

**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR  
LA VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL  
HUMANITARIO. A PROPOSITO DE LOS HECHOS OCURRIDOS  
EN LA CÁRCEL DE ABU GHRAIB (IRAQ)\***

Por Dra. M. Dolores Bollo Arocena  
*Profesora de Derecho Internacional Público*  
*Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*

*SUMARIO*

I. Introducción. II. La violación de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en Abu Ghraib. III. La atribución del hecho ilícito a los Estados Unidos de América. A) *Comportamientos realizados por los órganos del Estado.* B) *Comportamientos realizados por personas o entidades que ejercen atribuciones de poder público: el caso de las empresas de seguridad privadas en Iraq.* C) *Comportamientos realizados por personas que actúan bajo la dirección o el control del Estado.* IV. La invocación de la responsabilidad. A) *La incidencia de los procesamientos en sede interna estadounidense sobre la institución de la responsabilidad del Estado.* B) *Sujetos legitimados para invocar la responsabilidad.* 1) Estado lesionado (artículo 42). 2) Estados distintos del lesionado (artículo 48). a) Algunas cuestiones relacionadas con la nacionalidad de la reclamación. b) La incidencia de la renuncia a la invocación por el Estado lesionado sobre la legitimación colectiva del artículo 48. V. A modo de conclusión.

---

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el FEDER (ref. BJU2002-00559).

## I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito en la última década en torno a la responsabilidad penal internacional del individuo derivada de la comisión de conductas susceptibles de calificarse como crímenes internacionales –crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, en general, y genocidio, en particular– (1). Tanto internacionalistas como penalistas, también procesalistas, se han ocupado de analizar desde distintos puntos de vista los perfiles que presenta cada una de tales infracciones, así como los mecanismos de los que disponemos a día de hoy para hacer efectiva la sanción de tan abominables actos. La novedad que ha supuesto la puesta en marcha de todo el entramado adjetivo y material que conforma el todavía joven *Derecho Internacional Penal* y el propósito perseguido con todo ello –lograr que la impunidad sea la excepción y no la regla, especialmente ante hechos tan graves– explica el protagonismo adquirido por el sector (2).

No obstante lo anterior, hubiera sido conveniente que junto al estudio de la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de conductas como las que se han mencionado se hubiera profundizado en idéntica medida en el análisis de la responsabilidad clásica, esto es, la del Estado, por esos mismos hechos. Y es que aunque es cierto que responsabilidad internacional individual y estatal no están siempre y necesariamente vinculadas, es probable que así ocurra en muchas ocasiones, tal y como se puso de relieve en el comentario al *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, concluido por la CDI en el año 1996: «es posible, y de hecho probable, (...), que una persona cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad como «agente del Estado», «por cuenta del Estado», «en nombre del Estado», o incluso en virtud de una relación de hecho con el Estado, sin estar investido de ningún mandato legal» (3).

---

(1) En la categoría «crimen internacional» entran sin ningún género de dudas los crímenes contra la humanidad, en general, y el de genocidio en particular, así como los crímenes de guerra.

(2) Cfr. entre otros muchos, BACIGALUPO ZAPATER, E (Dir.), *El Derecho Internacional Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001; BOLLO AROCEÑA, M.D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004; QUEL LOPEZ, F.J. (Dir.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, AEPDIRI, Madrid, 2000; RUEDA, C., *Delitos de Derecho Internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.

(3) Cfr. el parágr. 1 del Comentario al artículo 4 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cuya literalidad es la siguiente «El hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz

Pues bien, es esta segunda perspectiva de análisis, la de la responsabilidad del Estado por la violación del derecho internacional humanitario, la que vamos a adoptar en el presente trabajo, al hilo, precisamente, de los hechos ocurridos en la cárcel de Abu Ghraib entre finales del año 2003 y la primera mitad de 2004 –hechos considerados como ciertos en tres informes oficiales preparados desde distintas instancias de la administración norteamericana, pero también en otros informes elaborados por el propio CICR o algunas algunas organizaciones como *Human Rights Watch* o *Amnistía Internacional* (4)–, tomando como referente el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados que la CDI aprobó en segunda lectura en el año 2001, pues, aun cuando el Derecho Internacional Humanitario se rige por algunas reglas propias (5), no es un sistema enteramente autónomo y necesita de los mecanismos generales de aplicación del Derecho Internacional (6).

Nuestro estudio girará en torno a tres grandes cuestiones: en primer lugar, el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, constitui-

---

y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión relativa a la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional». En coherencia con ello, el artículo 58 del Proyecto sobre responsabilidad de los Estados señala que «los presentes artículos se entienden sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe como órgano o agente del Estado». Cfr. «Texto del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», Informe de la CDI, 53 período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos oficiales. 56º período de sesiones. Suplemento n.º 10 (56/10). Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 21-306. En adelante «Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados».

(4) Cfr. Informes de la Administración de los Estados Unidos: Informe Taguba (9 de marzo de 2004); Informe Fay-Jones (25 de agosto de 2004); Informe Schlesinger (24 de agosto 2004). Informe del CICR (febrero de 2004). Todo ello puede encontrarse en la siguiente página web: <http://www.scvhistory.com/scvhistory/signal/iraq/index.htm>. Por otra parte, el informe elaborado por Human Rights Watch sobre los hechos ocurridos en Abu Ghraib (junio 2004) puede hallarse en <http://hrw.org/reports/2004/usa0604/usa0604.pdf>

(5) Para estos supuestos, el artículo 55 del Proyecto de la CDI señala que no serán de aplicación las disposiciones del proyecto «en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional». Sobre el carácter autónomo de las normas de Derecho Internacional Humanitario, cfr. LEVRAT, N., «Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties Contractantes de "faire respecter" les Conventions humanitaires», en Fritz Kalshoven e Yves Sandoz (reds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 263-296 KAMENOV, «The origin of State and entity responsibility for violations of international humanitarian law in armed conflicts», en Fritz Kalshoven e Yves Sandoz (reds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 170-176.

(6) Como ha señalado SASSOLI, «si se sostuviera que el derecho internacional humanitario sólo puede aplicarse por sus propios mecanismos, esta rama del derecho sería de indole menos obligatoria y tendría grandes deficiencias», SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado por las violaciones del derecho internacional humanitario», *RICR*, N. 846, 2002, p. 3.

do en este caso por la violación de algunas obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario; en segundo lugar, el elemento subjetivo del ilícito, esto es, la atribución de los comportamientos al Estado como consecuencia de los actos realizados por miembros de las fuerzas armadas y otros individuos al servicio del Estado, y, en tercer y último lugar, la invocación de la responsabilidad.

## II. LA VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

El primer elemento necesario para mantener la existencia de un hecho internacionalmente ilícito es el elemento objetivo o violación de una obligación internacional, violación que se produce cuando un hecho de un Estado no es conforme con lo que de él exige una obligación, sea cual sea el origen o el carácter de la misma, sea cual sea su gravedad (7), ya consista el comportamiento en una acción, en una omisión o en una combinación de acciones u omisiones (8). Ahora bien, para determinar si un comportamiento dado atribuible al Estado ha constituido la violación de una de sus obligaciones, es necesario centrarse en la norma primaria que enuncia el contenido y el alcance de aquellas. A ello vamos a dedicar las próximas líneas.

En marzo de 2003 se dio inicio a la intervención angloestadounidense en Iraq con la mayoritaria oposición de la Sociedad Internacional y de la opinión pública mundial. Gran parte de la doctrina internacionalista advirtió igualmente de la ilegalidad de una intervención semejante. Quedaba por ver el modo en que las potencias intervinientes iban a *gestionar* la ocupación una vez producida ésta. Los hechos ocurridos en Abu Ghraib constituyen a nuestro modo de ver una buena muestra de la deficiente planificación norteamericana de la guerra de Iraq, de la incorrecta interpretación y aplicación del Derecho Internacional Humanitario llevada a cabo por las fuerzas armadas de ese país en el contexto iraquí, cuando no el reflejo de una política más amplia desplegada en otros contextos como Afganistán o Guantánamo que ha avalado, y probablemente lo sigue haciendo, la transgresión de los principios más elementales que presiden el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos bajo la bandera del *todo vale contra el terrorismo*.

---

(7) Cfr. Artículo 12 del Proyecto de la CDI y párr. 4 del comentario al artículo 42 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados.

(8) Cfr. Comentario al artículo 12 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados, párr. 2, p. 117.

Por razones obvias no es nuestra pretensión analizar de manera exhaustiva las obligaciones de Estados Unidos derivadas de su condición de potencia ocupante del territorio iraquí, sino identificar, a partir de los hechos en presencia, las obligaciones convencionales o consuetudinarias que Estados Unidos pudo infringir en la prisión de Abu Ghraib, violaciones que vendrían a constituir el elemento objetivo de los hechos internacionalmente ilícitos que allí se cometieron. Tales obligaciones habremos de hallarlas, principal aunque no exclusivamente, en la III Convención de Ginebra de 1949 (9), a pesar de que el entonces Secretario de Defensa de los Estados Unidos, actual Secretario de Estado, Donald Rumsfeld, tratara de minimizar su valor con afirmaciones como «*Geneva Conventions doesn't say what you do when you get up in the morning*» (10). Por muchas *vaguedades* que, en opinión del Sr. Rumsfeld, contengan estos Convenio constituyen un referente ineludible en la lucha por el respeto de los derechos humanos. En todo caso, ahí están las legislaciones internas para precisar convenientemente lo que en Ginebra, por el propio proceso de gestación de todo tratado internacional y por el tiempo en que ello tuvo lugar —han transcurrido más de 50 años desde entonces—, no fue posible; ahí está también la jurisprudencia interna e internacional como referente a utilizar a la hora de establecer la línea divisoria entre lo prohibido y lo permitido (11). Y en Abu Ghraib, se traspasó la línea, en unos casos como consecuencia de un comportamiento activo, en otros como resultado de un comportamiento omisivo, imputable a los máximos responsables del centro o a sus subordinados.

Por comenzar por lo que resulta más obvio, puede afirmarse que en Abu Ghraib se cometieron numerosas y reiteradas infracciones graves al III Convenio de Ginebra de 1949, infracciones tales como «*el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, (...) el hecho de causar adre-*

---

(9) Queda excluido, en tanto norma convencional, el I Protocolo Adicional de 1977, pues Estados Unidos no ha manifestado su consentimiento en obligarse por el citado Tratado.

(10) Declaraciones reproducidas en el informe elaborado por *Human Rights Watch*, «The road to Abu Ghraib», junio 2004, p. 7.

(11) Cfr. la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del propio Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, jurisprudencia en la que se ha tenido ocasión de analizar lo que se entiende a día de hoy por actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Cfr. sobre el particular, entre otras muchos trabajos, REIDY, A., «El enfoque de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos sobre el Derecho Internacional Humanitario», *RICR*, n. 147, 1998, pp. 555-571; CONDORELLI, L., «Le Tribunal Penal International pour l'ex Yougoslavie et sa jurisprudence», *Cursos Euro-mediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, pp. 241-276

*de grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud, o el hecho de (...) privar de su derecho a dicho cautivo a ser juzgado regular e imparcialmente a tenor de las prescripciones del presente Convenio» (12). Otras prohibiciones que aparecen dispersas a lo largo del prolijo texto de la Convención resultaron igualmente infringidas, como la que prohíbe la comisión de «acciones u omisiones (...) que acarreen la muerte o pongan en grave peligro la salud de un prisionero» (13), la que exige la protección de los prisioneros de guerra «en todo tiempo, especialmente contra cualquier acto de violencia o intimidación, contra insultos y contra la curiosidad pública» o la que les garantiza «en todas circunstancias al respeto de su persona y de su dignidad», en particular la que establece que «no podrá ejercerse sobre los prisioneros, tortura física o moral ni ninguna presión para obtener de ellos informes de cualquier clase que sean. Los cautivos que se nieguen responder no podrán ser amenazados ni insultados ni expuestos a molestias o desventajas de cualquier naturaleza» (14).*

Pues bien, numerosas prácticas seguidas en Abu Ghraib contravinieron abiertamente algunas de las disposiciones que acabamos de transcribir, tal y como puso de relieve el equipo investigador del CICR (15) y ha sido reconocido por el propio Ejército de los Estados Unidos. Los informes Taguba, y también los informes Fay Jones y Schlesinger, consideran probada la comisión de actos de *violencia física* –patadas, puñetazos, bofetadas– (16), *maltrato físico y psicológico* –sometimiento a los prisioneros a períodos de aislamiento prolongado por más de treinta días o a condiciones extremas de frío, calor o ruido–, *coacción* –amenazas de muerte con armas de fuego, utilización de perros como modo de aterrorizar a los detenidos con la finalidad de lograr su confesión (17)–, *abusos sexuales*

---

(12) Cfr. artículo 130 del III Convenio de Ginebra de 1949.

(13) Ibid., artículo 103.

(14) Ibid., artículo 17.

(15) Cfr. Informe del CICR, p. 2, «Brutality against protected persons upon capture and initial custody, sometimes causing death or serious injury; absence of notification arrest of persons deprived of their liberty to their families rousing distress among persons deprived of their liberty and their families; physical or psychological coercion during interrogation to secure information; prolonged solitary confinement in cells devoid of daylight Excessive and disproportionate use of force against persons deprived of their liberty resulting in death or injury during their period of internment».

(16) El informe Taguba se refiere también a otras prácticas como por ejemplo el derramamiento del líquido fosfórico de las bombillas sobre los prisioneros.

(17) El informe Taguba se refiere al empleo de perros para asustar e intimidar a los detenidos con amenazas de ataque que, en algún caso, acabaron con una mordedura real.

–incluida la violación o la sodomía– (18), o *humillaciones* –obligar a los detenidos a permanecer desnudos durante días o con ropa interior femenina, fotografiarlos en esas condiciones, etc.– (19), actos protagonizados por algunos miembros de las fuerzas armadas y por personal civil contratado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos (20).

Hechos como los descritos se pudieron producir como consecuencia de la violación de otras obligaciones internacionales, cometidas en esta ocasión por otros sujetos distintos, los superiores jerárquicos del centro de prisioneros de Abu Ghraib: la obligación de impedir las infracciones de los Convenios de Ginebra –para lo cual debían haber adoptado las medidas necesarias para que los miembros de las fuerzas armadas tuvieran conocimiento de las obligaciones que les incumbían–, y la de promover la acción penal o disciplinaria contra los autores de tales infracciones. Y es que el hecho de que los comportamientos fueran realizados por los subordinados no exime de responsabilidad a los superiores jerárquicos si sabían o tenían información que les hubiera permitido concluir que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tales infracciones.

En efecto, tal y como se ha puesto de relieve en reiteradas ocasiones por parte del CICR y por la doctrina internacionalista, la ignorancia es uno de los factores propiciatorios del incumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, de ahí que una de las obligaciones de todos los Estados parte en los Convenios de Ginebra consiste en formar al personal civil y militar que tenga la responsabilidad de aplicarlo (21). Pues bien, tal y como se desprende de los distintos informes elaborados por la administración norteamericana, las fuerzas armadas estadounidenses y el personal contratado para desempeñar su labor en Iraq no recibió la formación necesaria para proporcionarles el adecuado conocimiento del Derecho Internacional Humanitario que indefectiblemente iban a tener que aplicar. Una

---

(18) El informe Taguba se refiere a otras conductas como obligar a grupos de prisioneros varones a masturbarse mientras eran fotografiados y grabados en vídeo o sodomizar a un prisionero etc. Cfr. Informe Taguba, pp. 11-12.

(19) Grabación en vídeo y toma de fotografías de los reclusos –hombres y mujeres– desnudos; obligar a los detenidos a despojarse de sus ropas, manteniéndolos desnudos durante días. Cfr. p. 11-12 del informe Taguba.

(20) Cfr. infra punto III.

(21) Cfr. ORIHUELA CALATAYUD, E., «Estudio introductorio sobre el control del cumplimiento del Derecho internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados», en *Derecho internacional humanitario. Tratados internacionales y otros textos*, Madrid, Ed. McGraw Hill, 1998, p. 8. CONDORELLI, L. y BOISSON DE CHAZOURNES, L., «Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: protección de intereses colectivos», *RICR*, N.º 837, pp. 67-87.

vez desplegados sobre el suelo iraquí, la falta de formación e información continuó, algo que hubiera sido particularmente necesario en atención a esa falta de preparación previa (22). Incluso después de que se pusieran de manifiesto tales deficiencias, los mandos militares mantuvieron una actitud de clara pasividad (23).

Mucho más grave es la omisión de las autoridades presentes en Abu Ghraib de su deber de supervisar los comportamientos de sus subordinados y de sancionar disciplinaria o penalmente a quienes actuaron contraviniendo sus obligaciones. En estos últimos años el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha precisado el sentido y el alcance de la obligación convencional (artículo 87 del Protocolo Adicional I de 1977) y consuetudinaria de los superiores de velar por que sus subordinados respeten el derecho internacional humanitario, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 de su Estatuto en el que se resalta la responsabilidad del superior jerárquico «si sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar tales actos». Quizás haya sido la sentencia dictada por el Tribunal en el caso *Celebici* –sentencia dictada por la Sala de Primera Instancia en noviembre de 1998 y confirmada después en este punto por la Sala de Apelación el 20 de febrero de 2001– la que ha sentado las bases de las condiciones y los límites a la responsabilidad del superior jerárquico por las conductas cometidas por sus subordinados. Así las cosas, cabe afirmar que nos hallamos en presencia de la violación de la obligación internacional de referencia cuando se dan las siguientes circunstancias: en primer lugar, cuando exista una relación de subordinación, sea cual sea la condición, civil o militar del superior, sea una relación de

---

(22) «I find that very little instruction or training was provided to MP personnel on the applicable rules of the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War. (...) There is a general lack of knowledge, implementation, and emphasis of basic legal regulatory, doctrinal, and command requirements within the 800th MP Brigade and its subordinate units (...) Soldiers were poorly prepared and untrained to conduct I/R operations prior to deployment, at the mobilization site, upon arrival in theater, and throughout their mission», Cfr Informe Taguba, pp. 14, 16 y 18 respectivamente. El informe se refiere también a otras deficiencias como «neither the camp rules nor the provisions of the Geneva Conventions are posted in English or in the language of the detainees at any of the detention facilities in the 800th MP Brigade's AOR even after several investigations had annotate the lack of this critical requirement», p. 19.

(23) *Ibid.*, p. 34: «Key seniors leaders in both the 800<sup>th</sup> MP Brigade and the 205<sup>th</sup> MI Brigade fail to comply with established regulations, policies, and command directives in preventing detainee abuses at Abu Ghraib (BCCF) and at Camp Bucca during the period August 2003 to February 2004».

superioridad jurídica o de facto. En segundo lugar, cuando el superior sepa o tenga razones para saber de los comportamientos criminales de los subordinados. En ausencia de pruebas directas del conocimiento de los hechos por parte del superior, podrían servir como indicios que hubieran debido llevar al superior a realizar una investigación más profunda elementos tales como el número, el tipo y el alcance de los actos ilegales, el período durante el cual los hechos tuvieron lugar, los medios logísticos utilizados, el carácter aislado o generalizado de los actos, el modus operandi, personal implicado, lugar en el que se encontraba el superior en el tiempo en que los hechos tuvieron lugar, etc. Por lo demás, el TPIY ha señalado en reiteradas ocasiones que no cabe establecer la responsabilidad del superior si carecía de toda información sobre los hechos constitutivos de la violación del Derecho Internacional Humanitario. En tercer y último lugar, cuando teniendo en cuenta los elementos anteriores, el superior no haya adoptado todas las medidas *necesarias y razonables* para prevenir y en su caso castigar el crimen, sin que se pueda exigir a un superior a hacer lo imposible, sino sólo aquello que esté en disposición material de hacer (24).

A la vista de todo cuanto acabamos de señalar, consideramos que existen elementos más que suficientes para mantener la violación de la obligación por parte de los superiores del centro de detención de Abu Ghraib de la obligación en cuestión (25), pues ostentando la condición de superiores jerárquicos y disponiendo de información de fuentes reputadas como el CICR o Amnistía Internacional, se inhibieron de su deber de adoptar las medidas razonables y necesarias para impedir la comisión de actos como los descritos y para sancionar a los responsables. Tal y como se desprende de uno de los informes elaborados por la propia administración norteamericana *«The leaders from units located at Abu Ghraib (...) failed to supervise subordinates or provide direct oversight of this important mission. These leaders failed to properly discipline their soldiers.*

---

(24) Cfr. Sentencia de la Sala de Primera Instancia, 16 de noviembre de 1998, Le Procureur c. Z. Delalic, Z. Mucic, H. Delic Y E. Landzo, parágr. 346 y ss.; Sentencia de la Sala de Apelación, 20 de febrero de 2001, parágr. 182 y ss.

(25) Lugarteniente General Ricardo Sanchez, «commander of the coalition Joint Task Force-7 (CJTF-7), desde junio de 2003 hasta julio de 2004; Brigadier General Janis Karpinski, «commanded the 800<sup>th</sup> Military Police Brigade, the unit of the US Army responsible for detention facilities in Iraq», desde junio de 2003 hasta mayo de 2004; Coronel Thomas Pappas, «commanded the 205<sup>th</sup> Military Intelligence Brigade, oversaw military intelligence personnel in Iraq, and commanded the Joint Interrogation and Debriefing Center at Abu Ghraib», Cfr. Complaint for declaratory relief and damages A. ALI y otros c. D. Rumsfeld, p. 16

*These leaders failed to learn from prior mistakes and failed to provide continued mission-specific training (...). The absence of effective leadership was a factor in not sooner discovering and taking actions to prevent both the violent/sexual abuse incidents and the misinterpretation/confusion incidents» (26).*

A nuestro juicio, incluso es posible ir más allá y mantener la responsabilidad de los superiores jerárquicos, llegando a las más altas instancias del Estado –hasta el propio Secretario de Defensa de la época, Donald Rumsfeld– por haber autorizado formalmente la utilización de técnicas de interrogatorio prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario. De hecho, algunos de los acusados por los hechos ocurridos en Abu Ghraib han mantenido que actuaban obedeciendo órdenes, órdenes que respondían a un objetivo muy claro: crear un ambiente de terror que llevara a los prisioneros a confesar y obtener de este modo la información necesaria para hacer frente a la insurgencia iraquí.

Algo de todo ello se viene a reconocer, si bien es cierto que muy tímidamente, en el informe Schlesinger cuando señala que los abusos fueron «*widespread (...), serious, both in number and in effect. The abuses were not just the failure of some individuals to follow known standars, and they are more than the failure of a few leaders to enforce proper discipline. There is both institutional and personal responsibility at higher levels» (27).* Al parecer todo comenzó en Abu Ghraib en agosto de 2003, cuando el general Ricardo Sanchez, al mando de la prisión, requiere la presencia en Bagdad del general Geoffrey Miller, en aquel momento responsable del centro de detención de Guantánamo y posteriormente máximo responsable del sistema penitenciario de la coalición en todo el territorio de Iraq, con el propósito de que le diera una nueva orientación al modo de hacer frente a la resistencia iraquí que estaba resultando bastante más fuerte y dañina de lo esperado. Así las cosas, el General Miller puso en conocimiento de las autoridades de Abu Ghraib las técnicas de interrogatorio que habían sido aprobadas por Donald Rumsfeld para ser utilizadas en Guantánamo el 16 de abril de 2003 (28), aunque, al parecer, advirtió que tales técnicas no podían ser aplicadas miméticamente en Iraq, puesto que en el territorio iraquí eran aplicables los Convenios de Ginebra (29). A pesar de

---

(26) Cfr. Informe Schlesinger, Executive Summary. Investigation of Intelligence Activities at Abu Ghraib, pp. 1-5, concretamente p. 4

(27) Ibid. p.5.

(28) Cfr. Apéndices D y E del informe Schlesinger.

(29) Cfr. Informe Schlesinger, p. 9

ello, el 13 de septiembre el General Sánchez aprueba un memorandum autorizando doce nuevas técnicas de interrogatorio, cinco de ellas utilizadas en Guantánamo (30). Tan sólo un mes después, el memorandum que provocó eso que se dio en denominar en la jerga interna de la prisión la *guantanamoización* de Abu Ghraib resultó anulado, después de que *USA Central Command* considerara excesivamente agresiva la política del General Sanchez. Las técnicas de interrogatorio permitidas a partir de esa fecha –12 de octubre– fueron las habituales del Ejército –las contenidas en el *Army Field Manual 34-42* (31). A pesar de ello, señala el informe Schlesinger, «*the policy memos promulgate at the CJTF-7 level allowed for interpretation in several areas and did not adequately set forth the limits of interrogation techniques. The existence of confusing and inconsistent interrogation technique policies contributed to the belief that additional interrogation techniques were condoned*» (32). Por tanto, puede afirmarse que los máximos responsables de la prisión de Abu Ghraib crearon, cuando menos, *zonas grises* sometidas a la interpretación del personal de la prisión, personal que se caracterizaba precisamente por su total desconocimiento del derecho aplicable en tal situación.

Resulta sorprendente que lo que se califica como *abuso* por los propios redactores de los distintos informes para el contexto iraquí, lo consideren permitido en otros contextos. Como ha puesto de relieve la Organización no gubernamental *Human Rights Watch*, todo cuanto ha ido ocurriendo en los últimos años no es sino el reflejo de una práctica sistemática o una política determinada liderada por los Estados Unidos en su afán por

---

(30) Cfr. pp. 8-9 del informe Schelesinger. Estos datos han sido confirmados por el informe del General Antonio Taguba, cuando señala que «*Millitary Intelligence (MI) interrogators and Other US Government Agency's (OGA) interrogators actively requested that Military Policy guards set physical and mental conditions for favorable interrogation of witnesses*». El General Taguba concluye afirmando en uno de los pasajes de su informe que «*I find that personnel assigned to the 372<sup>nd</sup> MO Company, 800<sup>th</sup> MO Brigade were directed to change facility procedures to "set the conditions" for MI interrogations, Cfr. p. 13 del informe Taguba.*».

(31) Cfr. p. 14 del informe Schlesinger.

(32) Cfr. p. 10 del informe Schelesinger. No obstante, el Subsecretario de Inteligencia del Pentágono, Stephan Cambone, negó ante el *Comité de las Fuerzas Armadas del Senado* cualquier relación entre la visita de Miller a Abu Ghraib y los abusos cometidos. Sin embargo, sus explicaciones no convencieron mucho. Así, la senadora demócrata por Nueva York, H. Clinton, declaró que si, verdaderamente, el General Miller fue enviado desde Guantánamo a Iraq con el propósito de conseguir de los detenidos «*inteligencia más procesable*», entonces era justo concluir que las acciones que al respecto figuraban en el informe Taguba estaban de alguna manera conectadas con la llegada del General Miller y sus órdenes específicas, como quiera que fueran interpretadas, por aquellos PMs y la inteligencia militar que estuvieron implicados

hacer frente al terrorismo internacional al precio que sea. Abu Ghraib, y otras prisiones en territorio iraquí, no es sino la última secuencia de una cadena en la que se encuentran también Afganistán (33) o la base estadounidense de Guantánamo en Cuba (34). Dejando a un lado la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a esos contextos, resulta evidente que prácticas como las descritas constituyen violaciones del derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio contra la tortura de 1984 o en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, textos que obligan a los Estados Unidos, de modo que su responsabilidad internacional podría verse igualmente comprometida en otros contextos. Como señalaron González Campos y Rodríguez Villasante y Prieto, «la necesidad de asegurar una protección básica a estas personas postula la aplicación alternativa a ellas de las reglas de la tercera y cuarta convención –se es prisionero de guerra o civil según el derecho internacional humanitario, sin que se reconozca un tercer género–, bajo las garantías en todo caso aportadas por el Derecho internacional de los derechos humanos» (35). Es evidente que el derecho a la integridad física y mental, el derecho a la dignidad y, sobre todo, el derecho a ser tratado con *humanidad* prohíbe todas esas prácticas sea cual sea el contexto al que nos refiramos: Iraq, Afganistán, Guantánamo o cualquiera que sea el punto del planeta que se quiera poner como ejemplo, cualquiera que sea el Estado responsable de su comisión. Por todo ello quizás no sea descabellado mantener que la política de interrogatorios seguida por Estados Unidos en los contextos a los que nos hemos referido –política avalada al más alto nivel, pues algunas de las técnicas de interrogatorio necesitaban del consentimiento previo y expreso del Secretario de Defensa– constituye una violación del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

A la vista de todo cuanto se ha señalado hasta el momento, consideramos fuera de toda duda que en Abu Ghraib se violó el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por acción y por omisión, por los superiores jerárquicos y por los subordi-

---

(33) Cfr. el informe de Human Rights Watch sobre los abusos cometidos por los soldados norteamericanos en Afganistán (marzo 2004) (<http://hrw.org/reports/2004/afghanistan0304/index.htm>)

(34) Sobre la situación de los detenidos en Guantánamo, cfr. el informe elaborado por Human Rights Watch (octubre 2004) <http://hrw.org/backgrounder/usa/gitmo1004/>

(35) Cfr. GONZALEZ CAMPOS, J., RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., «El caso de los detenidos de guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos», *REDI*, 2002, vol. LIV, pp. 1-40, concretamente p. 28.

nados. Sea cual sea la condición del detenido, ostente o no la condición de prisionero de guerra, comportamientos como los descritos se encuentran igualmente prohibidos por el ordenamiento internacional y por el ordenamiento interno de los Estados, incluidos los Estados Unidos.

### III. LA ATRIBUCIÓN DEL ILÍCITO AL ESTADO

Constatada la existencia de algunas violaciones del derecho internacional humanitario, conviene analizar su atribuibilidad al Estado, y más concretamente a Estados Unidos por ser la Potencia que estuvo encargada de la gestión de la prisión de Abu Ghraib. Nos referiremos, en primer lugar, a los *comportamientos realizados por los órganos del Estado*, concretamente a los comportamientos de los miembros de las fuerzas armadas y de los funcionarios de las distintas agencias del gobierno de los Estados Unidos, presentes en Abu Ghraib, así como al comportamiento del propio Secretario de Defensa de los Estados Unidos. En segundo lugar, analizaremos la posible responsabilidad del Estado por los *comportamientos realizados por personas o entidades que sin tener la condición de órganos del Estado ejercieron atribuciones de poder público*: nos referiremos al importante contingente humano conformado por agentes de seguridad y otro personal especializado como *intérpretes* o *interrogadores*, contratados por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos. Y, en tercer y último lugar, nos referiremos a los *comportamientos realizados por personas que pudieron actuar siguiendo de hecho instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado*, aun cuando no eran órganos del Estado ni tenían atribuida conforme al derecho interno del Estado atribuciones de poder público.

#### A) COMPORTAMIENTOS REALIZADOS POR LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

De conformidad con lo señalado en el Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados «se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado» (36),

---

(36) Cfr. Artículo 4 del Proyecto de la CDI

incluso cuando, actuando en esa condición, se exceda en el ejercicio de sus competencias o contravenga las instrucciones recibidas (37). De este modo se cubren todos los comportamientos realizados por los órganos del Estado, tanto aquellos realizados siguiendo instrucciones, como aquellos otros llevados a cabo contraviniendo expresamente estas últimas o, simplemente, excediéndose en el ejercicio de sus atribuciones. Porque, como señala la CDI, los Estados no pueden prevalerse de la idea de que las acciones u omisiones de sus órganos o agentes no deberían haber tenido lugar, incluso en el caso de que otros órganos del Estado hubieran desautorizado tal comportamiento. En otro caso, «se acabarían por autorizar los abusos, ya que en la mayoría de los casos no habría ningún medio de demostrar en la práctica si el agente había actuado o no en cumplimiento de las instrucciones recibidas» (38). Esta norma se encuentra firmemente apoyada por la jurisprudencia internacional, la práctica de los Estados y la doctrina internacionalista (39).

La condición de «órgano» viene dada por los ordenamientos internos de los Estados, pues son éstos los que deciden cómo estructurar su administración y cuáles son exactamente sus funciones; se trata de una consecuencia del principio de autoorganización del Estado, «prios con el que se encuentra el Derecho Internacional, un dato previo derivado de la soberanía» (40). No obstante, el comportamiento de determinadas instituciones que desempeñan funciones públicas y que ejercen prerrogativas de poder público, como podría ser la policía, se atribuye al Estado «aun cuando el derecho interno considere que esas instituciones son autónomas e inde-

---

(37) Cfr. Artículo 7 del Proyecto de la CDI

(38) Cfr. la posición del Gobierno de España a través de la nota verbal del duque de Almodovar del Río, 4 de julio de 1898, citado por el comentario al artículo 7 del Proyecto de la CDI, parágr. 3, nota a pie 147, p. 87.

(39) Cfr. por ejemplo el caso VELASQUEZ RODRIGUEZ ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, la sentencia señaló que «en derecho internacional, el Estado es responsable de los actos de sus agentes ejecutados en su calidad oficial y de sus omisiones, aun cuando esos agentes actúan fuera del ámbito de su competencia o violan el derecho interno», cfr. Serie C, N.º 4, 1989, párrafo. 170, *ILR*, Vol. 95, pp. 232 y ss., concretamente, p. 296. El asunto CAIRE –caso en el que dos oficiales mejicanos dieron muerte a un ciudadano francés– la Comisión que resolvió el asunto señaló que «aunque deba presumirse que actuaron fuera de su competencia y aunque sus superiores dieron una contraorden, comprometieron la responsabilidad del Estado, puesto que se ampararon en su condición de oficiales y se sirvieron de los medios puestos a su disposición por tal concepto», cfr. comentario al artículo 7, parágr. 5 del Proyecto sobre responsabilidad de los Estados.

(40) Cfr. CONDORELLI, L., «L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances», *RdC*, 1984-VI (t. 189), pp. 9-222, concretamente pp. 58-59 REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional*, Ed. Mc Graw Hill, 1997, p. 418.

pendientes del poder ejecutivo» (41). Obviamente, los miembros de las fuerzas armadas serán considerados órganos del Estado, de cuyos comportamientos internacionalmente ilícitos éste responde. El Estado es responsable del comportamiento llevado a cabo por «todos los órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad, independientemente de que tengan o no personalidad jurídica separada según el derecho interno» (42).

Ahora bien, según se señala en el texto del Proyecto y en el comentario al mismo, para que el comportamiento de un órgano del Estado le sea imputable a este último, es necesario *que actúe en esa calidad* o, dicho de otro modo, es preciso que la persona actúe *bajo las apariencias de autoridad*, siendo irrelevante la motivación que lleve a esa persona a actuar (43). Este criterio distintivo entre un comportamiento no autorizado pero público (atribuible al Estado) y otro privado (no atribuible) debe tratarse la luz de los hechos y circunstancias presentes en cada asunto, pero no debe ser utilizado como vía para eludir la responsabilidad del Estado. En todo caso, el establecimiento de la línea divisoria entre un comportamiento no autorizado pero público y un comportamiento privado podría evitarse cuando el comportamiento objeto de la reclamación «es sistemático o reiterado, de modo que el Estado tenía o debería haber tenido conocimiento de él y debería haber tomado medidas para impedirlo» (44). Por lo demás, y a los efectos de establecer la existencia o no de responsabilidad por parte del Estado, es irrelevante el nivel jerárquico del órgano que lleva a cabo el comportamiento ilícito: «el Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o de gobierno en que se produzca» (45).

---

(41) Cfr. parágr. 6 del comentario al Capítulo II, p. 66.

(42) Cfr. parágr. 7 del comentario al Capítulo II, p. 67

(43) Esta idea quedó claramente establecida en el caso *Mallén*, en el que la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos eximió de responsabilidad a este último Estado por los hechos cometidos por un policía estadounidense a título meramente privado, o si se quiere por un acto que no tuvo relación alguna con la función oficial, a diferencia de lo que sucedió con otro acto realizado por ese mismo individuo contra el cónsul Mallén, bajo el manto de autoridad —pues tras herirlo lo recluyó en la cárcel del condado—, pero abusando manifiestamente de su posición. Cfr. párrafo 13 del comentario al artículo 4 del Proyecto de la CDI, p. 77.

(44) Cfr. Comentario al artículo 7 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados, parágr. 8, p. 90.

(45) Cfr. Comentario al artículo 4 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados, parágr. 6, p. 70.

En esta línea, cabe afirmar que actos como los perpetrados en Abu Ghraib, cometidos por miembros de las fuerzas armadas norteamericanas son imputables a los Estados Unidos, por haber sido realizados por órganos del Estado bajo la apariencia de autoridad, pues gran parte de los hechos a los que nos hemos referido fueron cometidos en el interior de la prisión gestionada por Estados Unidos, por miembros de sus fuerzas armadas, ataviados con el uniforme correspondiente. ¿Y de no considerarse suficientes esas circunstancias?, esto es, ¿y si no hubieran actuado los miembros de las fuerzas armadas *bajo esa apariencia de autoridad*?, ¿regiría igualmente el criterio general establecido por la CDI? De conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Protocolo Adicional I de 1977, las partes contratantes son responsables por «todos los actos cometidos por las personas que componen sus fuerzas armadas», insistimos «todos los actos», como si tal expresión incluyera tanto actos realizados en el ejercicio de atribuciones de poder público como aquellos otros realizados a título particular. Esta fue la interpretación que efectuó inicialmente la CDI cuando en el año 1977 señaló la especialidad de las disposiciones del derecho internacional humanitario en este ámbito, de modo que, según señalaba entonces, los Estados asumen una responsabilidad absoluta respecto de los actos realizados por los miembros de las fuerzas armadas, incluso cuando actúan a título particular (46). No obstante, el Proyecto aprobado por la CDI en segunda lectura no hace distinciones entre la violación de una obligación cualquiera realizada por un funcionario público y la violación de una obligación derivada del derecho internacional humanitario cometida por un miembro de las fuerzas armadas. A pesar de ello, el profesor Sassòli considera que las fuerzas armadas forman parte de una categoría particular de órganos del Estado sobre la que éste ejerce un control más estricto que el que debe ejercer sobre otros funcionarios, de modo que todos sus actos, todos, son imputables al Estado. De considerar excesivamente gravosa para el Estado tal interpretación, Sassòli construye otro argumento: «al menos en tiempo de guerra y en relación con hechos regidos por el derecho internacional humanitario, los miembros de las fuerzas armadas siempre están de servicio (...). Como personas privadas nunca habrían entrado en contacto con ciudadanos enemigos ni habrían actuado en territorio enemigo» (47). Utilizando las palabras de David, «l'Etat joue quasiment un rôle de compagnie d'assurance: en dehors des faits (rares) où

---

(46) Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1975, Vol. II, p. 75, comentario al artículo 10, parágrafo 4.

(47) Cfr. SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado...», op. cit., p. 3.

l'on pourrait invoquer une cause d'exclusion de l'illecité, il doit couvrir tous autres faits de ses forces armées» (48).

Pero no fueron las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos el único órgano del Estado implicado en los hechos ocurridos en Abu Ghraib. También había personal de algunas agencias del gobierno en la prisión, agencias como el *Federal Bureau of Intelligence* (FBI), *Iraqi Survey Group* (ISG) o la propia *Central Intelligence Agency* (CIA). Precisamente esta última ha sido objeto de severas críticas tanto en el informe Fay, como en el informe Schlesinger, pues su personal participó activamente en las tareas de interrogatorio de los prisioneros en los distintos centros de detención en Iraq, centros en los que la CIA actuaba en coordinación con el personal militar, exceptuando el caso de Abu Ghraib en el que la CIA estaba autorizada para conducir los interrogatorios en solitario. El informe Fay llega a concluir que «*CIA detention and interrogation practices led to a loss of accountability, abuse, reduced interagency cooperation, and an unhealthy mystique that further poisoned the atmosphere at Abu Ghraib*» (49). Y aun más, el informe reconoció una práctica seguida por la CIA –práctica que ya había adelantada por el General Taguba–, y que consistía en no registrar a ciertos detenidos en el momento de ser hechos prisioneros, de conformidad con el sistema ordinario, exigido por lo demás en el III Convenio de Ginebra, por considerarlos especialmente valiosos de cara a la obtención de información (50). De este modo se convertían en lo que se conocía en Abu Ghraib como los *ghost detainees* o *detenidos fantasma*, fuera de todo control, del control del personal militar y, sobre todo, fuera del alcance del equipo de investigación del CICR que efectuaba periódicamente visitas al centro de detención: para ello, relata el informe Taguba, estos detenidos eran trasladados de un lugar a otro dentro de las dependencias del centro de detención con el fin de *esquivar a los inspectores* (51). Estas prácticas, conocidas por el personal estadounidense de la prisión, provocaron que «*speculation and resentment grew over the lack of personal responsibility, of some people being above the laws and regulations. The resentment contributed to the unhealthy environment that existed at Abu Ghraib*» (52).

---

(48) DAVID, E., *Principes de Droit...*, op. cit., p. 527.

(49) Cfr. Informe Fay-Jones, p. 53.

(50) *Ibidem*

(51) Cfr. Informe Taguba, p. 19. Cfr. igualmente el pasaje del informe Fay en el que se relata la detención y posterior fallecimiento de un detenido dentro de la prisión de Abu Ghraib, a manos de un agente de la CIA, p. 53

(52) *Ibidem*.

La propia autorización extendida por el Secretario de Defensa, Donald Rumsfeld, para la utilización de algunas técnicas de interrogatorio abiertamente contrarias a los principios más elementales derivados del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituye un hecho internacionalmente ilícito imputable a los Estados Unidos, al igual que la omisión de su deber de velar por que sus subordinados respetaran el derecho internacional humanitario y de sancionar penal o disciplinariamente a los infractores.

Así pues, los Estados Unidos, a través de sus órganos –fuerzas armadas, agencias del gobierno, incluso a través del propio Secretario de Defensa– violaron algunas de las obligaciones internacionales anteriormente señaladas.

#### B) COMPORTAMIENTOS REALIZADOS POR PERSONAS O ENTIDADES QUE EJERCEN ATRIBUCIONES DE PODER PÚBLICO: EL CASO DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADAS EN IRAQ

A día de hoy constituye una práctica habitual de los Estados la privatización de empresas estatales, aunque sigan conservando ciertas funciones públicas, o la subcontratación de determinados servicios a empresas privadas que ejercen atribuciones de poder público en sustitución de los órganos del Estado. Y el Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados no ha permanecido ajeno a estos fenómenos. Así, el artículo 5 se refiere a esta cuestión, y lo hace atribuyendo la responsabilidad al Estado por los comportamientos ilícitos realizados por *«una persona o entidad que no sea órgano del Estado (...) pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones de poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad»*. Como se ha señalado respecto de los órganos del Estado, la CDI atribuye la misma responsabilidad al Estado en el supuesto de que una de esas personas o entidades se exceda en su ejercicio o contravenga abiertamente las instrucciones recibidas. Lo dicho sobre el particular para los órganos del Estado resulta aplicable *mutatis mutandis* a este otro supuesto.

Señala la CDI que el término *entidad* engloba una gran variedad de organismos como las empresas públicas, las entidades semipúblicas, e incluso en ocasiones compañías privadas, «a condición de que en cada caso la entidad esté facultada por el derecho interno para cumplir funciones de carácter público que normalmente desempeñan órganos del Estado y siempre y cuando el comportamiento de la entidad guarde relación con

el ejercicio de las atribuciones de poder público que le corresponden» (53). La propia CDI se ha referido a algunos supuestos: Estados en los que es posible delegar en compañías aéreas privadas o estatales algunas facultades en relación con el control de la inmigración, o Estados que permiten la contratación de empresas de seguridad privadas con la finalidad de que lleven a cabo funciones dentro de las prisiones, ejerciendo en esa calidad facultades públicas como «las de detención y disciplina tras una condena judicial o en cumplimiento de la reglamentación penitenciaria» (54).

Para que el comportamiento sea atribuible al Estado lo relevante es que la entidad privada esté facultada por el ordenamiento interno de ese Estado para el ejercicio de atribuciones de poder público, «aunque sea limitadamente y para contextos concretos», sin que sea necesario demostrar que el comportamiento se verificó efectivamente bajo el control del Estado (55). Ahora bien, la determinación de lo que se entiende por «atribución de poder público» no es una tarea sencilla, pues, como señala la CDI «más allá de cierto límite, lo que se considera “poder público” dependerá de la sociedad y de su historia y tradiciones» (56). Por ello, tendrá importancia no sólo el contenido de las atribuciones asignadas a la entidad o empresa privada, sino la manera en que se le confieren, «para qué fines se ejercen y en qué medida la entidad es responsable de su ejercicio ante el Estado» (57).

Quizás haya sido *la guerra* –entendiendo por guerra a estos efectos tanto la propia fase de conflicto bélico como la fase posterior de estabilización y reconstrucción del Estado– uno de esos *sectores* en los que el fenómeno de la privatización se ha podido apreciar con mayor crudeza en los últimos años. Este fenómeno de privatización de los conflictos arma-

---

(53) Cfr. parágr. 2 del comentario al artículo 5, p. 78

(54) Ibidem. Cfr. sobre el caso particular de la privatización de las prisiones en Estados Unidos: AMAN, A.C., «Privatisation, democracy and human rights: democracy deficits in the US and the need to extend the province of administrative law»(en prensa); ROBINS, I.P., «Privatisation of corrections: a violation of US domestic law, international human rights and good sense» (en prensa)

(55) Cfr. parágr. 7 del comentario al artículo 5, p. 81

(56) Cfr. parágr. 6 del comentario al artículo 5, p. 81. Cfr. en un sentido similar CONDORELLI, L., «L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances», *op. cit.*, p. 71: «il est impossible, en effet, de soutenir qu'il existe une notion unique et généralement acceptée de la “puissance publique”, cette notion étant tributaire, dans chaque droit interne, de conceptions et d'élaborations indigènes, d'autant plus qu'elle prend appui en substance sur une distinction très tourmentée, qui est fondamentalement étrangère au droit international: celle entre droit privé et droit public. Cette observation montre à elle seule combien est malaisé l'emploi d'un critère si peu objectif pour départager les actes imputables à un Etat de ceux qui ne le sont pas, dans le contexte de la responsabilité internationale».

(57) Cfr. parágr. 6 del comentario al artículo 5.

dos ha dejado de ser marginal, de modo que las empresas privadas y sus empleados han pasado a convertirse en los nuevos actores de las zonas en guerra donde llevan a cabo actividades cada vez más diversificadas, en ocasiones en sectores reservados con anterioridad a las Fuerzas Armadas. La situación ha adquirido relevancia suficiente como para que el Relator Especial de Naciones Unidas *sobre la cuestión de la utilización de los mercenarios* haya incluido dentro de su campo de trabajo el estudio del papel de las *empresas privadas de asistencia, asesoría y seguridad militar* (58). Los expertos reunidos en Ginebra en el año 2001 para analizar el tema no opusieron resistencia al funcionamiento de este tipo de empresas, incluso llegaron a reconocer que se trataba de empresas «eficientes» y que prestaban servicios «polivalentes»; sin embargo, destacaron su desacuerdo con su participación en conflictos armados a través de unidades de mercenarios conformando ejércitos privados, por lo que concluyeron la necesidad de que los Estados legislen para impedir este tipo de prácticas y la necesidad de que desde Naciones Unidas se articule un mecanismo de control y vigilancia de este tipo de empresas (59)

Algo de todo cuanto acabamos de señalar ha ocurrido en Iraq, donde ha existido un contingente aproximado de 20.000 individuos –el segundo más importante después del de Estados Unidos–, trabajando para empresas privadas contratadas por Estados Unidos y Gran Bretaña, fundamentalmente. Como es habitual desde hace algunos años, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos procedió a la contratación de los servicios de empresas como CACI o TITAN Corporation, con la finalidad de que desarrollaran tareas de distinto signo en Iraq, como la vigilancia de las prisiones iraquíes, el mantenimiento de orden en su interior o el interrogatorio de los detenidos (60). Los problemas surgen cuando estos individuos

---

(58) Cfr. el artículo 47 del Protocolo Adicional I así como el artículo 1 del Convenio Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 1989 (Res. 44/34, 4 de diciembre de 1989, Asamblea General), en vigor desde el 20 de octubre de 2001, para ver la definición de *mercenario*. No obstante, entre las tareas asignadas al Relator Especial se encuentra la redacción de una nueva definición del término a la luz de la evolución de este tipo de actividades. Cfr. el proyecto de definición en UN Doc. E/CN.4/2004/15, 24 de diciembre de 2003, pp. 13-18.

(59) Cfr. *Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación*, UN Doc. A/56/224, 27 de julio de 2001, p. 17.

(60) El informe del General Fay se refiere a las funciones desempeñadas por empresas contratadas por el Departamento de Defensa: «“Interrogator support”, “Screening Cell Support”, “Open Source Intelligence”, “Special Security Office”, “HUMINT Augmentee Contractors” (which includes “Interrogators support”, “Junior Interrogators”, “Senior and Junior Counter Intelligence Agents” and “Tactical/Strategic Interrogators”»), Cfr. p. 48 del informe.

contratados por el Estado llevan a cabo conductas que violan el derecho internacional, y más concretamente las normas protectoras de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, como las que garantizan el trato debido a todo ser humano –tenga o no la condición de prisionero de guerra–. Y eso es precisamente lo que ocurrió en Abu Ghraib. Es en ese momento cuando se plantea la responsabilidad del propio Estado contratador por las acciones u omisiones llevadas a cabo, no por sus órganos, sino por personas contratadas para el *desempeño de atribuciones de poder público*.

Los informes Taguba, Fay-Jones y Schlesinger mencionan expresamente el caso de varios civiles contratados por Estados Unidos para desempeñar tareas como la de interrogador o intérprete en la prisión de Abu Ghraib, y que contribuyeron con su comportamiento a la comisión de los ilícitos a los que ya nos hemos referido: en unos casos, por haber estado presentes durante los interrogatorios en los que terceros utilizaron técnicas prohibidas, sin haber impedido o al menos informado de los hechos a sus superiores, y por su participación activa –violaciones, malos tratos, humillaciones, etc.–, en algunos otros (61).

Determinar si los civiles contratados actuaron siguiendo las instrucciones de un órgano del Estado, contraviniendo las mismas o, simplemente, extralimitándose en el ejercicio de las funciones atribuidas resulta ciertamente difícil. Quizás nos sirva como primer punto de referencia el comunicado que ofreció la empresa CACI –empresa contratadora de algunos de los acusados– en el que se indicó que el control sobre las operaciones de interrogatorio en Abu Ghraib y en cualquier otro lugar del territorio iraquí lo tenía el Ejército norteamericano, de modo que sus empleados actuaron *«exclusively in the military chain of command. For instance, interrogation operations at Abu Ghraib prison were, and remain, under the operational control of the JIDC, a military unit under the command and control of military personnel»* (62). Este dato fue confirmado por el General Cambone, en las declaraciones que realizó ante el Senado de los Estados Unidos cuando destacó que *«contractors may not perform interrogations except under the supervision of military personnel. There may have been circumstances under which this regulation was not followed»*. Y concluyó señalando que *«contractors may not supervise or give orders or direction to military personnel. And while contractors are not under military discipline they are*

---

(61) Cfr. pp. 132 a 134 del Informe Fay; cfr. pp. 36 y 37 del Informe Taguba.

(62) Cfr. «CACI corrects False Information About Chain of Command in Iraq», CACI News Release, en [http://www.caci.com/about/news/news2004/07\\_29\\_04\\_NR.html](http://www.caci.com/about/news/news2004/07_29_04_NR.html)

*subject to suspension from their contracts by the government for cause»* (63). No obstante, el informe del general Fay, al que se refería Cambone, recoge las declaraciones de algunos testigos que avalan la tesis del papel preponderante que asumió el personal contratado en Abu Ghraib, en contravención de las reglas que regían la relación entre las Fuerzas Armadas y el personal contratado, y a pesar de que como ha quedado demostrado carecían de la formación y la experiencia necesarias para desempeñar correctamente las tareas que estaban realizando. Lleva razón el Relator Especial sobre la cuestión de la utilización de mercenarios cuando señala en relación con las que denominó empresas de seguridad militar que «las leyes nacionales y las internacionales deben ocuparse del tema de manera que existan mecanismos de supervisión, regulación y control que delimiten claramente la asesoría militar de la participación en conflictos armados y de todo aquello que podría considerarse como una invasión en asuntos de orden y seguridad que corresponden exclusivamente al Estado» (64).

Sea como fuere, realizaran los comportamientos bajo las órdenes y el control de miembros del ejército norteamericano o lo hicieran extralimitándose o contraviniendo las instrucciones recibidas, lo cierto es que la responsabilidad de los Estados Unidos es clara, pues en ningún caso puede afirmarse que los comportamientos realizados lo fueran a título meramente privado siendo el que era el contexto y las circunstancias en que todo ello tuvo lugar.

#### C) COMPORTAMIENTOS REALIZADOS POR PERSONAS QUE ACTÚAN DE HECHO SIGUIENDO INSTRUCCIONES O BAJO LA DIRECCIÓN O EL CONTROL DEL ESTADO

Como regla general, los comportamientos realizados por personas o entidades privadas no le son atribuibles al Estado. Ahora bien, excepcionalmente puede ocurrir lo contrario. El artículo 8 del Proyecto de la CDI señala que se considerará hecho del Estado el comportamiento de una persona o grupo de personas que, sin ser órganos del Estado ni estar facultadas por el ordenamiento interno para ejercer atribuciones de poder público, actúan «*de hecho* por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado».

---

(63) Cfr. la transcripción literal de la comparecencia de Cambone y Taguba ante el Comité del Senado, 11 de mayo de 2004 en <http://www.scvhhistory.com/scvhhistory/signal/iraq/taguba-cambone-051104.htm>.

(64) Cfr. UN Doc. A/58/115, p. 9 y E/CN.4/2004/15, pp. 11-12

El primero de los supuestos a los que se refiere el artículo 8 imputa al Estado la responsabilidad de los actos cometidos por una persona o un grupo de ellas «siguiendo instrucciones del Estado». Se trata, como señala la CDI, de casos en que el Estado complementa su actuación contratando o instigando a «personas o grupos de personas que, sin haber sido nombrados expresamente por el Estado ni formar parte de sus fuerzas de policía ni de sus fuerzas armadas, son empleadas como auxiliares o enviadas como “voluntarios” a países vecinos, o que realizan determinadas misiones en el extranjero por instrucciones del Estado» (65). No importa que la persona que ha intervenido sea un particular ni que su comportamiento no corresponda con una *actividad pública* (66). Es la existencia de un vínculo real, de facto, entre la persona y el Estado lo que determina la existencia de responsabilidad de éste último (67).

El segundo de los supuestos es más difuso, pues se refiere a la responsabilidad del Estado por los actos realizados por personas que actúan *bajo su dirección o control*, supuesto analizado en profundidad por la CIJ con ocasión de la controversia que enfrentó a Nicaragua y Estados Unidos en el año 1984. Entre otras cosas, la Corte trataba de establecer la responsabilidad en la que podían haber incurrido los Estados Unidos por las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por la *contra* nicaragüense. Para establecer tal responsabilidad, la Corte exigió un alto grado de control del Estado sobre las personas autoras materiales de la violación del derecho internacional; así, la Corte llegó a señalar que aunque la participación de Estados Unidos fue «preponderante o decisiva» en el equipamiento, el aprovisionamiento, la financiación, organización y formación de la *contra*, en la selección de los blancos y en la planificación del conjunto de las operaciones, todo ello no bastaba para atribuir a Estados Unidos los hechos cometidos por la guerrilla. Para que ese comportamiento diera lugar a la responsabilidad internacional de Estados Unidos debía probarse que este Estado tenía un «*control efectivo*» de las operaciones militares y paramilitares en el transcurso de las cuales se cometieron las violaciones del derecho internacional humanitario (68). Según concluyó la CIJ, una situación general de dependencia y control no era suficiente para justificar la atribución del comportamiento al Estado.

---

(65) Cfr. comentario al artículo 8, párr. 3, p. 93.

(66) Ibid. párr. 2, p. 92.

(67) Ibid. párr. 1, p. 92.

(68) Cfr. ICJ Reports, 27 de junio de 1986, párr. 109 a 116.

Unos cuantos años después, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia tuvo ocasión de analizar esta misma cuestión, con el objeto de determinar la naturaleza interna o internacional del conflicto en cada momento, elemento clave a la hora de establecer el derecho material aplicable por el Tribunal. Fue precisamente al hilo del caso *Tadic* cuando esta cuestión se planteó por primera vez. La Sala de Primera Instancia se vio obligada a analizar el grado de dependencia funcional (69) y material (70) de la República de Sprska y su ejército respecto de la República Federativa de Yugoslavia, y para ello utilizó los parámetros que había marcado la CIJ en el año 1986 (71). Sin embargo, recurrida la sentencia

---

(69) En este sentido, la Sala consideró que la acusación no había presentado elementos de prueba concluyentes que establecieran claramente un *vínculo* entre el General MLADIC, jefe del Estado Mayor de la V.R.S., y *Belgrado*. La Sala reconoce la existencia de una «coordinación» entre la República de Sprska y la Federativa Yugoslava, pero observa que ello no implica «direction et commandement». Efectivamente, Pale y Belgrado tuvieron objetivos políticos y militares complementarios: la consecución de «la gran Serbia»; por esa misma razón, señala la Sala, no era necesaria la dirección y el control por parte de Serbia y Montenegro, *Cfr.* Le Procureur c. Dusko TADIC (Caso N.º ICTY-94-1-T), *Jugement*, 7 de Mayo de 1997, parágr. 598, 603 y ss. De este modo, concluye afirmando la Sala, «sans la preuve qu’avaient été reçus de Belgrade des ordres qui tournaient ou supplantaient l’autorité du commandant du corps, ne peuvent être considérés comme ayant été exécutés “pour le compte” de la République Fédéral de Yougoslavie», *Ibid.*, parágr. 601.

(70) La propia Sala de Primera Instancia considera *probado* que la J.N.A. desempeñó un papel fundamental en la dotación y equipamiento del ejército de la República de Sprska; gran parte del arsenal que aquélla disponía en el territorio de Bosnia Herzegovina antes del estallido del conflicto permaneció bajo el control de la V.R.S. La sentencia reconoce que trescientos carros de combate, ochocientos vehículos blindados y más de ochocientas piezas de artillería pesada fueron transferidos de la J.N.A. a la V.R.S. *Ibid.*, parágr. 114. Lo mismo podría decirse respecto del componente humano de este último ejército, en su gran mayoría antiguos miembros de la J.N.A.. Afinando un poco más, la sentencia se refiere al salario recibido por los oficiales retirados de la J.N.A., bosnios de origen serbio, así como al de determinados altos mandos de la V.R.S., abonados todos ellos por la República Federal Yugoslava *Ibid.*, parágr. 115. A pesar de todo, la Sala considera que tales datos «n’établissent que le potentiel d’un contrôle inhérent au lien de dépendance créé par ce financement» *Ibid.*, parágr. 602.

(71) *Cfr.* el texto de la Sentencia dictada por la Sala de Primera Instancia, *cfr.* Le Procureur c. Dusko TADIC (Caso N.º ICTY-94-1-T), *JUGEMENT*, 7 de Mayo de 1997. El juez MCDONALD, sin embargo, disintió de la mayoría, ya que desde su punto de vista la creación de la V.R.S. no fue sino una ficción jurídica, de modo que, siguiendo el criterio general de la Sala, que él no compartía, la República Federativa de Yugoslavia ejerció un *control efectivo* sobre el ejército de la República de Sprska, de modo que hubiera considerado el conflicto como un conflicto internacional *Cfr. Opinion individuelle et dissidente du juge MCDONALD relative à l’applicabilité de l’article 2 du Statut*, parágr. 5 a 15. En todo caso, desde su punto de vista, el criterio que cabría extraer de la sentencia dictada por la CIJ en el asunto *Nicaragua contra Estados Unidos* es el de la «dependencia y control» *Ibid.*, parágr. 16 a 34. A partir de ahí, las conclusiones a las que llegó fueron bien distintas, respecto al grado de intervención de Serbia y Montenegro, y, consecuentemente, respecto de la calificación del conflicto y, por extensión, respecto del derecho material aplicable.

en apelación, la mayoría de los jueces de la Sala disintió del planteamiento de la CIJ, concluyendo que el criterio que determina la atribución del ilícito a un Estado no es la existencia de un *control efectivo*, esto es, la emisión de órdenes e instrucciones concretas a los grupos armados de ese otro Estado, sino la existencia de un grado de *control general* por parte de aquel, grado de control que es posible concluir a partir de elementos tales como el envío de militares de alto rango de un Estado a otro, el abono del salario de determinado personal militar por la administración del tercer Estado, el mantenimiento de la estructura organizativa y de mando anterior, etc (72).

La CDI se ha referido a semejante disparidad de criterios –*control efectivo* frente a *control global*– advirtiendo que CIJ y TPIY trataban en realidad cuestiones jurídicas y situaciones de hecho diferentes, lo que explicaría, desde su punto de vista, tal divergencia interpretativa. No sin razón, el Profesor Sassòli se ha mostrado crítico con la argumentación de la CDI, pues aunque era cierto que en ambos asuntos se habían tratado de resolver cuestiones distintas, «la cuestión preliminar que subyacía al asunto *Tadic* era la misma que se había decidido en el asunto *Nicaragua*». En realidad, continúa Sassoli, «antes de que se pueda establecer la responsabilidad individual en un asunto dado, se deben esclarecer las normas según las cuales debería haber actuado un individuo. El derecho internacional humanitario que rige los conflictos armados internacionales podría aplicarse a los hechos que el señor Tadic, serbobosnio, cometió contra bosnios musulmanes en el transcurso de un conflicto con el Gobierno bosnio, sólo si esos hechos pudieran considerarse jurídicamente como actos de otro Estado, a saber, de la República Federal de Yugoslavia» (73). Lleva razón el profesor Sassòli, aunque quizás, parafraseando a E. David, en estas situaciones *lo que el Derecho pierde en rigor lo gana en humanidad*, pues la pretensión del TPIY era aplicar a los hechos en presencia la protección ofrecida por los Convenios de Ginebra en su integridad, y no sólo el artículo 3 común a los mismos (74).

---

(72) *Cfr.* Le Procureur c. Dusko TADIC (Caso N.º ICTY-94-1-A), JUGEMENT, 15 de Julio de 1999, parágr. 156. Como algún tiempo después señaló el propio Tribunal, esta vez en el marco del caso Kordic y Cerkez, «the test of overall control is a lower standard than that of effective control, and, accordingly, a lower threshold of proof is required for its establishment», *Cfr.* The Prosecutor v. Dario KORDIC y Mario CERZEC (ICTY-95-14/2), JUGEMENT, 26 de febrero de 2001., parágr. 112.

(73) *Cfr.* SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, p. 4

(74) *Cfr.* DAVID, E., «Le Tribunal International Pénal pour l'Ex-Yougoslavie», *RBDI*, 1992-2, pp. 585-595, p. 592.

Otro Tribunal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tuvo ocasión de abordar esta cuestión en el asunto *Loizidou c. Turquía*, y lo hizo reduciendo sustancialmente el umbral de exigencia para imputar el comportamiento al Estado. En este asunto el TEDH estableció la responsabilidad de Turquía por hechos ocurridos fuera de su territorio soberano, pero dentro de lo que el Tribunal entiende su ámbito jurisdiccional, puesto que «le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un *contrôle global* sur cette partie de l'île» (75), para terminar concluyendo que «d'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la RTCN» (76).

La práctica internacional parece indicar que ha descendido el nivel de implicación exigido para considerar a un Estado responsable por los hechos cometidos por personas o entidades *bajo su dirección o control*. La propia respuesta desencadenada tras los ataques de los que fueron objeto los Estados Unidos el 11-S vendría a corroborar esta tesis, pues este Estado desplegó toda una operación militar contra Afganistán, Estado al que por lo visto le fue imputado el comportamiento materialmente ejecutado por el mencionado grupo terrorista: ¿por qué si no se ataca Afganistán? Puede decirse que el Estado afgano sirvió como campamento base para las actividades del grupo, que incluso el propio gobierno talibán toleró durante años su presencia en el territorio. Sin embargo, es más que dudoso que el Estado ejerciera un control suficiente, un control global o general sobre el grupo terrorista, control que permitiera atribuir el comportamiento y actuar, en consecuencia, en legítima defensa. Como señala Sassòli, «queda por ver si esto indica un desarrollo de la norma secundaria aplicable a todas las normas primarias, y si la nueva norma esgrimida será aplicable a todos los Estados y a futuros casos similares, requisito indispensable para que sea legal» (77).

A la vista de todo cuanto se acaba de señalar, la actuación dentro de la prisión de Abu Ghraib de personas que no ostentaban la condición de órganos del Estado ni ejercían atribuciones de poder público, podría generar igualmente responsabilidad de los Estados Unidos, por tratarse de una situación en la que ese Estado ejerció un control global o general sobre la prisión, elemento suficiente para imputar al Estado los comportamientos llevados a cabo por personas actuando bajo su dirección o control.

---

(75) Cfr. Arrêt *Loizidou c. Turquie*, 28 de diciembre de 1996, Recueil 1996-VI, parágr. 56 (la cursiva es nuestra).

(76) *Ibidem*.

(77) Cfr. SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado...», op. cit., p. 5

#### IV. LA INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

##### A) LA INCIDENCIA DE LOS PROCESAMIENTOS EN SEDE INTERNA ESTADOUNIDENSE SOBRE LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Constatada la existencia de distintas violaciones de obligaciones internacionales –elemento objetivo– y su atribuibilidad a los Estados Unidos –elemento subjetivo– conviene reflexionar en torno a la incidencia de los procesos celebrados en sede interna estadounidense sobre la institución de la responsabilidad, y más concretamente sobre la invocabilidad de la responsabilidad frente al estado infractor.

Siguiendo a estos efectos la posición que mantuvo el propio Departamento de Defensa de los Estados Unidos en la respuesta que ofreció al primer informe de García Amador sobre la responsabilidad de los Estados, cuando el comportamiento ilícito proviene directamente del Estado, el agotamiento de los recursos internos constituye una exigencia de tipo procesal, como condición previa a la presentación de una reclamación oficial, pero no un requisito o condición material para la existencia del hecho internacionalmente ilícito (78). Por tanto, y dejando a un lado otro tipo de consideraciones –la existencia o no de algún mecanismo para que los individuos reclamen internamente por la violación del derecho internacional humanitario o la necesidad en estos casos de someterse a la regla general del agotamiento de los recursos internos– los comportamientos llevados a cabo por los soldados estadounidenses en Abu Ghraib constituyeron comportamientos internacionalmente ilícitos desde el mismo instante en que tuvieron lugar.

Aceptada la ilicitud del comportamiento estadounidense desde el mismo instante en que los hechos tuvieron lugar, ¿cabría considerar que el castigo a

---

(78) Entre quienes mantienen con carácter general la naturaleza procesal del requisito del agotamiento de los recursos internos, cfr. AMERASINGHE, C.F., *State Responsibility for Injurious Aliens*, 1967, pp. 169-270; VERZIIL, J.H.W., *International Law in Historical Perspective*, 1973, Parte VI, p. 629. En esta línea se manifestó el Comité sobre protección diplomática de las personas y los bienes de la Asociación de Derecho Internacional del año 2000: «De conformidad con los principios generales del derecho internacional, el agotamiento de los recursos internos es una condición procesal previa para ejercer la protección diplomática», «The exhaustion of local remedies», Informe de la 69 Conferencia (2000), p. 629. Cfr. *Infra* sobre la cuestión del agotamiento de los recursos internos aplicada al caso concreto de Abu Ghraib.

los responsables de las violaciones que conforman el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito constituye una «reparación suficiente», de tal modo que ha quedado excluida la posibilidad de exigir cualquier responsabilidad añadida a Estados Unidos?

De conformidad con lo dispuesto en la Segunda Parte del Proyecto de la CDI, el Estado responsable de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito continúa siendo titular de la obligación de cumplir la norma primaria infringida, pero además adquiere nuevas obligaciones como la de cesar en el incumplimiento, ofrecer seguridades y garantías de no repetición, así como reparar el perjuicio causado, sea este material o moral, en interés del Estado lesionado o de las víctimas (79). Por esa razón, y en la línea de lo señalado por David «les poursuites et la condamnation pénale de l'auteur d'une infraction grave n'épuisent pas la responsabilité, en droit international général, de l'Etat auquel cette infraction pourrait être imputée: celui ci doit assurer une pleine et entière réparation à l'Etat victime –en la personne des ses ressortissants– de cette violation» (80). La obligación de reparar de manera *plena* y *entera* los perjuicios causados no ha quedado satisfecha como consecuencia del enjuiciamiento de los responsables de algunos de los hechos, en modo alguno todos, que tuvieron lugar en Abu Ghraib (81). La satisfacción –y eso es lo que es la adopción de medidas disciplinarias o penales contra las personas cuya conducta causó el hecho internacionalmente ilícito– es un modo *excepcional* de reparación utilizado cuando ésta no ha sido plena y entera mediante la restitución o la indemnización, y no a la inversa (82). Por todo ello, siguiendo los criterios admitidos por la CDI, los perjuicios necesitados de reparación son tanto materiales como morales, incluyéndose en esta última categoría «el sufrimiento psíquico, los sentimientos heridos, la humilla-

---

(79) Cfr. artículos 29 a 31 del Proyecto de la CDI

(80) Cfr. DAVID, E., *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruselas, 1994, p. 91 y 530. Cfr. en este sentido el comentario al artículo 131 PICTET, J., (Dir.), *Commentaire à la III Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Ginebra, 1958, pp. 664-665: «l'Etat demeure responsable des infractions à la Convention et ne saurait refuser de reconnaître sa responsabilité pour la raison que les auteurs ont été punis. Il reste, par exemple, tenu de payer une indemnité».

(81) «Constituye un principio de derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de dar reparación en la forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención. Las diferencias relativas a la reparación, que pueden obedecer al incumplimiento de una convención son en consecuencia diferencias relativas a su aplicación», cfr. Asunto de la Fabrica de Chorzow, 1927, CPJI, Serie A, N. 9, p. 21.

(82) Cfr. parágr. 1 y 5 del Comentario al artículo 37 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados.

ción, la vergüenza o la degradación», puesto que tales daños «son muy reales y el mero hecho de que sean difíciles de medir o estimar con criterios monetarios no los hace menos reales y no es razón para que la persona lesionada no deba ser indemnizada» (83). La satisfacción sería, pues, un complemento necesario de una reparación en forma de indemnización a favor de las víctimas, indemnización que hasta el momento no han percibido, por lo que existe fundamento suficiente para invocar la responsabilidad internacional de los Estados Unidos.

## B) SUJETOS LEGITIMADOS PARA INVOCAR LA RESPONSABILIDAD

Por todo cuanto se ha señalado hasta el momento y por el hecho de que han existido otras violaciones del derecho internacional humanitario distintas a las que están siendo enjuiciadas por los tribunales estadounidenses –violación de la obligación de formar al personal civil y militar en derecho internacional humanitario, violación de la obligación de supervisar y controlar a los subordinados, política de interrogatorios autorizada al más alto nivel, etc.–, continúa abierta la posibilidad de invocar la responsabilidad de los Estados Unidos por los hechos ocurridos en Abu Ghraib –entendida la invocación no como la simple denuncia o protesta por la comisión de tales violaciones, sino como «la presentación de una reclamación contra otro Estado o la iniciación de procedimientos ante una corte o tribunal internacional» (84)–. Ahora bien, ¿quién o quiénes son los sujetos legitimados para ello? Distinguiremos, como hace el Proyecto de la CDI, entre «Estado lesionado» y «Estado distinto del lesionado» (85).

---

(83) Cfr. el parágr. 16 del comentario de la CDI al artículo 36.

(84) Como señala el comentario al artículo 42 «un Estado no invoca la responsabilidad de otro Estado tan sólo porque critica a dicho Estado por una violación y pide que se cumpla la obligación, o incluso si se reserva sus derechos o protesta. A los efectos de los presentes artículos, la protesta como tal no es una invocación de la responsabilidad», cfr. párrafo 2 del comentario al artículo 42 del Proyecto de 2001.

(85) El Relator para el proyecto sobre responsabilidad de los Estados, Sr. CRAWFORD, ya había mostrado su desacuerdo con la redacción del antiguo artículo 40 del Proyecto aprobado en primera lectura («Significado de Estado lesionado») y había destacado «la necesidad de distinguir entre estados concretos cuyos derechos son infringidos por la violación de una obligación multilateral y aquellos Estados con un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. Este último grupo no tendrá los mismos derechos que el primero, y la equiparación de ambos en la versión actual del artículo 40 es bastante insatisfactoria», cfr. CRAWFORD, J., «El *ius standi* de los Estados. Una crítica al artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad de los Estados de la CDI», *REEI*, 2000, p. 23

## 1. Estado lesionado

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Proyecto de la CDI de 2001, un Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de un tercero, en tanto *Estado lesionado*, si la obligación violada existe con relación a ese Estado individualmente, o si existe con respecto a un grupo de Estados o con respecto a la Comunidad Internacional en su conjunto. En estos dos últimos supuestos, sólo los Estados *especialmente afectados* podrán invocar la responsabilidad, salvo que se trate de una obligación cuya violación modifique radicalmente la situación de todos los demás, en cuyo caso podrá ser cualquier Estado el que la invoque. La propia CDI ha tratado de precisar el alcance de la expresión Estado «especialmente afectado» advirtiendo que se refiere a un Estado o un pequeño grupo de ellos «que sufre» particularmente los «efectos perjudiciales» de un hecho internacionalmente ilícito o un Estado que resulta afectado por la violación «de manera que lo distinga de los demás Estados con relación a los cuales existe la obligación» (86), dando a entender que otros Estados también pueden verse afectados, pero no de manera directa (87).

Planteadas las cosas en estos términos, cabría cuestionar quién puede ser considerado como Estado lesionado cuando lo que se produce es la violación de obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario. Obviamente, el Estado de nacionalidad de los individuos que sufren en su persona la violación del derecho internacional y la parte adversa en un conflicto internacional pueden ser considerados como Estados lesionados sin dificultad. Ahora bien, en la medida en que los Convenios de Ginebra tienen como propósito la protección de las personas y sus derechos en situaciones en las que se encuentran especialmente desamparados, en la medida en que muchas de las obligaciones en ellos contenidas producen efectos *erga omnes*, ¿pueden considerarse como Estados lesionados los demás Estados parte en los Convenios de Ginebra?

En una primera aproximación, deberíamos responder negativamente a la cuestión planteada. Y ello por una razón muy sencilla. La CDI ha abandonado en el texto definitivo del proyecto adoptado en segunda lectura la

---

(86) *Cfr.* parágr. 12 del comentario al artículo 42 del Proyecto de la CDI.

(87) En opinión de SICILIANOS hubiera sido más adecuada la utilización de las expresiones Estados directamente o individualmente lesionados y Estados no directamente o no individualmente lesionados, pues refleja con mayor acierto la diferencia con respecto a los terceros Estados en sentido estricto. *Cfr.* SICILIANOS, L. A., «The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of international responsibility», *EJIL*, 2002-5, vol. 13, pp. 1127-1145, especialmente p. 1138.

posición que había mantenido hasta ese momento, posición según la cual la violación de una norma que protege los derechos humanos convertía a cualquier Estado vinculado por ella en Estado lesionado (88). Sin embargo, el comentario de la CDI a la disposición incluía una interpretación restrictiva de la misma al señalar que «no todos y cada uno de los derechos enumerados en estos instrumentos, ni cada acto u omisión atribuible al Estado que pudiera ser considerado incompatible con respecto a tales derechos... debe necesariamente ser considerado motivo de aplicación de este precepto» (89). En coherencia con ello, el Proyecto aprobado por la CDI en el año 2001 crea la figura del *Estado distinto del lesionado*, referido, precisamente, a los supuestos en que se produce la violación de una obligación erga omnes o erga omnes partes, lo que nos podría llevar a concluir que en caso de que se violen obligaciones de tal naturaleza el título adecuado para invocar la responsabilidad sería el de *Estado distinto del lesionado*.

No obstante, quizás merezca la pena insistir un poco más en esta idea, pues la CDI podría haber dejado abierta una pequeña puerta para ampliar el círculo de Estados con legitimación para invocar la responsabilidad de conformidad con el artículo 42. Y es que el comentario al artículo al que acabamos de referirnos señala que para que un Estado invoque la responsabilidad *por cuenta propia*, debe tratarse de un Estado lesionado o de un *Estado con derecho a hacerlo en virtud de un derecho específicamente reconocido en un tratado internacional* (90), a modo de *lex specialis* (91). Se trata, pues, de determinar si los Convenios de Ginebra incluyen alguna disposición que permita a cualquier Estado parte en los mismos iniciar la acción *por cuenta propia*, como ha sugerido la CDI, al estilo de lo dispuesto en el artículo 33 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (92). Pues bien, aun cuando no existe una disposición similar en los Convenios

---

(88) Cfr. artículo 40.2.e).iii del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, aprobado por la CDI en primer lectura en el año 1996: Se entiende por Estado lesionado: e) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral o de una norma de derecho internacional consuetudinario, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral u obligado por la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario si consta que: iii) el derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

(89) Cfr. comentario al artículo 40, párrafo 22.

(90) Cfr. párrafo 2 del Comentario al artículo 42 del Proyecto de la CDI.

(91) Cfr. Artículo 55 del Proyecto de la CDI y su comentario.

(92) El artículo 33 del Convenio Europeo señala lo siguiente: «Toda Alta Parte contratante podrá someter al tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante».

de Ginebra –entendida como derecho de plantear una reclamación ante un tribunal internacional, que es a lo que parece referirse la CDI– el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra se encuentra en el punto de mira de quienes han explorado esta posibilidad. De hecho, se ha llegado a afirmar que el derecho internacional humanitario crea obligaciones de cada Estado frente a la Comunidad Internacional en su conjunto, de lo que se deriva que «cada miembro de la Comunidad Internacional tiene un *interés jurídico* en su observancia y el derecho legítimo a exigir el respeto de dichas obligaciones» (93), derecho derivado del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra.

Ahora bien, que todos los Estados sean titulares de un *interés jurídico* no quiere decir, que en cada ocasión en que se produce la violación de una obligación todos los Estados resulten directamente lesionados. Dicho de otro modo, no parece que todos y cada uno de los Estados parte en los Convenios de Ginebra resulten *individual o especialmente afectados* en cada situación en la que se produce una violación del Derecho Internacional Humanitario, o no de la misma manera. Tal y como ya avanzó Crawford en su crítica al artículo 40 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, aprobado en primera lectura en el año 1996, «es necesario distinguir entre Estados concretos cuyos derechos son infringidos por la violación de una obligación multilateral y aquellos Estados con un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación» (94). Aun cuando las obligaciones que se derivan de los Convenios de Derechos Humanos y por extensión de los Convenios de Derecho Internacional Humanitario, no son debidas a un Estado en particular, «no es necesario que todos los Estados afectados deban ser considerados lesionados y desde luego no en primera instancia» (95). Por todo ello, consideramos que, ante las violaciones del derecho internacional humanitario, todo Estado es titular de un interés jurídico pero sólo algunos de ellos serán considerados como Estados lesionados. Los demás tendrán derecho a invocar la responsabilidad, precisamente por ser titulares de un interés jurídico, pero en su condición de *Estados distintos del lesionado*, en las condiciones que más adelante se analizarán (96).

Retomando la cuestión que nos ocupa en este lugar, en la medida que la mayoría de las víctimas de los actos en los que se concretaron las viola-

---

(93) Cfr. The Prosecutor v. Z. Kupreskic et al.(Caso N.º IT-95-16-T), *Judgement*, 14 de enero de 2000, parágr. 519.

(94) Cfr. CRAWFORD, J., «El ius standi de los Estados: una crítica al artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad de los Estados de la CDI», *REEI*, 2000, p. 23.

(95) *Ibid.*, p. 18

(96) Cfr. Comentario al Capítulo I de la Parte Tercera, párrafo 2

ciones cometidas en Abu Ghraib –actos de tortura, tratos inhumanos, en algún caso incluso con resultado de muerte– ostentaban la nacionalidad iraquí, es el Estado de Iraq el que podría invocar la responsabilidad frente a Estados Unidos a través de la institución de la protección diplomática, por ejemplo. De existir nacionales de terceros Estados –como ha ocurrido en Guantánamo–, debería ser el Estado de nacionalidad de la víctima el que planteara la reclamación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 y siguientes del Proyecto de la CDI. En tal caso, no sería necesario que los particulares agotaran los recursos internos en sede estadounidense, por no existir, siguiendo los criterios del Relator Especial para la protección diplomática, un vínculo voluntario entre la víctima y el Estado infractor (97) o por tratarse de un supuesto de *ejercicio extraterritorial de la jurisdicción contraviniendo el ordenamiento jurídico internacional* (98). Sin llegar a efectuar una interpretación de los hechos como la que se deriva de la aplicación de esta última causa (99) para excepcionar la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos, interpretación que algunos considerarán de extrema (100), utilizaremos otro argumento igualmente válido y menos problemático en su aplicación al caso para negar la necesidad de agotar los recursos internos, esto es, que se trata de una reclamación internacional por daños causados por agentes de un Estado en el extranjero, daños en este caso derivados de la violación del derecho internacional humanitario, bajo la forma de crímenes de guerra (101).

## 2. Estado distinto del lesionado

Como venimos señalando en las líneas precedentes, el artículo 48, párrafos 1 y 2, del Proyecto de la CDI se ocupa de la legitimación de *Esta-*

---

(97) Con carácter general, esta exigencia se deriva de lo dispuesto en el artículo 46, letra b). Sin embargo, de conformidad con la línea trazada por el Relator Especial para la protección diplomática, el caso presente podría ser uno de los que quedaría exento del cumplimiento del requisito en cuestión. Cfr. Tercer informe sobre la protección diplomática del Relator especial J. Dugard, 7 marzo 2002, UN Doc. A/CN.4/523, pp. 27-37.

(98) Cfr. QUEL LOPEZ, F.J., «El agotamiento de los recursos internos. Criterios de aplicación en la jurisprudencia y en la codificación internacional»(en prensa)

(99) Nos referimos a la que podría mantenerse al considerar la intervención anglo-norteamericana como una intervención prohibida desde el inicio, lo que nos llevaría a concluir la ilicitud de todo cuanto se deriva de ese acto inicial prohibido por el derecho internacional.

(100) Cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «El debate sobre la legalidad internacional tras la crisis de Iraq y las Naciones Unidas», *ADI*, 2003, vol. XIX, pp. 41-69.

(101) Cfr. QUEL LOPEZ, F.J. «El agotamiento de los recursos internos...», op. cit., p. 20.

*dos distintos del lesionado* para invocar la responsabilidad del Estado infractor: ello es posible cuando nos hallamos en presencia de una obligación que existe con relación a un grupo de Estados del que el invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo (*erga omnes partes*) o cuando se trata de una obligación que existe respecto a la Comunidad Internacional en su conjunto (*erga omnes*) (102). En tal caso, el *Estado distinto del lesionado* actúa no a título individual sino en su calidad de miembro de un grupo de Estados con relación a los cuales existe la obligación o en tanto miembro de la comunidad internacional, con el fin de exigir responsabilidades al Estado infractor, en reclamación de las seguridades y *garantías de no repetición* –de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30– y la *reparación del daño causado*, «en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada» (103). Se trata, como ha señalado la propia CDI de «un medio de proteger el interés comunitario o colectivo en juego» (104).

Así pues, se hace necesario determinar la naturaleza de las obligaciones violadas en Abu Ghraib –obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario– para establecer los sujetos legitimados para invocar la responsabilidad frente al Estado infractor. Y a ello se ha referido la CIJ en distintas ocasiones. Ya en el año 1986, en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ afirmó la existencia de principios generales del Derecho Internacional Humanitario respecto de los cuales los Convenios de Ginebra constituyen o su expresión o su desarrollo, aunque no llegó a concretar cuáles de sus disposiciones se habían convertido en norma de derecho internacional general y su referencia se limitó a los principios contenidos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios, manifestación del *estandar humanitario mínimo* (105). Diez años después, en el Dictamen emitido en relación con la cuestión de la *Licitud*

---

(102) La expresión «comunidad internacional» hace referencia a la existencia de un conjunto de actores diferentes de los Estados cuyos derechos podrán ser defendidos de manera colectiva por cualquier Estado, cfr. BROWN WEISS, E., «Invoking State responsibility in the twenty first century», *AJIL*, vol. 96, 2002-4, p. 804.

(103) La profesora CEBADA ha señalado que la referencia a los beneficiarios de la obligación violada «contempla la eventualidad de que no haya un Estado lesionado, lo que ocurre en los supuestos en que un Estado viola los derechos humanos de sus propios nacionales», cfr. CEBADA ROMERO, A., «Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos», *REEL*, 2002, vol. 4, p. 13. Eso mismo podría ocurrir en el ámbito del derecho internacional humanitario con respecto a las infracciones cometidas en los conflictos armados internos

(104) Cfr. parágr. 12 del comentario al artículo 48.

(105) Cfr. ICJ Reports, 1986, parágr. 218.

de la amenaza o el uso de las armas nucleares la Corte señaló que tanto los Convenios de Ginebra como los de La Haya contienen un *gran número de normas* –aunque sin llegar a especificar cuáles– que son fundamentales para el respeto de la persona y que constituyen «principios elementales de humanidad», normas que deben ser cumplidas por todos los Estados, hayan ratificado o no los tratados, pues «*constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario*» (106). Aunque la CIJ rechazó posicionarse sobre la naturaleza imperativa de las normas del Derecho Internacional Humanitario se ha interpretado que con la utilización de la expresión «principios intransgredibles» la CIJ quiso acercar esas reglas calificadas de fundamentales al *ius cogens*, aunque sin llegar a equipararlas a él (107).

Ha sido la Doctrina Internacionalista la que ha dado un paso más y ha defendido la naturaleza imperativa de gran parte del Derecho Internacional Humanitario. En esta línea, la profesora Mangas Martín ha señalado que «si las normas humanitarias gozan de la aceptación general, son obligaciones no sinalagmáticas, ni su violación ni su denuncia exime de seguir respetándolas, si son normas generales que producen obligaciones erga omnes, si los sujetos beneficiarios no pueden renunciar a los derechos que tutelan, si el Estado no puede exonerarse ni encontrar causa que excluya su ilicitud, tantas salvaguardias significan claramente que nos encontramos ante normas de *ius cogens*». Ahora bien, tal y como reconoce la propia profesora Mangas, es necesario «separar de ese conjunto normativo aquellas reglas convencionales, sin duda obligatorias mientras estén en vigor, pero no imperativas, de las normas consuetudinarias y principios generales que han alcanzado un efecto imperativo no admitiendo un acuerdo en contrario» (108). Esas otras obligaciones respecto de las que quizás no quepa predicar la naturaleza erga omnes ni muchos menos imperativa, pero cuyo propósito es, precisamente, la protección de las personas en los

---

(106) Cfr. ICJ Reports, 1996, parágr. 79.

(107) Cfr. PEREZ GONZALEZ, M., «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, pp. 315-394, p. 331

(108) Cfr. MANGAS MARTIN, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Salamanca, 1998 (2 ed.), p. 149. El profesor Pérez González ha mantenido una interpretación similar basándose en elementos tales como «el hecho de quedar sustraída su aplicación a la lógica de la reciprocidad y el hecho de generar obligaciones *erga omnes* que en cuanto tales excluyen la posibilidad de prescindir de su respeto incluso si las personas protegidas manifestaran la intención de renunciar a los derechos correlativos de esas obligaciones», cfr. PEREZ GONZALEZ, M. «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», op. cit., p. 327.

conflictos armados, ostentan muy probablemente naturaleza de obligaciones *erga omnes partes*, en la medida en que estén encaminadas a la protección de un interés común general o extraestatal, por encima de cualquier interés individual (109).

A nuestro juicio, es posible mantener, sin forzar demasiado las cosas, que todas y cada una de las obligaciones violadas en Abu Ghraib tenían naturaleza *erga omnes* o *erga omnes partes*, en cuyo caso cualquier Estado estaría legitimado para invocar la responsabilidad de Estados Unidos de conformidad con los criterios contenidos en el artículo 48 anteriormente señalados. Ahora bien, el párrafo 3.º de la citada disposición endurece considerablemente las condiciones para hacer uso de esa *legitimación colectiva*, al extender a esta última los requisitos aplicables a la reclamación planteada sobre la base del artículo 42, a saber: el agotamiento de los recursos internos, la inexistencia de una renuncia válida, expresa o tácita, por parte del Estado lesionado, y, por último, la presentación de la reclamación de conformidad con las normas sobre nacionalidad de la misma. Estos dos últimos requisitos plantean problemas prácticos de notable envergadura en su aplicación al artículo 48 (110).

#### ***a) Algunas cuestiones relacionadas con la nacionalidad de la reclamación***

Someter a los Estados distintos del lesionado al requisito de la *nacionalidad de la reclamación* supondría excluir la invocación de la responsabilidad por medio de la institución de la protección diplomática, pues en el marco del artículo 48 ésta se ejercería necesariamente en favor de nacionales de terceros Estados. Como ha señalado el profesor Quel, ello constituye una *esquizofrenia jurídica* derivada de la «pretensión de encajar en sede de responsabilidad la regla tradicional de la nacionalidad de la recla-

---

(109) Cfr. *Tercer Informe del Relator Especial sobre responsabilidad de los Estados*, Sr. CRAWFORD, UN Doc. A/CN.4/507, p. 45. Cfr. igualmente SICILIANOS, L.A., «The classification of obligations and the multilateral dimension of the relations of International Responsibility», op. cit. p. 1135.

(110) Evitando cualquier referencia al párrafo 3 del artículo 48, el profesor Sassòli ha defendido el derecho de un Estado a invocar la responsabilidad independientemente de cualquier otra consideración, tan pronto como considere que se ha infringido el derecho internacional humanitario, así como el derecho a exigir el cese y la reparación de esa violación en interés de las víctimas, «pues así se lo permite el artículo 48.2 del Proyecto y se lo exige el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra», Cfr. SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado...», op. cit., p. 12.

mación admitida como base del proyecto codificador de protección diplomática» (111). Negar el ejercicio de la protección diplomática en favor de nacionales de terceros Estados, lesionados en sus derechos como consecuencia de la violación de una obligación *erga omnes* partes o *erga omnes* absoluta, supone restar gran parte del contenido del artículo 48. Por esa razón es indudable que «la comunitarización del derecho de la responsabilidad debe proyectarse en la protección diplomática toda vez que las demandas de responsabilidad encuentran su expresión a través de la aplicación de las reglas de (esta institución)» (112), de modo que utilizando la palabras de Gattini, en el marco del artículo 48 la regla de la nacionalidad de la reclamación debería inaplicarse, «por definición» (113).

***b) La incidencia de la renuncia a la invocación por el Estado lesionado sobre la legitimación colectiva del artículo 48***

Aunque de conformidad con el esquema general de funcionamiento del ordenamiento internacional cada Estado es libre y soberano para decidir si desea o no exigir responsabilidades a un tercero que ha violado una obligación internacional que vinculaba a ambos, cabe plantear si ese mismo esquema se mantiene siempre. Dicho de otro modo: ¿es válido que el Estado lesionado renuncie a invocar la responsabilidad de un tercero que ha violado una norma de naturaleza *erga omnes* o incluso una de naturaleza perentoria? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿puede *arrastrar* esa renuncia a terceros Estados distintos del lesionado, cerrando de este modo el paso a la invocación de la responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48? (114).

Aplicando en este punto la posición avanzada por el Relator, Sr. Dugard, en el primer informe relativo a la Protección Diplomática (115),

---

(111) Cfr. QUEL LOPEZ, F.J., «El agotamiento de los recursos internos...», p. 8

(112) *Ibid.*, p. 7.

(113) Cfr. GATTINI, A., «A return ticket to «Comunitarism», Please», *EJIL*, vol. 13, 2002-5, pp. 1181-1199, concretamente p. 1196.

(114) Cfr. SCOBIE, I., «The invocation of responsibility for the breach of “obligations under peremptory norms of general international law”», *EJIL*, Vol. 13, 2002-5, pp. 1201-1220, p. 1213: «Article 45 poses the paradox of whether an injured state itself could block invocation of responsibility under Article 48, even when the obligation breached is peremptory and owed to the international community as a whole».

(115) Cfr. *Primer Informe del Relator Especial sobre la Protección Diplomática*, UN Doc. A/CN.4/506/Add.1, 20 de abril de 2000, pp. 30 y ss., especialmente p. 35: «En la actualidad en general se acepta que las normas de *jus cogens* reflejan los valores más fun-

consideramos conveniente y necesario defender, más en el plano del desarrollo progresivo que en el de la codificación, que cuando un tercero viola una norma imperativa –con mayor motivo cuando se trata de una violación grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Proyecto– el Estado lesionado no sólo tiene el derecho sino también el deber de exigir responsabilidades al Estado infractor. Como señalara Orakhelashvili, «The entire regime of reparations in international law, as perhaps the entire law of State responsibility, is based on *jus dispositivum*, which means that it is up to the directly injured States whether and in which form the duty to make reparation is performed. But in the case of peremptory norms, this regime is overtaken by the operation of *jus cogens*. This is understandable since *jus dispositivum* is anyway derogable in all its aspects, while *jus cogens* is not» (116). Siguiendo en esta línea, la renuncia del Estado lesionado podría ser considerada como una renuncia no válida (117), algo que parece compartir la CDI cuando tras advertir «la particular importancia del consentimiento dado por un Estado lesionado a raíz de la violación de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general», afirma que, «habida cuenta de que esa violación afecta al interés de la comunidad internacional en su conjunto, *ni siquiera el consentimiento o aquiescencia del Estado lesionado excluye la expresión de ese*

---

damentales de la comunidad internacional y, por consiguiente, son las que más merecen la protección internacional. Por consiguiente, no es ilógico pedir que un Estado reaccione mediante la protección diplomática a las medidas adoptadas por otro Estado contra sus nacionales que constituyen una grave infracción de una norma de *jus cogens*. Si un Estado parte en una convención sobre derechos humanos tiene la obligación de velar por que todas las personas que se encuentren en su jurisdicción estén efectivamente protegidas contra la violación de los derechos contenidos en la convención y a proporcionar medios adecuados de reparación, no hay razón por la cual el Estado de la nacionalidad no debe estar obligado a proteger a sus propios nacionales cuando los derechos humanos básicos de éstos son gravemente violados en el extranjero» (notas omitidas).

(116) Cfr. ORAKHELASHVILI, A., «Peremptory norms and Reparation for International Acts», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. III, 2003, pp. 19-55, especialmente p. 28.

(117) En este sentido parece ir. GATTINI, aunque sin llegar a defender la obligación de plantear la reclamación: «Without going as far as to maintain a positive obligation to actively pursue the claim, it is clear that, as much as it is not possible for a state to condone through consent the wrongfulness of conduct contrary to international peremptory norms (Article 20 in conjunction with Article 26), so consent given ex post facto through a decision to waive the right to invoke the responsibility of the wrongdoing state would also be ineffective. The commentary to Article 45 enunciates this principle with regard to the directly injured state with the remark that “such a breach engages the interest of the international community as a whole”. A fortiori the decision of any single not directly injured state is also irrelevant», GATTINI, A., «A return ticket to «Comunitarism», op. cit., p. 1198.

*interés a fin de garantizar una solución conforme al derecho internacional»* (118). A pesar de la ambigüedad de los términos utilizados, podríamos concluir que la CDI, al igual que algunos Estados, excluyen la renuncia del Estado lesionado como causa de inadmisión de la reclamación planteada por Estados distintos del lesionado (119).

A nuestro juicio, si en relación con estos mismos hechos, pero desde una perspectiva distinta, la de la responsabilidad penal individual, parece negarse el carácter absoluto de la soberanía del Estado directamente afectado y/o implicado en la comisión de crímenes internacionales –lo que se pone de manifiesto en elementos tales como el principio de justicia universal, como título habilitante del que puede o debe hacer uso cualquier Estado, según el caso (120), con el fin de exigir responsabilidades penales al autor material de conductas que atentan contra las más elementales normas de la convivencia, incluso aunque el Estado de lugar de comisión haya adoptado normas internas de amnistía o de punto final, pues tales leyes, además de ser más que discutibles desde el punto de vista internacional, no vinculan a terceros Estados (121), quizás haya llegado el momento de defender algo similar respecto de la responsabilidad internacional del Estado. A estos efectos podría ser útil una disposición como la contenida en el artículo 48 del Proyecto de la CDI, como título que, sin obligar, al menos permita a cualquier Estado invocar la responsabilidad de un tercero que ha atentado contra intereses colectivos de un grupo de Estados o de la Comunidad Internacional en su conjunto, ante la pasividad o renuncia expresa del Estado que mantiene un vínculo más estrecho con los hechos en cuestión o Estado lesionado, pasividad o renuncia que no tienen por qué soportar las víctimas de hechos tan execrables, pasividad o renuncia que no debe admitir la Comunidad Internacional, pues estamos hablando de la violación de normas esenciales para la convivencia internacional. Para ello

---

(118) Cfr. comentario al artículo 45, parágr. 4

(119) Cfr. Responsabilidad de los Estados. Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, UN Doc. A/CN.4/515, 19 de marzo de 2001, pp. 71: «En opinión de la República de Corea, cuando se ha violado una norma imperativa, los Estados que tengan un interés jurídico deberían preservar el derecho a exigir la cesación y las garantías de no repetición, aun cuando el Estado lesionado haya renunciado al suyo. En este caso, sería más apropiado estipular que el Estado lesionado no puede renunciar válidamente al derecho de exigir la cesación y las garantías de no repetición». En una línea similar se han manifestado los Países Bajos, *ibid.*, p. 70. En sentido contrario, cfr. la posición mantenida por Gran Bretaña, *ibid.*, p. 76.

(120) Cfr. en este sentido, SANCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal y Derecho Internacional*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2004, especialmente pp. 253-335

(121) Cfr. SANCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal y Derecho Internacional*, op. cit., pp. 369-384.

es imprescindible que la invocación, en el marco del artículo 48, sea independiente del cumplimiento del requisito de la nacionalidad de la reclamación y de la inexistencia de renuncia por parte del Estado lesionado. Como en el principio de justicia universal, que la legitimación sea independiente de la existencia de *punto de conexión*, valga la expresión, con el Estado que pretende invocar la responsabilidad, porque ésta deriva, precisamente, del atentado contra intereses colectivos o *extra estatales*: ¿de qué sirve si no hablar de obligaciones que vinculan a cada Estado frente a todos? No sólo nos estamos refiriendo, ni es lo más importante, a la necesidad de reparar los perjuicios morales y materiales causados, sino, en palabras de Dupuy, a la necesidad de restablecer la legalidad internacional, lo que supone afirmar la existencia de un interés objetivo respecto de la restauración del derecho (122).

Pero es que si tenemos en cuenta, además, que los beneficiarios de las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales que protegen los derechos humanos, incluidos los Tratados Internacionales de contenido *humanitario*, son los propios individuos, individuos que carecen de la capacidad de renunciar a tales derechos (123), con mayor motivo habremos de negar la capacidad de disposición por parte de los Estados y eso es lo que supondría la renuncia a invocar la responsabilidad del Estado infractor. Esto es lo que se desprende de lo dispuesto en los artículos 51, 52, 131 y 148 del I, II, III y IV Convenio de Ginebra, respectivamente, en los que se recuerda que «ninguna de las Partes contratantes podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante, de responsabilidades incurridas por ella o por cualquier otra Potencia contratante» como consecuencia de la comisión de las infracciones graves. La finalidad de una disposición como la mencionada consiste en «empêcher que, dans une convention d'armistice ou dans un traité de paix, le vaincu ne soit contraint de renoncer à toute réparation due à raison d'infractions commises par des personnes se trouvant au service du vainqueur» (124). Y es que, tras las violaciones del derecho internacional humanitario, concretamente, tras las infracciones graves, tras los crímenes de guerra, se encuentran seres humanos que tienen una incierta capacidad de reclamar directamente ante el Estado infractor por las vejaciones de las que han

---

(122) Cfr. DUPUY, P.M., «Responsabilité et légalité», *La responsabilité dans le système international*, SFDI, Pédone, Paris 1991, pp. 282-28.

(123) Cfr. lo dispuesto en el artículo 7 del I, II y III Convenio de Ginebra y 8 del IV Convenio.

(124) Cfr. Comentario al artículo 131, PICTET, J., (Dir.), *Commentaire à la III Convention de Genève...*, op. cit., pp. 664-665.

sido objeto (125). Así lo demuestra las innumerables ocasiones en las que se ha negado a las víctimas el derecho a plantear una reclamación semejante esgrimiendo la inmunidad de jurisdicción del Estado, la existencia de un acuerdo de paz que cerró la posibilidad de plantear cualquier reclamación particular o el carácter *non self executing* de las disposiciones contenidas en los Convenios de Ginebra. Lo que no parece discutirse nunca es su derecho a obtener una reparación (126).

A partir de todo cuanto acabamos de señalar y en relación con la violación por el Estado (Estados Unidos) de obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario (artículo 130 del III Convenio de Ginebra, bajo la forma de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, por ejemplo) consideramos que el Estado lesionado (Iraq) estaría *obligado* a invocar la responsabilidad del Estado infractor (artículo 42), primero, con el fin de restablecer la legalidad internacional, entendida como la declaración de la ilicitud del comportamiento y la cesación de la violación de la obligación, y, después, con el fin de conseguir el ofrecimiento de seguridades y garantías de no repetición, y la plena y entera reparación de los perjuicios causados, puesto que «il paraîtrait injuste que les individus fussent punis alors que l'Etat au nom de qui ils ont agi –et parfois sur des instructions expresses– serait dégage de toute responsabilité» (127). De renunciar expresa o tácitamente a todo ello, cualquier otro Estado tendría *derecho* a plantear una reclamación bajo el título de *Estado distinto del lesionado* (artículo 48), siempre en relación con la violación de obligaciones *erga omnes o erga omnes partes* –naturaleza que ostenta un reducto nada despreciable de las obligaciones contenidas en los citados Convenios–, y con idénticos propósitos, incluida la obtención de la reparación de los perjuicios causados en interés de los beneficiarios de la obligación vio-

---

(125) Cfr. LIESBETH ZEGVELD, PH.D., «Recursos jurisdiccionales para las víctimas de las violaciones del derecho internacional humanitario», *RICR*, N. 851, 2003, pp. 515-521.

(126) Cfr. sobre todas estas cuestiones GHIARA GILLARD, E., «Reparation for violations of international humanitarian law», *RICR*, N. 851, vol. 85, 2003 pp. 529-552, en particular pp. 536-538; RONZITTI, N., «Compensation for violations of the law of war and individual claims», *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 12, 2002, pp. 39-50.

(127) Cfr. Comentario al artículo 131, PICTET, J., (Dir.), *Commentaire à la III Convention de Genève...*, *op. cit.*, pp. 664-665. En la línea del deber del Estado de plantear la reclamación en el concreto caso del Derecho Internacional Humanitario, cfr. BARILE, «Obligations erga omnes e individui nel diritto internazionale umanitario», *RDI*, 1985-5, pp. 5-31, concretamente, p. 15; SASSOLI, M., «La responsabilidad del Estado...», *op. cit.*, p. 12.

lada, sin que ello suponga una violación del principio de no intervención en asuntos internos del Estado lesionado (128).

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras analizar los hechos ocurridos en Abu Ghraib entre finales del año 2003 y principios de 2004 es posible concluir que allí se cometieron distintas violaciones del III Convenio de Ginebra, en particular, algunas infracciones graves, infracciones de las que son penalmente responsables los autores materiales de las mismas e internacionalmente responsables los Estados Unidos, por tratarse de conductas ejecutadas por órganos de ese Estado, en unos casos, por personas a las que se les autorizó el ejercicio de atribuciones de poder público, en otros, o incluso por particulares actuando bajo su dirección o control, elementos suficientes como para mantener la existencia de distintos ilícitos internacionales.

Aunque es cierto que los tribunales estadounidenses están procediendo al enjuiciamiento de los responsables de algunas de las conductas criminales cometidas en Abu Ghraib, no todas, ello no excluye la existencia de distintos ilícitos internacionales. Dado que se trata de actos directamente imputables al Estado, la ilicitud internacional de la conducta se produjo en el mismo instante en que los hechos tuvieron lugar. El procesamiento penal de los responsables constituye una forma de reparación (*satisfacción*) pero no puede decirse que Estados Unidos haya cumplido con la obligación general de reparar *entera y plenamente* los perjuicios materiales y morales causados como consecuencia de los actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en que se traducido la violación del derecho internacional humanitario. Todas ellas son razones suficientes como para mantener la invocabilidad de la responsabilidad frente al infractor.

Es Iraq, bajo el título de *Estado lesionado*, el que tiene el derecho y quizás incluso la obligación de exigir la responsabilidad internacional a los Estados Unidos, con el fin de conseguir una reparación como la señalada,

---

(128) Cfr. en sentido contrario la opinión manifestada por Gran Bretaña en UN Doc. A/CN.4/515, 19 marzo de 2001, p. 76. Concretamente, respecto de la violación de los derechos humanos, Gran Bretaña considera que el hecho de que un Estado pueda plantear una reclamación para obtener una reparación en interés de las víctimas «puede entrañar decisiones acerca de la forma de la reparación que se injieren profundamente en los asuntos internos de otros Estados. Esta disposición va más lejos de lo que se justifica en razón del derecho internacional consuetudinario y va también más lejos de lo necesario para salvaguardar los derechos humanos».

máxime cuando los particulares víctimas de tales actos carezcan de otro mecanismo que les garantice la reparación plena y entera de los perjuicios sufridos. Los demás Estados podrán hacer uso de la legitimación colectiva a que hace referencia el artículo 48, puesto que aunque no sean Estados que hayan resultado directamente lesionados por la violación están indudablemente interesados en el restablecimiento del *imperio de la ley*, con independencia del requisito de la nacionalidad de la reclamación y de la existencia de renuncia por parte del Estado lesionado. Estas son, a nuestro juicio, las posibilidades que ofrece el ordenamiento internacional, pero como perfectamente conscientes de que su puesta en práctica es, hoy por hoy, una utopía.

San Sebastián, Mayo 2005