

# Aspectos Prácticos de la Aplicación de la Responsabilidad Internacional del Estado: Estudio de los Elementos del Hecho Internacionalmente Ilícito

Víctor Saco Chung

*“En el siguiente artículo, el autor nos presenta un análisis que rebaza lo meramente teórico respecto al hecho internacionalmente ilícito, único requisito de la responsabilidad internacional de los Estados, el cual requiere de un comportamiento atribuible del Estado que constituya la violación de una obligación internacional.”*

## 1. Introducción

En el ordenamiento jurídico internacional actual la autocomposición sigue siendo la regla de resolución de conflictos usual, seguramente por ser un mecanismo “igualitario” para que Estados, distintos en términos de poder pero jurídicamente iguales, hagan efectivos sus derechos. Prueba de lo anterior, es el hecho de que, a pesar de existir sistemas especiales de responsabilidad internacional que incluyen organismos jurisdiccionales, los Estados siguen utilizando el sistema general de responsabilidad en los más variados temas, desde derechos humanos hasta comercio internacional.

La situación anterior se refleja en que las reglas generales sobre responsabilidad internacional estatal sigan siendo importantes en el ordenamiento jurídico actual. El presente artículo busca repasar los elementos de de esta institución del derecho internacional pero de manera práctica.

Con este fin, en el documento se plantea una metodología para resolver casos prácticos de responsabilidad internacional que puedan ser utilizados en la enseñanza de esta materia, evidenciando aspectos que deberían ser tomados en cuenta por un jurista al analizar un caso sobre la materia. Por ello, no se profundizan determinados conceptos que son dejados en notas al pie para el lector que desee ahondar en el tema.

## 2. La Responsabilidad Internacional

Los grupos sociales con intereses comunes crean un conjunto de normas para organizarse. Normalmente, estas normas también contienen disposiciones para hacer frente a las situaciones donde un miembro de la comunidad no respete las reglas de convivencia. Generalmente, en esta última situación, el individuo deberá responder por su falta y reparar su daño. La sociedad internacional en cierta medida puede responder al postulado anterior.

Jurídicamente, la responsabilidad internacional hace referencia a un conjunto de normas que regulan la relación que surge entre dos partes (o más), luego que una de ellas ha violado una norma de derecho internacional que las vinculaba.

De esta forma, de producirse un hecho internacionalmente ilícito, una relación normal entre dos Estados se vuelve en una relación de responsabilidad<sup>1</sup>. La consecuencia de la relación de responsabilidad es que el Estado responsable deberá reparar a la otra parte por la violación cometida. Esta reparación debe intentar volver la situación al estado previo a la violación de la norma, puede consistir o ir acompañada de en una satisfacción (reparación no material, por ejemplo, disculpas) o una compensación (material o económica).

1 DUPUY, P.-M. Droit International Public 7 ed. Paris: Dalloz, 2004; p- 456-458.

En el derecho interno peruano, por ejemplo, las normas que las regulan y establecen posibles penas o reparaciones, respecto a hechos que generan responsabilidad penal o civil, están contenidas positivamente en códigos o normas. En el derecho internacional, el tema se regula mediante la costumbre internacional, norma no escrita. Sin embargo, gracias al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, ahora se cuenta con un instrumento que hace más sencillo determinar estas reglas, el *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, del 12 de diciembre de 2001 (en adelante, el Proyecto)<sup>2</sup>.

De acuerdo con el Proyecto, en derecho internacional los Estados deben responder por sus actos, siempre y cuando se haya producido un "hecho internacionalmente ilícito"<sup>3</sup>, este es el único requisito de la responsabilidad internacional<sup>4</sup>. El hecho internacionalmente ilícito, para configurarse requiere de un comportamiento, por acción u omisión, atribuible al Estado, que constituya la violación de una obligación internacional del Estado.

Por lo tanto, para que se le pueda atribuir responsabilidad internacional a un Estado, se deberá cumplir con este concepto. De no presentarse la conjunción de todos los elementos no se configurará la responsabilidad internacional del Estado.

Para efectos de este estudio es pertinente disgregar sus elementos, a diferencia de otros autores, comenzaremos con el estudio de 'la violación de una obligación internacional' en tanto para su resolución la actividad probatoria es menor que la del elemento de la atribución. Ello en el contexto de los objetivos del presente documento.

### 2.1. La Violación de una Norma

Para que un Estado pueda ser considerado responsable en el derecho internacional, es necesario que se configure el concepto de responsabilidad internacional antes expuesto, uno de sus elementos es el que este sujeto haya violado una obligación de derecho internacional<sup>5</sup>.

El primer paso, consiste entonces en determinar la existencia de una norma internacional, pues si no existe esta norma, la obligación contenida en ésta no podrá ser violada y no se configurará el también llamado elemento objetivo. Esta situación vuelve necesario el

analizar las características propias del sistema normativo internacional.

A diferencia del Derecho interno, en el plano internacional los juristas deben realizar un doble análisis. Primero determinar si la fuente de la que proviene la norma se ha configurado de manera válida y, segundo, si la norma en sí se aplica a la situación de hecho, y por ende si ha sido violada.

En el Derecho Internacional, como en el interno, existen normas primarias y normas secundarias. Las primeras hacen referencia a las normas aplicables a la situación fáctica, respecto a ellas el jurista sólo debe preocuparse por los problemas relativos a su aplicación (si la norma calza en el hecho acontecido) o por la interpretación de la misma. Las normas secundarias hacen referencia a aquellas que regulan el procedimiento de formación de normas primarias, es decir, el conjunto de procedimientos que se deberían cumplir para que una norma nazca válidamente.

En Derecho Internacional las normas secundarias son conocidas como "fuentes"<sup>6</sup>. Por la naturaleza del derecho internacional, donde no existe un órgano legislativo concentrado que emita normas vinculantes a todos los Estados, determinarlas puede ser una labor más difícil en comparación con lo que puede suceder en el derecho interno.

### Las Fuentes de Derecho Internacional

Existe un consenso en la doctrina, respecto a las fuentes del derecho internacional, estas son: los tratados, las costumbres, los principios generales del derecho, los actos unilaterales de los Estados, los actos de las Organizaciones Internacionales y, subsidiariamente, la doctrina y a la jurisprudencia<sup>7</sup>. Dentro de éstas, las más "importantes" son el tratado y la costumbre<sup>8</sup>, por lo que las utilizaremos como ejemplo de cómo debería realizarse el análisis para determinar la existencia de las fuentes de derecho internacional.

En el caso de la Costumbre Internacional es una práctica que realizan los Estados convencidos de que la misma es obligatoria. Por lo tanto, para que esta sea fuente válida de una norma de derecho, será necesario que se configuren tanto un elemento subjetivo como un elemento objetivo o material. El elemento subjetivo se

2 Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001 (En adelante, El Proyecto).

3 Artículo 1 del Proyecto.

4 No ahondaremos en este artículo la problemática de la responsabilidad internacional por hechos no ilícitos.

5 Artículo 2 b).

6 THIRLWAY, Hugh. The sources of International Law. En: EVANS, Malcom. International Law (2 ed.). New York: OUP, 2006. p. 116.

7 Ver el artículo 38 del Estatuto de la CPI del 15 de diciembre de 1920, retomado en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Igualmente, BROWNLIE, Ian. Principles of International Law. Sixth edition. Oxford: OUP, 2003; CASSESE, Antonio; International Law (2ed). Oxford: OUP, 2005. DUPUY, Op. Cit.; QUOC DINH, Nguyen et al. Droit International Public (7ed). Paris: LGDJ ; 2002, entre otros. DUPUY, agrega que el texto del artículo 38 está influenciado por la doctrina positivista – voluntarista, de acuerdo con la cual, si una norma no cumple con los procedimientos necesarios para su creación, está es inválida y, por tanto, no puede oponerse a otros sujetos de derecho.

8 Esta tendencia a considerarlas como las normas más importantes se ha mantenido en el tiempo, por lo menos entre 1970 (ROUSSEAU, Charles. Droit International Public. Paris: SIREY, 1970; p.58), 2003 (BROWNLIE Op. Cit. p. 3) y 2005 (CASSESE, Op. Cit. p. 183).

refiere a que los Estados estén convencidos que una determinada práctica sea jurídicamente obligatoria. El elemento objetivo se refiere justamente a esta práctica, la cual deberá haber sido practicada por uno o más Estados por un determinado tiempo<sup>9</sup>.

De este modo, si la norma que se pretende demandar como violada es consuetudinaria, se tendrá que probar que la norma proviene de una práctica que se ha realizado en un espacio geográfico y por un tiempo suficiente, porque se la consideraba obligatoria (los Estados tenían una opinio iuris respecto a ella). Es claro que estos dos elementos presentan dificultades en su probanza ¿cómo se prueba la reiterancia de una práctica? O más difícil aún ¿cómo demostrar que un Estado consideraba como jurídicamente obligatoria la mencionada práctica? Estas son situaciones que ponen a prueba la habilidad del jurista, ya que no son imposibles de probar<sup>10</sup>.

En el estudio de la costumbre, se deben atender a temas específicos como son el concepto de “objeto persistente” o de la prueba de la costumbre que varía dependiendo si ésta es universal, regional o particular.

En cuanto a los tratados la situación parece ser más sencilla desde la adopción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>11</sup>. En este documento se recogen normas consuetudinarias respecto a cuándo será válido el documento donde se expresan las voluntades concordantes de dos Estados en crear o modificar normas jurídicas. Por ejemplo, un tratado será nulo en casos en los cuales fue ratificado mediando dolo, error, coacción por medio de la amenaza de la fuerza, entre otros supuestos<sup>12</sup>.

En caso que uno de los Estados envuelto en la relación de responsabilidad internacional que se pretende probar no sea parte de la Convención de Viena, siempre será posible recurrir a esta de manera interpretativa o al concepto general de tratados, enunciada por la doctrina, para ver si se cumplieron con sus elementos. Los tratados han sido definidos como “una manifestación de voluntades concordantes, imputables a dos o más sujetos de derecho internacional, y destinada a producir efectos jurídicos en conformidad con las normas del derecho internacional”<sup>13</sup>.

En general, lo importante al analizar las fuentes de derecho internacional es determinar si estas han cumplido con sus elementos constitutivos, por ello es importante conocer la definición de cada una de ellas.

**“Es preciso entender que el Derecho Internacional público es también una forma de organización social y, como tal, debe adaptar, por lo menos en teoría, las exigencias formales a las necesidades reales de la sociedad internacional que regula.”**

### Las Normas de Derecho Internacional

Luego de haber demostrado que la fuente era válida y que generó normas jurídicas, el segundo paso será justamente el análisis de éstas.

A diferencia del derecho interno, no existe en el derecho internacional una jerarquía entre normas por la fuente o instrumento del que se deriven<sup>14</sup>. En Derecho Internacional no existe una constitución similar a la de cada Estado, por lo tanto no hay normas que se deriven de ésta, que generarían que las que se opongan a ellas serían “inconstitucionales”.

En este sentido, una norma consuetudinaria tiene el mismo valor que una norma convencional. Salvo una excepción: las normas que además tienen la característica de ser de *ius cogens* (“derecho obligatorio”).

Las normas de *ius cogens*, así como las normas *erga omnes* (que veremos más adelante), son la prueba que el ordenamiento jurídico internacional actual refleja los intereses de una “comunidad” más cohesionada. Recordemos que el ordenamiento jurídico internacional, como cualquier ordenamiento jurídico, es el conjunto de reglas creadas por una sociedad para regularse a sí misma.

9 Para ahondar en el concepto, se puede revisar el texto de PASTOR RIDRUEJO, José. Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. Madrid: Tecnos, 2003; p. 69-74.

10 Prueba de ello se dan a nivel interno e internacional. En el primera caso ante la jurisdicción interna ver la Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América en el caso de los navíos Paquete Habana y El Lola (U.S. Supreme Court: The Paquete Habana, 175 U.S. 677 (1900). Decided January 8, 1900). Igualmente, a nivel internacional, la prueba de la naturaleza consuetudinaria de la prohibición del uso de la fuerza en el caso Nicaragua Contras (Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (sentencia sobre el fondo del 27 de Junio de 1986).

11 Ratificada por el Perú el año 2000, mediante Decreto Supremo 029-2000-RE. Este tratado cuenta con 108 ratificaciones y 45 firmas de acuerdo con la Colección de Tratados de las Naciones Unidas (UNTC). <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=467&chapter=23&lang=fr> (visitada el 17 de octubre del 2008).

12 Artículos 46 a 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

13 REUTER, Paul. Introducción al Derecho de los Tratados. México: Facultad de Derecho de la UNAM y FCE de México; 1999. p. 45 y ss.

14 “It seems to be generally accepted that there is no inherent hierarchy of the sources of international law. Unlike most hierarchies established in domestic law, a norm derived from one source of international law is not a priori of a higher value than a norm formed under another source based, for example, on the organ creating the norm or the procedure followed” PAUWELYN, Joost. Conflict of Norms in Public International Law. Op. Cit; p. 94. QUOC DINH, Nguyen et al. Op. Cit. p. 114 (“Le principe est que, pour les sources, il n'existe pas de hiérarchie en droit international”). Del mismo modo, DUPUY, P.-M. Op. Cit. p. 17-18; « logique d'un système international et équivalences normatives ».

Es preciso entender que el derecho internacional público es también una forma de organización social<sup>15</sup> y, como tal, debe adaptar, por lo menos en teoría, las exigencias formales a las necesidades reales de la sociedad internacional que regula. Esta, como toda sociedad, cambia con el tiempo y como resultado de los actos de los sujetos que en ella interactúan<sup>16</sup>. En la actualidad este ordenamiento reconoce valores importantes para los sujetos que lo componen y a las normas que los recogen les otorga un valor especial.

Las normas denominadas de *ius cogens*, recogen estos valores y por ello tienen una característica especial, no se puede pactar contra ellas. Justamente la comunidad internacional de Estados, en su conjunto, la consideran como una norma imperativa, con la mencionada característica<sup>17</sup>.

En sentido práctico, la presencia de este tipo de normas, evidencia la primacía de ciertas normas frente a otras en el derecho internacional público. Estaríamos pues ante una jerarquía de determinadas normas sobre otras<sup>18</sup>.

Es cierto que es posible lograr el mismo efecto pactando en un tratado una consecuencia similar para las normas posteriores que contradigan a las establecidas, un ejemplo de ello es el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas<sup>19</sup>. Sin embargo en el caso de las normas de *ius cogens*, no necesariamente escritas, prevalecerían incluso sobre estas disposiciones convencionales.

Es preciso recalcar dos puntos importantes respecto al *ius cogens* y su relación con el "elemento objetivo" de la responsabilidad internacional. Primero, que no existe consenso respecto a que normas específicas tienen esta

característica<sup>20</sup>. Finalmente, respecto a la responsabilidad internacional, violar una norma de *ius cogens* conlleva a la misma consecuencia, que violar cualquier otra obligación derivada del Derecho Internacional.

Respecto a esto último es preciso recordar el "elemento objetivo" del hecho ilícito internacional requiere para conformarse de la violación de una obligación internacional del Estado, no importa cual sea la naturaleza de esta. Al ser las normas de *ius cogens* obligaciones internacionales del Estado, de violarse se constituirá el elemento objetivo. Un segundo efecto, paralelo, será que la norma será nula<sup>21</sup>.

Existe un tercer efecto, al ser estas normas tan relevantes para la comunidad internacional, su importancia podrá ser tomada en cuenta al momento de definir la reparación por el hecho internacionalmente ilícito.

Del mismo modo que las anteriores, las normas *erga omnes* recogen intereses comunes y protegen valores colectivos a la comunidad internacional. Así, las obligaciones que se derivan de éstas, tienen una naturaleza "integral" o "colectiva"<sup>22</sup>, porque requieren de la cooperación entre varios países para lograr sus fines.

En el Derecho Internacional, también existen normas que generan obligaciones bilaterales o inter partes. Estas nacen de un acuerdo entre dos o más Estados y recogen intereses de las partes solamente<sup>23</sup>. El efecto en la responsabilidad internacional es que sólo las partes podrían reclamar su incumplimiento.

A diferencia de éstas, las normas *erga omnes*, de ser violadas implicarían un atentado contra un interés internacional

15 El "facteur d'organisation sociale" de ROUSSEAU, quien le da relevancia a esta visión del Derecho internacional público como cristalización de la organización social (Op. Cit. 1970; p. 26-27).

16 La sociedad internacional y su derecho no son ajena a esta adaptación a los cambios. Recordemos que en la época de la resolución del Caso Lotus (1927), "Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifesté dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement [...]" (p.18). Esta situación fue variando, aunque lentamente, por ejemplo, con respecto a aspectos de la soberanía, como el nivel de armamento de un Estado, la Corte, en el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (sentencia sobre el fondo del 27 de Junio de 1986) indicó que "[...] il n'existe pas en droit international des règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter par traité ou autrement [...]" (párrafo 269)

17 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969. Artículo 53. Respecto a este artículo existió una oposición por parte de Francia, pero sólo: "because it did not agree with the recognition that article gave to *ius cogens*" (SHELTON, Dinah. *International Law and "Relative Normativity"*. En: EVANS, Malcom. *International Law*. Oxford: OUP. 2003, p. 153); aunque Francia, reconoce el *ius cogens* como norma consuetudinaria, ver sus últimas demostraciones sobre ello en CASSESE (Op. Cit. p. 204).

18 Para CASSESE, la aparición de estas normas se produjo en los años 1960. "In the late 1960s there occurred an upgrading of certain fundamental rules produced by traditional sources of law, with the introduction of *ius cogens*, as a result of the endeavours of the socialist and developing countries. These countries claimed that certain norms governing relations between States should be given a higher status and rank than ordinary rules deriving from treaties and custom" (Op. Cit. p. 138-139).

19 "At first glance, the 'existence' of a hierarchy of international law cannot be put into question –at least since the introduction of the concept of *ius cogens* into Article 53 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties. And of course, there is Article 103 of the UN Charter which gives Charter obligations precedence over more 'ordinary' commitments". WEILER, J, y PAULUS, A. *The Structure of Change in International Law or Is there a Hierarchy of Norms in International Law?* En: EJIL, Vol., No. 4 (1997), p. 558-559.

20 "There is no authoritative list of *ius cogens*". BOYLE, Alan y CHINKIN, Christine. *The Making of International Law*. New York: OUP, 2007. p. 17. Aunque hayan existido pronunciamientos en ese sentido por algunos órganos jurisdiccionales. Aunque, a diferencia de otras jurisdicciones regionales, la CIJ no las nombra directamente con el término *ius cogens*, ver por ejemplo el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (sentencia sobre el fondo del 27 de Junio de 1986), "principe fondamental ou essentiel de ce droit" / "fundamental or cardinal principle" (para. 190). Otros ejemplos son, el derecho a la no discriminación (Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de Agosto de 2002, párrafo 101); o la prohibición de la tortura (Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia. *Caso Prosecutor v. Anto Furundzja* (T1-95-17/1-T) Sentencia de la Trial Chamber del 10 de diciembre de 1998; párrafo 144).

21 Es posible pensar que la norma que se alega como violada es contraria al *ius cogens*, en este caso será nula y no se configurará el elemento de la necesidad de violar una norma.

22 "The interest protected is collective, no bilateral". Ibid. p. 73. En el mismo sentido, DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights. In theory & Practice* (2da. Ed). Ithaca: Cornell University Press, 2003; p. 34.

23 Corte internacional de Justicia. *Caso de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* Op. Cit. parágrafo 33.

de carácter esencialmente colectivo, un Estado no será afectado más que otro, todos los Estados son afectados por igual (los intereses que se protegen son colectivos y no bilaterales)<sup>24</sup>. La implicancia para la responsabilidad internacional es que cualquier Estado, no solamente el afectado estará vinculado por la relación de responsabilidad y podrá solicitar el cese del ilícito y la reparación. Debido a la importancia de los derechos protegidos, todos los Estados tienen un interés jurídico al respecto.

La Corte Internacional de Justicia puso como ejemplo de estas obligaciones que tiene un Estado frente a toda la comunidad internacional a la violación de normas que prohíben actos de agresión, el genocidio y normas que protegían los derechos fundamentales del ser humano (entre ellas, la prohibición de la esclavitud y de discriminar)<sup>25</sup>.

Entre estos dos tipos de normas específicas que acabamos de estudiar, podríamos afirmar que las normas de *ius cogens* tendrían el carácter de *erga omnes*, aunque no toda norma *erga omnes* tendría la virtud de ser de *ius cogens*.

### La Aplicación e Interpretación de las Normas

Determinadas la fuente y la norma internacional como válidas, corresponde pasar al análisis de si la obligación que se deriva de estas últimas se aplicaría al supuesto de hecho concreto, para determinar si la norma se violó o no. En este punto es importante tomar en cuenta los criterios de interpretación aplicables en el derecho internacional público.

Para el caso de normas convencionales, aunque nada impide que se apliquen a normas derivadas de otras fuentes, la Convención de Viena ofrece criterios de interpretación que han sido bastante reconocidos por la jurisprudencia<sup>26</sup>. Es justamente esta fuente secundaria junto con la doctrina, de consulta obligatoria para conocer el alcance de las disposiciones a ser analizadas en el test de responsabilidad.

Hasta este punto del análisis ya se ha podido determinar si existe una fuente válida de la cual puede nacer una norma y obligaciones internacionales. De haberse cumplido los pasos de manera positiva, es decir, si existe una fuente válida y de esta emana una norma, con sus obligaciones válidas y que se aplican a la situación en concreto, en principio, podríamos concluir que se cumplió el elemento de la violación de una obligación internacional.

### Causales de Exclusión, no Ilícitud de las Normas

No obstante la conclusión anterior, la violación de la norma puede ser subsanada debido a que estaría permitida por una "circunstancia que excluye la ilicitud" de la misma. A saber, si la violación de la norma se produjo con el consentimiento del Estado víctima; si se produjo en el ejercicio de la legítima defensa; si es fruto de una contramedida; fue cometida debido a una Fuerza Mayor, una situación de peligro extremo o un Estado de necesidad<sup>27</sup>.

Es preciso mencionar que, de acuerdo con el artículo 26 del Proyecto, las circunstancias que excluyen la ilicitud no proceden como justificación del incumplimiento de una norma de *ius cogens*.

### 2.2. La Atribución.

Una vez analizado el elemento de la violación de la norma, a partir de las obligaciones que se derivan de la misma, es preciso determinar si esta violación es atribuible al Estado según el derecho internacional<sup>28</sup>. Es preciso recordar que la acción del Estado puede darse por acción u omisión, o la combinación de ambos<sup>29</sup>.

El elemento de la atribución recibe muchas veces el nombre de elemento "subjetivo", sin embargo esta palabra puede inducir a realizar el análisis del conocimiento o la intención del Estado de cometer la violación de la norma<sup>30</sup>. Además, en líneas generales por ser el Estado una persona jurídica sin voluntad propia no sería pertinente el estudio de aspectos psicológicos de ésta. Sin embargo, este análisis psicológico sí sería necesario, respecto a los agentes del Estado, para demostrar la violación de una norma que requiera un elemento volitivo para configurarse<sup>31</sup>.

Lo esencial en el tema de la atribución es demostrar que existe una relación que une al Estado con el actor humano que realiza el acto violatorio de una norma de derecho internacional. Al ser el Estado una "persona ficticia" no puede actuar u omitir materialmente por sí sólo, sino a través de seres humanos.

La relación entre los seres humanos y el Estado puede ser de distinta intensidad. Lo importante será demostrar que existe una relación lo suficientemente estrecha para determinar que los seres humanos podían comprometer al Estado por sus actos.

24 PAUWELYN, Joost. Conflict of norms... Op. Cit p. 73.

25 Corte internacional de Justicia. *Caso de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* Sentencia del 5 de febrero de 1970, frente a la nueva demanda de 1962. parágrafos 33 y 34.

26 Ver los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

27 Para una definición de cada uno de los conceptos: CRAWFORD, James. Los artículos de la Comisión de derecho internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Madrid: Dykinson, 2004. pp. 201 a 230.

28 Artículo 2.a) del Proyecto.

29 CRAWFORD, James. Op. Cit. p. 120

30 CRAWFORD, James. Op. Cit. p. 120

31 Por ejemplo, el artículo II de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio (Donde se entiende por genocidio a los actos perpetrados con la intención de destruir a un grupo).

El nivel de relación Estado-ser humano más estrecho y, por tanto, sencillo de probar, es el de los funcionarios del Estado. Es claro que figuras como la del Presidente de la República, el Ministro de Relaciones Exteriores, pueden comprometer al Estado a nivel internacional, al igual que cualquier otro funcionario con los respectivos poderes<sup>32</sup>.

Además, cualquier funcionario relacionado a la organización estatal, a nivel nacional, regional, provincial o distrital puede comprometer al Estado por sus actos<sup>33</sup>. Ello dependerá en gran medida del contenido de la obligación derivada de la norma internacional, por ejemplo, si la obligación internacional mandaba implementar una medida a nivel municipal y un alcalde se rehúsa a hacerlo, a pesar de la presión del gobierno central, finalmente será el Estado el obligado.

Determinar quién es funcionario del Estado no será complicado de probar en situaciones normales, donde la designación del mismo se produjo por los mecanismos regulados, tampoco si el funcionario actuaba en el ejercicio de sus competencias legales. Sin embargo, en la realidad, los casos no siempre se presentan con ese nivel de complejidad. Proponemos estudiar los casos de los gobiernos de facto y de los actos *ultra vires*, entre otras situaciones de complejidad que se puedan presentar respecto a estos agentes del Estado.

Los actos *ultra vires* son actuaciones de funcionarios que exceden a los poderes recibidos, son contrarios a éstos o están fuera del ámbito de sus competencias (extralimitación de poderes). Estos son atribuibles al Estado. El fundamento parece ser que no se puede obligar a los Estados a conocer el derecho interno de todos los demás miembros de la comunidad Internacional y que este derecho interno no puede ser una justificación para incumplir con las obligaciones internacionales<sup>34</sup>.

Puede pensarse en un caso extremo de *ultra vires*, cuando funcionarios del Estado actúen contrariamente a las labores que se les encomendaron, por ejemplo, policías que se dediquen a delinquir<sup>35</sup>. En estos casos la atribución se producirá si los oficiales actuaron de manera tal que en apariencia representaban al poder estatal o que hacían uso de poderes o métodos relacionados con este poder<sup>36</sup>. En otras palabras, no hubieran podido cometer el acto si no hubieran sido

funcionarios del Estado ya que utilizaron los métodos y poderes a los cuales su función les permitía tener acceso<sup>37</sup>.

En el caso anterior, hemos analizado a los funcionarios que cumplen sus labores porque les fueron encomendadas de *iure*, legítimamente, por el Estado. Sin embargo es posible que quienes ostenten el poder no lo hayan adquirido de manera legítima de acuerdo con el derecho interno y que los funcionarios hayan sido designados igualmente, de forma contraria al derecho interno. Estamos en el caso de los funcionarios de facto, por ejemplo cuando estamos ante un golpe de Estado y un grupo "rebelde" toma el control del Estado o si una persona o grupo ejerce el poder público en ausencia o defecto de las autoridades oficiales<sup>38</sup>.

Este tema rememora las discusiones acerca de la legitimidad de los gobiernos y su reconocimiento (doctrinas Estrada, Tobar, Lauterpacht, entre otras). Para efectos de responsabilidad, nuevamente el derecho internacional no se interesa por el derecho interno y los funcionarios de facto comprometerán a su Estado<sup>39</sup>.

El Proyecto, en su artículo 10 ha regulado dos situaciones respecto a este tipo de funcionarios. Si el movimiento insurreccional se convierte en el nuevo gobierno del Estado, los comportamientos de este grupo son hechos del Estado. Si el grupo logra establecer un nuevo Estado, el hecho comprometerá a este nuevo sujeto de derecho internacional.

Respecto a la atribución, un tema que ha sido bastante discutido es el de los grupos armados que operan en el territorio de un Estado contra la integridad del mismo, cuyo actuar puede vincular a un tercer Estado relacionado con éstos (porque los apoye no sólo política, sino materialmente). En este punto parecen existir criterios contradictorios.

La primera vez que la Corte Internacional de Justicia abordó el tema fue en el caso Nicaragua Contras<sup>40</sup>. En este caso uno de los actores que cometió violaciones de obligaciones internacionales eran los Contras (Contrarrevolucionarios), opositores al gobierno de Daniel Ortega de la época. Este grupo no estaba conformado por las Fuerzas Armadas de Estados Unidos, aunque existían vínculos comprobados con la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de este país. Para analizar si

32 Artículos 7 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

33 CRAWFORD, James y OLLESON, Simon. The nature and forms of international responsibility. En: EVANS, Malcom. Op. cit. p. 461. Artículo 4.1 del Proyecto.

34 Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

35 Por ejemplo, en el caso Caire, un ciudadano francés fue asesinado por militares mexicanos por no entregarles dinero. Caso de 1929, citado por CRAWFORD, James y OLLESON, Simon. Op. Cit. p.461.

36 Ibidem.

37 Para el Proyecto no es necesario realizar este estudio, para el artículo 7 se considera como hecho del Estado el actuar de los funcionarios, aunque excedan su competencia o contravenga sus instrucciones.

38 Artículo 9 del Proyecto.

39 Ver por ejemplo el Caso Yeager, donde la violación de la obligación fue cometida por agentes que no eran parte del aparato estatal, de acuerdo con el derecho interno. Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran, 17, Iran-US Claims Tribunal Reports, 1987, Vol. IV. En: CRAWFORD, James y OLLESON, Simon. Op. Cit. p.463. Igualmente en el caso de jefes de Estado, ver el caso de Libia. En: CASSESE, Antonio; International Law (2ed). Oxford: OUP; 2005, p.248.

40 Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (sentencia sobre el fondo del 27 de Junio de 1986).

estos hechos eran atribuibles a Estados Unidos la corte hizo un estudio de las relaciones entre éstos sujetos para determinar si Estados Unidos daba indicaciones específicas a los Contras, en este sentido la Corte adoptó la teoría del control específico.

El control específico del Estado frente a un grupo armado se demuestra, si el segundo recibe del primero una paga o financiamiento, si sus acciones son coordinadas y supervisadas por el primero y si el Estado ha dado ordenes específicas (*specific instructions*) para que se perpetre el acto violatorio de una obligación internacional (que daría lugar a la configuración del hecho internacionalmente ilícito)<sup>41</sup>. Específicamente, se tenía que demostrar que Estados Unidos daba indicaciones específicas a los Contras para cada uno de sus ataques.

Posteriormente, el Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia, en el *Caso Tadic*<sup>42</sup>, consideró que el criterio de Nicaragua Contras no debería ser la lógica a seguir para el análisis en estos casos<sup>43</sup>. Este Tribunal proponía que no era necesario un control específico, sino que bastaba con que el Estado tuviera sobre el grupo un control general (*overall control*), para que se le atribuyera la comisión de cada una de las violaciones de obligaciones de derecho internacional (aunque no se demostrara que emitió instrucciones específicas respecto a cada una de ellas).

El razonamiento de este Tribunal es el siguiente, para que se configure el criterio de la atribución bastaría probar que quienes lo cometieron eran agentes u órganos del Estado, para determinar esto basta demostrar el control del Estado respecto al grupo, no importando si este es general o específico. El control determinaría la vinculación con el Estado, transformaría a los grupos en órganos de éste, y la actuación de los órganos del Estado, incluso si son actos *ultra vires*, comprometen al Estado<sup>44</sup>. La orden específica podría darse o no, si no se da, sería un acto *ultra vires*, pero atribuible al Estado.

No obstante, el *Caso Tadic* (1995), el Proyecto (2001) recoge en su artículo 8, de acuerdo con sus redactores, el principio del control efectivo<sup>45</sup> (“[el grupo] actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese estado al observar ese comportamiento”), al igual que nuevamente la Corte Internacional de Justicia en una sentencia posterior (2007)<sup>46</sup>.

A partir de estos diferentes criterios, en base a la especialidad, se podrían pensar que el criterio del control general se aplica para casos de responsabilidad internacional penal individual, mientras que el criterio del control específico se aplicaría para la responsabilidad estatal.

Recordando el objetivo del presente artículo, la revisión de ambos casos tiene como fin exponer argumentos que podrían ser utilizados por el jurista para argumentar de una u otra manera para defender una postura frente a un problema concreto.

Un último punto que quisiéramos tratar respecto a la atribución es el de los actos de los individuos de un Estado que no tengan relación con éste, en el sentido que no son sus órganos o funcionarios (de iure o de facto).

En principio, el actuar de los individuos no comprometerá al Estado. Materialmente el Estado no puede conocer y controlar todos los actos que se llevan a cabo en su jurisdicción, aunque luego de conocidos debería realizar alguna acción para impedir la violación de obligaciones internacionales<sup>47</sup>.

La regla general es que el Estado no es responsable por actos de los privados, admite dos excepciones: (i) por omisión, si no es diligente en tomar las medidas necesarias para evitar la violación de la obligación internacional o de repararla en caso de haber sido violada o; (ii) si ratifica los actos como propios.

El primer caso encuentra varios ejemplos en el incumplimiento de tratados de derechos humanos, cuando el Estado falta a su deber de proteger este tipo de derechos<sup>48</sup>. El segundo caso tiene como ejemplo claro el caso ante la Corte Internacional de Justicia de los Rehenes en Teherán<sup>49</sup>, donde, una vez tomada la embajada de Estados Unidos por manifestantes que no tenían el estatus de agentes del Estado, sus actos fueron aprobados y apoyados por el estado iraní<sup>50</sup>.

En estas dos excepciones se puede apreciar que la responsabilidad finalmente es del Estado por su acción u omisión respecto a los actos de los individuos.

41 Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. Op. Cit. Párrafos 80, 109, 110 y 116. Igualmente, CASSESE, Antonio; Op. Cit. p. 249.

42 Caso Tadic ante el Tribunal Penal para la Ex – Yugoslavia (IT-94-1-T, sentencia del 15 de julio de 1999 de la Cámara de Apelaciones, párrafos 116-123).

43 “The Nicaragua Test Would Not Seem to Be Consonant With the Logic of the Law of State Responsibility”. Caso Tadic, Op. Cit. Párrafos 116-123).

44 Caso Tadic, Op. Cit. Parrafo 123.

45 “Este comportamiento sólo será atribuible al Estado si este dirigió o controló la operación y si el comportamiento denunciado era una parte integrante de la operación. Este principio no es extensivo al comportamiento relacionado sólo incidental o periféricamente con la operación y que haya escapado a la dirección o al control del Estado”. CRAWFORD, James. Op. Cit. p 148.

46 CIJ. *Affaire relative à la application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia-Herzegovina c. Serbie y Montenegro). Sentencia sobre el fondo del 26 de febrero del 2007.

47 *Affaire du Detroit de Corfou*. (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Albania). Sentencia sobre el fondo del 9 de abril de 1949. Párrafo 18.

48 Los derechos humanos imponen tres categorías de obligaciones a los Estados parte de los tratados que los recogen: de respetar, de proteger y de cumplir con los derechos. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación General N° 14. E/C.12/2000/4 del 14 de agosto 2000 (en adelante Observación General N° 14), párrafo 33.

49 CIJ. *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*. (Estados Unidos de América c. Irán) Sentencia del 14 de Mayo de 1980. Párrafo 74.

50 CASSESE, Antonio; Op. Cit. p. 250. Artículo 11 del Proyecto.

### 3. Algunos Puntos Complementarios: Daño y Órganos de Solución de Controversias

Para que se configure responsabilidad internacional del Estado sólo es necesario el cumplimiento de los elementos "hecho internacionalmente ilícito". En este sentido, no es necesario demostrar que existe culpa en el actuar de los individuos que comprometen al Estado<sup>51</sup> (salvo que la obligación internacional lo requiera). Igualmente tampoco es necesario que se produzca daño (perjuicio). El perjuicio es sin duda importante para poder determinar la reparación<sup>52</sup>, sin embargo no es necesario para que se configure la responsabilidad internacional<sup>53</sup>.

Para terminar, en esta exposición se han considerado los elementos que configuran la responsabilidad internacional, si bien a partir de este estudio se puede determinar teóricamente la responsabilidad internacional de un Estado, es importante no olvidar la realidad del derecho internacional actual, el cual no cuenta de un órgano judicial obligatorio para todos los Estados, incluso para aquellos que son miembros

de Naciones Unidas, en todas las controversias que surjan entre éstos<sup>54</sup>. El problema de cómo "judicializar" una caso de responsabilidad internacional requiere un estudio aparte.

### 4. Conclusiones

Las reglas de responsabilidad internacional son un tema vigente en el derecho internacional actual. Conocerlas, especialmente los elementos que componen el "hecho internacionalmente ilícito", permite su mejor aplicación por parte de los juristas. En el elemento objetivo siempre es necesario realizar el análisis respecto a si la fuente de derecho internacional se ha conformado y si, a partir de ella, se deriva una norma válida y aplicable al caso en cuestión. Posteriormente, es preciso constatar si no se produjeron, a pesar de la violación de la norma internacional, causales que excluyan su ilicitud. Finalmente, será necesario demostrar que existe una relación de atribución entre el ser humano, que realiza la acción que termina en la violación de la norma internacional, y el Estado 

51 CASSESE, Antonio; *ibid.* Loc. Cit.

52 Las consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional han sido codificadas en los artículos 28 a 39 del Proyecto.

53 Artículo 31 del proyecto.

54 Sin embargo, en los últimos años se está viendo que los Estados recurren con mayor frecuencia a la Corte Internacional de Justicia en temas que antes se consideraban difíciles de resolver por la realidad política internacional. Esto sin duda le da más legitimidad al sistema. Ver los las demandas planteadas por Ecuador y Georgia (<http://www.icj-cij.org/homepage/> visitada el 19 de octubre de 2008).