas a la Convención sobre el genocidio (CIJ, 1951: 23), donde la CIJ reconoció que el derecho a la existencia de los grupos humanos atañe a la “conciencia humana... a la ley moral y al espíritu y fines de las Naciones Unidas”.

En esta misma lógica, la CIJ había ya evocado las “consideraciones de humanidad” en el asunto *Estrecho de Corfou* (CIJ, 1949b: 22, párr. 79), había fundado el DIH sobre “el principio fundamental o primordial de humanidad”, afirmando que las Convenciones, de La Haya de 1907, de Ginebra de 1949 y sobre el genocidio de 1948, forman parte del derecho consuetudinario y corresponden a principios humanitarios ampliamente reconocidos (párr. 82), cardinales (párr. 78) e intransgredibles (párr. 79). Sin embargo esta jurisprudencia no es constante.

En el asunto del *Sudoeste africano*, (CIJ, 1966: párrs. 45, 49 y 50), la CIJ negó que “las consideraciones

humanitarias basten para hacer nacer derechos y obligaciones jurídicas y que la Corte deba actuar en consecuencia” y concluyó que “la Corte juzga en derecho y no puede tener en cuenta los principios morales, sino en la medida en que se les ha dotado de una forma jurídica suficiente”, pues “si bien las consideraciones humanitarias pueden inspirar las reglas de derecho, no son en ellas mismas reglas de derecho”.

Como puede observarse, el control indirecto de las garantías jurídicas generales es extremadamente débil y depende de la fuente de derecho escrito. Por lo tanto, la CIJ ha venido asumiendo discretamente un control indirecto sobre las obligaciones de *jus cogens* más allá de los tratados. Este control se refuerza lentamente y la práctica de la jurisprudencia muestra algunas vacilaciones (1.2).

■ El ejercicio indirecto de control sobre las obligaciones de *jus cogens*

Una primera alusión al DIDH, fue consignada en la opinión disidente del juez Tanaka, en el asunto de fondo contra Sudáfrica (CIJ, 1966: 298), donde Etiopía y Liberia intentaron perseguir este país por las prácticas de *apartheid*. En este asunto, el juez disidente Tanaka señaló que “el derecho relativo a la protección de derechos humanos deriva del *jus cogens*”.

Esta posición fue retenida discretamente en el asunto *Barcelona Traction* (CIJ, 1970: párrs. 33-34), cuando la CIJ se refirió a las obligaciones *erga omnes*, que derivan directamente de “principios y de reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana” y cuando explicó que,



Bélgica tendría la posibilidad de accionar contra España solamente “si puede establecer que uno de sus derechos ha sido lesionado y que los actos incriminados han entrañado una violación de una obligación internacional nacida de un tratado o de una regla general de derecho...”

La sentencia *Barcelona Traction*, (CIJ, 1970: párrs. 33-35) reforzó la existencia de una garantía estatal de respeto a las obligaciones de *jus cogens*, y vinculó esta obligación al interés general (*erga omnes*) de los Estados para actuar frente a una violación. En esta sentencia, la CIJ consideró que la protección de los derechos fundamentales hace parte de las “obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto”, a diferencia de otras obligaciones relativas a la protección diplomática *inter partes*, donde todos los Estados no tienen el mismo interés.

Esta jurisprudencia no se consolidó rápidamente, como lo demostraron en su momento las inconsistencias de la CIJ en la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas para los Estados, derivadas de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia (CIJ, 1971). En efecto, la CIJ nunca hizo referencia ni al *jus cogens* ni a las obligaciones *erga omnes*, frente a lo que constituyó un acto de agresión y de mantenimiento ilegal de la ocupación de Sudáfrica sobre el territorio de Namibia, con graves consecuencias para la población negra por la práctica del crimen de *apartheid*.

Sin embargo, una cierta garantía de protección frente a las violaciones del DIDH y del DIH, pudo

derivarse de la internacionalización, el refuerzo y la ampliación de las normas relativas a los derechos humanos y no puede negarse que esta formalización ha tenido efectos sobre la competencia contenciosa de la CIJ, la cual se ha venido haciendo extensiva a las violaciones colectivas de derechos humanos cuya responsabilidad sea imputable al Estado²⁵.

En el asunto *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua* (CIJ, 1986: 131-133), la CIJ estimó que no podía reconocerse competente para juzgar los crímenes cometidos por los grupos paramilitares (“contras”) en el marco de un conflicto armado no internacional, pero se declaró competente en lo relativo a la intervención de los Estados Unidos en Nicaragua. La CIJ estimó que la política interior del Estado escapaba de su competencia y de la competencia de otros Estados diferentes del Estado concernido, a propósito del alegato de ausencia de elecciones libres y de “dictadura comunista totalitaria” esgrimido por Estados Unidos como fuente de su intervención.

En efecto, la CIJ concluyó que: “(...) las orientaciones políticas internas del Estado derivan de la competencia exclusiva de este. Cada Estado posee el derecho fundamental de escoger y de implementar como lo considere, su sistema político, económico y social...” (párr. 258) y “la adhesión de un Estado a una doctrina particular no constituye una violación de derecho internacional consuetudinario” (párr. 265) (traducido del francés).

25. GOY, R. (2002). *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*. Collection Droit et Justice no. 36. Bruxelles: Bruylant S.A./Némesis, pág. 51.



En esta ocasión, la CIJ advirtió que la libre orientación política de un Estado está condicionada a que “no viole ninguna obligación de Derecho Internacional” (párr. 258) y constató que incluso en ausencia de compromisos convencionales, los Estados están obligados a respetar los derechos humanos (párr. 267).

La CIJ también ha asumido competencia consultiva “de rebote” en materia de derechos humanos. En efecto, esta competencia deriva directamente del contenido de los tratados que son sometidos a su estudio, como en la opinión consultiva sobre la *Interpretación de los Tratados de paz* (CIJ, 1950). En esta opinión, la CIJ señaló que en materia de violaciones al DIDH y al DIH la competencia pertenece al Estado concernido pero reafirmó al mismo tiempo la competencia de la CIJ en materia de orientación del procedimiento para la resolución pacífica de diferendos interestatales al respecto de dichas violaciones.

En materia de crímenes de *jus cogens* como el *apartheid*, la CIJ rechazó con vehemencia la tesis sudafricana de la competencia exclusiva del Estado, considerando que “la igualdad y los derechos fundamentales violados por el *apartheid* están puestos bajo la protección del Derecho Internacional y hacen parte de la competencia de Naciones Unidas” (CIJ, 1971: 78).

En las últimas décadas, la competencia de la CIJ se ha hecho extensiva a cuestiones individuales y del resorte interno de los Estados, pero solo en el marco de la protección diplomática. En los asuntos sobre Aplicación de la Convención de Viena en materia de relaciones consulares: *LaGrand* (CIJ, 2001), y *Avena y otros ciudadanos mexicanos* (CIJ, 2004), la CIJ ha señalado que no puede pronun-

ciarse sobre la ley penal (pena de muerte) de los Estados Unidos sin violar su soberanía, pero sí puede pronunciarse sobre la obligación que asiste a los Estados Partes de la Convención de Viena de 24 de abril de 1963, de respetar el derecho de otros Estados a asistir a sus ciudadanos en el exterior.

Como ha quedado expuesto, el ejercicio del control indirecto de la CIJ en materia de violaciones de *jus cogens* aparece limitado y esporádico. Faltaría explorar el estudio de las garantías directas ofrecidas por la CIJ en la materia, las cuales siguen siendo excepcionales pero en algunos casos podrían potenciar la competencia de terceros Estados (2).

El control jurisdiccional directo en materia de violaciones graves del DIDH y del DIH

La jurisprudencia clásica de la CIJ somete el interés de Parte, incluidos los casos de la protección diplomática, a la violación de una obligación y de un derecho, es decir, a la existencia de un derecho violado. La CIJ ha venido afirmando, desde el asunto *Reparación de daños sufridos por el servicio de Naciones Unidas* (CIJ, 1949: 181-182), que “solo la Parte para con la cual una obligación internacional existe y ha sido violada puede presentar una reclamación”.

Esta tesis fue ampliamente reforzada en el asunto del *Sudoeste africano* (CIJ, 1966), donde la CIJ estimó que el derecho de convocar a la CIJ no sirve de nada si el Estado no tiene un derecho de fondo que hacer valer (párr. 42) y que un derecho o un interés jurídico puede tener un objeto material o jurídico como, por ejemplo, el respeto de ciertos principios de Derecho Internacional en el marco



de ciertos instrumentos internacionales, pero debe estar claramente otorgado a través de una regla de derecho (párr. 44), y no puede resultar de consideraciones altruistas (párr. 45), humanitarias (párr. 49) o derivadas de la “sagrada misión de civilización” (párr. 51).

En consecuencia, aunque un tratado otorga un derecho de acción para proteger una población en general, su violación solo puede ser alegada si se constata el interés particular (CIJ, 1966: párr. 99) del Estado y esto excluye la acción popular (*actio popularis*), es decir, el derecho de los Estados de actuar en interés general, que no está reconocido por el Derecho Internacional (párr. 89).

A pesar de esto, el asunto *Barcelona Traction* (CIJ, 1970) consagró un *obiter dictum* a ciertas obligaciones de los Estados de cara a la comunidad internacional, extendiendo la perspectiva de acción *erga omnes*, que permite que ciertos derechos de protección puedan ser reclamados a la luz del Derecho Internacional General y de cara a la comunidad internacional por todos los Estados, sin la existencia de un tratado específico en la materia.

La CIJ no duda de que la mayor parte de las reglas de la guerra pertenecen al *jus cogens*, como lo dejó consagrado en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* (CIJ, 1996: 257-258, párrs. 78-83). En el mismo sentido, la CIJ ha afirmado que, dado el carácter *erga omnes* de las obligaciones que producen, la intervención de terceros Estados no puede ser descartada. A pesar de esto, la jurisprudencia de la CIJ ha reiterado que en primera medida dichas obligaciones conciernen a los Estados donde la violación grave se produce y que sobre ellos pesan obligaciones negativas, que implican la abstención

de cometer las conductas prohibidas por el derecho de la guerra (2.1.), y obligaciones positivas que implican la responsabilidad de prevenir, perseguir, sancionar las conductas criminales (2.2.).

■ El control de las obligaciones negativas del Estado

Las violaciones graves del DIDH y del DIH son consecuencia de la derogación de los derechos fundamentales y dicha derogación es condenada por la jurisprudencia de la CIJ.

El atentado grave y sistemático a las obligaciones *jus cogens*, por la vía de las violaciones graves del DIDH y del DIH, niega la existencia de tales derechos y la cuestión de la intención y del poder discrecional del gobierno no tiene pertinencia pues la obligación de abstenerse de violar una norma de *jus cogens* se impone (CIJ, 1971: 128-129).

La discriminación racial, base del crimen de *apartheid*, fue presentada por la CIJ, junto con la esclavitud y el genocidio, como ejemplo de obligaciones negativas concernientes a los derechos del ser humano oponibles *erga omnes*, que derivan de prohibiciones de *jus cogens* (CIJ, 1970: 34).

La CIJ ha evocado igualmente el DIH, imponiendo a los Estados una obligación negativa vinculada a su salvaguardia como “principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario”, en el asunto *Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares* (CIJ, 1996: 257, párr. 39). Aunque la determinación de la comisión de crímenes de guerra depende del derecho aplicable a los conflictos armados, el Pacto de derechos civiles y políticos protege en tiempos de paz y de guerra, y las obli-



gaciones derivadas de las leyes y costumbres de la guerra conminan a los Estados a abstenerse de su violación (párrs. 24-25).

La CIJ ha hecho énfasis, igualmente, en la prohibición de la suspensión de tratados de carácter humanitario (CIJ, 1996b: 651), pues los principios reconocidos del derecho de la guerra se aplican a todo tiempo y lugar y no pueden ser suspendidos en caso de conflicto, donde son más necesarios. Este principio fue recordado por la CIJ cuando ordenó expresamente a Serbia abstenerse de cometer genocidio contra los grupos humanos ubicados en Bosnia Herzegovina (CIJ, medidas cautelares, 8/04/1993, 13/09/1993).

Es así que la responsabilidad de los Estados puede verse comprometida cuando no respetan la obligación de abstención de cometer violaciones al DIDH y al DIH, lo cual no excluye que la responsabilidad estatal pueda igualmente verse comprometida por ausencia de acción positiva de prevención, persecución y sanción de tales violaciones (2.2.)

■ El control de las obligaciones positivas del Estado

En el asunto del *Estrecho de Corfou* (CIJ, 1949), la CIJ concluyó que Albania era responsable por omisión de vigilancia, constitutiva de negligencia culpable frente a terceros Estados y en el asunto *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (CIJ, 1980) la jurisprudencia cuestionó la inacción de las autoridades iraníes durante la toma a la embajada de los Estados Unidos. En este orden de ideas, la CIJ concluyó que la diligencia debida impone a los Estados el deber de vigilancia y que la carencia de protección “constituye una violación grave y manifiesta



En el asunto de la República Democrática del Congo contra Uganda, la CIJ aplicó los criterios previstos por el Proyecto 2001 de la CDI, para determinar si los grupos paramilitares que actuaban en el Congo podían ser considerados como “órganos” del Estado de Uganda.

de las obligaciones resultantes de las convenciones de Viena”.

La CIJ ha ratificado que el Estado tiene la obligación de asegurar la protección de sus habitantes frente a violaciones graves de sus derechos. Al



decir de la CIJ, este derecho es “consagrado por el derecho de gentes y universalmente reconocido en la práctica” aunque, por otro lado, la protección diplomática continúe siendo discrecional (CIJ, 1955: 24, párr. 99).

En materia de crímenes internacionales, el genocidio ocupa la plaza principal en la jurisprudencia de la CIJ. La CIJ ha explicado que la Convención sobre el genocidio obliga a los Estados no solamente a abstenerse de cometer las infracciones, sino también a prevenirlas y reprimirlas (CIJ, 1996b: 692; CIJ, 2007: párr. 183). En efecto, la CIJ ha reconocido que un Estado puede ser hallado culpable del crimen de genocidio sin que, necesariamente, un individuo haya sido condenado por la comisión de tal crimen o de un crimen conexo (CIJ, 2007: párr. 182).

En este marco, la CIJ conminó a Serbia a aplicar la Convención sobre el genocidio en Bosnia Herzegovina, y no aceptó las impugnaciones por ausencia de competencia territorial esgrimidas por el Estado serbio (CIJ, medidas cautelares, 8/04/1993, 13/09/1993), pues la CIJ estimó que “la obligación que tiene cada Estado de prevenir y de reprimir el crimen de genocidio no está territorialmente limitada por la Convención” (CIJ, 1996b: párr. 31). Esta jurisprudencia fue confirmada en el asunto de Croacia contra Serbia, incluso frente a un alegato de disolución y sucesión de Estados (CIJ, 2008: párr. 109).

Adicionalmente, la CIJ ha advertido que las obligaciones positivas y negativas derivadas de la Convención del genocidio no aseguran la reciprocidad entre los Estados, por lo tanto, “no será posible para una Convención de este tipo, hablar de ventajas y desventajas individuales de los Esta-

dos, tampoco de un exacto equilibrio contractual entre los derechos y las cargas. Es claro que los beneficiarios de dicha Convención son los seres humanos sin otra consideración y las obligaciones del Estado signatario no dependen del territorio donde actúa” (CIJ, 1951: 22).

En materia de DIH, la CIJ ha hablado de reglas fundamentales de derecho humanitario, sin hacer alusión a las obligaciones de *jus cogens*. En el asunto de *Nicaragua contra Estados Unidos*, (CIJ, 1986), la CIJ defendió el valor imperativo del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949, que impone ciertas reglas mínimas a favor de la población protegida: trato humanitario, no discriminación, protección de la vida, la integridad, la dignidad y las garantías judiciales (párr. 220), otorgando a dichas obligaciones un valor consuetudinario (párr. 218) aplicable a conflictos armados internacionales y a conflictos armados internos (párr. 219).

Similar decisión pudo constatarse en la opinión consultiva sobre *Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares* (CIJ, 1996: párr. 79), donde la CIJ partió de la aplicación de los principios y reglas del DIH, a las que calificó como “principios intransgredibles de Derecho Internacional consuetudinario” y aunque evitó calificar la naturaleza del derecho aplicable como obligación de *jus cogens*, señaló la prohibición consuetudinaria del uso de medios de guerra que no distinguen entre objetivos civiles y militares y que causan sufrimientos inútiles (párr. 95).

En materia de violaciones graves del DIH, la CIJ ha señalado expresamente que las violaciones cometidas por los individuos son competencia del Estado en cuyo territorio se cometen tales violaciones, siempre que no exista prueba suficiente de



“control efectivo” de estos grupos por parte de un tercer Estado (CIJ, 1986: 113-115).

No obstante, la CIJ afirmó que otras acciones cometidas por un Estado agresor (Estados Unidos contra Nicaragua) que puedan ser probadas, responden a los criterios de un conflicto internacional (párrs. 219 y 254). En efecto, en el asunto Nicaragua contra Estados Unidos, fue constatada la ubicación de minas en aguas nicaragüenses sin consentimiento y sin advertencia a la navegación internacional, como había ocurrido en el asunto *Estrecho de Corfou*, (CIJ, 1949) y tal acción fue considerada como constitutiva de una violación de las reglas de la guerra. Otras acciones como la difusión de manuales militares fueron consideradas, por su contenido, una apología a los crímenes de guerra y una violación del derecho humanitario (párrs. 117-122).

En el asunto de la *República Democrática del Congo contra Uganda* (CIJ, 2005: párr. 160), la CIJ aplicó los criterios previstos por el Proyecto 2001 de la CDI, para determinar si los grupos paramilitares que actuaban en el Congo podían ser considerados como “órganos” del Estado de Uganda. En su análisis, la CIJ señaló que la ausencia de prueba en la atribución de la responsabilidad del Estado por el hecho ilícito (párr. 161), no impide que otras obligaciones del DIH en materia de interdicción de acudir a la fuerza y de no intervención puedan haber sido violadas en las zonas fronterizas (párr. 163).

La jurisprudencia de la CIJ es muy cautelosa en materia de responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, como lo ha ratificado la sentencia de 2012 en el asunto *Alemania contra Italia* (CIJ, 2012). En esta

última sentencia, la CIJ se negó a estudiar la tesis italiana, según la cual, el Derecho Internacional confiere a las víctimas de violación del DIH un derecho de reparación individual y oponible por vía directa (CIJ, 2012: párr. 108).

Una vez más, la CIJ ha hecho economía de medios, limitándose a señalar que el Estado alemán conserva un privilegio de inmunidad jurisdiccional independientemente del hecho de que pueda existir o no una responsabilidad estatal por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, que pueda estar en cabeza de algunos ciudadanos italianos. Al mismo tiempo, la CIJ señaló expresamente que las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción no tienen ningún efecto sobre la existencia o no de una responsabilidad internacional sustantiva (párr. 108).

Una vez más, la jurisprudencia de la CIJ ha sido enfática en señalar que los tribunales nacionales deben pronunciarse sobre cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción, antes de abordar cuestiones relativas al fondo de la demanda y que no pueden privilegiar la justeza de la responsabilidad alegada sobre la existencia de una inmunidad de jurisdicción (CIJ, 2012: párr. 106).

Los esfuerzos de reconocimiento de obligaciones *erga omnes*, se ven igualmente limitados por el marco jurídico de los contenciosos, los cuales, dado su carácter subjetivo, conminan a la CIJ a emitir únicamente decisiones dotadas de fuerza *inter partes*.

En la práctica, el poder para actuar ante la CIJ por la violación global de derechos se mantiene escaso y la protección de las víctimas de hechos internacionalmente ilícitos atribuibles al Estado



es imposible cuando la víctima es nacional del Estado responsable, pues incluso la posibilidad de protección diplomática se extingue y, hasta el momento, la CIJ insiste en negar la intervención de terceros Estados por vía del *actio popularis*.

Resta el plano político, donde el poder de ejecución del sistema internacional de la ONU se centra en la acción del Consejo de Seguridad, quien debe actuar cuando las decisiones de la CIJ no son ejecutadas o cuando se verifica una violación flagrante de obligaciones de *jus cogens*. Este órgano principal es, en teoría, el responsable de restablecer la paz y en algunas ocasiones el derecho, en todo caso, estrechamente ligado al juicio de oportunidad emitido por sus miembros permanentes.

Elementos de conclusión

Desde mediados del siglo XVIII y hasta nuestros días, la necesidad de limitar la guerra ha sido parte de la preocupación filosófica²⁶ y jurídica de la humanidad²⁷. La evolución de la responsabilidad internacional del Estado estuvo presente desde la Convención IV de La Haya de 1907, cuyo artículo 3 consignó la responsabilidad internacional del Estado en el marco de los conflictos armados, señalando que “La Parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento será obligada a la indemnización si hubiere lugar a ella y será

responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.”²⁸

Efectivamente, puede constatarse que la evolución de la doctrina y de la acción de los Estados no ha sido armoniosa. Por ejemplo, debe evocarse que, después de la I Guerra mundial, la corriente doctrinal partidaria de la responsabilidad del Estado propuso un conjunto de sanciones posibles al Estado infractor, que iban desde sanciones de orden diplomático o jurídico como la privación de derechos civiles de sus nacionales, sanciones económicas como la multa, hasta sanciones de orden territorial como la ocupación temporal. Otras medidas de seguridad como garantía de no repetición fueron propuestas, a saber, la destrucción de vías de comunicación estratégica, el desmantelamiento de fuertes, la supresión de fábricas de armamento, la reducción de las fuerzas armadas del Estado culpable, y otros procesos de control de orden presupuestal, industrial, entre otros. En todo caso la exclusión de la SDN o la supresión de la condición de sujeto internacional como sanciones al Estado infractor fueron rechazadas por considerarlas asimilables a la pena de muerte²⁹.

En la práctica, la soberanía del Estado continúa imponiéndose y las relaciones diplomáticas entre Estados solo han incluido, de manera progresiva, algunas consecuencias de la aceptación consuetudinaria de la obligación *erga omnes* de los Estados

26. Kant, E. (1795). *Vers la pax perpétuelle. Un projet philosophique* (edición de 2007), M. Marcuzzi, Trad. Paris: VRIN.

27. Grotius, H. (1867). *Le droit de la guerre et de la paix*. (vol. II). P. Padrier-Fodéré, Trad., Paris: Guillaumin et Cie. Librairies.

28. http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Convenio_IV_de_la_Haya_de_1907.pdf

29. Pella, V. V. (1926). *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*. (2a edición), Bucarest: Imprimerie de l'Etat, pág. 168.



como responsables de perseguir y sancionar las violaciones de normas *jus cogens* en materia de DIDH y DIH³⁰.

Hasta el siglo XXI, la principal preocupación de la comunidad internacional se ha centrado en la agresión interestatal en sí misma. Pese a los avances en materia de responsabilidad internacional del individuo por crímenes internacionales, la responsabilidad de los órganos del Estado por graves violaciones del DIDH y del DIH, continúa sujeta a la discrecionalidad estatal, sin consideración de las sanciones a los Estados y menos aun de la condición de Estado infractor.

En este sentido, un avezado lector podría preguntarse de qué sirve una revisión pormenorizada del “estado del arte” en materia de responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito y, más aún, de los tímidos aportes de la jurisprudencia de la CIJ en la materia. Este artículo pretende avanzar dos razones que justifican una vigilancia atenta de esta evolución.

En primer lugar, el “derecho” compilado y revisado sistemáticamente por la CDI desde 1945, es un reflejo de la *opinio juris* que ha venido siendo fuente de consolidación de principios generales de Derecho Internacional y ellos mismos han sido el origen de normas de derecho consuetudinario, admitidas como tal por los tribunales internacionales, en ausencia de tratados. No debe olvidarse que los principios generales de Derecho Internacional y el derecho consuetudinario constituyen,

al mismo título que los tratados, fuentes primarias del Derecho Internacional y, en materia de normas de *jus cogens*, tienen valor superior frente al derecho de los Estados.

En segundo lugar, la jurisprudencia de la CIJ es fuente directa de interpretación, recreación y creación de derecho consuetudinario y principios generales de Derecho Internacional. En este sentido, los tribunales nacionales a todos los niveles, no solo tienen el derecho sino la obligación de actuar en armonía con los principios superiores de respeto a las normas de *jus cogens*. Finalmente, cada uno de los elementos señalados por la CIJ en materia de obligaciones de los Estados y responsabilidad frente a graves violaciones del DIDH y del DIH, constituye una fuente de inspiración legítima y de alta calidad para el ejercicio profesional del abogado, del juez y del jurista en el plano nacional.

REFERENCIAS

Documentos Oficiales

- CDI, (20-1-1956). *Responsabilidad Internacional del Estado: informe de F. V. García Amador, Relator Especial*, A/CN.4/96 en: A/CN.4/SER.A/1956/Add.1/ vol. II. New York: Autor.
- CDI, (12-12-2001). *Sexto informe sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Relator Sr. James Crawford, Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, A/56/589 y Corr.1, New York: Autor.

30. ABI-SAAB, G. & ABI-SAAB, R. (2000). Les crimmes de guerre. En: H. Ascensio, E. Decaux, & A. Pellet, *Droit international pénal* (pp. 265-291). Paris: Editions A. Pedone, pág. 265.



- CDI, (2-8-2011). *Cuarto informe sobre fuentes convencional y consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar*, Relator Sr. Zdzilaw Galicki, 63ª sesión de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, A/CN.4/648, New York: Autor.
- ONU, (11-12-1946). *Principios de Derecho Internacional reconocidos por los Tribunales Internacionales de Nüremberg y Tokio*, Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/95(I): New York: Autor.
- ONU, (12-12-2001). *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/56/83, New York: Autor.
- ONU, (16-12-2004). *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/59/35, New York: Autor.
- Jurisprudencia Internacional
- CII, (1949): *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, 11 avril, avis consultatif de l'ONU.
- CII, (1949b): *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie, affaire du Detroit de Corfou. Fond*, 9 avril, arrêt.
- CII, (1950): *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie. Première phase*, 30 mars, avis consultatif de l'ONU.
- CII, (1950b): *Colombie c. Pérou, affaire Droit d'asile*, 20 novembre, arrêt.
- CII, (1951): *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 28 mai, avis consultatif de l'ONU.
- CII, (1952): *Royaume-Uni c. Iran, affaire Anglo-Iranian Oil Co. Exceptions préliminaires*, 22 juillet, arrêt.
- CII, (1955): *Liechtenstein c. Guatemala, affaire Nottebohm. Deuxième phase*, 6 avril, arrêt.
- CII, (1966): *Ethiopie c. Afrique du Sud, Libéria c. Afrique du Sud, affaire du Sud-Ouest africain. Deuxième phase*, 18 juillet, arrêt.
- CII, (1970): *Belgique c. Espagne, affaire Barcelona Traction Light and power Company. Deuxième phase, nouvelle requête de 1962*, 5 février, arrêt.
- CII, (1971): *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Soud-Oest africain) non obstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, 21 juin, avis consultatif de l'ONU.
- CII, (1980): *Etats-Unis d'Amérique c. Iran, affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, 24 mai, arrêt.
- CII, (1986): *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. Fond*, 27 juin, arrêt.
- CII, (1989): *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, 15 décembre, avis consultatif de l'ONU.
- CII, (1989b): *Etats-Unis d'Amérique c. Italie, affaire Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, 20 juillet, arrêt.
- CII, (1995): *Portugal c. Australie, affaire de Timor Oriental. Compétence de la Cour*, 30 juin, arrêt.
- CII, (1996): *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet, avis consultatif de l'ONU et l'OMS.
- CII, (1996b): *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Exceptions préliminaires*, 11 juillet, arrêt.
- CII, (2001): *Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique, affaire LaGrand*, 27 juin, arrêt.
- CII, (2004): *Mexique c. Etats-Unis d'Amérique, affaire Avena et autres ressortissants mexicains*, 31 mars, arrêt.
- CII, (2005): *République démocratique du Congo c. Ouganda, Activités armées sur le territoire du Congo*, 19 décembre, arrêt.
- CII, (2007): *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 26 février, arrêt.
- CII, (2008): *Croatie c. Serbie, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de*



génocide. Exceptions préliminaires, 18 novembre, arrêt.

CIJ, (2012): *Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)*, *In-munités juridictionnelles de l'Etat*, 3 février, arrêt

TMIN, (1946): *Procès des grands criminels de guerre*, 1 octobre, arrêt.

Libros

DONNEDIEU DE VABRES, H. (1928). *Les principes modernes du droit pénal international*. Paris: Librairie du Recueil Sirey .

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., & SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A. (2006). *Curso de Derecho internacional público*. (13ª edición), Madrid: Civitas.

GOY, R. (2002). *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*. (vol. Collection Droit et Justice no. 36) Bruxelles: Bruylant S.A./Némesis.

GOY, R. (1995). *La Cour permanente de justice internationale et les droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant.

GROTIUS, H. (1867). *Le droit de la guerre et de la paix*. (vol. II). P. Padrier-Fodéré, Trad., Paris: Guillaumin et Cie. Librairies.

KANT, E. (1795). *Vers la pax perpétuelle. Un projet philosophique* (edición de 2007), M. Marcuzzi, Trad. Paris: VRIN.

PELLA, V. V. (1926). *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* (2a edición), Bucarest: Imprimerie de l'Etat.

Capítulos de libros y artículos de revistas

ABI-SAAB, G., & ABI-SAAB, R. (2000). Les crimes de guerre. En: H. Ascencio, E. Decaux, & A. Pellet, *Droit international pénal* (pp. 265-291). Paris: Editions A. Pedone.

DAVID, E. (2000). La responsabilité de l'Etat pour absence de coopération. En: H. Ascencio, E. Decaux, & A. Pellet, *Droit International Pénal*. (pp. 129-135). Paris: Editions A. Pedone.

SICILIANOS, L.A. (2000). La responsabilité de l'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux. En: H. Ascencio, E. Decaux, & A. Pellet, *Droit International pénal*. (pp. 115-128). Paris: Editions A. Pedone.

ÁVALOS VÁZQUEZ, R. D. (2006). Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito. ¿Más de 40 años de labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Volumen VI, pp. 579-598. ☺