

REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOL. LXIII-2011  
NÚM. 2  
JULIO-DICIEMBRE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—  
MARCIAL PONS

MADRID-2011

## SUMARIO/CONTENTS/SOMMAIRE

Pág.

### I. ESTUDIOS/STUDIES/ÉTUDES

|  |    |
|--|----|
| JIMÉNEZ GARCÍA, F., <i>La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes «feminicidas» de Ciudad Juárez</i> ..... | 11 |
| — State responsibility for omission extending beyond due diligence. Reflections on the «feminicide» in Ciudad Juárez   |    |
| — La responsabilité de l'Etat par omission au-delà de la diligence requise. Réflexions sur les «crimes féminicides» de Ciudad Juárez   |    |
| CARRILLO SANTARELLI, N., y ESPÓSITO, C., <i>Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios</i> .....   | 51 |
| — National judges as guarantors of humanitarian legal goods  |    |
| — Les juges nationaux comme garants de biens juridiques humanitaires   |    |
| DÍEZ PERALTA, E., <i>Los derechos de la mujer en el Derecho internacional</i> .....  | 87 |
| — Women's Rights under International Law   |    |
| — Les droits de la femme dans le Droit international   |    |

### II. NOTAS/NOTES

|  |     |
|--|-----|
| FONTANELLAS MORELL, J. M., <i>La forma de la designación de ley en la propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones</i> ..... | 123 |
| — The form of the determination of the applicable law in the European proposal of a regulation on successions upon death                 |     |
| — La forme de la désignation de loi dans la proposition de Règlement européen en matière de successions à cause de mort                  |     |

|  | Pág. |
|--|------|
| FERNÁNDEZ LIESA, C. R., <i>El asunto Couso en los tribunales nacionales y en las relaciones internacionales</i> .....                              | 145  |
| — The Couso affair in the national courts and international relations  |      |
| — L'affaire Couso dans les tribunaux nationaux et dans les relations internationales   |      |
| ARP, B., <i>Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España</i> ..... | 161  |
| — Two wrongs don't make a right: the <i>Cassirer</i> case before the United States courts and the jurisdictional immunity of Spain                 |      |
| — Deux erreurs ne font pas le bien: l'arrêt <i>Cassirer</i> devant les tribunaux américains et l'immunité de juridiction de l'Espagne              |      |

### III. JURISPRUDENCIA/CASE LAW/JURISPRUDENCE

|   |     |
|---|-----|
| A) <i>Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público</i> .....            | 179 |
| Jurisprudence in Matters of Public International Law                                  |     |
| Jurisprudence en matière de Droit international public                                |     |
| B) <i>Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado</i> .... | 235 |
| Spanish and Community Jurisprudence of Private International Law                      |     |
| Jurisprudence espagnole et communautaire de Droit international privé                 |     |

### IV. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN/INFORMATION AND DOCUMENTATION/INFORMATION ET DOCUMENTATION

|  |     |
|--|-----|
| A) <i>Derecho internacional público</i> .....  | 293 |
| Public International Law   |     |
| Droit international public   |     |
| 1. <i>UE-Rusia (2000-2010): Una década de diálogo energético ¿fluidido?</i> , por Antonio Blanc Altemir .....  | 293 |
| 2. <i>Consideraciones sobre el Dictamen del Consejo de Estado de España, de 12 de mayo de 2011, relativo al Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y la República de Corea</i> , por José Escribano Ubeda-Portugués ..... | 298 |
| 3. <i>El Tribunal de Camboya inicia nuevo juicio a altos dirigentes de la Kampuchea Democrática acusados en el Caso núm. 002/19-09-2007/ECCC-TC</i> , por Daniel J. Oliva .....  | 302 |
| B) <i>Derecho internacional privado</i> .....  | 309 |
| Private International Law  |     |
| Droit international privé  |     |
| 1. <i>Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (5-7 de abril de 2011)</i> , por Alegría Borrás .....  | 309 |
| 2. <i>Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del</i>  |     |

|  | Pág. |
|--|------|
| <i>Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños (1 a 10 de junio de 2011)</i> , por Alegría Borrás.....   | 314  |
| 3. <i>Novedades del Programa Piloto de Apostillas Electrónicas (e-APP)</i> , por María Mayela Celis Aguilar .....  | 320  |
| 4. <i>El nuevo Derecho civil patrimonial de Aragón: especial consideración del derecho de abolorio y los conflictos de leyes</i> , por María Elena Zabalo Escudero .....   | 324  |
| 5. <i>Crónica de la Jornada «La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo», Barcelona, 2 de diciembre de 2010</i> , por María Font i Mas.....  | 328  |
| 6. <i>Crónica del Congreso internacional sobre la propuesta de revisión del Reglamento de Bruselas I, «The Brussels I review proposal - facts and features», celebrado en Londres, el 10 de febrero de 2011</i> , por Diana Sancho Villa ..... | 331  |
| 7. <i>Derecho privado comunitario: nuevas perspectivas (Seminario organizado por el Colegio Notarial de Castilla-La Mancha en colaboración con el Consejo General del Notariado)</i> , por Andrés Rodríguez Benot .....                        | 335  |

## V. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY/BIBLIOGRAPHIE

|   |     |
|---|-----|
| A) <i>Recensiones</i> .....   | 339 |
| Book reviews  |     |
| Recensions  |     |
| DEL ARENAL, C., y SANAHUJA, J. A. (coords.), <i>América Latina y los Bicentenarios: una agenda de futuro</i> , por Constanza Sánchez Avilés.....  | 339 |
| GARCÍA PÉREZ, R. (dir.), <i>La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias</i> , por Santiago Castellà.....   | 343 |
| HERNANDO DE LARRAMENDI, M., y MAÑÉ ESTRADA, A. (eds.), <i>La política exterior de España hacia el Magreb</i> , por Paloma González del Miño.....  | 346 |
| HERRANZ BALLESTEROS, M., <i>El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo</i> , por Guillermo Palao Moreno .....  | 348 |
| IZQUIERDO BRICHS, F. (ed.), <i>Poder y regímenes en el mundo árabe contemporáneo</i> , por Pablo Pareja Alcaraz.....  | 351 |
| LAFUENTE SÁNCHEZ, R., <i>Contratos internacionales electrónicos de fondos de inversión</i> , por Ángel Espiniella Menéndez.....   | 353 |
| <i>Los actores no estatales y la seguridad internacional: su papel en la resolución de conflictos y crisis</i> , Cuadernos de Estrategia 147, Instituto Español de Estudios Estratégicos y Centro Nacional de Inteligencia, 2010, por Natividad Fernández Sola.....                       | 357 |
| PRETELLI, I., <i>Garanzie del credito e conflitti di leggi. Lo statuto dell'azione revocatoria</i> , y RODRÍGUEZ PINEAU, E., <i>Integridad del patrimonio y protección del crédito: las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional</i> , por Laura Carballo Piñeiro..... | 359 |
| REMIRO BROTONS, A. (con RIQUELME CORTADO, R.; Díez-Hochleitner, J.; Orihuela Calatayud, E., y Pérez Prat Durbán, L.), <i>Derecho Internacional. Curso General</i> , por Javier Roldán Barbero.....  | 364 |
| RODRIGO, J. A., y GARCÍA, C. (eds.), <i>Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional. Coloquio en homenaje a Oriol</i>   |     |

|   | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| <i>Casnovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009</i> , por José Manuel Sobrino Heredia.....  | 366         |
| RODRÍGUEZ MANZANO, I., y TEIJO GARCÍA, C. (eds.), <i>Ayuda al desarrollo. Piezas para un puzle</i> , por José Antonio Sanahuja..... | 369         |
| B) <i>Libros recibidos</i> .....  | 373         |
| Books received  |             |
| Livres reçus  |             |

# I. ESTUDIOS

## LA RESPONSABILIDAD DIRECTA POR OMISIÓN DEL ESTADO MÁS ALLÁ DE LA DILIGENCIA DEBIDA. REFLEXIONES A RAÍZ DE LOS CRÍMENES «FEMINICIDAS» DE CIUDAD JUÁREZ

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA

Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad Rey Juan Carlos

**SUMARIO:** 1. CERRANDO CÍRCULOS DE IMPUNIDAD: LA DUALIDAD Y CONCURRENCIA DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL COMO PRISMA COMPLETO DEL INJUSTO INTERNACIONAL.—2. LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LAS MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DIRECTA EN EL MARCO DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA.—3. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS Y POR VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA ATRIBUCIÓN POR HECHOS DE PARTICULARES.—3.1. El control efectivo *versus* control global: la calificación realista de los hechos.—3.2. Responsabilidad del Estado en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos: de las obligaciones positivas generadoras de efectos horizontales a la atribución directa por «complicidad omisiva», sin olvidar la garantía de indemnidad.—4. LOS CRÍMENES DE CIUDAD JUÁREZ Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR MÁS DE UNA DÉCADA DE INACTIVIDAD Y NEGLIGENCIA: ¿FEMINICIDIO?—4.1. La contextualización de la situación de criminalidad y violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez así como del comportamiento de las autoridades en atención a sus obligaciones de investigación, persecución y sanción de los crímenes.—4.1.1. Ciudad Juárez, homicidios de mujeres, cifras y factores particulares que singularizan estos crímenes. La denuncia de la Comunidad internacional.—4.1.2. Irregularidades en las investigaciones y procesos judiciales: más de diez años de total inoperancia, de consolidación de la impunidad y perpetuación de la violencia y discriminación contra la mujer. ¿Feminicidio?—4.2. ¿Responsabilidad del Estado por omisión de sus obligaciones positivas de garantía desde un examen individual del caso o responsabilidad por complicidad/comisión por omisión en atención a la contextualización del asunto?—5. REFLEXIONES FINALES.

## 1. CERRANDO CÍRCULOS DE IMPUNIDAD: LA DUALIDAD Y CONCURRENCIA DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL COMO PRISMA COMPLETO DEL INJUSTO INTERNACIONAL

En un cierto momento, la consagración y el desarrollo de la responsabilidad internacional del individuo aparecían como una necesidad apremiante para cerrar el círculo de la reparación del injusto derivado de un ilícito internacional, más si tal ilícito era calificado como crimen internacional. Era necesaria la personificación o individualización de la responsabilidad internacional como vía para potenciar el «efecto moral» así como la plenitud del ordenamiento internacional<sup>1</sup>, pues como ya se pronunciara el Tribunal Militar de Núremberg, los crímenes contra el Derecho internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas<sup>2</sup>. El Derecho internacional de los derechos humanos y, en concreto, el Derecho internacional penal se han caracterizado no sólo por la humanización que incorporan al sistema internacional, sino también porque uno de sus principales propósitos es conseguir la individualidad de la infracción así como ofrecer transparencia de la comisión de la violación de los derechos humanos. Mediante la extensión del principio de inviolabilidad de la sociedad civil («*civilian inviolability*») frente a los actores no estatales se pretende otorgar transparencia a la propia sociedad y que los grupos e individuos que la integran sean también responsables internacionales por los crímenes cometidos<sup>3</sup>. Ahora bien, esta transparencia penal o de derechos humanos no puede eclipsar hasta anular la responsabilidad internacional de los Estados ni minimizarla reconduciéndola a categorías indirectas o difusas. La responsabilidad individual, en cierta medida y utilizando la expresión de J. Crawford, ha «despenalizado la responsabilidad estatal»<sup>4</sup>, aun cuando la Corte Internacional de Justicia (CIJ) haya confirmado la dualidad de la responsabilidad internacional al constatar que nada impide que junto a la responsabilidad individual se declare la responsabilidad del Estado por la comisión o la complicidad en un crimen internacional<sup>5</sup>. Es más, determinados crímenes internacionales por sus propias caracterís-

<sup>1</sup> Cfr. DUPUY, P. M., «International criminal responsibility of the individual and international responsibility of the State», en CASSESE, A.; GAETA, P., y JONES, J. R. W. D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2002, vol. II, pp. 1085-1099, en particular, p. 1098; LAUTERPACHT, H., *International Law and Human Rights*, Hamden, Archon Books, 1950, p. 40, y ALLOT, P., «State Responsibility and unmaking of international law», *HILJ*, 1988-1, p. 14.

<sup>2</sup> Sentencia de 1 de octubre de 1946 del Tribunal Militar Internacional para el enjuiciamiento de los principales criminales de guerra, citada en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional de los Estados, AG. Doc. A/56/10, p. 301.

<sup>3</sup> Véase en este sentido, SLAUGHTER, A. M., «An international constitutional momento», *HILJ*, 2002-1, pp. 11-16.

<sup>4</sup> CRAWFORD, J., *Los artículos de la CDI sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, Texto y Comentarios* (trad. L. Fonseca, rev. C. Espósito), Madrid, Dykinson, 2004, p. 62.

<sup>5</sup> Cfr. asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, Sentencia de 26 de febrero de 2007, *ICJ Reports 2007*, párrs. 166-182.

ticas de masividad, generalidad o sistematicidad generan una multiplicidad de responsabilidades que no pueden reducirse a la responsabilidad penal de los autores directos<sup>6</sup>. Ahora, para tener una visión completa del injusto cometido resulta imprescindible constatar la dualidad de la responsabilidad inherente a la comisión del ilícito, pues ciertos crímenes no pueden ser cometidos exclusivamente por hombres si no cuentan con una entidad estatal detrás, realmente nada abstracta<sup>7</sup>, que los ampare activamente o de forma aquiescente. Asimismo y ante la privatización de ciertos sectores del Derecho internacional, resulta imprescindible que ciertas doctrinas de Derecho internacional penal se incorporen a los Derechos nacionales para evitar las lagunas que tal privatización provoca<sup>8</sup>.

En el ámbito internacional, el tema de la responsabilidad del Estado todavía es una cuestión problemática. No sólo porque el fin de la impunidad, que es declarado sin ambages por el ordenamiento internacional, resulta difícil de conseguir en la estructura jurisdiccional facultativa de una Comunidad internacional, que ha decidido suprimir terminológicamente el tipo objetivo de crimen internacional del Estado para difuminar ante la opinión pública la calificación sustantiva y la visibilidad subjetiva de atribución del contenido del actual art. 40 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre responsabilidad de los Estados<sup>9</sup>. La anteriormente reivindicada transparencia exige, ahora, la visibilidad de la responsabilidad del Estado en ciertos ámbitos para de nuevo cerrar círculos de impunidad que se mantienen abiertos. El amparo del Estado, y su responsabilidad, bajo la cobertura de agentes privados<sup>10</sup> o bajo el paraguas de inmunidad jurisdiccional de las

<sup>6</sup> Cfr., en este sentido, el Capítulo 5, «State Responsibility for International Crimes» de la obra de LEHTO, M., *Indirect Responsibility for Terrorist Acts: Redefinition of the Concept of Terrorism Beyond Violent Acts*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 197-251; SREENIVASA RAO, P., «International crimes and State responsibility», en *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 79-80.

<sup>7</sup> En su defensa de la expresión crimen internacional —«sucesivos crímenes de Estado [...] continúan a ocurrir, ante los ojos complacientes e indiferentes de la mayor parte de los jusinternacionalistas contemporáneos. Los crímenes de Estado no han dejado de existir por afirmar ellos que el crimen de Estado no existe y no puede existir. Todo lo contrario: el crimen de Estado sí, existe, y no debería existir, y los jusinternacionalistas deberían empeñarse en combatirlo y sancionarlo como tal»—, el Juez Cançado Trindade, en su voto razonado a la Sentencia de 31 de enero de 2006 dictada en el caso de las *Masacres de Ituango c. Colombia*, afirma que el Estado a su juicio, no se configura como una «entidad abstracta» sino como «toda una estructura de represión y violencia» por el Estado montada en el marco de la cual ilícitos internacionales son efectivamente cometidos. Según el Juez, un punto que «ha pasado desapercibido —o no suficientemente tomado en cuenta— hasta la fecha es atinente a las considerables dificultades enfrentadas para desmontar o “desmovilizar” dichas estructuras, en sus más distintas formas (v. gr. policía secreta, servicios de “inteligencia” e información o delación, escuadrones de la muerte, “paramilitares”, patrulleros civiles, batallones policiales, agentes de seguridad estatal, cárceles clandestinas, y otras del género)». *Corte IDH*, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 148.

<sup>8</sup> Véase FARREL, N., «Attributing criminal liability to corporate actors. Some lessons from the International Tribunals», *Journal International Criminal Justice*, 2010, núm. 3, pp. 873-894.

<sup>9</sup> Aun cuando se pueda seguir manteniendo con el citado voto razonado del Juez CANÇADO TRINDADE Y PELLET, A., «Can a State commit a crime? Definitely, yes!», *EJIL*, 1999, núm. 2, pp. 425-434.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión, véanse HOPPE, C., «Passing the buck: State responsibility for private military companies», *EJIL*, 2008, núm. 5, pp. 989-1014; PASTOR PALOMAR, A., «Blackwater ante el Derecho internacional: el negocio de la inmunidad», *REDI*, 2008, núm. 2, pp. 427-455.

Organizaciones internacionales —asuntos *Behrami* y *Saramati*— demuestran la existencia de estos espacios de impunidad internacional. Pero también en aquellos supuestos en los que si bien resulta evidente la implicación directa, aquiescente o cómplice del Estado en la comisión del crimen perpetrado por particulares, se recurre a modalidades limitadas o indirectas de responsabilidad que impiden la sanción real y plena del ilícito cometido (cómo entender si no la Sentencia del 26 de febrero de 2007 del CIJ en el asunto del *Genocidio bosniaco*).

La norma consuetudinaria relativa a la diligencia debida del Estado en la prevención y protección de intereses amparados por el Derecho internacional<sup>11</sup> —que en la actualidad superan los estrictamente estatales y que en su versión de prevención fue suprimida de los entonces arts. 11 y 23 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado, al entender que tal previsión podría ser percibida como la formulación de un estricto estándar de responsabilidad estatal por omisión más allá de la práctica de los Estados<sup>12</sup>— supone y ha supuesto un importante principio general en la configuración y desarrollo de la responsabilidad estatal por actos privados en el

<sup>11</sup> En la Sentencia de 20 de abril de 2010 dictada por la CIJ en el caso relativo a las *Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, se indica en sus párrs. 101 y 197 que «la Corte observa que el principio de prevención, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio. Corresponde a “cada Estado la obligación de no permitir, teniendo conocimiento, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados” (*Canal de Corfú, Reino Unido c. Albania, ICJ Reports 1949*, p. 22). Un Estado está así obligado a usar todos los medios a su alcance a fin de evitar que las actividades que se llevan a cabo en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un perjuicio sensible al medio ambiente del otro Estado. La Corte ha establecido que esta obligación “es ahora parte del corpus de derecho internacional relacionado con el medio ambiente” [*Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, Opinión consultiva, CIJ Recueil 1996 (I)*, p. 242, párr. 29]». Es más, supone una obligación de comportamiento «respecto de todas las actividades que tienen lugar bajo la jurisdicción y control de cada Parte. Se trata de una obligación que implica no sólo la adopción de normas y medidas apropiadas, sino también un cierto grado de vigilancia tanto en su ejecución como en el control administrativo de los operadores públicos y privados». Tal doctrina jurisprudencial ha sido asumida por el Tribunal Internacional del Mar en su Opinión consultiva de 1 de febrero de 2011 sobre las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con actividades en la Zona, TIDM Recueil 2011*, párrs. 107-120. Acerca del principio de diligencia debida en Derecho internacional véanse LOZANO CONTRERAS J. F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional*, Barcelona, Atelier, 2007; PISILLO-MAZZESCHI, R., «The due diligence rule and the nature of the responsibility of states», *GYIL*, 1992, pp. 9-51.

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión véase GATTINI, A., «Smoking/no smoking: some remarks on the current place of fault in the ILC Draft articles on State Responsibility», *EJIL*, 1999, núm. 2, pp. 398-399. Por su parte, la jurisprudencia de la CIJ establece unos criterios muy estrictos para apreciar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su deber de vigilancia. A tal efecto GUTIÉRREZ ESPADA y CERVELL HORTAL han destacado en su análisis de la Sentencia de 19 de diciembre de 2005 sobre el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda) CIJ Recueil 2005*, párrs. 300-303, que «la Corte deja claro que este deber de vigilancia no comporta una obligación (absoluta) de resultado, sino que depende de las circunstancias del caso y muy en particular de las condiciones y medios con los que el Estado territorial debe hacer frente a ese deber [...] De otro modo, la obligación de debida diligencia podría convertirse prácticamente en una obligación de *garantía* o, como mantuvo el tribunal arbitral encargado de resolver la disputa entre Méjico y una empresa extranjera (asunto *Técnicas Medioambientales TECMOD S. A. c. Estados Unidos Mejanos*) “la garantía de protección y seguridad no es absoluta ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva”», véase *REDI*, 2006, núm. 1, pp. 254-255.

marco de la protección de los derechos humanos y del Derecho internacional penal (formando parte de su corpus jurídico). No obstante tal principio general no cubre todas las situaciones posibles de atribución que requieren de figuras nuevas aún inexploradas en el sistema internacional —más allá de la inédita judicialmente complicidad (ayuda/asistencia) internacional prevista en el art. 16 del Proyecto sobre responsabilidad del Estado—, como pueden ser la complicidad pasiva o la comisión por omisión. Como se indicara por parte de la CDI en el informe presentado por R. Ago, la falta de prevención genera responsabilidad estatal por la realización efectiva de un acontecimiento en su territorio o en cualquier área bajo su jurisdicción que el Estado tenía el deber de impedir y que por falta de su actuación —o, en su caso, de una vigilancia más activa— se ha producido<sup>13</sup>. La situación es distinta cuando producida la situación criminal, ajena en un principio al Estado, se mantiene de forma sistemática y durante un periodo de tiempo prolongado una vez que ha quedado constatado, mediante la existencia de denuncias internacionales, el conocimiento de los hechos y la falta de actuación del Estado mediante la presentación de alternativas efectivas de prevención, investigación, sanción y garantías de futuro de no repetición. Tal inactividad crea objetivamente una situación de riesgo intolerable desde la perspectiva de protección del Derecho internacional. Responsabilidad que resultará agravada en el caso de que se prueben actitudes aquiescentes o cómplices de las autoridades estatales competentes en la prevención, investigación y sanción de los crímenes perpetrados. En el caso de las *Masacres de Ituango c. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconoció que si bien el Estado colombiano había adoptado determinadas medidas legislativas para prohibir, prevenir y castigar las actividades de los grupos de autodefensa o paramilitares, sin embargo, esas medidas no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido a crear. Con la interpretación que durante años se le dio al marco legal, el Estado propició la creación de grupos de autodefensa con fines específicos, pero éstos se desbordaron y empezaron a actuar al margen de la ley. De este modo,

«[...] al haber propiciado la creación de estos grupos el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso. La declaratoria de ilegalidad de éstos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Esta situación de riesgo, mientras subsista, acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares, así como la obligación de investigar con toda diligencia actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil. La falta de efectividad en la desarticulación de las estructuras paramilitares surge además de las motivaciones y características de la legislación adoptada a partir de 1989 [...], así como también del análisis de la intensidad cuantitativa y cualitativa de violaciones de derechos humanos cometidas por paramilitares en la época de los hechos y en

<sup>13</sup> Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1978*, vol. II, Segunda Parte, pp. 80-85.

años subsiguientes, actuando por sí mismos o con la aquiescencia o colaboración de agentes estatales. *La Corte considera que es dentro del contexto descrito en que sucedieron los hechos del caso, que debe determinarse la observancia por parte del Estado de sus obligaciones convencionales de respeto y garantía de los derechos de las víctimas. En este tipo de situaciones, de violencia sistemática y de graves violaciones de los derechos en cuestión, en una zona de conflicto [...], los deberes de adoptar medidas positivas de prevención y protección a cargo del Estado se ven acentuados y revestidos de importancia cardinal en el marco de las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la Convención»<sup>14</sup>.*

En estos supuestos excepcionales resulta necesario, para completar la sanción del injusto infligido, no quedarse en la responsabilidad por falta de prevención, investigación o sanción, pues el mantenimiento impune de tal situación de criminalidad ampara su prolongación, pudiendo establecerse un vínculo de causalidad entre la inactividad del Estado y la perpetuación de las graves violaciones cometidas. Trayendo a colación los debates sobre la noción de crimen internacional en relación con el criterio de proporcionalidad<sup>15</sup>, el grado de gravedad de un hecho internacionalmente ilícito debería determinarse mediante referencia a varios factores, en particular, la importancia objetiva y alcance subjetivo de la norma infringida, la dimensión de la infracción, el elemento subjetivo, en particular el grado de participación de los órganos del Estado autor del hecho ilícito y el grado de culpa (desde la *culpa levis* o *levissima* hasta la negligencia, la negligencia grave y la intención dolosa) y, en definitiva, los efectos de la infracción tanto sobre el Estado lesionado como sobre el «objeto protegido» por la norma infringida. En cuanto al objeto o bien jurídico protegido se refiere expresamente a la lesión o perjuicio sufridos por las personas o la población como consecuencia de la violación de obligaciones en materia de derechos humanos.

Si bien es cierto que no se discute la dualidad y autonomía de los regímenes de la responsabilidad internacional pues, por un lado, nada de lo dispuesto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho internacional<sup>16</sup> y, por otro, el Derecho internacional general de la responsabilidad internacional del Estado no impide la existencia de normas especiales relativas a la responsabilidad individual, incluyendo la de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado<sup>17</sup>, esto no debe impedir —e inevitablemente no impedirá— que se produzcan interacciones o concurrencias entre ambos sistemas de responsabilidad que permitan la evolución del Derecho internacional, en particular, respecto de aquellas formas de responsabilidad agravada referentes a las

<sup>14</sup> Véase *Corte IDH*, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 148, párrs. 134-137. Cursiva añadida.

<sup>15</sup> Cfr. Séptimo Informe sobre la responsabilidad de los Estados presentado por G. ARANGIO-RUIZ, AG Doc., A/CN.4/469 de 9 de mayo de 1995, pp. 19-21.

<sup>16</sup> Véase art. 25.4 del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional.

<sup>17</sup> Véanse arts. 55 y 58 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del que tomó nota la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001.

violaciones graves y sistemáticas de los derechos fundamentales<sup>18</sup>. Si bien y desde una perspectiva puramente internacional, se sigue declarando que la responsabilidad del Estado siempre es directa, pues sólo es responsable de su propia conducta o de la de aquellos que actúan en su nombre<sup>19</sup>, resulta imprescindible que en determinados supuestos de actuación criminal de los particulares se deriven responsabilidades (indirectas o de otra índole)<sup>20</sup> del Estado, bien sea a través de la institución de la diligencia debida en los ámbitos de prevención, investigación o sanción, bien mediante la articulación de otras figuras como la complicidad pasiva o la comisión por omisión, que permitan tener una visión completa del ilícito cometido. En este recorrido con toda probabilidad será necesario indagar sobre las dimensiones que aporta el embrionario principio de la «responsabilidad de proteger» como una categoría que, por un lado, trasciende la obligación de respetar y, por otro, emerge como obligación positiva de protección que no puede ser construida bajo el prisma de la complicidad<sup>21</sup>.

## **2. LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LAS MODALIDADES DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DIRECTA EN EL MARCO DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA**

Los execrables crímenes de Ciudad Juárez, además de una traumática y devastadora realidad de violencia, asesinatos y corrupción, implican un necesario debate acerca del alcance de la responsabilidad del Estado por el mantenimiento de una situación de criminalidad (en principio, atribuible a particulares) sin adoptar las medidas necesarias para erradicarla y acabar con el estado de impunidad que tal situación propicia. Es verdad que tal problemática presenta una diversidad de aristas que no se agotan en el estricto marco de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, pues podríamos derivarlo al análisis de la constatación de un Estado fallido y sus consecuencias o, incluso, reconducirlo al concepto de responsabilidad de proteger, esto es, al deber internacional de todo Estado soberano de proteger a su propia población y en caso de incumplimiento de esta obligación facultar la actuación de la comunidad internacional a través de los distintos cauces autorizados por el Derecho

---

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión, véase BONAFÉ, B. I., *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, y NOLLKAEMPER, A., «Concurrence between individual responsibility and State responsibility in international law», *ICLQ*, 2003, núm. 3, pp. 615-640, en particular, pp. 639-640.

<sup>19</sup> Cfr. asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, Sentencia de 26 de febrero de 2007, *ICJ Reports 2007*, párr. 406.

<sup>20</sup> Acerca del término «responsabilidad indirecta» del Estado véase LEHTO, M., *op. cit.*, nota 6, pp. 238-243.

<sup>21</sup> Sobre esta cuestión véase HAKIMI, M., «State bystander responsibility», *EJIL*, 2010, núm. 2, pp. 341-385.

internacional<sup>22</sup>. Si un Estado reivindica su soberanía, debe ejercer su autoridad soberana con la finalidad de proteger a las personas que se hallen bajo su jurisdicción, porque la soberanía, «entendida correctamente como una noción jurídica internacional, se configura como el poder, y la obligación de asegurar un buen gobierno y, por ello de proporcionar un mínimo de seguridad a los habitantes. Cada Estado es responsable de ello en sus ámbitos de jurisdicción, muy especialmente en su territorio. Pero si se abstiene de actuar o fracasa, debe entonces subsidiariamente intervenir la comunidad internacional ejerciendo su responsabilidad de proteger»<sup>23</sup>. Además los principios relativos a esta institución, para tener plena vigencia y ser duraderos, deben quedar incorporados en todas las culturas y sociedades sin reservas ni condiciones, como imagen de valores y normas, no sólo mundiales, sino también locales<sup>24</sup>. Sobre esta cuestión se ha de poner de manifiesto que de hecho México fue el primer país del mundo en el que en tiempos de paz se instaló una oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y en el que el gobierno pone en manos de las Naciones Unidas la elaboración de un diagnóstico nacional sobre derechos humanos<sup>25</sup>.

Asimismo, los crímenes de Ciudad Juárez inciden acerca de la necesidad de introducir una perspectiva de género en el Derecho internacional, en concreto en el ámbito de los conflictos internacionales o transnacionales, así como sobre la efectividad de los mecanismos de protección de la mujer ante la violación de sus derechos, en particular respecto a la violencia de género. A tal efecto se ha de recordar que la normativa internacional de protección de la mujer, en comparación con otros mecanismos internacionales secto-

---

<sup>22</sup> Conforme al Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 que reunió a los Jefes de Estado y de Gobierno con motivo de la conmemoración del 60.º aniversario de la creación de las Naciones Unidas y que fue aprobado por la Asamblea General, «cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana. La comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En este contexto, estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad». Véase AG doc. A/RES/60/1, párrs. 138-139.

<sup>23</sup> Véase MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «La responsabilidad de proteger», en *Tiempo de Paz*, núm. 90, 2008, p. 80.

<sup>24</sup> Véase *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*, informe del Secretario General, AG Doc. A/63/677, de 12 de enero de 2009, p. 13, párr. 20.

<sup>25</sup> Acerca del mandato de la Oficina del Alto Comisionado en México (2002) puede consultarse la siguiente dirección de internet: <http://www.hchr.org.mx/>. En la región de las Américas se han abierto oficinas del ACDH en Bolivia (2007), Colombia (1996), Guatemala (2005) y Haití (2010).

riales de control y garantía, resulta relativamente reciente y con un alcance claramente insuficiente. La Convención de Naciones Unidas de 1979 sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, por un lado, no regula expresamente el tema de la violencia contra la mujer, aun cuando este fenómeno haya sido asumido y subsumido, por parte de su Comité, como una forma de discriminación que impide gravemente el goce de sus derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre<sup>26</sup>. Por otra, dicha Convención a pesar de adoptarse tardíamente, nació sin las dos técnicas de control clásicas en el Derecho internacional de los derechos humanos: las denuncias interestatales y las denuncias individuales. Ha habido que esperar al 10 de diciembre de 1999 para que se adoptara el Protocolo Facultativo que prevé dichas técnicas de control, además de incorporar la técnica de la investigación confidencial<sup>27</sup>. Por otra parte, tal y como ha recordado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>28</sup>, el único convenio internacional contra la violencia de la mujer existente es precisamente la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de Belém do Pará de 1994, ratificada por 32 Estados de los 35 Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>29</sup>. Además de imponer a los Estados partes las correspondientes obligaciones de adoptar de forma efectiva políticas orientadas a la prevención, sanción y erradicación de esta conducta criminal<sup>30</sup>, se define la violencia contra la mujer «como cualquier

<sup>26</sup> Cfr. Recomendación General núm. 19 (1992). Conforme a su punto 6 se indica que «el artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia» (véase UN Doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15).

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, véase MAYORDOMO RODRIGO, V., «La lucha contra la discriminación de la mujer», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Dilex, 2007, pp. 371-397.

<sup>28</sup> Cfr. TEDH, asunto *Opuz c. Turquía*, Sentencia de 9 de junio de 2009, párr. 85. En el marco del Consejo de Europa destacan la Recomendación Rec (2002) 5 del Comité de Ministros acerca de la protección de las mujeres frente a la violencia y la Recomendación CM/Rec (2007) 17 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres. Sobre esta cuestión véase GARCÍA PICAZO, P., «Europeas: la “violencia contra las mujeres” en el marco de la Recomendación REC (2002) 5 del Consejo de Europa», en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Sevilla, Gandulfo Editores, pp. 189-212.

<sup>29</sup> El texto del Tratado y el estado de ratificaciones puede consultarse en la siguiente página: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

<sup>30</sup> Su art. 7 dispone que «los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo

acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» (art. 1), para a continuación concretar el alcance personal (por particulares o por el Estado) y espacial (privado y público) de esta violencia precisando que incluye la violencia física, sexual y psicológica:

«a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

c) *Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra».*

Esta perspectiva de género ha encontrado un tratamiento jurídico singular en el sistema del Derecho internacional penal. Al margen de la normativa convencional contra la delincuencia organizada transnacional, incluido el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños de 2000, la violación y otras formas de violencia sexual han sido calificadas como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad o, en su caso, como actuaciones integrantes de otros crímenes, como el de genocidio, en los distintos Estatutos o instrumentos constitutivos de los diversos tribunales penales internacionales<sup>31</sup>.

En cuanto al tema de la responsabilidad internacional penal sobre esta cuestión hay que hacer especial referencia, además de a la responsabilidad directa de los jefes y otros superiores por actos de sus subordinados que introduce el criterio del mando o autoridad y control efectivo de los autores conjugado con las garantías exigibles del conocimiento expreso o presunto y de la obligación de prevención de la comisión de los crímenes<sup>32</sup>, a la doctrina

---

medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención».

<sup>31</sup> En particular, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, los Paneles Especiales para Crímenes Graves en Timor Oriental, el Tribunal Especial para Sierra Leona, la Corte Penal Internacional y las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya.

<sup>32</sup> Conforme al art. 28.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se precisa que «además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte, el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por crímenes de la competencia de la Corte que hubieran sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: a) Hubiera sabido o en razón de las circunstancias del momento, hubiera debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes

jurisprudencial de la responsabilidad penal directa derivada de la doctrina de la «empresa criminal conjunta (ECC) que implica proyectar la culpabilidad a los superiores (o en su caso, a una pluralidad de personas) cuando tuvieran conciencia de que las acciones del grupo muy probablemente llevarían a un resultado criminal y sin embargo, de manera voluntaria, corren ese riesgo, supuesto que aparece recogido en el art. 25.3.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional»<sup>33</sup>. A este respecto, H. Olásolo ha precisado, sobre la base del acervo jurisprudencial que distingue tres variantes de la doctrina de la ECC, que si el plan común adquiere una estructura institucional (como puede ser el caso de un campo de concentración) se convierte en un sistema organizado de represión a través del cual se comenten los delitos integrales de la ECC. Por su parte, la variante amplia de la doctrina de la ECC cubre aquellos delitos cuya comisión, a pesar de ir más allá del plan común, es una consecuencia natural y previsible de su ejecución<sup>34</sup>. Sobre esta variante se ha

---

o se proponían cometerlos, y b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento».

<sup>33</sup> Conforme a esta disposición, «será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: [...] d) Contribuya de algún modo en la comisión o tentativa de comisión de ese crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la Corte, o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen». El origen de esta doctrina se encuentra en las Sentencias dictadas en el asunto *Tadic* (caso núm. IT-94-16-T, Sentencia de 7 de mayo de 1996, párr. 536 y caso núm. IT-94-1-A, Sentencia en apelación de 15 de julio de 1999, párr. 222). Sobre esta doctrina véase BONAFÉ, B. I., *op. cit.*, nota 18, pp. 172-186; OHLIN, J. D., «Three conceptual problems with the doctrine of joint criminal enterprise», *Journal of International Criminal Justice*, 2007, núm. 5, pp. 69-90; WILT, H. VAN DER, «Joint criminal Enterprise: possibilities and limitations», *Journal of International Criminal Justice*, 2007, núm. 5, pp. 91-108; POWLES, S., «Joint criminal enterprise: criminal liability by prosecutorial ingenuity and judicial creativity?», *Journal of International Criminal Justice*, 2004, núm. 2, pp. 606-619; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 211 y ss.; CASSESE A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 181-190.

<sup>34</sup> Este autor destaca que «al mismo tiempo que las Salas de Apelaciones de los TPIY y TPIR han afirmado el carácter consuetudinario de la construcción del concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la ECC (y han rechazado el carácter consuetudinario de la teoría del dominio del hecho), la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI) en los casos Lubanga y Katanga y Ngujolo ha afirmado que el art. 25 (3) del Estatuto de Roma (ER) acoge la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación. Así mismo, esta misma jurisprudencia inicial de la CPI ha subrayado que la forma de responsabilidad individual que más parece asemejarse a la doctrina de la ECC de las recogidas en el art. 25 del ER [aquella prevista en el párr. (3)(d) del art. 25 del ER] se configura no como una forma de coautoría, sino como una forma residual de complicidad». Véase OLÁSULO, H., «Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho penal Internacional», *Indret*, julio de 2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)). Respecto a la empresa criminal conjunta (JCE, su acrónimo inglés) y la aproximación adoptada por la CPI en el asunto *Al Basir* se ha destacado que «in contrast to the doctrine of JCE developed in the case law of the ICTY, a sophisticated form of perpetration has emerged in the case law of the ICC over the course of the last three years, based on the notion of "indirect perpetration" [...] pursuant to this "new" interpretation, commission of crimes encompasses the concept of "control over the crime", including control over a organized apparatus of power, whereby indirect perpetration (or perpetration by means) interacts with co-perpetration in such a way that the two forms of participation complement one another». Asimismo, se fundamenta el distanciamiento de la CPJ en relación con la doctrina de la empresa criminal conjunta señalando que «according to several commentators, JCE in general, and its extended form in particular, endanger the principle of individual

defendido que tal construcción encuentra su razón de ser en consideraciones de orden público, como la necesidad de proteger a la sociedad frente a aquellas personas que unen sus fuerzas para ser más efectivas en la realización de actividades delictivas, y que persisten en estas actividades a pesar de ser conscientes de que delitos serios que no forman parte integral del plan común pueden ser cometidos en su ejecución<sup>35</sup>.

Esta doctrina jurisprudencial no ha resultado ajena al tema de la violencia sexual contra la mujer. En el informe «Procesos penales sobre violencia sexual en conflicto: la importancia de los derechos humanos como medio de interpretación», presentado por Patricia Viseur Seller a la Unidad sobre Derechos de la Mujer y Género de las Naciones Unidas, se hace especial referencia a la jurisprudencia sentada en los asuntos *Krstic*<sup>36</sup>, *Kvočka*<sup>37</sup> y *Krijsnik*<sup>38</sup> para resaltar la variante sistémica y amplia de la doctrina de la empresa criminal conjunta en relación con la violencia sexual. A tal efecto se mantiene que «el veredicto del caso *Krstic* afirmó que la violencia sexual puede ser una consecuencia natural y previsible de otras violaciones en tiempo de guerra, revirtiendo así la creencia convencional y discriminatoria en materia de género por la cual el abuso sexual en tiempo de guerra es una conducta aislada e inevitable por parte de algunos soldados, cuyos abusos no manchan a sus superiores en la jerarquía militar». En segundo lugar y en referencia a la Sentencia dictada en primera instancia en el asunto *Krijsnik*, se indica que además de los crímenes que constituyen la intención original del ECC, otros crímenes pueden sumársele con posterioridad. Con fundamento en la decisión citada se mantiene que si quienes conforman el ECC no toman ninguna medida eficaz para impedir la reaparición de estos nuevos delitos, la responsabilidad que les cabe respecto del ECC puede incrementarse. De ahí que la violencia sexual persistente, perpetrada dentro y fuera de los campos de detención, que surge a partir de otras conductas criminales y no es atendida por quienes forman parte del ECC puede incrementar su responsabilidad dado que esos crímenes posteriores pasan a considerarse parte del propósito común del ECC original. Por eso los delitos de violencia sexual, «ya sea como parte del plan criminal común original, como consecuencia previsible de otro plan común, o como crímenes de evolución posterior que concuerdan con el propósito común original, generan responsabilidad penal individual a través del ECC. El enfoque

---

*and culpable responsibility by introducing a form of collective liability, or guilt by association, manifest in a strong subjective approach*». Por este motivo, «contrary to the ICTY case law, where the contribution of each JCE member only needs to be "substantial", the ICC applies a higher threshold, by requiring the contribution to be "essential"». Véase MANACORDA, S., y MELONI, Ch., «Indirect perpetration versus joint criminal enterprise. Concurring approaches in the practice of international criminal law?», *Journal of International Criminal Justice*, publicado online el 17 de diciembre de 2010.

<sup>35</sup> Cfr. CASSESE *et al.* *Amicus Curiae*, Duch Case (Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Criminal Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine) 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC 02) - D99-3-24 (27 Oct 08), *Criminal Law Forum* (2), 2009 vol. 20, párrs. 82-83.

<sup>36</sup> TPY, *Fiscal c. Krstic*, Sentencia de 2 de agosto de 2001, caso núm. IT-98-33-T.

<sup>37</sup> TPY, *Fiscal c. Kvočka*, Sentencia de 22 de marzo de 2006, caso núm. IT-98-30/&-T.

<sup>38</sup> TPY, *Fiscal c. Krijsnik*, Sentencia de 27 de septiembre de 2006, caso núm. IT-00-39.

del ECC, que reconoce la posibilidad de prever la violencia sexual, ofrece un marco de referencia útil y lúcido para la responsabilidad conjunta sobre todo en el caso de partícipes/perpetradores que están físicamente alejados de los lugares donde tienen lugar los crímenes de agresión sexual, incluyendo a líderes militares y políticos»<sup>39</sup>.

Finalmente desde el Consejo de Seguridad se ha reivindicado, aunque en fechas muy tardías —ha habido que esperar hasta el siglo XXI para que las propuestas de la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 adquirieran la dimensión jurídica (alambicada) de que les dota las siguientes resoluciones— y fuera del marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la introducción de la perspectiva de género como un elemento decisivo en la erradicación de los conflictos armados así como en la consecución efectiva de la paz y seguridad internacionales. Desde la adopción de la emblemática Resolución 1325 (2000) sobre las «mujeres y la paz y la seguridad»<sup>40</sup>, se ha insistido, por un lado, sobre la integración del género y la participación completa y equitativa de las mujeres en todas las iniciativas de paz y seguridad, incluyendo la negociación y aplicación de los acuerdos de paz, en las operaciones de mantenimiento de la paz así como sobre el incremento de la representación de las mujeres en los espacios de toma de decisiones relativos a la prevención, gestión y solución de conflictos. Por otro y tras la constatación de que los actos de violencia contra la mujer y las niñas, incluida la violencia sexual, se han convertido en determinadas situaciones en actos «sistemáticos y generalizados» que han alcanzado un grado alarmante de brutalidad, el Consejo de Seguridad ha afirmado que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir un crimen de guerra, un crimen de lesa humanidad o un acto constitutivo de genocidio, destacando la necesidad de que los crímenes de violencia sexual queden excluidos de las disposiciones de amnistía en el contexto de los procesos de solución de conflicto. En consecuencia ha instado a los Estados a que cumplan con su obligación de enjuiciar a las personas responsables de tales actos, y garanticen que todas las víctimas de tal violencia, particularmente las mujeres y las niñas, disfruten en pie de igualdad de la protección de la ley y del acceso a la justicia<sup>41</sup>. Asimismo se ha reconocido la necesidad de que los dirigentes civiles y militares, de conformidad con el principio de responsabilidad del mando, demuestren el compromiso y la voluntad política de prevenir la violencia sexual así como de combatir la impunidad e imponer la rendición de cuentas, puesto *que la inacción puede transmitir el mensaje de que se tolera la violencia sexual en los conflictos*<sup>42</sup>. A tal efecto se ha solicitado del Secretario General la elaboración de indicado-

---

<sup>39</sup> El informe puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www2.ohchr.org/english/issues/women/>.

<sup>40</sup> Véase el artículo publicado por ALBERDI, I., en el diario *El País* el 28 de mayo de 2010, «La “treceveinticinco”: la batalla de las mujeres». Inés Alberdi es directora ejecutiva del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM).

<sup>41</sup> Cfr. Resolución 1325 (2000) sobre «mujeres, paz y seguridad» y Resolución 1820 (2008) sobre «violencia sexual en los conflictos armados».

<sup>42</sup> Cfr. Resolución 1888 (2009).

res destinados a utilizarse a nivel mundial para vigilar la aplicación de estos instrumentos, que puedan servir de base común a las entidades pertinentes de las Naciones Unidas, otras organizaciones internacionales y regionales y los Estados miembros en la elaboración de informes sobre la aplicación de la Resolución 1325 (2000)<sup>43</sup>.

Visto el panorama anterior, la cuestión que subyace en situaciones de violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de la mujer sin que la actuación de los diferentes órganos del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) resulten eficaces es la relativa a si se puede hablar de la existencia de un «feminicidio» como crimen internacional singularizado de otros crímenes, pues, la afirmación de tal figura tendría importantes consecuencias no sólo desde la perspectiva penal internacional, sino también desde la perspectiva de la responsabilidad internacional. En estos casos, la responsabilidad penal internacional de los autores materiales no cubriría toda la lesión del ilícito internacional, por lo que la declaración de la responsabilidad directa del Estado complementaría la responsabilidad penal para satisfacer la reparación total que implica el derecho a la verdad de las víctimas de tal violación, más cuando existe un importante grado de responsabilidad por parte del poder judicial convertido en un sistema indiferente, si no cómplice, ante la impunidad<sup>44</sup>. A tal efecto, D. M. Lagarde y de los Ríos ha resaltado respecto al término de feminicidio que

«[...] no se trata sólo de la descripción de crímenes que cometen homicidas contra niñas y mujeres, sino de la construcción social de estos crímenes de odio, culminación de la violencia de género contra las mujeres, así como de la impunidad que los configura. Analizado así, el feminicidio es un crimen de Estado, ya que

---

<sup>43</sup> Cfr. Resolución 1889 (2009). Además de las resoluciones indicadas, véanse las siguientes: 1621 (2005), 1674 (2006) y 1882 (2009). Asimismo los informes del Secretario General sobre la aplicación de estas resoluciones y la elaboración de los indicadores señalados: S/2010/173, S/2009/465, S/2009/362, S/2008/1622, S/2007/567, S/2006/770, S/2005/636, S/2004/814.

<sup>44</sup> Desde una perspectiva estricta de la responsabilidad del Estado en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, la Corte IDH en el caso de la *Masacre de las Dos Erres c. Guatemala* reitera con apoyo en su propio acervo jurisprudencial (desde el originario asunto *Velásquez Rodríguez c. Honduras* de 26 de junio de 1988 hasta los asuntos *Jaramillo y otros c. Colombia* de 27 de noviembre de 2008 y *Anzualdo Castro c. Perú* de 22 de septiembre de 2009) que «en una sociedad democrática se debe conocer la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Ésta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Esto exige del Estado la determinación procesal de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades y reparar a las víctimas del caso [...] El Tribunal recuerda que el derecho a conocer la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención [...] Dada la magnitud de la masacre, así como el contexto generalizado de violencia ejercida por el Estado, resulta evidente que éste debe investigar seriamente a todos los presuntos responsables, incluyendo la participación intelectual de altos oficiales y funcionarios estatales, así como la ubicación e identidad de las personas fallecidas. El actuar de la judicatura del Estado y la falta de voluntad y desinterés de las autoridades han impedido el acceso a la justicia de las víctimas, y convertido el aparato judicial en un sistema indiferente ante la impunidad». Cfr. Corte IDH, caso *Masacre de las Dos Erres c. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 211, párrs. 149-154.

éste no es capaz de garantizar la vida y la seguridad de las mujeres en general, quienes vivimos diversas formas y grados de violencia cotidiana a lo largo de la vida [...] El feminicidio es la cima de la normalización y la tolerancia de la violencia de género y de otras formas de género»<sup>45</sup>.

A tal efecto, en el Informe de 2009 de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos humanos sobre las actividades de su Oficina en Guatemala, se constata que durante el año examinado la Policía Nacional Civil registró 720 muertes violentas de mujeres. Se observó, además, la aparición de cuerpos con evidentes signos de mutilaciones, violencia sexual y otras formas de malos tratos que evidenciaban un ataque originado por su condición de mujeres. De las 30.873 denuncias de violencia contra la mujer registradas en 2009, únicamente en el 0,7 por 100 de los casos se solicitó apertura de juicio, y en el 0,2 por 100 (70 casos) se dictó Sentencia<sup>46</sup>.

### **3. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS Y POR VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA ATRIBUCIÓN POR HECHOS DE PARTICULARES**

#### **3.1. El control efectivo *versus* control global: la calificación realista de los hechos**

La responsabilidad internacional del Estado parte de dos principios fundamentales de carácter consuetudinario<sup>47</sup> declarados en el Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del que ha tomado nota la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>48</sup>: el Estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes, cualesquiera que sean<sup>49</sup>, así como

<sup>45</sup> Véase en su presentación a la edición en español del libro, RUSSEL, D. D., y HARMES, R. A. (eds.), *Feminicidio: Una perspectiva global*, México, UNAM, 2006, p. 12.

<sup>46</sup> Véase UN. Doc. A/HRC/13/26/Add.1 de 3 de marzo de 2010, p. 7, párr. 21. Véase SANFORD, V., «From genocide to feminicide: impunity and human rights in twenty-first century Guatemala», *Journal of Human Rights*, 2008, núm. 7, pp. 104-122.

<sup>47</sup> Cfr. *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, ICJ Reports 1999, p. 62.

<sup>48</sup> Véase Resolución 56/83 adoptada por la Asamblea General el 12 de diciembre de 2001. Véase el texto aprobado por la CDI y los comentarios al articulado del mismo en AG Doc. A/56/10, pp. 21-405.

<sup>49</sup> Cfr. asunto *La Grand (Alemania c. EE.UU.)*, Medidas provisionales, CIJ Recueil 1999, p. 9. Tal aseveración, así como el carácter consuetudinario de tales principios, han sido reiterados en el párr. 385 de la Sentencia dictada por la CIJ en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen del genocidio* de 26 de febrero de 2007 en los siguientes términos: «*the conduct of any State organ is to be considered an act of the State under international law, and therefore gives rise to the responsibility of the State if it constitutes a breach of an international obligation of the State. This rule, which is one of customary international law, is reflected in Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility*». Acerca de la responsabilidad internacional del Estado véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El hecho internacional ilícito*, Madrid, Dykinson, 2005; GUTIÉRREZ ESPADA, C., y CERVELL HORTAL, M. J., *El Derecho internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho internacional público*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 509-558; CRAWFORD, J., *op. cit.*, nota 4; STERN, B., «La responsabilité internationale des Etats.

por los de las personas que actúan en su nombre, y que la actuación de los particulares no genera responsabilidad internacional del Estado. El elemento subjetivo de atribución del hecho al Estado y su prueba resultan decisivos, en particular, cuando se trata de casos en que el autor directo del ilícito no es un órgano o agente del Estado. A tal efecto existen distintos supuestos de atribución al Estado de comportamientos de particulares bien porque resulten *de facto* asimilados a órganos del Estado (art. 4 del Proyecto), bien porque se puedan imputar al Estado en virtud de la existencia de instrucciones, control o dirección de tales comportamientos (art. 8 del Proyecto)<sup>50</sup>. Respecto del primero, se exige la existencia de una «total dependencia» entre la actuación de los particulares o grupo de particulares y la autoridad del Estado correspondiente hasta tal punto que aquellos serían un mero instrumento de la actuación estatal, pues otra solución permitiría a los Estados eludir su responsabilidad internacional mediante la interposición de personas o entidades cuya autonomía sería una pura ficción<sup>51</sup>. En cuanto al segundo, se trata de la doctrina del control o dirección del Estado sobre los actos llevados a cabo por las personas o grupos de personas que hayan cometido la conducta criminal. Sobre el alcance de esta doctrina existen dos teorías: la del control efectivo sobre la conducta ilícita y la del control global sobre las circunstancias en las que esa conducta tiene lugar. La primera exige la individualización del comportamiento ilícito de que se trate y la prueba de la existencia de una relación directa entre la violación perpetrada y la actuación del Estado<sup>52</sup>. Por el contrario, la segunda se centra en la contextualización de los ilícitos en el marco o conjunto de las acciones realizadas por las personas o grupo de personas autores de la violación de que se trate y el establecimiento de vínculos efectivos de dirección del Estado respecto a tales personas o al grupo en cuestión, sin necesidad de exigir el control sobre todos y cada uno de los actos que in-

---

Perspectives récentes», *CEBDI*, vol. 7, 2003, pp. 645-721; DUPUY, P. M., «Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan», *RGDIP*, 2003, núm. 2, pp. 305-348.

<sup>50</sup> Cfr. asunto *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, Sentencia de 19 de diciembre de 2005, *CIJ Recueil 2005*, párr. 160.

<sup>51</sup> Cfr. asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen del genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia)*, *ICJ Reports 2007*, párr. 392, con referencia al asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. EE.UU.)*, *ICJ Reports 1996*, p. 62, párr. 109. Véase también el apartado 11 del comentario al art. 4 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *loc. cit.*

<sup>52</sup> En el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ afirmó que «pese a los considerables subsidios y otras formas de asistencia que les proporcionaban los Estados Unidos, no hay pruebas claras de que los Estados Unidos ejercieran realmente en todos los ámbitos un grado de control suficiente para justificar que se considerara que los *contras* actuaban por cuenta de los Estados Unidos. Todas las formas de participación de los Estados Unidos antes mencionadas, e incluso el control general por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y el derecho humanitario que denuncia el Estado demandante. Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de los *contras* sin el control de los Estados Unidos. Para que ese comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, debería en principio probarse que ese Estado ejercía un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares durante las cuales se habían cometido las presuntas violaciones». Cfr. *ICJ Reports 1986*, p. 54, párr. 115.

tegran el ilícito. El criterio de control global requiere una evaluación de todos los elementos de control considerados en su conjunto y permite determinar, sobre esas bases, si el grado de control requerido se da en el caso concreto<sup>53</sup>. Como ha destacado el Profesor F. J. Quel López, «aceptar la posibilidad de que un control global estatal sobre el contexto espacial y temporal en el que el ilícito tiene lugar genere la imputación de tal hecho al Estado, implica dar entrada a criterios indirectos de responsabilidad», no obstante «esta tesis del control global se ha abierto camino en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y de otros órganos jurisdiccionales de protección de derechos humanos. Su objetivo es meridianamente claro: otorgar una mayor protección a las víctimas de los conflictos armados»<sup>54</sup>. En un intento de armonizar ambas doctrinas y en atención a otorgar una protección más efectiva a las víctimas de las violaciones del Derecho internacional humanitario, Gutiérrez Espada defiende, como presunción *iuris tantum*, que «podría considerarse acaso que quien ejerce un control general se presume que también ejerce el efectivo»<sup>55</sup>.

Sin embargo, en la Sentencia de 26 de febrero de 2007 relativa a la *Aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, asunto en el que convergían elementos de responsabilidad internacional del Estado con factores determinantes de la responsabilidad penal internacional y a pesar de que a lo largo de la Sentencia se evidencian las estrechas vinculaciones entre el Estado demandado y las actuaciones constatadas de los particulares y grupos autores de los crímenes imputados —expresamente se alude al «innegable poder de influencia»<sup>56</sup>—, la CIJ ha reiterado el criterio estricto del control o dirección efectivos al entender que el criterio de control global presenta el grave inconveniente de ampliar el ámbito de responsabilidad del Estado bastante más

<sup>53</sup> La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el asunto *Tadic* afirmó que «en derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares. El *grado de control* puede, sin embargo, variar en cada caso según las circunstancias. La Sala de Apelaciones no ve por qué en derecho internacional se debería fijar un límite alto al evaluar el criterio de control cualesquiera que sean las circunstancias». Cfr. *Fiscal c. Tadic*, asunto IT-94-1, párr. 117. La Sala de Apelaciones sostuvo que el grado necesario de control por las autoridades yugoslavas de esas fuerzas armadas que el Derecho internacional requiere para considerar internacional el conflicto armado es «un *control general* que vaya más allá de la simple financiación y armamento de esas fuerzas y que entrañe además una participación en la planificación y la supervisión de las operaciones militares» (cfr. *ibid.* párr. 145). Véanse también asuntos *Fiscal c. Blaskic*, Sentencia de 3 de marzo de 2000, caso núm. IT-95-14-T, párrs. 73-123, y *Fiscal c. Zlatko Aleksovski*, Sentencia de 24 de marzo de 2000, caso núm. IT-95/14/1-A, párrs. 145-146.

<sup>54</sup> Véase QUEL LÓPEZ, F. J., «Construyendo la responsabilidad del Estado desde la responsabilidad penal individual. La intersección de ámbitos materiales y jurisdiccionales», en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; QUEL LÓPEZ, F. J., y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (eds.), *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2010, p. 548. Véase también ASUNCIÓN, A. C., «Pulling the stops on Genocide: the State or the individual?», *EJIL*, 2009, núm. 4, pp. 1195-1222.

<sup>55</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El elemento subjetivo: la atribución (o imputación)», en *El hecho ilícito internacional, op. cit.*, nota 49, párr. 74.

<sup>56</sup> Cfr. Sentencia cit. párr. 438. Sobre esta cuestión véase DUPUY, P. M., «Crime sans châtement o misión accomplie?», *RGDIP*, 2007, núm. 2, p. 252.

allá del principio fundamental que gobierna el derecho de la responsabilidad internacional, a saber, que un Estado únicamente es responsable de su propio comportamiento, es decir, del de las personas que, por cualquier concepto, actúen en su nombre. Para el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, el criterio del «control global» es inadecuado ya que distiende demasiado, casi hasta la ruptura, el nexo que ha de existir entre el comportamiento de los órganos del Estado y la responsabilidad internacional de este último<sup>57</sup>. Tal interpretación ha impedido, en palabras del Profesor Quel López, que «aplicada rigurosamente la doctrina *Tadic* al ámbito de la responsabilidad, podría haber supuesto un importante avance en la reducción de espacios de impunidad estatal cuando se actúa, como es evidente y frecuente, mediante grupos sin dependencia orgánica *de iure*»<sup>58</sup>. El endurecimiento de los criterios ha desequilibrado la balanza de la justicia a favor de la ficción jurídica y en contra de una calificación realista de los hechos. Esto no es lo ideal para comprender el papel de los grupos manipulados por los Estados, de los poderes *de facto*, de las entidades no estatales que ejercen prerrogativas públicas, fenómenos cada vez más frecuentes en el mundo contemporáneo<sup>59</sup>. En sentido similar se manifestaba la opinión disidente del Juez Al-Khasawneh quien considera que el test del «control efectivo» no resulta válido respecto a las cuestiones de responsabilidad del Estado por crímenes cometidos con un propósito común. Según el Juez, «*when, however, the shared objective is the commission of international crimes, to require both control over the non-State actors and the specific operations in the context of which international crimes were committed is too high a threshold. The inherent danger in such an approach is that it gives States the opportunity to carry out criminal policies through non-state actors or surrogates without incurring direct responsibility therefore*»<sup>60</sup>.

Finalmente, la CIJ declaró la responsabilidad de Serbia por violación de la obligación de prevención y represión del genocidio dimanante del art. 1 de la Convención de 1948 así como de la noción de «debida diligencia». A tal efecto declaró que para que surgiera tal responsabilidad se requería, por una parte, la capacidad fáctica de influencia efectiva sobre la acción de personas o entidades susceptibles de cometer o en proceso de ejecución de un

<sup>57</sup> Cfr. Sentencia cit. párr. 406.

<sup>58</sup> Véase QUEL LÓPEZ, F. J., *op. cit.*, nota 54, p. 550. Véase también CASSESE, A., «The Nicaragua and *Tadic* test revisited in light of ICJ judgment on genocide in Bosnia», *EJIL*, 2007, núm. 4, pp. 649-668. En referencia al estudio de Cassese, Gutiérrez Espada estima que resulta comprensible, si las circunstancias del caso prueban de manera inequívoca su extensión e intensidad, que el *control general* puede parecer base suficiente para la imputación; máxime cuando desde un punto de vista de «política legislativa» esta doctrina «proporciona una respuesta más útil respecto de dos claras tendencias de la práctica contemporánea: el importante apoyo que ciertos Estados prestan a grupos o bandas armadas militares o paramilitares que luchan contra otro a través de la frontera o a grupos rebeldes o secesionistas que se enfrentan al gobierno en un Estado vecino; y la creciente implicación también de ciertos Estados en el apoyo a grupos terroristas que actúan en otro o contra intereses de otro», GUTIÉRREZ ESPADA, C., y CERVELL HORTAL, M. J., *El Derecho internacional en la encrucijada...*, *op. cit.*, nota 49, p. 534.

<sup>59</sup> Cfr. ASCENSIO, H., «La responsabilité selon la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du genocide bosniaque», *RGDI*, 2007, núm. 2, p. 294.

<sup>60</sup> Véase párr. 39 de su Opinión disidente.

genocidio y, por otra, debe considerarse igualmente la situación jurídica del Estado obligado, pues es claro que cada Estado no puede desplegar su acción sino en los límites dados por el ordenamiento internacional. En todo caso, surgirá la relación de responsabilidad si el Estado no ha aplicado las medidas de prevención a su alcance que hubieran podido evitar el genocidio, siendo irrelevante como justificación de su inacción la alegación de que los medios disponibles no hubieran impedido el ilícito. Desde la perspectiva temporal, se precisa que la obligación de prevención existe desde el momento en el que se tenga conocimiento o debería haberse tenido de la existencia de un «riesgo cierto» de comisión del genocidio<sup>61</sup>.

### **3.2. Responsabilidad del Estado en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos: de las obligaciones positivas generadoras de efectos horizontales a la atribución directa por «complicidad omisiva», sin olvidar la garantía de indemnidad**

La responsabilidad del Estado en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos reposa sobre el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. El principio de jurisdicción ofrece, por tanto, una mayor protección en la medida en que no se exige un control pleno y absoluto, esto es, soberano, del ámbito sobre el cual el Estado actúa o ejerce sus funciones estatales. En su Observación General núm. 2 (2007), el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha admitido que «todo territorio» comprende todos los ámbitos en que el Estado parte ejerce, directa o indirectamente, en todo o en parte, un control efectivo *de iure* o *de facto*, de conformidad con el Derecho internacional. La referencia «a todo territorio» guarda relación con los actos prohibidos cometidos no sólo a bordo de un buque o una aeronave matriculados en un Estado parte, sino también durante la ocupación militar u operaciones de mantenimiento de la paz y en lugares tales como las embajadas, bases militares o centros de detención u otras áreas en las que el Estado ejerza un control de hecho o efectivo<sup>62</sup>. Tal principio de jurisdicción o control efectivo/global

<sup>61</sup> Cfr. párrs. 430-431 de la Sentencia sobre el *Genocidio*. Sobre esta cuestión véase QUEL LÓPEZ, F. J., *op. cit.*, nota 54, pp. 550-553, y GATTINI, A., «Breach of the obligation to prevent and reparation thereof in the ICJ's genocide judgment», *EJIL*, 2007, núm. 4, pp. 695-713. Véase también sobre el alcance de este principio respecto a la obligación de proteger, HAKIMI, M., *op. cit.*, nota 21, pp. 371-376.

<sup>62</sup> La Observación General núm. 2 del Comité contra la Tortura puede consultarse en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/comments.htm>. El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha reprimado en sus Conclusiones y Recomendaciones al Reino Unido la limitada aceptación por este Estado parte de la aplicabilidad de la Convención a los actos de sus fuerzas en el extranjero, en particular su explicación de que «las partes de la Convención que son aplicables sólo al territorio bajo la jurisdicción de una parte no pueden ser aplicables en lo relativo a actos del Reino Unido en el Afganistán y el Iraq». El Comité observa que las protecciones de la Convención se extienden a todos los territorios bajo jurisdicción del Estado parte y considera que este principio incluye todas las zonas que están *de facto* bajo el control de las autoridades del Estado parte, incluidas las zonas mencionadas bajo el control de sus tropas. Cfr. CAT/C/CR/33/3, de 10 de diciembre de 2004.

ha sido asumido, por ejemplo, por el TEDH lo que ha permitido el enjuiciamiento de conductas estatales extraterritoriales, aun cuando esta doctrina no haya impedido pronunciamientos restrictivos como los relativos a los asuntos *Bankovic* (2001)<sup>63</sup>, *Markovic* (2006)<sup>64</sup> y *Behrami y Saramati* (2007)<sup>65</sup>, en los que el Tribunal de Estrasburgo se ha mostrado renuente a declarar su competencia respecto de las actuaciones militares de los Estados partes en el exterior, a desmontar la doctrina de los actos de Estado o a levantar el velo respecto a las operaciones de mantenimiento de la paz realizadas bajo el mandato de las Naciones Unidas u otro organismo internacional<sup>66</sup>.

En cuanto al alcance del principio de jurisdicción, el TEDH ha reiterado en el asunto *Ilaşu c. Moldavia y Rusia*, con especial referencia al asunto *Loizidou c. Turquía*, que si bien la jurisdicción de los Estados es esencialmente territorial, excepcionalmente un Estado contratante puede ver comprometida su responsabilidad cuando después de una acción militar, legal o no, ejerce de hecho un control efectivo sobre una zona situada fuera de su territorio nacional. La obligación de asegurar en tal zona el respeto de los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Convenio, tal como es el caso de la prohibición de la tortura, deriva del hecho de este control ejercido por el Estado ya sea directamente, por la intermediación de las fuerzas armadas del Estado ocupado, o por vía de la administración local subordinada. A tal efecto no es necesario determinar si el control es total y completo sobre la zona ocupada, basta con demostrar que se trata de un *control global sobre*

<sup>63</sup> TEDH, Sentencia de 12 de diciembre de 2001, asunto *Bankovic c. Bélgica y otros 16 Estados partes de la OTAN*, entre ellos España.

<sup>64</sup> TEDH (Gran Sala), Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto *Markovic y otros c. Italia*.

<sup>65</sup> Decisión TEDH (Gran Sala), Sentencia de 2 de mayo de 2007, asuntos *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*.

<sup>66</sup> Véase sobre esta cuestión GONZÁLEZ VEGA, J. A., «¿Eliminando los espacios de “no derecho” en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia», *AEDI*, 2008, pp. 141-175. Respecto a la última de las decisiones indicadas, el autor señala que «con todo, la atribución de responsabilidad a la Organización de las Naciones Unidas y el “efecto pantalla” que despliega tal solución sobre el ahora imposible control jurisdiccional de las acciones (*Saramati*) y omisiones (*Behrami*) supuestamente imputables al personal de la KFOR, se sirve de una argumentación discutible al reposar sobre una caracterización cuestionable (por excluyente) de la responsabilidad internacional, así como de una aproximación no exenta de controversia a la naturaleza y funciones de la fuerza multinacional desplegada en el territorio kosovar. Y lo que es peor, confiere en la práctica, “una inmunidad de jurisdicción total” a los actos realizados en nombre de las Naciones Unidas en aplicación del Capítulo VII de la Carta, que resulta dudosamente compatible con las exigencias del Estado de Derecho y los principios democráticos. “las exigencias de la sociedad democrática” que el TEDH ha pretendido garantizar a lo largo de su ya dilatada historia», *ibid.*, p. 161. Véase también, MILLER, S., «Revisiting extraterritorial jurisdiction: a territorial justification for extraterritorial jurisdiction under the European Convention», *EJIL*, 2009, núm. 4, pp. 1223-1246; BREITEGGER, A., «Sacrificing the Effectiveness of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: A Critique of *Behrami & Saramati* and *Al Jeddah*», *International Community Law Review*, 2009, núm. 2, pp. 155-183; SARI, A., «Jurisdiction and international responsibility in peace support operations. The *Behrami* and *Suramati* case», *Human Rights Law Review*, 2008, núm. 1, pp. 151-170; LAGANGRE, Ph., «Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Observations à propos de la décision de la Cour européenne des Droits de l’Homme (Grande Chambre) sur la recevabilité des requêtes *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. Allemagne, France et Norvège*, 31 mai 2007», *RGDIP*, 2008, núm. 1, pp. 85-110.

*el territorio*. Es más, la responsabilidad del Estado ocupante no sólo deriva de los actos de sus militares o funcionarios, sino también de los actos de los funcionarios de la administración local que actúan gracias al soporte militar o de otra índole que ofrece el Estado ocupante<sup>67</sup>. En el asunto *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido* (2010), en el que el Estado británico había invocado la doctrina *Bankovic* para justificar la inexistencia de un verdadero control efectivo sobre la conducta imputada que permitiera la aplicación del Convenio europeo sobre el territorio extranjero en el que aquella se produjo —esto es, la entrega de prisioneros detenidos por las fuerzas británicas en territorio de Irak a las autoridades locales para ser juzgados por crímenes que conllevaban la pena de muerte—, el Tribunal eludió tal pretensión y centró su decisión en la ya asentada doctrina jurisprudencial —desde el asunto *Soering* (1998) hasta el asunto *Saadi* (2008)— que impide la entrega de personas a otros Estados —con independencia de sus obligaciones internacionales y ante garantías diplomáticas meramente formales— cuando existan razones fundadas para creer que sus derechos fundamentales consagrados en los arts. 2 y 3 del Convenio (derecho a la vida y prohibición de la tortura) o en el Protocolo 13 relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, pueden resultar violados<sup>68</sup>.

Por otro lado, la responsabilidad internacional de los derechos humanos obedece a una estructura vertical en la medida en que, desde una concepción tradicional del Derecho internacional, son los Estados los que protegen y violan estos derechos. En tal sentido, las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de las personas perpetradas por los individuos (relaciones horizontales) no generan, en principio, responsabilidad del Estado, sino en todo caso responsabilidad penal que se dirimirá ante los tribunales nacionales o, en su caso, ante las jurisdicciones internacionales competentes. No obstante, tal concepción ha experimentado un progresivo desarrollo tendente a hacer responsable al Estado de las violaciones presuntas así como de las acaecidas en el ámbito privado en virtud de distintas consideraciones.

En primer lugar, el TEDH ha establecido el criterio de «garantía de indemnidad» de las personas que se encuentran bajo la custodia del Estado. En virtud de tal criterio se ha estimado por parte del Tribunal una violación del derecho a la vida garantizado en el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en los supuestos de desapariciones de personas detenidas por las fuerzas de seguridad sin que el Estado haya ofrecido explicación alguna de lo ocurrido tras la detención ni haya invocado ningún motivo suficiente para justificar que sus agentes no hayan recurrido al uso de la fuerza<sup>69</sup>. Tal

<sup>67</sup> Cfr. TEDH Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 314-316.

<sup>68</sup> Cfr. TEDH Sentencia de 2 de marzo de 2010, párrs. 129-145.

<sup>69</sup> Cfr. SSTDH *Çakici c. Turquía*, de 8 de julio de 1998, párr. 87; *Akdeniz y otros c. Turquía*, 31 de mayo de 2005, párrs. 84-89; *Varnava y otros c. Turquía*, de 10 enero de 2008, párrs. 128-133; *Ozdemir c. Turquía*, de 8 de enero de 2008. Respecto a la prohibición de la tortura, el Tribunal de Estrasburgo reitera que «cuando una persona, al ser arrestada por la policía, se encuentra en buena salud, pero está lesionada en el momento de ser liberada, es responsabilidad del Estado proporcionar una explicación plausible de cómo fueron causadas las lesiones, a falta de lo cual, se plantea claramente la

conexión entre el derecho a la vida y la responsabilidad del que ostenta una posición de «garante de la indemnidad» de las personas que se encuentran bajo la custodia o el control de las autoridades públicas ha sido asumida por parte de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en virtud del mandato constitucional previsto en el art. 10.2 CE<sup>70</sup>. Por otra parte, se ha de resaltar que en la Convención de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006 se indica en su art. 2 que «a los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley»<sup>71</sup>. Asimismo y respecto a las prisiones privadas se ha declarado por parte del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas que cuando los centros de detención son de propiedad o de gestión privada, el personal actúa a título oficial por cuanto desempeña una función pública, ello sin perjuicio de la obligación de los funcionarios públicos de vigilar y tomar todas las medidas eficaces para impedir los actos de tortura y los malos tratos<sup>72</sup>.

En segundo lugar, tanto la Corte IDH, sobre la que volveremos más adelante, como el TEDH, han declarado la responsabilidad del Estado respecto

---

cuestión del respeto del art. 3 del Convenio» (cfr. *Tomasi c. Francia*, Sentencia de 27 de agosto de 1992, párrs. 108-111, y *Selmouni c. Francia* TEDH 1999-V, párr. 87). En su Sentencia de 11 de enero de 2007, *Mammadov (Jalaloglu) c. Azerbaijan*, el TEDH precisó que la mera presunción de que el demandante pudiera haberse lesionado antes de su arresto, no corroborada por ninguna otra prueba, no puede ser considerada una explicación satisfactoria y convincente por parte del Gobierno. Teniendo en cuenta las consistentes y detalladas acusaciones del demandante, corroboradas por el informe forense, y a la vista de la ausencia de ninguna otra explicación plausible en cuanto al origen de las lesiones encontradas en el demandante, el Tribunal acepta que estas lesiones deben ser atribuidas a una forma de maltrato de la que las autoridades públicas son responsables (cfr. TEDH, Sentencia de 11 de enero de 2007, párrs. 62-64).

<sup>70</sup> Véase STC 155/2002, de 22 de julio, en el asunto sobre los asesinatos de Lasa y Zabala. Sobre este cuestión, véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho internacional de los derechos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Cizur Menor, Thompson-Civitas, 2006, pp. 96-98.

<sup>71</sup> Por su parte, la Declaración de 18 de diciembre de 1992 de las Naciones Unidas sobre la protección de las personas contra las desapariciones forzadas precisa en su art. 10 que «toda persona privada de libertad deberá ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y, con arreglo a la legislación nacional, presentada sin demora ante una autoridad judicial luego de la aprehensión». Además «se deberá proporcionar rápidamente información exacta sobre la detención de esas personas y el lugar o los lugares donde se cumple, incluidos los lugares de transferencia, a los miembros de su familia, su abogado o cualquier otra persona que tenga interés legítimo en conocer esa información, salvo voluntad en contrario manifestada por las personas privadas de libertad. En todo lugar de detención deberá haber un registro oficial actualizado de todas las personas privadas de libertad. Además, los Estados tomarán medidas para tener registros centralizados análogos. La información que figure en esos registros estará a disposición de las personas mencionadas en el párrafo precedente y de toda autoridad judicial u otra autoridad nacional competente e independiente y de cualquier otra autoridad competente facultada por la legislación nacional, o por cualquier instrumento jurídico internacional del que el Estado sea parte, que desee conocer el lugar donde se encuentra una persona detenida».

<sup>72</sup> Véase CAT/C/CG/2, de 24 de enero de 2008, párrs. 17, 18 y 19.

de las violaciones cometidas por particulares en virtud de la teoría de las obligaciones positivas de prevención, garantía y sanción dimanantes o enunciadas, por lo general, en los primeros artículos de las convenciones o derechos humanos ratificadas<sup>73</sup>, otorgando una «dimensión horizontal» a la responsabilidad estatal que de ellos deriva<sup>74</sup>. Como ha indicado J. Barcelona Llop, la teoría de las obligaciones positivas forma parte del acervo jurisprudencial de Estrasburgo cuyo ámbito de aplicación se apoya teóricamente en la idea, que el Tribunal reitera con profusión, de que el Convenio tiene por finalidad proteger derechos que no son teóricos o ilusorios sino reales y efectivos. Se trata, en suma, de una construcción pretoriana cuyo propósito es extraer del Tratado las máximas potencialidades para garantizar los derechos que reconoce<sup>75</sup>. Es verdad que en estos casos, el Tribunal exige unos criterios muy estrictos que aseguren que la interpretación de tal obligación positiva no imponga a las autoridades estatales una carga insoportable o excesiva. La responsabilidad del Estado no puede ser ilimitada, sobre todo ante la imprevisibilidad del comportamiento humano y las elecciones operativas en términos de prioridad y recursos a las que deben responder los Estados. Para que surja tal responsabilidad ha de llegarse al convencimiento de que tales autoridades sabían o tendrían que haber sabido que el derecho fundamental en cuestión está amenazado de manera real e inmediata por actos criminales de un tercero y que ante tal situación no adoptaron en el marco de sus competencias las medidas que desde un punto de vista razonable hubiesen podido sin duda paliar tal riesgo<sup>76</sup>. En atención a estos criterios, el TEDH en el asunto *Opuz c. Turquía* (2009) declaraba la responsabilidad del Estado turco por la violación del derecho a la vida y la prohibición de la tortura en virtud de un caso de violencia de género o machista en cuanto que las medidas legislativas aprobadas, las adoptadas por la administración, las autoridades locales y la policía así como por los órganos judiciales resultaron inadecuadas e ineficaces para prevenir la consumación de tal delito<sup>77</sup>, doctrina jurisprudencial que venía avalada por la «jurisprudencia» que al respecto había adoptado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas<sup>78</sup>. Este Comité había declarado previamente en su Recomendación General núm. 19 (1992) que si bien la Convención se aplica a la

<sup>73</sup> Véase sobre esta cuestión, LOZANO CONTRERAS, J. F., *op. cit.*, nota 11, pp. 231-259.

<sup>74</sup> Cfr. en particular, SSTDH: *Osman c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 1998, párr. 115; *Mahmut Kaya c. Turquía*, de 28 de marzo de 2000, párrs. 91 y 100-101; *Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido*, de 14 de marzo de 2002, párr. 64; *Mastromatteo c. Italia*, de 24 de octubre de 2002, párr. 76.

<sup>75</sup> Cfr. BARCELONA LLOP, J., *La garantía europea del derecho a la vida y la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, p. 78. Véase también JIMÉNEZ GARCÍA, F., «El respeto a la dignidad humana», en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., y BECERRIL ATIENZA, B. (coords.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, tomo II, Derechos fundamentales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pp. 291-394.

<sup>76</sup> Cfr. TEDH, Sentencia de 28 de octubre de 1998, asunto *Osman c. Reino Unido*, párr. 116.

<sup>77</sup> Cfr. TEDH, Sentencia de 9 de junio de 2009, párrs. 118-176.

<sup>78</sup> Véanse asuntos *Fatma Yildirim c. Austria*, comunicación de 1 de octubre de 2007 (CEDAW/6/2005), *Sahide Goekce c. Austria*, comunicación de 4 de septiembre de 2007 (CEDAW/5/2005) y *A. T. c. Hungría*, comunicación de 26 de enero de 2005 (CEDAW/2/2003). Tales comunicaciones pueden ser consultadas en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/dec-views.htm>.

violencia contra la mujer perpetrada por las autoridades públicas, no obstante, cabe subrayar que, de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre, sino que en virtud del Derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación por primera vez de la Convención Belém do Pará, dictaminó en el caso *Maria Da Penha c. Brasil* (2000), presentado por una víctima de violencia de género, que el Estado demandado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante *quince años* pese a la reclamaciones oportunamente efectuadas. La Comisión concluyó que dado que la violencia forma parte de un «patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado», no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes<sup>79</sup>.

Finalmente podría hablarse de un paso más en la atribución de la responsabilidad al Estado calificando su posición como de complicidad en la comisión del ilícito o, en su caso y de forma más apropiada, como un supuesto de comisión por omisión<sup>80</sup> sobre la base de una combinación entre las doctrinas anteriores, el Estado como garante de la indemnidad de los derechos fundamentales de las personas que se hallan bajo su custodia o jurisdicción más las obligaciones positivas de prevención, garantía y sanción deducidas de los instrumentos convencionales y del deber de debida diligencia en Derecho internacional. Esta teoría tendría especial aplicación respecto de aquellos su-

<sup>79</sup> Cfr. CIDH, *Maria da Penha Maia Fernandes c. Brasil*, párr. 56.

<sup>80</sup> Es verdad que esta calificación resulta relativamente extraña en Derecho internacional más allá de la responsabilidad del superior anteriormente analizada (véase DUTTWILER, M., «Liability for omission in International Criminal Law», *International Criminal Law Review*, 2006, núm. 1, pp. 1-61). No obstante, tal figura penal es reconocida por la mayoría de los Derechos penales nacionales, incluyendo respecto a las personas jurídicas, y se presenta como la más apropiada para la calificación del supuesto analizado. El art. 11 del Código Penal español establece que «los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, y b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». Como indica SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «[...] los delitos de omisión impropia son delitos de resultado. El tipo no sólo exige la realización de una determinada conducta, sino que impone a ciertos sujetos un deber que se extiende a la evitación de un resultado. El resultado pertenece al tipo y el deber que se impone al sujeto consiste en impedir su producción mediante la realización de un comportamiento activo. Por ello, si el sujeto omite la acción exigida por la norma y el resultado previsto en el tipo se produce, el sujeto responderá por éste como si lo hubiera causado activamente», en «La Comisión por omisión en el Código penal de 1995», *La Ley*, núm. 4.728, de 5 de febrero de 1999, p. 1. Véase también PEÑARANDA RAMOS, E., «Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y otras organizaciones)», *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, Colex, 2006, pp. 411-430; RODRÍGUEZ MESA, M. J., *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.

puestos en que el Estado, teniendo conocimiento de la comisión del ilícito, no adopta las medidas necesarias para impedir su continuidad, constituyendo precisamente tal omisión un elemento esencial y causal en la persistencia y sistematicidad de la comisión de tal crimen. No se trata de ser consciente del riesgo o de la probabilidad de la comisión del crimen de que se trate, lo que implicaría la obligación de prevenir anteriormente aludida, sino que el crimen o, en su caso, la continuidad de su comisión es imputable a la voluntad consciente del sujeto al que se exige actuar<sup>81</sup>. Como indicara la CIJ en su Sentencia sobre el *Genocidio bosniaco* (2007), la complicidad requiere que los órganos del Estado sean conscientes de que el crimen se va cometer o se está cometiendo y que su «ayuda o asistencia consciente» facilita la comisión, mientras que en la violación de la obligación de prevención surge incluso aun cuando no se tenga la certeza de que el crimen va a ser perpetrado<sup>82</sup>. La impunidad que ampara tal inactividad perpetúa y consolida la consumación de tales delitos otorgándoles un carácter complejo y sistémico que transciende de la individualidad de las conductas criminales directamente responsables. En este sentido habría que establecer el momento crítico a partir del cual la violación de la obligación de prevención y garantía se transforma en complicidad, generándose dos manifestaciones diferentes de responsabilidad internacional del Estado. Se trataría, a estos efectos, de un supuesto similar al previsto en el art. 11 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado cuando afirma que el comportamiento que no sea atribuible al Estado por tratarse de actuaciones de particulares que no actúan en su nombre, «se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el Derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio». Es sabido que el origen de esta disposición codificada se encuentra en la decisión de la CIJ en el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos de América en Teherán* en el que el Tribunal distinguió dos periodos diferentes en la génesis de las responsabilidades declaradas: en un primer momento, por la falta de prevención y terminación inmediata del ilícito en cuestión, y en segundo lugar, por la aprobación o marchamo gubernamental de la ocupación y toma de rehenes en la embajada<sup>83</sup>. Por su parte, el Comité contra la Tortura en su Observación General núm. 2 que veremos más adelante precisa respecto a los actos de tortura perpetrados por los particulares que «la negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho»<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Véase, al respecto, SIVAKUMARAN, S., «Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (*Bosnia and Herzegovina c. Serbia and Montenegro*)», *ICLQ*, 2007, núm. 3, p. 705.

<sup>82</sup> Cfr. *ICJ Reports 2007*, párr. 432.

<sup>83</sup> Cfr. *ICJ Reports 1980*, pp. 31-35.

<sup>84</sup> Véase párr. 19 de la Observación General núm. 2 (2008).