

REPARACIONES DE GUERRA: LA HUMANIZACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RECLAMACIÓN. ALGUNAS APROXIMACIONES JUDICIALES ALTERNATIVAS

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA*

«Al reconocer a las víctimas el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra y demuestra solidaridad humana con las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras, y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia e imperio del Derecho».

Cherif Bassiouni, *Informe final sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (E/CN.4/2000/62).

RESUMEN

REPARACIONES DE GUERRA: LA HUMANIZACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RECLAMACIÓN. ALGUNAS APROXIMACIONES JUDICIALES ALTERNATIVAS

El derecho a la reparación de las víctimas de crímenes de guerra está consolidado como norma primaria del Derecho internacional general. Sin embargo, las normas secundarias confluentes al concepto de «reclamación» y el papel del Estado en su reconocimiento y distribución han neutralizado o inactivado tal derecho primario que ha conducido a calificarlo como *lex ferenda*. No obstante, se está observando un proceso y una práctica judicial alternativa (una *opinio iuris* en evolución) que supone la inversión de tal relación al situar al individuo en el eje central de tal derecho a la reparación. Sin embargo, la reciente sentencia sobre las *Actividades armadas en territorio del Congo (RDC c. Uganda)*, reparaciones, ha supuesto una oportunidad perdida para cristalizar tal progreso.

Palabras clave: derecho de reparación individual, cláusulas de renuncia, inmunidad estatal, protección diplomática, derechos humanos.

* Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid (francisco.jimenez@urjc.es). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 5 de mayo de 2022.

ABSTRACT

WAR REPARATIONS: THE HUMANIZATION AND INDIVIDUALIZATION OF THE CLAIM. SOME ALTERNATIVE JUDICIAL APPROACHES

The right to reparation for victims of war crimes is consolidated as a primary rule of general international law. However, secondary rules, which are confluent to the concept of «claim», and the role of the State in its recognition and implementation, have undermined or inactivated such a primary right leading to its consideration as *lex ferenda*. On the other hand, an alternative judicial proceeding and practice (an evolving *opinio iuris*) has been noticed which reverses this relationship by placing the individual at the central axis of this right to reparation. Nevertheless, the recent judgment on *Armed activities on the territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, *reparations*, has been a missed opportunity to crystallize such progress.

Keywords: right to individual reparation for war crimes, waiver clauses, state immunity, diplomatic protection, human rights.

SUMARIO: 1. LA REPARACIÓN COMO DERECHO HUMANO Y SU RELACIÓN CON LOS MECANISMOS DE RECLAMACIÓN.—2. LA DIMENSIÓN MULTISISTÉMICA DEL DERECHO INDIVIDUAL A LA REPARACIÓN.—2.1. Desde el Derecho internacional al Derecho internacional de los derechos humanos.—2.2. Desde el Derecho internacional penal al Derecho internacional humanitario.—3. LA MEDIATIZACIÓN DEL ESTADO Y LA INCIDENCIA INHIBIDORA DE LAS NORMAS SECUNDARIAS SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS.—4. ALGUNAS APROXIMACIONES JUDICIALES ALTERNATIVAS.—4.1. La protección diplomática como derecho individual ante crímenes de guerra.—4.2. La «rebeldía» restaurativa del Tribunal Constitucional italiano ante la sentencia de la CIJ en el asunto de las *Inmidades jurisdiccionales del Estado*.—4.3. Las cláusulas de renuncia e indemnizaciones globales frente a los derechos humanos de las víctimas: el caso de Corea del Sur.—5. REFLEXIÓN FINAL: LA SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2022 SOBRE EL ASUNTO DE LAS ACTIVIDADES ARMADAS SOBRE EL TERRITORIO DEL CONGO (*RDC c. UGANDA*), *REPARACIONES*: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA.

1. LA REPARACIÓN COMO DERECHO HUMANO Y SU RELACIÓN CON LOS MECANISMOS DE RECLAMACIÓN

Toda responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos genera la obligación de reparar el daño causado y en el caso que de que se trate de una violación grave de los derechos humanos (DIDH) o del Derecho internacional humanitario (DIH), en la actualidad, tal obligación de reparación no puede quedar exclusivamente en el marco interestatal de actuación, sino que se ha de complementar con el derecho de las víctimas a la reclamación, bien de forma individual o colectiva y tanto desde la perspectiva material como procesal. La Sentencia de 9 de febrero de 2022 sobre las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo - RDC c. Ruanda)*, *reparaciones*, reiterando su jurisprudencia, indicó que la reparación, en la medida en que sea posible, debe beneficiar a todos aquellos que hayan sufrido daños y perjuicios por el hecho internacionalmente ilícito, tanto los causados al Estado como a las personas presentes en su territorio¹. Aun

¹ ICJ Reports 2022, párrs. 69 y 100-102.

cuando se mantenga estrictamente la relación jurídica entre los titulares del derecho (las víctimas) y la titularidad del deber (los Estados responsables y en su caso los grupos), resulta imprescindible la creación de instituciones o procedimientos nacionales o internacionales (o en su caso, la modificación de ciertas excepciones jurídicas) que hagan efectiva y operativa esa relación. Cualquier derecho basado en el Derecho internacional sin tales instituciones, procedimientos o modificaciones harán que la reparación individual siga siendo un derecho virtual, una propuesta de *lex ferenda*, un «*pie in the sky*»².

En el presente trabajo, con la expresión «humanización e individualización de las reclamaciones de guerra» no se trata de cuestionar los acuerdos o cláusulas internacionales de reparación y reclamación³, sino cómo en la actualidad se persigue colmar las lagunas que impiden a las víctimas, o a ciertas víctimas, obtener una reparación íntegra por todos los daños sufridos (materiales y morales) tras un conflicto armado internacional como consecuencia del predominio de la dimensión interestatal de la reparación y la reclamación. El dominio del Estado sobre su existencia, alcance y distribución (discrecionalidad gubernamental de la política exterior, incluida la protección diplomática), así como sobre el establecimiento de cláusulas convencionales de exclusión de reclamación, excepciones procesales que impiden conocer del fondo de la reclamación (inmunidades jurisdiccionales) u otro tipo de limitaciones estatutarias nacionales o internacionales (como el *statute of limitations the «wall of time»*)⁴ otorgan cierta invulnerabilidad al Estado infractor, e incluso a las empresas o corporaciones privadas cuando

² Véase FURUYA, S., «The right to reparation for victims of armed conflict: The intertwined development of substantive and procedural aspects», en CORREA, C., FURUYA, S. y SANDOVAL, C., *Reparation for Victims of Armed Conflict* (Max Planck Trialogues), Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 19. Sobre el carácter fluctuante entre *lex ferenda* y *lex lata* de este derecho, pp. 16-19: doi:10.1017/9781108628877.002; HILL-CAWTHORNE, L., «Rights under International Humanitarian Law», *EJIL* 2017-4, vol. 28, pp. 1187-1215, en particular pp. 1203-1215, doi:10.1093/ejil/chx073.

³ Acerca de estos acuerdos y cláusulas véanse D'ARGENT, P., *Les Réparations de Guerre en Droit International Public. La Responsabilité Internationale des États à l'Épreuve de la Guerre*, Bruselas, Bruylant, 2002; GATTINI, A., *Le Riparazioni di Guerra nel Diritto Internazionale*, Padova, CEDAM, 2003; SULLO, P. y WYATT, J., «War Reparations», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014; BUXBAUM, R. M., «A legal history of international reparations», *Berkeley JIL*, 2005-2, vol. 23, pp. 314-346; *Issues in Legal Scholarship*, 2006-2, vol. 6, pp. 314-346: doi.org/10.2202/1539-8323.1079; DOLZER, R., «The settlement of war-related claims: Does international law recognize a victim's private right of action - Lessons after 1945», *Berkeley J. Int'l L.*, 2002, vol. 20, núm. 1, pp. 296-341; DOMB, F., «Human rights and war reparation», *Israel Yearbook on Human Rights*, 1993, vol. 23, pp. 82-110.

⁴ WEBSTER, T., «Disaggregating corporate liability: Japanese multinationals and World War II», *Stanford Journal of International Law*, 2020, vol. 56, núm. 175, p. 200. Ciertas limitaciones a las reclamaciones de los civiles, como las denominadas «excepción de actividades de combatientes» previstas en determinadas legislaciones estatales (Israel, Estados Unidos, Canadá, etc.) se entienden contrarias tanto al DIH, incluso cuando se trate de conductas beligerantes lícitas con respecto al DIDH. Véanse ABRAHAM, H., «The War on compensation: Troubling signs for civilian casualties in the Gaza Strip», *EJIL:TALK!*, 14 de junio de 2021; *id.*, «Tort liability for belligerent wrongs», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019-4, vol. 39, pp. 808-833, doi.org/10.1093/ojls/ggz025; GILLARD, E. Ch., «Reparation for violations of international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, 2003, vol. 85, pp. 529-553, doi:10.1017/S0035336100185259.

prestan servicios al Estado, ante las demandas judiciales presentadas por las víctimas de crímenes de guerra.

No obstante lo anterior, existe una tendencia normativa (una «*opinio iuris en evolución*») tendente a desplazar (que no eliminar) el protagonismo del Estado haciendo de las víctimas el eje central del régimen jurídico de la reparación⁵. Como indicara el juez Cançado Trindade en su Opinión separada a la orden de la CIJ de 8 de septiembre de 2020 en el asunto de las *Actividades armadas en territorio del Congo*, cuando se producen daños resultantes de violaciones graves del DIDH y del DIH, los beneficiarios finales de las reparaciones debidas son las víctimas, los seres humanos como sujetos de Derecho internacional. El deber de reparar pronto no es solo una «obligación secundaria», sino una obligación verdaderamente fundamental conformando un todo indisoluble. Hacer del individuo el titular de la reparación contribuye al proceso histórico de humanización del Derecho internacional contemporáneo⁶.

No solo se ha de acotar la reparación al daño material sufrido sino también a los daños morales, incluidos los derechos sociales, económicos y culturales⁷. En tal sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Memoria Democrática⁸, reiterando la perspectiva del DIDH, dedica su art. 6 a la Declaración de reconocimiento y reparación personal en sus distintas dimensiones, y su Capítulo III a las diferentes modalidades de reparación de las víctimas. En su Exposición de Motivos se indica que:

«El gran valor de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre [Ley de Memoria Histórica], reside en haber situado la memoria personal y familiar en el ámbito de la ciudadanía democrática, mediante el reconocimiento general de las víctimas, su derecho individual y colectivo a la reparación y declarando *ex lege* la ilegitimidad de los órganos represores del franquismo. De hecho, la ley de memoria democrática propuesta se estructura ‘en torno al protagonismo y la reparación integral de las víctimas de la Guerra y la Dictadura, así como a las políticas de

⁵ Según KOUNDY, M. M. A., la reparación de las víctimas, sin embargo, es uno de los requisitos previos para la resolución duradera de conflictos. El enfoque requerido es uno que reconozca la primacía de los derechos de las víctimas y que coloque los intereses de las víctimas en el centro de las preocupaciones y acciones de los Estados. Este enfoque no solo garantizará que se traten las heridas físicas y psicológicas de quienes las han sufrido, sino que también ayudará a prevenir nuevas violaciones gracias en parte a la aplicación de sanciones apropiadas a los perpetradores. Además, concluye que los Estados deben cumplir con sus obligaciones internacionales de reparación. Esto significa crear las condiciones legales, institucionales y prácticas bajo las cuales las víctimas pueden beneficiarse de las reparaciones, fuera del marco legal del Derecho consuetudinario, si es posible, en vista de sus limitaciones conocidas. En «Reparations for victims of terrorist acts in Sahel conflicts: The case of Niger», *International Review of the Red Cross*, 2021, vol. 103, pp. 885 y 889: doi:10.1017/S1816383122000200. IRRIC núm. 918, mayo de 2022.

⁶ *ICJ Reports* 2020, párrs. 17 y 20 de la Opinión.

⁷ DOMB, F., *op. cit.*, pp. 93-105.

⁸ *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, XIV Legislatura, Serie A, 30 de agosto de 2021. Asimismo pueden consultarse los informes del Consejo del Poder Judicial de 7 de junio de 2021 sobre el Anteproyecto de ley: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_25/pdfs/3.pdf y del Consejo Fiscal de 22 de julio de 2021: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_25/pdfs/4.pdf.

verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que han sido objeto de las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos al Estado»⁹.

Además, y como concluye el Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón al auto dictado rechazando el recurso de amparo núm. 5781-2018 (sobre los delitos de lesa humanidad y tortura durante la Guerra Civil y el franquismo), al que se adhiere el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos:

«La verdad, la justicia y la reparación no pasan necesariamente por la obtención de una condena penal, que nada de lo sacrificado —salvo la dignidad y el reconocimiento— puede devolver a las víctimas. Pero que los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, atiendan al menos a la petición de reflexionar y escuchar a las víctimas, dándoles una respuesta completa, profunda y adecuada, también es una forma de reparación y de hacer justicia, independientemente del resultado final, estimatorio o desestimatorio, de las pretensiones deducidas. Y solo de eso se estaba hablando en esta fase de tramitación del recurso de amparo, de admitir a trámite la demanda para escuchar, construyendo de ese modo, al mismo tiempo, nuestra memoria colectiva, la de todos»¹⁰.

Del presente estudio se excluye el análisis de la reparación de las víctimas en los conflictos armados no internacionales o de violaciones sistemáticas que presentan otras dimensiones (causas penales, comisiones de investigación y la verdad, así como otros procesos de justicia transicional)¹¹. Tampoco se pretende realizar un análisis exhaustivo de la práctica internacional sobre la materia, pues resultaría imposible dadas las dimensiones del presente estudio. La estructura de este se centra en tres apartados: en el reconocimiento jurídico internacional y debate doctrinal sobre el alcance del derecho de las víctimas de la guerra a la reparación cuando este no ha sido satisfecho en virtud de ciertas limitaciones; en la selección particular de tres asuntos judiciales de ámbito nacional con dimensión internacional —aun cuando la práctica sea más amplia y podrían haberse tratado otros casos—, que apuestan por significativas soluciones alternativas que consagran tal derecho alterando ciertas instituciones o principios interestatales; y finalmente y a modo de reflexión final, un breve comentario acerca de los claroscuros que supone la Sentencia de 9 de febrero de 2022 sobre reparaciones en el asunto de las *Actividades militares en el territorio del Congo* acerca de la evolución del derecho, individual o colectivo, de las víctimas y los mecanismos elegidos para concretar el alcance de tal derecho a la reparación.

⁹ Véanse pp. 5 y 6 del Proyecto.

¹⁰ Pleno, Auto 80/2021, de 15 de septiembre. Recurso de amparo 5781-2018 (ECLI:ES:TC:2021:80A).

¹¹ Véanse *Principios para la lucha contra la impunidad - Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, UN. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1 y el Informe del Secretario General sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* S/2004/616. Sobre una revisión de la naturaleza actual de la justicia transicional, véase LOYO CABEZUDO, J., «Transitional justice: some reflections around a misunderstood notion», *SYBIL*, 2021, vol. 25, pp. 70-92.

2. LA DIMENSIÓN MULTISISTÉMICA DEL DERECHO INDIVIDUAL A LA REPARACIÓN

2.1. Desde el Derecho internacional al Derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la reparación por violaciones graves está ampliamente reconocido por las normas primarias del sistema internacional tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Además, presenta un reconocimiento de carácter multisistémico pues no solo encuentra su fundamento en el Derecho internacional general y en el DIH, sino que resulta reforzado por el DIDH y por el Derecho penal internacional (DPI). Como ya indicara la CIJ en el asunto de las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*¹², reiterado en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (RDC c. Uganda)*¹³, los derechos humanos (DDHH) persisten en tiempo de conflictos armados y los Estados están obligados a la reparación de las violaciones de los derechos previstos en ambos sistemas. Asimismo, Christine Evans mantiene que existe un valor reconocido en la fusión de los derechos de las víctimas a través de estos diferentes sistemas jurídicos, aun cuando no se haya adoptado con alcance internacional y general un instrumento jurídicamente vinculante que consolide claramente tales derechos y establezca mecanismos operativos y efectivos de reparación¹⁴. La sinergia e interconexión existentes entre estos sistemas ha supuesto un impulso clave hacia tal reconocimiento como a su implementación gradual. No obstante, esta evolución presenta ciertos altibajos que hacen que este derecho individual como derecho humano reconocido fluctúe entre la armonía y el conflicto¹⁵.

Se considera como un principio de Derecho internacional general el art. 31 de Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados de 2001 (ARSIWA, en sus siglas en inglés) cuando declara la obligación de reparar íntegramente el perjuicio, tanto material como moral, causado por el hecho ilícito internacional¹⁶. El derecho individual queda reafirmado en su párr. 2 cuando precisa que «la presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado». En el citado asunto de las *Consecuencias jurídicas de la construcción del muro*, la CIJ reiteraba como norma de Derecho consuetudinario la obli-

¹² ICJ Report 2004, párr. 106.

¹³ ICJ Report 2005, párr. 259.

¹⁴ EVANS, Ch., *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2012, p. 10, y sus conclusiones, pp. 231-238.

¹⁵ HILL-CAWTHORNE, L., *op. cit.*, pp. 1187-1215.

¹⁶ A/RES/56/83, de 12 de diciembre de 2001. Principio ya declarado en el asunto *Fábrica de Chorzow P. C. I. J., 1928*, Serie A, núm. 17, p. 29.

gación del Estado de la reparación del daño causado a toda persona natural o jurídica afectada¹⁷.

En segundo lugar, el sistema normativo y jurisprudencial del DIDH también reconoce tal derecho aun cuando se vincule en ocasiones con la efectividad del *derecho al recurso efecto y al acceso a la justicia*¹⁸. En el Comentario General núm. 31 del Comité de Derechos Humanos, que concreta el alcance del derecho del art. 3.2 (*effective remedy* en inglés), se indica que, sin reparación de los derechos infringidos del Pacto, queda sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos, que es el elemento central para cumplir las disposiciones de tal disposición¹⁹. En el asunto *Georgia c. Rusia I (satisfacción equitativa)* de 13 de enero de 2019, la Gran Sala, con referencia al asunto *Chipre c. Turquía* (2014) y a la jurisprudencia de la CIJ, reiteraba que el principio más importante del Derecho internacional relativo al incumplimiento por un Estado de una obligación derivada de un tratado es que tal incumplimiento conlleva la obligación de reparar en forma adecuada. Asimismo, destaca que nunca debe olvidarse que, por la propia naturaleza de la Convención, es el individuo y no el Estado el que directa o indirectamente resulta afectado y principalmente «perjudicado» por la violación de uno o varios de los derechos garantizados por la Convención. Por tanto, si se otorga una satisfacción justa en un caso interestatal, siempre debe otorgarse en beneficio de las víctimas individuales. Al respecto, la Corte observa que el art. 19 del Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática recomienda transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables²⁰. Por su parte, el Comité de Ministros, órgano supervisor de la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su Resolución CM/ResDH(2022)55 adoptada el 9 de marzo de 2022 sobre la sentencia *Georgia c. Rusia (I)* de 31 de enero de 2019, recordó en primer lugar que Georgia debía establecer un mecanismo eficaz para la distribución de las sumas otorgadas como satisfacción equitativa a las víctimas. En segundo lugar y tras deplorar que Rusia (tras la agresión contra Ucrania, fuera del Consejo de Europa)²¹ no hubiera efectuado el pago, reiteró firmemente la

¹⁷ *ICJ Reports 2004*, párrs. 152-153; *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)*, *ICJ Reports 1997*, párr. 152; *Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)* *ICJ Reports 2004*, párr. 119.

¹⁸ Véanse: art. 8 DUDH; art. 2.3 PIDCP; arts. 6, 13 y 41 CEDH; art. 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y 27 de su Protocolo (que prevé expresamente que el tribunal o juez decida el pago de una justa compensación o reparación); arts. 25 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 47 CDFUE. El derecho de reparación sí aparece reconocido expresamente en art. 6 ICERD; el art. 14 UNCAT; el art. 39 CDN; arts. 24.4 y 5 CPPED. Véanse EVANS, Ch., *op. cit.*, pp. 33-36. Asimismo, PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P., «Las reparaciones en el Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional», *American University International Law Review*, 2008, vol. 23, núm. 1, pp. 8-49; GÓMEZ ISA, F., «El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos», *El Otro Derecho*, Bogotá, ILSA, 2007, núm. 37.

¹⁹ CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 16.

²⁰ *Georgia c. Rusia, satisfacción equitativa* (GS), núm. 13255/07, párrs. 19-28, TEDH 2019.

²¹ *CM/Del/Dic(2022)1428ter/2.3*, de 16 de marzo. No obstante la expulsión de Rusia del Consejo de Europa por Decisión de su Comité de Ministros de 16 de marzo de 2022, el 4 de abril de 2022, el TEDH

obligación incondicional de pagar, de conformidad con el art. 46.1 del Convenio, la justa satisfacción reconocida y que la demora en el cumplimiento de tal obligación priva a las víctimas de recibir una indemnización por los daños sufridos²². Por otra parte, no hemos de olvidar que en el asunto *Georgia c. Rusia II*, la Gran Sala del TEDH negó que tuviera competencia en virtud del art. 1 del Convenio y el principio de control efectivo sobre el área de hostilidades activas privando a miles de personas de un recurso efectivo ante una corte internacional independiente²³, conclusión que pudiera extenderse al asunto de *Ucrania c. Rusia*.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), desde su primigenia jurisprudencia ha reiterado que el derecho de reparación consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral conforme a los principios de la equidad²⁴. Asimismo, declaraba que el derecho de reclamación, así como su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc., constituyen «obligaciones de Derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su Derecho interno»²⁵. Asume el derecho a la reparación como derecho individual, reconocimiento que no resulta incompatible en caso de violaciones masivas y, en el escenario de justicia transicional, con programas administrativos de reparación y de transformación del marco jurídico y relaciones sociales del Estado, siempre que se cumplan una serie de requisitos relacionados, entre otros, con su legitimidad²⁶.

amplió las medidas cautelares solicitadas por *Ucrania c. Rusia*, el 1 y el 4 de marzo, para que se abstuviera de ataques militares contra civiles y bienes de carácter civil, incluidas viviendas, vehículos de emergencia y otros bienes civiles especialmente protegidos, como escuelas y hospitales, y garantizar de inmediato la seguridad de los establecimientos médicos, el personal y los vehículos de emergencia dentro del territorio atacado o sitiado por las tropas rusas. Véase nota de prensa ECHR 116 (2022), de 1 de abril.

²² Resolución CM/ResDH(2022)55, de 9 de marzo. Véase también *Al Jeddá c. Reino Unido*, núm. 27021/08, párrs. 112-114, TEDH, 2011.

²³ *Georgia c. Rusia II* (GS), núm. 38263/08, párrs. 113-144, TEDH 2021. Véase MOISEIEVA, A., «The ECtHR in Georgia c. Russia - a farewell to arms? The effects of the Court's judgment on the conflict in eastern Ukraine», *EJIL:Talk*, 24 de febrero de 2021.

²⁴ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas), párrs. 25-27. Para un examen de la jurisprudencia de la Corte IDH, SANDOVAL, C., «International human rights adjudication, subsidiarity, and reparation for victims of armed conflict» en CORREA, C., FURUYA, S. y SANDOVAL, C., *Reparation for Victims of Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 187-222; NASH ROJAS, C., *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Chile, 2009.

²⁵ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras* (Reparaciones y constas), p. 30; caso *Myrma Mack Chang c. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101, párrs. 234-237; caso *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140, párr. 254.

²⁶ Caso de las *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia*, Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrs. 470-471, y caso *González y otras («Campo Algodonero») c. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párrs. 449-

2.2. Desde el Derecho internacional penal al Derecho internacional humanitario

En el marco del DPI, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) ha venido a subsanar, aun cuando pueda resultar insuficiente, el protagonismo de las víctimas y de su derecho a la reparación dotando a la Corte de una función restaurativa. No solo su art. 68.3 garantiza en toda fase del juicio la participación de las víctimas en defensa de sus intereses²⁷, sino que el art. 8.2.b) xiv prevé como violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de Derecho internacional declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga. Además, el art. 75 se refiere específicamente a la reparación de las víctimas, tanto a título individual como colectivo²⁸. Respecto a la situación en la RDC en el caso del *Fiscal c. Bosco Ntaganda*, al igual que en los casos *Thomas Lubanga Dyilo* y *Germain Katanga*, la Sala de Primera Instancia VI reiteraba en 2021 que la etapa de reparaciones marcaba un momento crítico en la administración de justicia, pues, en cierta medida, «el éxito de la Corte está ligado al éxito de su sistema de reparaciones», dado que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación forman parte del derecho de estas a un recurso, en particular el derecho de las víctimas a una pronta reparación²⁹.

En el marco del DIH tal derecho aparece declarado en los arts. 51, 52, 131 y 148 de los respectivos Convenios de Ginebra de 1949 en consonancia con el derecho ya reconocido en el art. 3 del IV Convenio de La Haya de 1907³⁰. Se ha interpretado que este art. 3 confiere derechos directamente a los individuos en lugar de a los Estados³¹. Asimismo, ciertos autores entienden que

601. En el mismo sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, respecto a la *Reparación por casos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*, ha indicado que el objetivo final de la reparación es la transformación de las estructuras y relaciones sociales, económicas y políticas que impidan esta práctica. *Esta transformación requiere una interpretación amplia de las obligaciones de los Estados parte de brindar reparación*, incluida la creación de marcos legales, administrativos e institucionales para hacer efectivo el derecho a la reparación. Cfr. ACHPR, Observación General núm. 4 sobre la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: *El derecho a la reparación de las víctimas de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, marzo 2017, párr. 8.

²⁷ FURUYA, S., *op. cit.*, pp. 34-37; ORIHUELA CALATAYUD, E., *Las víctimas y la Corte Penal Internacional. Análisis de la Participación de las Víctimas ante la Corte*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

²⁸ Véanse también reglas 94 a 99 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, y Capítulo 5, arts. 86-88, del Reglamento de la Corte.

²⁹ Párr. 1 de la orden de reparaciones de 8 de marzo de 2021, núm. ICC-01/04-02/06, párrs. 75-79. Véanse *Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Sala de Apelación, orden de reparación modificada, Anexo A, 3 de marzo de 2015 (ICC-01/04-01/06-3129-AnxA), párr. 22, y *Fiscal c. Germain Katanga*, asunto ICC-01/04-01/07, Sala de Primera Instancia II, orden de reparación en virtud del art. 75 del Estatuto, 24 marzo de 2017, párr. 47.

³⁰ <https://www.icrc.org/es/tratados-sobre-dih>. Acerca del derecho de reparación en los conflictos armados internacionales, véase DAVID, E., *Principles de Droit des Conflicts Armés*, Bruylan, 6.ª ed., 2019, pp. 875-895.

³¹ Véanse Opinión disidente del juez Cançado Trindade a la Sentencia de 3 de febrero de 2012 en el asunto de las *Inmunidades Jurisdiccionales*, párr. 116; RONDEAU, S., «La réparation individuelle en

la obligación de indemnización prevista en el art. 91 del Protocolo I de 1977 no puede interpretarse exclusivamente con carácter interestatal, sino que, en virtud de los trabajos preparatorios del IV Convenio de La Haya, supone el reconocimiento de un derecho directo de compensación de los individuos³². Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en sus comentarios, si bien no ha negado la capacidad de negociación estatal de las reparaciones y ha presentado ciertas dudas acerca del destinatario último del derecho de reparación e indemnización³³, respecto al art. 91 (que reproduce y dota de carácter consuetudinario al referido art. 3)³⁴, ha precisado que los Estados no son libres de negar la compensación a la que tienen derecho las víctimas de violaciones de la normativa de Ginebra y del Protocolo³⁵. En su comentario de 2020 del art. 131 del III Convenio de Ginebra pone de relieve cómo en la práctica de los últimos cincuenta años se ha acentuado el carácter individual de la reparación y cómo los Estados han establecido medios o mecanismos de reparaciones individuales, bien se trate de comisiones mixtas u órganos cuasijudiciales. Entre otros³⁶, destaca dos comisiones. En primer lugar, la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas (UNCC) encargada de adjudicar las reclamaciones contra Irak por cualquier pérdida, daño directo, incluido el daño ambiental, o lesión a gobiernos extranjeros, nacionales y corporaciones como resultado de la invasión y ocupación de Kuwait por Irak³⁷. En segundo lugar, la Comisión de Reclamaciones estable-

application des mécanismes prévus par le droit international humanitaire», 27, *Windsor Y. B. Access Just.*, 2009, pp. 431-446; DAVID, E., «The direct effect of article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 respecting the laws and customs of war on land», en FUJITA, H., SUZUKI, I. y NAGANO, K. (eds.), *War and the Rights of Individuals-Renaissance of Individual Compensation*, Tokyo, 1999, pp. 50-53; SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2006, p. 400.

³² EVANS, Ch., *op. cit.*, p. 32; GREENWOOD, C., «International Humanitarian Law», en KALSHOVEN, F. (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference*, La Haya, Kluwer Law, 2000, p. 250; KALSHOVEN, F., «State responsibility for warlike acts of the armed forces», *ICLQ*, 1991-4, núm. 40, pp. 827-833; ZEGVELD, L., «Remedies for victims of violations of international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, 2003, núm. 85, pp. 497-526; GILLARD, *op. cit.*, pp. 532-535.

³³ Véase párr. 5297 del Comentario de 2020 realizado al art. 133 del III Convenio (<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=23DB9D5490C5E7BFC125858500435187#24>).

³⁴ Véanse párrs. 3645 y 3646 del Comentario de 1987: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1066AF25ED669409C12563CD00438071>.

³⁵ *Ibid.*, párrs. 3651-3652.

³⁶ Asimismo, se han constituido, entre otros, el Tribunal de Resolución de Reclamaciones de Cuentas Inactivas en Suiza (CRT-1), la Comisión sobre las Reclamaciones de Bienes Inmuebles de las Personas Desplazadas y Refugiados en Bosnia y Herzegovina, Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall, Procesos de reclamaciones colectivas relacionadas con el Holocausto, etc. Sobre los mismos véase <https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/mass-claims-processes/>. Véase también HOLTZMANN, H. M. y KRISTJÁNSDÓTTIR, E., *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2007; GIROUD, S. y MOSS, S., *Mass claims processes under Public International Law*, 2019, https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2019/10/Collective_Redress_Press_Giroud_Moss.pdf.

³⁷ Véanse párrs. 5296-5297 del Comentario de 2020 del III Convenio, y párrs. 3019-3024 del Comentario de 2016 del art. 51 del I Convenio de Ginebra. La UNCC (<https://uncc.ch/home>) no constituye estrictamente órgano jurisdiccional sino un órgano subsidiario del *hegemón* Consejo de Seguridad Social establecida por la Resolución 687 (1991). Estrictamente hablando, las personas o entidades no

cida en el Tratado de paz de 2000 entre Etiopía y Eritrea (EECC)³⁸, cuyas sentencias arbitrales han desempeñado un papel fundamental para la CIJ en el asunto *Actividades militares en el territorio del Congo, reparaciones* (2022). La EECC, desde la perspectiva de las reparaciones, ha constituido todo un éxito al abordar desde la normativa del Derecho internacional general y mediante un esquema integral de reparación una gran cantidad de reclamaciones en un corto lapso de tiempo. Ha supuesto no solo la consolidación, sino un importante desarrollo de la normativa del DIH consuetudinario, en particular respecto a las reclamaciones colectivas, así como respecto a los procedimientos y estándares probatorios de adjudicación en los procesos de reclamaciones masivas, demostrando que la determinación de la responsabilidad civil es una alternativa realista y complementaria a la persecución penal como mecanismo de aplicación de las violaciones del DIH³⁹.

Asumiendo su carácter codificador⁴⁰, el Principio IX de los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*⁴¹, declara que:

presentan sus reclamos directamente ante la UNCC, sino que deben presentarlos ante su Estado de nacionalidad, que luego los presenta ante la Comisión. Sin embargo, a diferencia de los casos de protección diplomática, los Estados no defienden las reivindicaciones de sus nacionales. En este caso, el papel del Estado es puramente administrativo, al igual que el procedimiento ante la UNCC. Se celebró una sesión especial del Consejo de Gobierno el 9 de febrero de 2022 para marcar el cumplimiento del mandato de la Comisión después de casi treinta y un años. Aunque excluyentes, sigue en vigor el *Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos*. Véanse D'ARGENT, *op. cit.*, pp. 376-378; VAN HOUTTE, H., DAS, H. y BART, D., «The United Nations Compensation Commission», *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 321-389; CARON, D. D. y MORRIS, B., «The UN Compensation Commission: Practical justice, no retribution», *EJIL*, 2002-1, pp. 183-199; CROOK, J. R., «The United Nations Compensation Commission--A new structure to enforce state responsibility», *AJIL*, 1993, vol. 87, núm. 1, pp. 144-157.

³⁸ <https://pca-cpa.org/en/cases/71/> y https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVII/505-630.pdf. Véanse MURPHY, S. D., KIDANE, W. y SNIDER, T. R., *Litigating War: Mass Civil Injury and the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Oxford, Oxford University Press, 2013; TADESSE GOSHU, W., «Ethiopia-Eritrea claims for "loss, damage or injury" and the claims" Commission: Lessons for future bilateral relations», *International Law Series*, Addis Ababa University-School of Law, 2019, vol. III, pp. 7-45; SZPAK, A., «The Eritrea-Ethiopia Claims Commission and customary international humanitarian law», *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2013-2, vol. 4, pp. 296-314, doi:10.1163/18781527-00402004; DYBNIS, A., «Was the Eritrea - Ethiopia Claims Commission merely a zero-sum game?: Exposing the limits of arbitration in resolving violent transnational conflict», *Loyola Law and Int'l & Comp. L. Rev.*, 2011, vol. 33, pp. 255-285; WEERAMANTRY, R. J., «Eritrea's Damages Claims (Eritrea c. Ethiopia), Ethiopia's damages claims (Ethiopia c. Eritrea)», *AJIL*, 2010-3, vol. 104, pp. 480-488; MATHESON, M. J., «The damage Awards of the Eritrea - Ethiopia Claims Commission», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals: A Practitioners' Journal*, 2010, vol. 9 núm. 1, pp. 1-15; KIDANE, W., «Civil liability for violations of international humanitarian law: The Jurisprudence of The Ethiopia-Eritrea Claims Tribunal in The Hague», *Wisconsin ILJ*, 2007, vol. 25, núm. 1, pp. 23-87.

³⁹ MURPHY, S. D., KIDANE, W. y SNIDER T. R., *op. cit.*, p. 397; DYBNIS, A., *op. cit.*, pp. 284-285.

⁴⁰ EVANS, Ch., *op. cit.*, p. 43; SHELTON, D., *op. cit.*, p. 238; BASSIOUNI, M. Ch., «International recognition of victims' Rights», *Human Rights Law Review*, 2006, vol. 6, pp. 203-279. En el Preámbulo de los Principios y Directrices básicos se destaca que estos no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes.

⁴¹ Resolución 60/47 (16 de diciembre de 2005) de la Asamblea General.

«Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del Derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido [...]. Conforme al Derecho interno y al Derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva [...] en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición».

En resumen y como ha destacado el juez Salam en su Declaración a la Sentencia de 9 de febrero de 2022 sobre *reparaciones* en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, en caso de violaciones graves del DIDH y del DIH, se impone necesariamente un «enfoque centrado» en la víctima. Por este motivo, lamenta que la Corte, al optar por el criterio de «suma global» y no distinguir ni individualizar los distintos tipos de daños en atención a las diferentes categorías de violaciones, no haya facilitado la distribución adecuada para reparar los daños y perjuicios sufridos por las víctimas y las comunidades afectadas⁴².

3. LA MEDIATIZACIÓN DEL ESTADO Y LA INCIDENCIA INHIBIDORA DE LAS NORMAS SECUNDARIAS SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

Ahora bien, tal derecho reconocido plenamente por las normas primarias puede resultar limitado o inactivado en virtud de la aplicación de normas secundarias de responsabilidad o terciarias sobre los modos de hacer efectiva tal responsabilidad⁴³. Los propios tribunales, internacionales o nacionales, han llegado a resultados diferentes en la medida en que algunos de ellos han interpretado el alcance del término «reclamación» previsto en distintos tratados distinguiendo entre su dimensión sustantiva y procesal, mientras que otros han entendido que ambas dimensiones estaban indisolublemente unidas⁴⁴. Entendemos que en el estado actual del sistema internacional hemos de concebir el derecho a la reparación como un derecho pleno no como un apéndice del derecho procesal a la reclamación⁴⁵. Por otra parte, y dada la

⁴² Véanse párrs. 20-21 de su Declaración.

⁴³ Sobre la distinción entre normas primarias, secundarias y terciarias, véase JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988)», *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Alicante, 1990, pp. 24-27.

⁴⁴ Véase YAMASHITA, T., «Do jus cogens norms invalidate State immunity? International restorative justice and Japanese War compensation cases», *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, 2013, vol. 31, p. 190.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 183.

naturaleza cada vez más transnacional tanto de los litigios como de los abusos de los DDHH, desde una teoría de justicia discursiva, se ha invocado la necesidad de que los jueces y tribunales coadyuven a universalizar estándares jurídicos alternativos que permiten juzgar y reparar las violaciones de los DDHH apoyándose en principios generales o en la adopción de determinadas normas o leyes que potencien el reconocimiento de la sanción ante tales violaciones, de tal forma que se pueda demostrar el poder de la norma en introducir cierto orden en un espacio vacío de sentido legal y moral⁴⁶.

Algún autor ha indicado que los esquemas de reparación de guerra tienen más que ver con el futuro de las relaciones internacionales que con el derecho de las víctimas pues se persigue más la paz y estabilidad ulteriores entre los Estados implicados que no una satisfacción justa y equitativa de los daños infligidos⁴⁷. La identificación de un mecanismo adecuado para abordar las violaciones masivas durante los conflictos armados es un desafío apremiante para la comunidad internacional que deberá tener en cuenta las distintas soluciones, positivas y negativas, ofrecidas hasta el momento por los distintos sistemas que ofrezca respuestas adecuadas al derecho de reparación de todas las víctimas de la guerra⁴⁸. En este sentido, varios jueces hicieron observar en el asunto de las *Actividades militares en el territorio del Congo (RDC c. Uganda)*, *reparaciones* (2022), que la Corte, cuya fundamentación jurídica descansó en el historial jurisprudencial y práctico, incluido el de la propia CIJ, existente respecto a las distintas metodologías de reparación en atención a la naturaleza de los derechos violados, perdiera en esta fase la oportunidad única del desarrollo sustancial de este derecho, pues dispuso de una amplia gama de formas de reparación (reparaciones individuales y colectivas, indemnizaciones, rehabilitaciones y satisfacciones no pecuniarias) dependiendo del tipo de daño alegado, que podría haber utilizado sin alterar necesariamente la naturaleza interestatal del procedimiento⁴⁹.

Se parte de la premisa de que el Estado ejerce un derecho propio que puede privar o alterar los derechos de los ciudadanos correspondiendo al Derecho constitucional o interno determinar las consecuencias jurídicas y económicas de tales renunciaciones. El Tribunal Supremo de Japón precisó en su Sentencia de 2007 en los asuntos *Nishimatsu Construction Ltd.* y *Minshu*

⁴⁶ Sobre el concepto de justicia discursiva véase WEBSTER, T., «Discursive Justice: Interpreting World War II Litigation in Japan», *Virginia Journal of International Law*, 2018, vol. 58, pp. 167-170 y 193.

⁴⁷ ALFORD, R. P., «On War as Hell», *Chicago J. Int'l L.*, 2002, pp. 207, 209 y 218; YAMASHITA, T., *op. cit.*, p. 161.

⁴⁸ CORREA, C., «Operationalising the right of victims of war to reparation», en CORREA, C., FURUYA, S. y SANDOVAL, C., *Reparation for Victims of Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 177-178.

⁴⁹ Entre otras, véase la Opinión separada del juez Yussuf, párrs. 2 y 43. Todo lo anterior no impide asumir que las reparaciones puedan resultar tan excesivas que imposibiliten la obtención de una reparación justa y equitativa ni anular los derechos más esenciales de la población del Estado sancionado, a pesar de las sumas desorbitadas que se producen en los arbitrajes comerciales. Acerca de las denominadas compensaciones paralizantes, véase PAPARINSKIS, M., «A case against crippling compensation in international law of State responsibility», *The Modern Law Review*, 2020-6, vol. 83, pp. 1246-1286, *doi.org/10.1111/1468-2230.12562*.

que la cláusula de renuncia no significaba extinguir sustancialmente las reclamaciones sino solo *inactivar* la acción que tendrían las víctimas ante los tribunales⁵⁰. Incluso se ha justificado el reconocimiento de la inmunidad estatal, no como un derecho del Estado, sino como la renuncia de los derechos individuales en favor de un interés público general o beneficio colectivo⁵¹. No obstante, en el presente se ofrecen otras soluciones alternativas que no pueden resultar ajenas al desarrollo del Derecho internacional. A tal efecto se ha mantenido que, con las cláusulas de renuncia en los tratados celebrados tras la guerra, el Estado solo renuncia a sus propios derechos o, en su caso, al ejercicio de la protección diplomática de sus ciudadanos y no a los derechos individuales de estos⁵²; mientras que la inmunidad jurisdiccional se encuentra en un estado de evolución tendente a su flexibilización en virtud de los DDHH de las víctimas⁵³. Asimismo, el ejercicio de la protección diplomática está experimentando significativas transformaciones respecto a las violaciones más graves del DIDH y del DIH.

4. ALGUNAS APROXIMACIONES JUDICIALES ALTERNATIVAS

4.1. La protección diplomática como derecho individual ante crímenes de guerra

Para el juez Cançado Trindade, el titular del derecho a la reparación es la persona física que sufrió el daño, y la acción del Estado en la protección diplomática es para asegurar la reparación debida a la persona afectada. Tal acción en la protección diplomática tiene por objeto la reparación de un daño, gene-

⁵⁰ YAMASHITA, T., *op. cit.*, p. 177.

⁵¹ CAPLAN, L. M., «State immunity, human rights and *jus Cogens*: A critique of the normative hierarchy theory», *AJIL*, 2003, vol. 97, pp. 741-781; D'ARGENT, P., *op. cit.*, p. 847. En el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, la CIJ también indicó que en el contexto de un siglo de práctica en el que casi todos los tratados de paz o acuerdos de posguerra han implicado ya sea una decisión de no exigir el pago de reparaciones o el uso de acuerdos de suma global y compensaciones, es difícil ver que el Derecho internacional contiene una regla que imponga el pago de una indemnización total a todas y cada una de las víctimas individuales como una regla aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto que no admite derogación. Asimismo, declaraba que cuando el Estado, que recibe fondos como parte de un arreglo integral después de un conflicto armado, opta por utilizar esos fondos para reconstruir su economía e infraestructura nacionales en lugar de distribuirlos entre las víctimas individuales, es difícil determinar en qué medida el hecho de que tales personas no hayan recibido la correspondiente indemnización les generaría el derecho a reclamar contra el Estado que había transferido el dinero al Estado de su nacionalidad (véanse pars. 94 y 102 de la Sentencia).

⁵² Véase D'ARGENT, P., *op. cit.*, p. 759. Sobre este tipo de cláusulas que se refieren a los Estados y sus nacionales véanse: el art. 19 del Tratado de Paz con Japón de 8 de septiembre de 1951 (<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20136/volume-136-i-1832-english.pdf>) o el art. 3 del *Argentina-United Kingdom: joint statement on relations and a formula on sovereignty with regard to Falkland islands, South Georgia and South Sandwich islands*, ILM, vol. 29, núm. 5, p. 1294, <https://www.jstor.org/stable/20693486>.

⁵³ FLAUS, J. F., «Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme», *RSDIE*, 2000, pp. 299-324; ESPÓSITO MASSICCI, C., *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, 2007.

ralmente ya consumado, en perjuicio de la persona⁵⁴. Una de las alternativas que se proponen es transformar en derecho individual la protección diplomática respecto a este tipo de crímenes cuando, una vez agotados los presupuestos requeridos, no se obtenga reparación por el daño sufrido. Se ha de recordar que en el comentario al art. 19 (práctica recomendada) del Proyecto de artículos sobre protección diplomática⁵⁵, si bien se reitera el carácter discrecional del derecho del Estado a su ejercicio, a pesar de ello, se sostiene que «la tesis según la cual los Estados tienen alguna obligación, por imperfecta que sea, en virtud del Derecho internacional o del Derecho interno de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando son víctimas de violaciones graves de los derechos humanos encuentra cada vez mayor apoyo». Tal conclusión se basa en las previsiones constitucionales estatales, así como en cierta jurisprudencia nacional⁵⁶. Si se entiende que el Derecho internacional consuetudinario no ha llegado todavía a esta fase de desarrollo, el apartado a) del proyecto de art. 19 debe considerarse como un producto de la labor de desarrollo progresivo del derecho⁵⁷.

Por parte de la jurisprudencia española, en su Sentencia de 9 de septiembre de 2021⁵⁸, acerca del crimen de guerra atribuido a Estados Unidos en la persona del periodista español José Couso⁵⁹, confirmando en gran medida la Sentencia 4391/2019 de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo asumía la ausencia de mecanismos efectivos para declarar la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y, consecuentemente, para exigir la reparación efectiva del ilícito cometido. Además, plantea que tal situación se agrava cuando el ilícito internacional no solo afecta a la soberanía del Estado u otro derecho reconocido a un sujeto internacional, sino que vulnera las obligaciones derivadas del DIDH o el DIH. «La ausencia de una declaración internacional o la asunción por el propio sujeto de la comisión de un ilícito internacional crea en numerosas ocasiones el vaciamiento de los derechos de los particulares a exigir el reconocimiento y la reparación del daño sufrido como consecuencia de un ilícito internacional». Para

⁵⁴ Párr. 206 de su Opinión Separada en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 30 de noviembre de 2010.

⁵⁵ UN. Doc. A/RES/62/67.

⁵⁶ Se citan las siguientes decisiones judiciales: asuntos *Rudolf Hess*, *International Law Reports*, 1992, vol. 90, p. 387; *Abbasi c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598 (decisión reproducida en *International Legal Materials*, marzo de 2003, vol. 42, p. 358), y *Samuel Kaunda and Others c. President of the Republic of South Africa and Others*, *The South African Law Reports*, 2005 (4), p. 235 (decisión reproducida en *International Legal Materials*, enero de 2005, vol. 44, p. 173). En este último asunto, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica dijo lo siguiente: «El Estado, de conformidad con las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho internacional, puede estar obligado a tomar medidas para proteger a uno de sus ciudadanos contra una violación manifiesta de las normas internacionales relativas a los derechos humanos. Sería difícil, y en casos extremos hasta imposible, rechazar una petición de ayuda al gobierno en circunstancias en que los hechos fueran indisputables. No es probable que una petición de esa naturaleza fuera nunca rechazada por el gobierno, pero si lo fuese, la decisión sería justificable y un tribunal ordenaría al gobierno tomar las medidas apropiadas».

⁵⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), p. 59.

⁵⁸ Roj: STS 3026/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3026.

⁵⁹ Sobre el caso *José Couso*, véase FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «El asunto *Couso* en los tribunales nacionales y en las relaciones internacionales», *REDI*, 2011, vol. 52, núm. 2, pp. 145-160,

el Tribunal, la dimensión alcanzada en la actualidad en la protección de la persona humana (el principio *pro homine*) no puede dejar intacta la naturaleza interestatal y discrecional de la institución de la protección diplomática, sino que necesariamente tiene que dar lugar a ciertas consecuencias ante las cuales los tribunales no pueden quedar indiferentes. Si bien tales derivadas en el ámbito internacional deben provenir primordialmente de las instancias jurisdiccionales internacionales, nada impide que los tribunales nacionales deduzcan tales conclusiones para impedir el inmovilismo absoluto contrario a las obligaciones internacionales y constitucionalmente asumidas⁶⁰.

A tal efecto, nuestro Alto Tribunal reconoce como derecho subjetivo del ciudadano y como servicio público del Estado dicha protección (a efectos del Derecho nacional español), rompiendo además con el aparente nexo causal hasta entonces mantenido con la actuación española⁶¹. Para apuntalar tal argumentación, entre otras consideraciones indica que, en efecto:

«Como se cuida de señalar los Comentarios al Proyecto de articulado, en la protección diplomática lo relevante es, como típica institución de Derecho internacional, la antes reseñada relación jurídica entre Estados. Pero resulta evidente que la persona física, el perjudicado, no es tomado en consideración por el Derecho internacional, pero resulta también evidente que sí ha de ser relevante, no solo frente al Estado que ocasiona el daño —al que podrá reclamar la reparación conforme a su propio Derecho interno—, sino sobre todo en lo que ahora interesa, frente al propio Estado del que es nacional, habida cuenta de que, a la postre, lo que este hace es amparar, o pretender amparar, la reparación del perjuicio que se le ha ocasionado por hecho ilícito»⁶².

Pero es que carecería de todo fundamento que, en las constituciones actuales y la interpretación de estas en el siglo XXI, pudiera sostenerse que la función tuitiva de los poderes públicos no alcance a los daños ocasionados a un sujeto bajo su protección por una actuación ilícita de otro Estado y no estuviera obligado a ejercer esta protección, que se define como el único «medio de solución pacífica» jurídicamente establecido. Se necesitarían poderosos argumentos para justificar que, concurriendo los presupuestos del derecho a la protección diplomática, el Estado no lo ejerciera, y grandes razones de motivación serían necesarios frente a sus ciudadanos para hacer dejación de tal mecanismo jurídico⁶³.

4.2. La «rebeldía» restaurativa del Tribunal Constitucional italiano ante la Sentencia de la CIJ en el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*

Desde la perspectiva internacional, la Sentencia de 2012 de la CIJ sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (*Alemania c. Italia; Grecia inter-*

⁶⁰ Véase STS 3026/2021, *cit. supra*, FJ 4.

⁶¹ *Ibid.*, FJ 1.

⁶² *Ibid.*, FJ 4.

⁶³ *Ibid.*, FJ 6.

viniente) reconocía que la situación generada por la consuetudinaria inmunidad estatal impedía a los nacionales italianos afectados reclamar una reparación judicial⁶⁴ y que el reconocimiento de tal inmunidad no prejuzga reconocer como lícita una situación creada en violación del *jus cogens*, ni la obligación de prestar ayuda y asistencia para mantener tal situación⁶⁵. Previamente, la sentencia hacía referencia a los acuerdos de reparación celebrados por Alemania (Tratado de Paz de 1947, que contenía una renuncia respecto de Italia y en nombre de sus nacionales italianos⁶⁶, y los Acuerdos de 1961 sobre «solución de ciertas cuestiones de orden patrimonial, económico y financiero» e «indemnización de los nacionales italianos que hayan sido objeto de persecuciones bajo el régimen nacional-socialista»), así como a la distinta legislación alemana adoptada, constatando el carácter interestatal de este régimen⁶⁷ y la insuficiencia de tal normativa pues dejaba fuera a un número importante de víctimas, incluidos los militares italianos afectados alegando que se trataba de prisioneros de guerra cuando en ningún momento fueron tratados como tales⁶⁸. Previamente, el Tribunal Constitucional alemán en su jurisprudencia dictada en 2004 había reconocido que la obligación de reparar los daños ocasionados por violación del DIH genera obligaciones secundarias de responsabilidad y reparación exclusivamente entre Estados sin que afecten a las «*primary law*» de las personas perjudicadas ni supongan una violación de las obligaciones de reparación impuestas por el DIH⁶⁹.

La constatación de que las víctimas carecían de todo recurso judicial (la demanda ante la CIJ se justificó como *último recurso*)⁷⁰ y la confirmación de que la CIJ no resolvió sobre la existencia del derecho individual a la reparación, tuvieron cierto efecto en la Sentencia 238/2014, de 22 de octubre, del

⁶⁴ *ICJ Reports 2012*, párr. 104.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 93.

⁶⁶ Véanse art. 77.4, del Tratado de Paz, y art. 2, del Acuerdo de 1961, mientras que el art. 3 del acuerdo de 1963 establece que el pago previsto en el art. 1 soluciona de forma definitiva entre los Estados parte todas las cuestiones que constituyen el objeto del presente tratado, sin perjuicio de los derechos eventuales de nacionales italianos fundados en la legislación alemana en materia de indemnización. Esta normativa aparece reproducida en los párrs. 22-26 de la sentencia. Respecto a la normativa alemana: Ley federal de indemnización de 1953, modificada en 1965, Ley federal de 2000 que crea la fundación «Memoria, responsabilidad y futuro». Además, en 1990, inmediatamente antes de la reunificación alemana, Alemania Occidental y Alemania Oriental firmaron el Acuerdo 2+4 con los antiguos países aliados dando lugar a acuerdos de compensación bilaterales entre 1991 y 1998 con Polonia, Rusia, Ucrania, Bielorrusia, Estonia, Letonia y Lituania.

⁶⁷ Véase párr. 102 de la sentencia.

⁶⁸ Véanse párrs. 23-26 y 99.

⁶⁹ Asunto *East German Expropriation*, como hiciera en el asunto *Italian Military Internees*, de 2004 (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v2_cou_de_rule150). Asimismo, el caso *Varvarin Bridge* de 2013. Por su parte, el Tribunal Federal alemán, tras reconocer los avances constantes en el ámbito de la protección del DIH, que han conducido al reconocimiento del individuo como sujeto parcial del Derecho internacional, así como al establecimiento de procedimientos de denuncia individuales basados en tratados, concluye que un desarrollo comparable en el campo de las reglas secundarias no puede demostrarse, pues tales reclamaciones siguen siendo, en principio, debidas («*zukommen*») únicamente al Estado de origen. *BGH, Kunduz case, Judgment*, 6 de octubre de 2016, III ZR 140/15, párr. 16. Véase STARSKI, P., «The Kunduz affair and the German State liability regime: The Federal Court of Justice's turn to anachronism», *EJIL: TALK!*, 5 de diciembre de 2016.

⁷⁰ Véanse párrs. 98-104 de la Sentencia de la CIJ de 2012.

Tribunal Constitucional italiano (TCI)⁷¹, que estimó los derechos proclamados en su Constitución, el derecho de defensa (art. 24) en relación con el reconocimiento y garantía de los derechos inviolables de la persona (art. 2), como principios intangibles fundamentales de la estructura constitucional italiana que constituían un límite inexcusable a la recepción o entrada de normas de Derecho internacional generalmente reconocidas al ordenamiento jurídico italiano según el art. 10.1 de su Constitución. El TCI verificó que la regla consuetudinaria sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, tal como es interpretada en el orden internacional, no puede integrarse en su orden constitucional sin contravenir o vaciar de contenido tales derechos constitucionales, declarando la ilegitimidad de las normas previstas para la ejecución de la sentencia de la CIJ⁷².

Tal situación de crisis se mantiene en la actualidad, habiendo incoado el 29 de abril de 2022 Alemania procedimiento c. Italia ante la CIJ⁷³. Si bien es verdad que la sentencia italiana no constituye una *rara avis* en el panorama internacional sobre el duelo de la supremacía⁷⁴ que ha facilitado importantes desarrollos en el sistema internacional (desde la sentencia constitucional alemana *Solange*, que impulsó la protección de los DDHH en el marco jurisprudencial y jurídico comunitario⁷⁵, hasta la crisis generada en la UE tras los asuntos *Kadi*, que incrementó las garantías de tutela y judiciales en la lucha contra el terrorismo tanto a nivel europeo como de la ONU⁷⁶). A tal efecto, baste recor-

⁷¹ <https://www.diritticomparati.it/sentenza-n-238-anno-2014-repubblica-italiana-in-nome-del-popolo-italiano-la-corte-costituzionale-composta-dai-signori/>.

⁷² Esto es, el art. 3 de la Ley italiana de adhesión a la Convención de la ONU de 2004 sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, así como el art. 1 de la Ley del 17 de agosto de 1957 sobre la Carta de la ONU que ex art. 94, obliga al juez nacional a cumplir la sentencia de la CIJ y renunciar a su jurisdicción. Véanse SCHILLING, T., «The dust has not yet settled: The Italian Constitutional Court disagrees with the International Court of Justice, sort of», *EJIL: TALK!*, 12 de noviembre de 2014; PAVONI, R. «Simoncioni c. Germany», *AJIL*, 2015-2, vol. 109, pp. 400-406, doi.org/10.5305/amerjintelaw.109.2.0400.

⁷³ *Cuestiones de las inmunidades jurisdiccionales del Estado y medidas de coerción contra los bienes de propiedad estatal (Alemania c. Italia)*. Si bien, en un primer momento Alemania solicitó medidas provisionales, las retiró después de que Italia aprobara un día después a la incoación del procedimiento, el 30 de abril de 2022, un decreto ley que, entre otras cosas, prevé la creación de un Fondo para la reparación de las víctimas por los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidas por Alemania en Italia durante la Segunda Guerra Mundial. Respecto a la tensión entre el TCI y la CIJ se han propuesto por parte de algunos autores distintas soluciones que permitan conciliar los derechos en juego aun cuando tal solución requerirá la celebración de un acuerdo donde se concrete el alcance de las renuncias que ambos Estados estarían dispuestos a afrontar salvaguardando la dignidad de su soberanía. Véanse GRADONI, L., «Is the dispute between Germany and Italy over state immunities coming to an end (despite being back at the ICJ)?», *EJIL:TALK!*, 10 de mayo de 2022; WEILER J. H. H., «Germany v Italy: Jurisdictional immunities - Redux (and redux and redux)», *International Journal of Constitutional Law*, 2022, pp. 1-4, <https://doi.org/10.1093/icon/moab139>; SCHILLING, Th., *op. cit.*

⁷⁴ Véase PALOMBINO, F. M. (ed.), *Duelling for Supremacy International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

⁷⁵ MANGAS MARTÍN, A., «Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales», *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 29-76.

⁷⁶ GARRIDO GONZÁLEZ, A., *Garantías Judiciales y Sanciones Antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: de la Técnica Jurídica a los Valores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

dar las conclusiones del abogado general presentadas el 14 de enero de 2020 en el asunto *LG c. Rina SpA y Ente Registro Italiano Navale*⁷⁷ cuando diferenciaba entre dos obligaciones: la de respetar el Derecho internacional y la de garantizar la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, cuya tensión la UE debe resolver. Así ocurre, en particular, cuando el Derecho internacional obliga a un órgano jurisdiccional nacional a reconocer la inmunidad de jurisdicción mientras que el Derecho de la Unión obliga a ese órgano jurisdiccional a ejercer la competencia conforme a la normativa comunitaria:

«En este contexto, en segundo lugar, para que una obligación de Derecho internacional convencional o consuetudinario pueda formar parte del ordenamiento jurídico de la Unión no debe poner en cuestión la estructura constitucional y los valores en los que está basada la Unión [...]. Por otra parte, la Sentencia *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, en la que el Tribunal de Justicia declaró, en esencia, que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar el principio constitucional de la Unión según el cual todos los actos de la Unión deben respetar los derechos fundamentales. Estas dos interpretaciones de la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional, aparentemente contradictorias, reflejan la importancia del mantenimiento del equilibrio entre la salvaguardia de la identidad constitucional de la Unión y la garantía de que el Derecho de la Unión no resulte hostil para la comunidad internacional, sino que sea un elemento activo de la misma...

Según las interpretaciones de los órganos jurisdiccionales internacionales, el derecho de inmunidad de jurisdicción no depende de la existencia de otras vías efectivas que permitan obtener reparación y, por tanto, de la existencia de otro foro disponible para un demandante. Me parece razonable argumentar que, por lo que se refiere a situaciones sometidas a priori a la jurisdicción de los tribunales de un Estado miembro, una norma de Derecho internacional consuetudinario que surta tales efectos no debería integrarse indiscriminadamente en el ordenamiento jurídico de la Unión»⁷⁸.

En materias que se encuentran en un proceso de evolución no resulta sorprendente tales fricciones. Quizá sea una cuestión de tiempo que nos permita, parafraseando a Koskeniemi, solventar la «disociación cognitiva» entre el marco conceptual habitual y la nueva información. Para el Relator Especial sobre la fragmentación del Derecho internacional:

«La fragmentación cuestiona la coherencia del Derecho internacional. La coherencia recibe una valoración positiva por su relación con la previsibilidad y la seguridad jurídica [...]. Ahora bien, la coherencia es una virtud formal y abstracta. Cuando un sistema jurídico se considera injusto o impracticable en algunos aspectos no aporta ningún valor el hecho de que lo haga de forma coherente. Por tanto, junto con la coherencia, el pluralismo debe considerarse un valor constitutivo del sistema. En efecto, en un mundo de múltiples soberanías, esto siempre ha sido así. El Derecho internacional tendrá que operar en un ámbito en que las exigencias de coherencia y de pluralismo razonable apuntarán en

⁷⁷ Conclusiones del abogado general Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 14 de enero de 2020, asunto C641/18, ECLI:EU:C:2020:3.

⁷⁸ Párrs. 137 y 142 de las Conclusiones.

direcciones diferentes. Para que pueda hacerlo con éxito, habrá que prestar cada vez más atención a la colisión de normas y regímenes y a las reglas, métodos y técnicas para tratar esas colisiones»⁷⁹.

4.3. Las cláusulas de renuncia e indemnizaciones globales frente a los derechos humanos de las víctimas: el caso de Corea del Sur

Las reparaciones sobre la práctica de la esclavitud sexual de las mujeres y los trabajos forzados que sufrieron ciudadanos coreanos por las autoridades japonesas siguen constituyendo un importante escollo en las relaciones diplomáticas entre ambos Estados. En el Informe presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, se declara que ni el Tratado de Paz de San Francisco ni los tratados bilaterales que contienen cláusulas de renuncia de reclamaciones se referían a las violaciones de los DDHH en general, ni a la esclavitud sexual por parte de los militares en particular. Por consiguiente, llega a la conclusión de que los tratados no abarcaban las reclamaciones planteadas por las ex esclavas sexuales de los militares y que, conforme al Derecho internacional, el gobierno de Japón sigue siendo responsable de tales violaciones del DIH. Por su parte, Japón ha mantenido no estar obligado a pagar indemnizaciones a las víctimas a título individual, pues este asunto había quedado *resuelto total y definitivamente* entre los partes contratantes, ha invocado el carácter irretroactivo de los crímenes atribuidos y que las leyes de la guerra (el IV Convenio de La Haya de 1907 y su Reglamento) solo se aplicarían, en cualquier caso, a la conducta cometida por militares japoneses contra nacionales de un Estado beligerante, por lo que no cubrirían las acciones de los militares japoneses con respecto a japoneses o nacionales coreanos⁸⁰.

Si bien Corea fue una de las naciones más afectadas por las acciones bélicas japonesas, no participó en las negociaciones del Tratado de Paz con Japón de 1951, pues había sido ocupada antes del comienzo de la Segunda

⁷⁹ A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006, párrs. 491 y 493.

⁸⁰ E/CN.4/1996/53/Add.1, párrs. 108-124. Japón ha reiterado la validez de las cláusulas de renuncia (arts. 14 y 19 del Acuerdo de Paz de 1951) incluso respecto a sus propios nacionales afectados por las bombas atómicas lanzadas por Estados Unidos pues entiende que el Estado tiene, en función de su soberanía, la facultad de crear, modificar y extinguir derechos y deberes de sus nacionales de conformidad con el debido proceso de su Derecho interno. Tal posición fue confirmada en el asunto *Shimoda* de 1963, cuando el Tribunal de Distrito de Tokio rechazó las reclamaciones de las víctimas frente a la conducta omisiva y de renuncia de Japón en virtud de tres argumentos: la falta de subjetividad internacional de los individuos (salvo para aquellos casos que se le reconociera de forma específica); la discrecionalidad en el ejercicio del Derecho estatal a la protección diplomática; la aplicación de las reglas relativas a las inmunidades estatales y la capacidad que tienen los Estados para disponer de los derechos de sus ciudadanos. Por otra parte, según la jurisprudencia nipona en relación con los hechos ocurridos en 1945, no existía ninguna constatación de la existencia de una práctica general ni de una *opinio iuris* que obligara internacionalmente a los Estados a indemnizar por daños y perjuicios a las víctimas. La sentencia puede consultarse en <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/AA559087DBCF1AF-5C1256A1C0029F14D>. Sobre esta jurisprudencia, véanse los estudios de WEBSTER, T., «Discursive Justice...», *op. cit.*, pp. 161-225; *id.*, «Disaggregating corporate liability...», *op. cit.*, pp. 175-217.

Guerra Mundial (ocupación militar denominada *Periodo imperial japonés o periodo colonial*, de 22 de agosto de 1910 al 15 de agosto de 1945) y no recobró su independencia hasta después de la rendición de Japón, por lo que, estrictamente, Corea no fue Estado beligerante. No obstante, ambos Estados han celebrado distintos acuerdos que además de restablecer las relaciones diplomáticas y facilitar el entendimiento económico, contienen cláusulas sobre reclamaciones de reparación por los daños ocasionados. El 22 de junio de 1965 tuvieron lugar las firmas del Tratado de relaciones básicas entre Corea y Japón y el Acuerdo para la solución de los problemas relacionados con la propiedad y con las reclamaciones y para la cooperación económica entre Japón y la República de Corea⁸¹. Conforme al art. I de este último Acuerdo, Japón se comprometió al pago de 300 millones de dólares a través de productos o servicios y a otorgar un préstamo a bajo interés de 200 millones de dólares, sin referencia alguna a las víctimas. Además, en su art. II se confirmó que los problemas relativos a los bienes, derechos e intereses de las partes contratantes y sus nacionales (incluidas las personas jurídicas), así como los relativos a las reclamaciones de estos, quedaba *resuelto total y definitivamente*, renunciando a toda reclamación⁸².

Respecto a los trabajos forzados⁸³, los tribunales coreanos no solo han reconocido el derecho de reparación, sino que también han aprobado, ante la negativa japonesa a la ejecución de tales sentencias, la incautación de bienes, acciones, marcas y patentes de las empresas demandadas⁸⁴. En su Decisión de 2012, el Tribunal Supremo coreano sobre el caso *Mitsubishi*⁸⁵, al igual que

⁸¹ <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20583/volume-583-I-8473-English.pdf>.

⁸² <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20136/volume-136-i-1832-english.pdf>.

⁸³ Hay que precisar que la Ley de Movilización de Japón de 1938 se aplicó a los súbditos del Imperio japonés, por lo que la movilización forzosa de trabajadores coreanos fue para Japón «legal». Durante los últimos años de la guerra los trabajadores coreanos llegaron a suponer el 50 por 100 de la mano de obra industrial japonesa. Al igual que con las cifras de reclutamiento, es difícil establecer un número exacto de coreanos muertos como consecuencia de tales trabajos. Cifras oficiales sitúan las bajas en 2.300 personas, mientras que algunos historiadores elevan esa cifra hasta los 60.000-64.000 fallecidos. Los trabajadores coreanos y sus descendientes han solicitado indemnizaciones al gobierno japonés y a las empresas responsables de los trabajos forzados. Incluso se han planteado reclamaciones ante los tribunales de Estados Unidos sin éxito. Es el caso resuelto por la Corte de Apelación de California en el asunto *Mitsubishi Materials Corporation c. Frank H. Dillman et al., real parties in interest* (<https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1330782.html>). Véase TOKUDOME, K. y TOKUDOME, A. K., «Individual claims: Are the positions of the U.S. and Japanese Governments in Agreement in the American POW Forced Labor Cases», *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 2003, vol. 21, núm. 1, doi:10.5070/P8211022164.

⁸⁴ Véase KIM, D., «State practice notes on Korea. The procedure for the compulsory execution of the ruling on Nippon Steel to the victims of forced mobilization during the Japanese colonial period» *Asian Yearbook of International Law*, 2019, vol. 25, doi.org/10.1163/9789004501249_020.

⁸⁵ Supreme Court Decision 2009Da22549 Decided May 24, 2012 [Damages, etc.] https://library.scourt.go.kr/SCLIB_data/decision/9-24ohkh2012.5.24.2009Da22549.htm. Véase NAM, S. S., «From individual to collective restitution: Recasting corporate accountability for Korean forced labor in the Second World War», *Journal of International Law and Policy*, 2015-1, vol. 22, <https://jilp.law.ucdavis.edu/issues/Volume-22-1/Nam.pdf>. Según la noticia de prensa publicada el 1 de enero de 2022 en el *Korea JoongAng Daily*, «Supreme Court dismisses appeal by Mitsubishi over forced labor compensation», <https://koreajoongangdaily.joins.com/2022/01/11/national/diplomacy/korea-forced-labor-mitsubishi/20220111192146330.html>.

en su Sentencia de 2018 relativo a la empresa *Nippon Steel & Sumitomo Metal Corporation*⁸⁶, concluyó que no se puede deducir que el Acuerdo de Reclamaciones haya anulado los derechos de los demandantes a exigir responsabilidad por daños de los trabajos forzados pues al calificarlos como crímenes de lesa humanidad cometidos durante el régimen colonial por el gobierno y el ejército japoneses no fueron afectados por tal Acuerdo. Para el Tribunal Supremo, un Estado no puede anular el derecho individual a la reclamación sin el consentimiento de la víctima, más cuando se renuncia al ejercicio de la protección diplomática ya que el Estado y el individuo son entidades jurídicas separadas.

El otro asunto que enturbia las relaciones diplomáticas es el referido al secuestro de miles de niñas y mujeres esclavizadas y violadas por los militares japoneses durante la Segunda Guerra Mundial (denominadas «mujeres de confort o solaz»)⁸⁷. A pesar del reconocimiento de los hechos, solicitar disculpas y compromiso de no repetición, Japón ha negado reiteradamente su responsabilidad internacional en virtud del principio de irretroactividad del delito de esclavitud, ni siquiera como norma consuetudinaria⁸⁸, negando además cualquier responsabilidad por no proceder a dictar leyes de compensación por tales crímenes⁸⁹.

⁸⁶ El texto de la sentencia en apelación puede consultarse en la siguiente dirección: <https://eng.scourt.go.kr/eng/supreme/decisions/NewDecisionsView.work?seq=1306&mode=6>. Véanse FAN, K., «The judicial remedy's unfulfilled potential: Curing the pain of historical atrocities in the South Korean-Japanese context», *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2020-3, vol. 33, pp. 461-483; LEE, K. J., «The Supreme Court decision on the liability of Japanese company for forced labor during the Japanese colonial era and its implications», *Journal of Korean Law*, 2019, vol. 18, pp. 335-363.

⁸⁷ Según distintos informes, hasta 200.000 mujeres de distintas nacionalidades fueron esclavizadas. Las mujeres procedían en su mayoría de Corea y solían ser jóvenes entre catorce y dieciocho años, o incluso de menor edad. Sobre esta realidad y posturas de las partes, véase el citado Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, E/CN.4/1996/53/Add.1, de 4 de enero de 1996, y el Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gay J. McDougall, *La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado* E/CN.4/Sub.2/1998/13. Véanse GLUCK, C., «What the world owes the comfort women», en JIE-HYUN, L. y ROSENHAFT, E. (eds.), *Entangled Memories in the Global South*, Londres, Palgrave, 2021, pp. 73-104, <https://doi.org/10.1007/978-3-030-57669-1>; BRAIG, K., *The individual right to reparation for victims of sexual violence during armed conflict in international law-theory and practice*, 2014, http://www.publiclaw.uct.ac.za/usr/public_law/LLMPapers/braig.pdf; JONSON, G., «Can the Japan-Korea dispute on “comfort Women” be resolved?», *Korea Observer*, 2015-3, vol. 46, pp. 492-493; el Informe de 1994 elaborado por la Comisión Internacional de Juristas en 1994, *Japan-Comfort Women*, <https://www.icj.org/comfort-women-an-unfinished-ordeal-report-of-a-mission/>.

⁸⁸ Véase, en sentido contrario, el citado Informe de la Relatora Especial, Sra. Gay J. McDougall (E/CN.4/Sub.2/1998/13) que defiende la existencia en esa época de la prohibición de la esclavitud como norma consuetudinaria considerando la Convención sobre la esclavitud de 1926 como declarativa de tal prohibición al menos en el momento de la Segunda Guerra Mundial. En diciembre de 2000 se constituyó un Tribunal Internacional de Mujeres para Crímenes de Guerra —con sede en Tokio, no reconocido por Japón y cuyas decisiones no resultaban jurídicamente vinculantes—, que declaró la responsabilidad de Japón por tales actos calificándolos como crímenes de lesa humanidad. Véase CHINKIN, C., «Women's International Tribunal on Japanese Military Sexual Slavery», 95 *AJIL*, 2001, pp. 335-355.

⁸⁹ En marzo de 2001, el Tribunal Superior de Hiroshima revocó la Sentencia de 1998 (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v2_cou_jp_rule150) manteniendo que la Constitución japonesa no obligaba al Estado a disculparse ni a dictar leyes relativas a la compensación pues se trataba de una decisión de política legislativa discrecional, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v2_cou_jp_rule150.

Además del Tratado y Acuerdo de 1965 ya referidos, el 28 de diciembre de 2015 se adoptó por los dirigentes internacionales de ambos Estados el que se ha denominado *Acuerdo sobre las mujeres de confort entre Japón-Corea del Sur*⁹⁰. Mediante este Acuerdo, además de reconocer el daño infligido por las autoridades militares «al honor y a la dignidad» de muchas mujeres, el primer ministro de Japón expresó el reconocimiento de tales hechos y manifestó de nuevo sus excusas a las víctimas, comprometiéndose al pago único de mil millones de yenes a un fondo creado por Corea del Sur. Asimismo, ambos gobiernos acordaron abstenerse de toda reprobación y crítica mutuas con respecto a este tema en foros internacionales, incluida la ONU, concluyendo que una vez que se cumplieran las medidas acordadas «*this issue is resolved finally and irreversibly with this announcement*». Se reiteraba el esquema interestatal pues Japón no se hacía responsable directo de las reparaciones personales, sino que tal responsabilidad correspondía a Corea mediante la constitución del fondo de indemnización a las víctimas. Además de la impopularidad del Acuerdo y las críticas recibidas por ciertos organismos internacionales⁹¹, mediante Sentencia de 27 de diciembre de 2019 el Tribunal Constitucional coreano declaró no vinculante el acuerdo de 2015⁹².

En 2011 la Corte Constitucional coreana, atendiendo a los informes de las Relatoras Especiales citados y al alcance del art. 19 del Proyecto de artículos sobre protección diplomática, concluyó en su fallo que a pesar de la diferencia en la interpretación del Acuerdo de Resolución de Reclamaciones que existía entre Japón y Corea del Sur, el hecho de que el gobierno no cumpliera con los procedimientos establecidos para la resolución de disputas constituía una omisión de acción por parte del gobierno de Corea del Sur y que esto, a su vez, violó los derechos básicos de los ciudadanos garantizados por la Constitución⁹³. Por su parte, el 8 de enero de 2021, el Tribunal Central del Distrito de Seúl⁹⁴ condenó, por primera vez en la historia, al gobierno de Ja-

⁹⁰ Véase RAMAJ, K., «The 2015 South Korean-Japanese Agreement on “Comfort Women”: A Critical Analysis», *International Criminal Law Review*, Online Publication, 4 de febrero de 2022, doi:<https://doi.org/10.1163/15718123-bja10127>. El texto del acuerdo en inglés y la polémica acerca de si se trata de un tratado o un mero acuerdo político pueden consultarse en TAMADA, D., «The Japan-South Korea comfort women agreement: Unfortunate fate of a non-legally binding agreement», *International Community Law Review*, 2018, vol. 20, núm. 2, pp. 220-251. Según este autor, para Japón la denominación sería «Announcement by Foreign Ministers of Japan and the Republic of Korea at the Joint Press Occasion», https://www.mofa.go.jp/a_o/na/kr/page4e_000364.html, y para Corea, «Remarks at the Joint Press Availability», https://www.mofa.go.kr/eng/brd/m_5674/down.do?brd_id=15745&seq=319622&data_tp=A&file_seq=1.

⁹¹ CEDAW/C/JPN/CO/7-8, pp. 9-10. Véase también las Observaciones finales de 2018 sobre Japón por parte del CERD: Documento CERD/C/JPN/CO/10.º 11.º, párrs. 27-28, y Japón (Ratificación: 1932), Observación (CEACR) - Adopción: 2018, Publicación: 108.ª reunión CIT (2019), párr. 2.

⁹² <https://english.court.go.kr/site/eng/decisions/casesearch/caseSearchPop.do>. http://search.ccourt.go.kr/xmlFile/0/010400/2019/pdf/e2016m253_1.pdf.

⁹³ *Challenge against the Act of Omission Involving Article 3 of «Agreement on the Settlement of Problem concerning Property and Claims and the Economic Cooperation between the Republic of Korea and Japan [23-2(A) KCCR 366, 2006Hun-Ma788, 30 de agosto de 2011, e2006m788_1.pdf (ccourt.go.kr)*. Véase EP-PINGER, M. E., KNOP, K. y RILES CORNELL, A., «Diplomacy and its others: The case of comfort women», 18 de abril de 2014, p. 12, <https://scholarship.law.slu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=faculty>.

⁹⁴ Sobre esta sentencia, BRANCA, E., «“Yet, it moves...”: The Dynamic Evolution of State immunity in the “Comfort Women” case», *EJIL TALK*, 7 de abril de 2021.

pón al pago de 91.800 dólares a cada una de las demandantes por los abusos sexuales sufridos durante la Segunda Guerra Mundial. Además de incidir en la relevancia del *ius cogens* y del art. 40 ARSIWA, sobre el hecho de que Japón estaba obligado por el Acuerdo internacional para la supresión de la trata de blancas de 1910; la Convención para la represión de la trata de mujeres y niños de 1921; la Convención sobre la esclavitud de 1926 y el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) de la OIT, precisó que la doctrina de la inmunidad del Estado no es permanente ni estática y que en todo caso no puede privar a las víctimas de estos crímenes del derecho al recurso a los tribunales y a la reparación efectiva, tanto en virtud del *ius cogens* existente como de los derechos reconocidos en la Constitución. El fallo del Tribunal del Distrito Central de Seúl difícilmente será la última palabra en la larga disputa entre Corea y Japón sobre las reparaciones por los crímenes cometidos durante la era colonial⁹⁵. Por el momento, los defensores de una excepción de DDHH a la inmunidad estatal tendrán un nuevo ejemplo que señalar en apoyo de su posición aun cuando el establecimiento de una excepción consuetudinaria a la inmunidad estatal aún está lejos de llegar⁹⁶.

5. REFLEXIÓN FINAL: LA SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2022 SOBRE EL ASUNTO DE LAS ACTIVIDADES ARMADAS SOBRE EL TERRITORIO DEL CONGO (RDC C. UGANDA), REPARACIONES: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Podemos concluir con el dilema que supone el reconocimiento internacional del derecho de la víctima a la reparación y la inaplicación de tal derecho vía jurisdiccional como consecuencia de los efectos inhibitorios de las normas secundarias. A tal efecto con este artículo se pretende acudir a ciertas, aunque limitadas y excepcionales, decisiones jurisdiccionales que están proponiendo cambios a esta situación dando acceso a las víctimas a su derecho a ser escuchadas y tuteladas judicialmente (¿una *opinio iuris* en

⁹⁵ El 21 de abril de 2021 otro tribunal surcoreano desestimó una similar demanda al entender que toda condena contra Japón vulneraría la inmunidad de jurisdicción. Véase <https://www.japantimes.co.jp/news/2021/04/21/national/comfort-women-lawsuit-dismissed/>; YADAV, M., <https://www.jurist.org/news/2021/04/south-korea-court-dismisses-suit-for-compensation-by-victims-of-japanese-occupation-sexual-slavery/>. En el mismo sentido, la Sentencia de 3 de febrero de 2021 dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Federal Republic of Germany et al. v. Philip et al.*, núm. 19-351 (https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-351_o7jp.pdf).

⁹⁶ Véase FRANCHINI, D., «South Korea's denial of Japan's immunity for international crimes: Restricting or by passing the law of state immunity?», *Völkerrechtsblog*, 18 de enero de 2021, p. 4, doi:10.17176/20210118-144257-0. Otro ejemplo relevante a tener en cuenta sería la Sentencia de 23 de agosto de 2021 del Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el asunto *Changri-la c. Alemania* que, en virtud de la Constitución de Brasil, el DIDH y el DIH, dictaminó que los actos ilícitos cometidos por Estados extranjeros en violación de los derechos humanos no gozan de inmunidad de jurisdicción (<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1287108823/inteiro-teor-1287108837>). Igualmente, las decisiones del Tribunal Supremo de Ucrania de 14 de abril y 18 de mayo de 2022 sobre indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la agresión armada de la Federación Rusa contra Ucrania (véase el comentario de 8 de septiembre de 2022 de BADANOVA, I., «Jurisdictional Immunities v. Grave Crimes: Reflections on New Developments from Ukraine», *EJIL: Talk!*).

evolución?). Tal labor no solo corresponde al Derecho internacional, sino también a los sistemas nacionales [la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) de EEUU, así como las recientes decisiones en los asuntos *Kiobell III* en Holanda⁹⁷ y *Nevsun c. Araya* en Canadá⁹⁸, respecto a la responsabilidad de las empresas por violación del DIH], podrían constituir un ejemplo de esta lenta evolución. Es claro que, a la fecha, la voz de las víctimas de violaciones del DIH no se escucha con claridad y que su acceso a la sala de audiencias está sembrado de trampas que muchas veces son fatales para ellas⁹⁹. Por esta razón, estimo que resulta de sumo interés la sentencia sobre reparaciones en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo* que vuelve a declarar el derecho de las víctimas a la reparación, pero a través de los clásicos mecanismos de carácter interestatal, en particular mediante el recurso a la indemnización global.

La Sentencia de 2005 sobre las *Actividades armadas en territorio del Congo* (*RDC c. Uganda*)¹⁰⁰, que hizo frente a lo que se ha denominado la Guerra Mundial Africana (1998-2002) que generó más de 3,3 millones de muertes, además de dirimir sobre el uso ilícito de la fuerza armada y el principio de no intervención, reconoció graves violaciones del DIH (incluido el tema de los niños soldados), del DIDH, del uso sistemático de las violaciones y agresiones sexuales durante la guerra, además de daños medioambientales (deforestación) y el expolio de recursos naturales y minerales de especial relevancia para la economía del pueblo congoleño. También dictaminó que en un momento posterior decidiría sobre las reparaciones en el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo¹⁰¹, tal y como sucedió.

En parte debido al largo tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos así como desde el pronunciamiento de la Sentencia de 2005 (más de veintidós años o diecisiete, respectivamente)¹⁰², la Sentencia de 2022 (*Justitia longa, vita brevis*, en palabras de Cançado Trindade), estuvo lastrada por el tema de la carga de la prueba, el establecimiento del nexo causal suficiente y directo entre la infracción y la reparación (aun cuando determinados factores y la naturaleza de la infracción cometida pudieran flexibilizar tal suficiencia), así como por la determinación del montante o suma global. La sentencia, ante la ausencia de pruebas directas, acudió a distintos informes de las Na-

⁹⁷ MARULLO, M. Ch., «Recientes desarrollos en los litigios transnacionales empresas y Derechos Humanos: el caso *Kiobel III*», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, doi:<http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp57-80>.

⁹⁸ HURTADO COLA, J. M., «Responsabilidad civil corporativa por violaciones del Derecho internacional consuetudinario. nota sobre la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Nevsun*», *REEI*, 2020, núm. 40, doi:[10.17103/reei.40.14](https://doi.org/10.17103/reei.40.14).

⁹⁹ RONDEAU, S., *op. cit.*, p. 463.

¹⁰⁰ Esta guerra involucró a distintos Estados africanos (RDC, Uganda, Ruanda, Angola, Chad, Libia, Zimbabue y Namibia), así como a distintos grupos guerrilleros y armados no estatales. También la RDC presentó demandas contra Ruanda (<https://www.icj-cij.org/en/case/117>) y <https://www.icj-cij.org/en/case/115>).

¹⁰¹ *ICJ Reports 2005*, párrs. 259-261.

¹⁰² *ICJ Reports 2022*, párrs. 66-67 y 93-98.

ciones Unidas¹⁰³, así como a los dictámenes emitidos por la Comisión de Expertos constituida por el propio Tribunal¹⁰⁴. De ahí la relevancia del establecimiento de comisiones de investigación y de recopilación de pruebas que se desplieguen en el momento o inmediatamente después del inicio del conflicto, práctica que debería institucionalizarse en el marco de las organizaciones internacionales competentes¹⁰⁵.

La sentencia supuso una oportunidad perdida a la hora de establecer mecanismos de reparación que tuvieran como eje central a las víctimas. La Corte optó por el sistema clásico del otorgamiento al Estado de una suma global de indemnización¹⁰⁶ que comprendía las compensaciones debidas por las diferentes violaciones integradas en distintas categorías generales¹⁰⁷. La no individualización de la compensación por violaciones y daños concretos que presentaban singularidades y naturalezas diferentes, así como la confusa metodología en la determinación de la prueba, fueron el objeto principal de las declaraciones y opiniones de los jueces que se adjuntaron al fallo¹⁰⁸.

¹⁰³ Entre otros, tuvo especialmente en cuenta el *Informe de las Naciones Unidas, de agosto de 2010, sobre el ejercicio de mapeo que documenta las violaciones más graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la RDC entre marzo de 1993 y junio de 2003* (https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/CD/DR/MAPPING_REPORT_FINAL-NALEN.pdf). Asimismo, la jurisprudencia de la CPI, en particular el asunto *Fiscal c. Bosco Ntaganda*, y el Informe de la Comisión Porter.

¹⁰⁴ *ICJ Reports*, Orden de 12 de octubre de 2020.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, el supuesto del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde marzo de 2011 establecido por la Resolución de 2016 (A/RES/71/248); la Misión de Observación de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ucrania del Alto Comisionado de Derechos Humanos creada en 2014; la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania creada por la Resolución 49/1, de 4 de marzo de 2022, del Consejo de Derechos Humanos; Mecanismo de Moscú sobre la dimensión humana de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) creado en 1991-1993 y que el 3 de marzo de 2022 fue invocado por Ucrania para la investigación de violaciones de derecho internacional humanitario, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y cuyo primer Informe fue presentado el 13 de abril de 2022 (ODIHR. GAL/26/22/Rev.1). Respecto a la situación de Ucrania tras la agresión de Rusia, la UE, para colaborar con las jurisdicciones nacionales e internacionales (incluida la CPI), ha adoptado el Reglamento 2022/838, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1727 en lo que respecta a la preservación, análisis y almacenamiento en Eurojust de pruebas relativas al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones penales conexas.

¹⁰⁶ A tal efecto reconoció que, en el contexto de procedimientos destinados a indemnizar daños que afectan a un gran número de víctimas, las instituciones pertinentes han adoptado estándares de prueba menos rigurosos y, en consecuencia, han reducido los niveles de compensación otorgados para tener en cuenta las incertidumbres que se derivan de la aplicación de este tipo de estándares (párrs. 106-107 y 114). Según la Declaración del juez Tomka, el monto de la compensación otorgada, en particular por lesiones personales (daños a personas) y daños a la propiedad, no refleja la magnitud de los daños que Uganda infligió a la RDC del Congo y a su pueblo durante los casi cinco años de ocupación ilegal por las violaciones del *ius ad bellum*, el DIH y el DIDH, párr. 7 de su Declaración.

¹⁰⁷ *Daños a las personas*: pérdida de vidas humanas, atentados a las personas, violaciones y agresiones sexuales, reclutamiento y despliegue de niños soldados, desplazamiento de la población; *daños a la propiedad*; y *daños relativos a los recursos naturales*: recursos minerales —oro, diamantes, coltán, estaño y tungsteno—, flora —café, madera y deforestación— y fauna.

¹⁰⁸ Véanse Declaración del juez Tomka, párrs. 7-9; Opinión separada del juez Jussuf, párrs. 22-39; Opinión separada del juez Robinson, párrs. 5-15; Declaración del juez Salam, párr. 20; Opinión disidente del juez *ad hoc* Daudet, párr. 27.

La opción por la suma global en parte contradice la premisa de la que parte la sentencia. En sus primeros párrafos declara indiscutiblemente la naturaleza consuetudinaria y de principio general, codificado en el art. 31 ARSIWA¹⁰⁹, de la norma internacional de que toda violación entraña la obligación de reparar íntegramente los daños, materiales y morales, ocasionados por el hecho internacional, así como la naturaleza compensatoria y no punitiva de la reparación. Asimismo, proclama que la reparación, en la medida en que sea posible, debe beneficiar a todos aquellos que han sufrido daños y perjuicios por el hecho internacionalmente ilícito, precisando que el daño a reparar ha sido causado tanto al Estado como a las personas presentes en su territorio¹¹⁰ pues tales ilícitos derivan de las infracciones del DIH y DIDH¹¹¹. Frente a la negativa de Uganda, la Corte incluyó la indemnización de las violaciones sexuales que inicialmente no fueron previstas en la Sentencia de 2005 al entender que, en virtud de la jurisprudencia internacional, tanto penal como de derechos humanos, la violación y otros actos de violencia sexual cometidos en el contexto de un conflicto armado pueden constituir infracciones graves de los Convenios de Ginebra o violaciones de las leyes y usos de la guerra, incluso pueden ser calificados como una forma de tortura y trato inhumano, ilícitos que sí fueron incluidos en el fallo de 2005¹¹². También, y respecto a las violaciones del *ius ad bellum*, estimó la obligación de reparar el desplazamiento de civiles causado de manera suficientemente directa y segura por estos actos, incluso si tales desplazamientos no estuvieron acompañados de violaciones del DIH y del DIDH¹¹³. Sin embargo, se desestimó la pretensión congoleña de incluir los daños morales y colaterales generados a las víctimas no directas de la guerra al estimar la complejidad de tal labor probatoria en situaciones que involucran a un número significativo de víctimas no identificadas e hipotéticas sin poder establecer una distinción entre lesiones graves y leves¹¹⁴. Asimismo, y ante la ausencia de un nexo causal suficientemente directo y seguro,¹¹⁵ la Corte se negó a reconocer, en virtud del art. 36 ARSIWA, una indemnización por daños macroeconómicos derivados de la guerra y de una cadena ininterrumpida de eventos vinculados a la conducta ilícita de Uganda¹¹⁶. Finalmente entendió que la sentencia dictada constituía una satisfacción suficiente re-

¹⁰⁹ *ICJ Reports 2022*, párr. 70.

¹¹⁰ *Ibid.*, párrs. 69 y 100-102. Se reitera la jurisprudencia sentada en las asuntos *Fábrica de Chorzów*, 1927; *Ciertas actividades armadas desarrolladas por Nicaragua en la región fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*, *Indemnización*, 2018; *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, 2010; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, 2007; *Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)*, 2004, y *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, 1997.

¹¹¹ *ICJ Reports 2022*, párrs. 348-349.

¹¹² *Ibid.*, párr. 188.

¹¹³ *Ibid.*, párr. 214.

¹¹⁴ *Ibid.*, párrs. 164 y 180.

¹¹⁵ *Ibid.*, párrs. 382-384.

¹¹⁶ *Ibid.*, párrs. 381-382. En sentido contrario, la Opinión individual del juez Robinson, párrs. 45-47.

chazando las medidas de compensación complementarias requeridas por la RDC en tal sentido¹¹⁷.

A pesar de la referencia sobre la reparación a todas las personas víctimas afectadas y como señala el juez Yussuf en su Opinión separada, la sentencia parece estar atrapada en un túnel del tiempo, ya que refleja el enfoque de reparación centrado en el Estado que recuerda al de la protección diplomática. Los recientes avances en materia de DIDH y DIH han dado lugar a un amplio reconocimiento de que la reparación debe corresponder a la persona o a la comunidad lesionadas adoptando distintas formas de reparación indicando claramente que son ellos los destinatarios directos. Con este fin, la Corte disponía de una amplia gama de formas de reparación (reparaciones e indemnizaciones individuales y colectivas, rehabilitaciones y satisfacciones no pecuniarias) dependiendo del tipo específico de daño alegado que podría haber utilizado sin alterar necesariamente la naturaleza interestatal del procedimiento¹¹⁸.

¹¹⁷ *Ibid.*, párrs. 385-392.

¹¹⁸ Véanse párrs. 37 y 43 de su Opinión separada. Véase también en el mismo sentido la Declaración del juez Salam, párrs. 20-22.