

Vanessa Ballesteros Moya

ACTORES NO ESTATALES Y RESPONSABILIDAD
INTERNACIONAL DEL ESTADO



JIB
BOSCH EDITOR

El Estado puede lesionar los bienes e intereses jurídicos internacionalmente protegidos sirviéndose de un entramado complejo de actores que interactúan en el contexto internacional y que aumentan de forma exponencial. A las tradicionales bandas armadas, grupos rebeldes o mercenarios, se han venido a sumar las empresas militares y de seguridad privadas, señores de la guerra y células terroristas. Ante esta realidad en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, el reto del Derecho internacional contemporáneo es contar con principios y normas jurídicas para determinar cuándo el Estado se encuentra detrás de una actuación en principio privada y en qué grado ese comportamiento es merecedor de reproche en el ordenamiento jurídico internacional. En este contexto, la presente obra tiene por objeto conocer cuándo, en qué circunstancias y con qué condiciones puede realizarse la atribución al Estado del comportamiento de los particulares. Con dicho fin, la misma se divide en dos partes. La primera –De la Práctica a la Teoría– analiza los principios fundamentales de carácter consuetudinario que rigen la responsabilidad internacional del Estado en lo que atañe al comportamiento privado: de un lado, el principio de no atribución al Estado del comportamiento de los particulares; y, de otro, el principio conforme al cual al Estado se le atribuye el comportamiento de los particulares que actúan en su nombre. El estudio de ambos principios, parte del examen de la jurisprudencia y de la práctica estatal, para explorar con posterioridad su concreción en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional. La segunda –De la Teoría a la Práctica– se centra en el estudio de la jurisprudencia internacional más reciente. En ella se examina en un primer momento la responsabilidad en la que puede incurrir el Estado por la conducta de los particulares en el marco de los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos y, seguidamente, se analizan los distintos grados de control manejados por los órganos judiciales como criterios para considerar como hecho del Estado el acto de los particulares. Este análisis se realiza con un doble objetivo: determinar, por una parte, cuál de ellos es más acorde con la lógica del Derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y por otra, perfilar desde un plano teórico las soluciones que podrían articularse para cubrir los diferentes supuestos fácticos que se dan en la práctica internacional.

VANESSA BALLESTEROS MOYA

**ACTORES NO ESTATALES
Y RESPONSABILIDAD
INTERNACIONAL DEL ESTADO**

2016

JIB
BOSCH EDITOR

© FEBRERO 2016 VANESSA BALLESTEROS MOYA

© FEBRERO 2016



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-941435-4-0

ISBN digital: 978-84-944836-3-9

D.L.: B-3103-2016

Diseño de portada: Black Concepts

<https://blakjack713.carbonmade.com>

contactblackconcepts@gmail.com

Diseño interior y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Prólogo	17
Palabras previas	21
Abreviaturas	27
Introducción	31

PRIMERA PARTE

De la Práctica a la Teoría

CAPÍTULO I

El principio de no atribución al Estado del comportamiento de los particulares y la <i>teoría del ilícito distinto</i>	53
1 Génesis del <i>principio de no atribución</i> y búsqueda del fundamento de la eventual responsabilidad del Estado por la actuación de los particulares	54
1.1 La <i>teoría clásica de la complicidad</i>	56
1.1.1 La teoría de GROCIO como negación de la <i>teoría germánica o mancomunada</i> : las nociones de <i>patentia</i> y <i>receptus</i>	56
1.1.2 Las distintas variantes de la <i>teoría clásica de la complicidad</i> a lo largo del siglo XIX.....	59
1.2 La <i>teoría objetiva o positivista</i>	62
1.2.1 El rechazo de la <i>teoría clásica de la complicidad</i> : surgimiento de la <i>teoría objetiva o positivista</i> ...	63

1.2.2	La <i>teoría objetiva</i> o <i>positivista</i> en relación con los hechos cometidos por los particulares: la <i>teoría del ilícito distinto</i>	64
2	El afianzamiento de la <i>teoría del ilícito distinto</i> en el siglo XX y su consagración en los sucesivos intentos de codificación de la materia.....	68
2.1	La jurisprudencia arbitral y la práctica estatal de finales del siglo XIX y principios del siglo XX.....	69
2.2	La formulación del principio en las codificaciones preonusianas en el ámbito específico del trato a extranjeros.....	76
3	La <i>teoría del ilícito distinto</i> en la obra codificadora de la CDI	81
3.1	El tratamiento de la cuestión en el anteproyecto de F. V. GARCÍA AMADOR	81
3.1.1	La noción de <i>notoria negligencia</i>	81
3.1.2	La <i>connivencia</i> , <i>complicidad</i> o <i>coparticipación</i> de los órganos estatales como circunstancia agravante de la responsabilidad internacional del Estado	84
3.2	La inclusión por R. AGO del principio como <i>criterio negativo</i> de atribución: el artículo 11 del Proyecto CDI de 1996	87
3.2.1	El reconocimiento del carácter consuetudinario de la <i>teoría del ilícito distinto</i>	87
3.2.2	La <i>participación</i> de los órganos estatales en los hechos de los particulares.....	90
3.2.2.1	Análisis en el plano de la atribución de un comportamiento	90
3.2.2.2	Análisis en el plano de la agravación de la responsabilidad.....	95
3.2.3	La formulación expresa del principio de no atribución en el Proyecto CDI de 1996.....	97

3.3	La eliminación por J. CRAWFORD del <i>criterio negativo</i> de atribución	99
3.3.1	<i>Carácter superfluo</i> del antiguo artículo 11 y <i>reconducción</i> al principio básico de la atribución al Estado del comportamiento de sus órganos	100
3.3.2	El alcance de la reparación en los supuestos englobados en la <i>teoría del ilícito distinto</i>	103
4	Valoración provisional y conclusiones preliminares	107

CAPÍTULO II

La atribución al Estado del comportamiento de particulares que actúan *en su nombre*: de *actuar por cuenta de* a la exigencia de *instrucciones, dirección o control*

125		
1	La primera formulación del criterio de atribución en la década de los setenta del siglo pasado	126
1.1	Las distintas hipótesis subsumibles en el criterio de atribución	127
1.2	La jurisprudencia y la práctica estatal que sirvieron de base para su inclusión en el proyecto	129
1.3	La fórmula aprobada por la CDI en 1974: comportamiento de personas que <i>actúan por cuenta</i> del Estado	138
1.3.1	El alcance de la expresión <i>actuar por cuenta de</i>	140
1.3.2	Los <i>supuestos controvertidos</i> : la responsabilidad en la que puede incurrir un Estado por los hechos de los particulares cometidos en el territorio de otro Estado	147
2	El criterio del <i>control efectivo</i> acuñado por la CIJ en el asunto de las <i>Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua</i> (1986)	152
2.1	Las violaciones del Derecho internacional cometidas por Estados Unidos: principios de prohibición del uso de la fuerza, no intervención y respeto de la soberanía de los Estados	154

2.2	La no atribución a Estados Unidos de la totalidad del comportamiento de los <i>contras</i>	163
2.3	La significación del uso de los criterios de atribución del comportamiento en la determinación de la existencia de un ataque armado.....	171
3	La revisión del criterio de atribución en el Proyecto CDI de 2001	178
3.1	El análisis realizado por J. CRAWFORD del criterio de atribución contenido en el artículo 8 a) del Proyecto CDI de 1996	179
3.2	La redacción definitiva del criterio en 1998: comportamiento de personas que actúan por <i>instrucciones</i> o bajo la <i>dirección</i> o el <i>control</i> del Estado.....	183
3.2.1	¿Concreción, ampliación o estrechamiento del alcance del criterio de atribución?	184
3.2.2	La rigidez del criterio y su aproximación a la noción de <i>control efectivo</i> acuñada por la CIJ...	189
4	Valoración provisional y conclusiones preliminares.....	191

SEGUNDA PARTE

De la Teoría a la Práctica

CAPÍTULO III

	La atribución de responsabilidad internacional en los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos...	219
1	Aproximación al sector normativo objeto de estudio: el Derecho internacional de los derechos humanos	221
2	La obligación de garantía.....	226
2.1	Las <i>obligaciones positivas</i> derivadas de la obligación de garantía: la doctrina del riesgo	227
2.1.1	Asunto de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia (2006).....	228

2.1.2	El deber de prevención y las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.....	234
2.2	La <i>eficacia extraterritorial</i> de las disposiciones del CEDH: la doctrina del control efectivo del territorio o principio de jurisdicción	245
2.2.1	Asunto Loizidou c. Turquía (1996).....	246
2.2.2	El alcance <i>ratione loci</i> de los instrumentos de derechos humanos y la jurisprudencia más reciente del TEDH	257
3	La obligación de respeto	268
3.1	La <i>fórmula mixta</i> empleada por la Corte IDH para fundamentar la atribución de un comportamiento ...	269
3.1.1	Asunto de los Diecinueve Comerciantes c. Colombia (2004).....	270
3.1.2	Las nociones de <i>apoyo, tolerancia y aquiescencia</i>	273
3.2	El régimen de la CADH ¿constituye una <i>lex specialis</i> en materia de atribución?.....	278
3.2.1	Asunto de la Masacre de Mapiripán c. Colombia (2005).....	278
3.2.2	¿Régimen especial de atribución o fundamento de atribución reconducible a los criterios generales?	283
3.3	La combinación de distintas <i>causas</i> para sustentar la atribución en sus últimos pronunciamientos.....	291
3.3.1	Asunto de las Masacres de Ituango c. Colombia (2006).....	292
3.3.2	Asunto de la Masacre de La Rochela c. Colombia (2007).....	297
3.3.3	La posibilidad de subsumir las <i>causas</i> esgrimidas por la Corte IDH en los criterios generales de atribución del comportamiento al Estado...	302
4	Valoración provisional y conclusiones preliminares.....	310

CAPÍTULO IV

Problemas suscitados en torno al <i>grado de control</i> : la noción de control como un concepto polivalente.....	319
1 El criterio del <i>control general</i> utilizado por el TPIY en el asunto <i>Tadic</i> (1999).....	320
1.1 La utilización del criterio del <i>control efectivo</i> por la Sala de Primera Instancia	322
1.1.1 El análisis del vínculo existente entre el VRS y la RFY en la determinación de la aplicación del artículo 2 del Estatuto TPIY.....	323
1.1.2 La concurrencia de las condiciones de aplicación de los artículos 3 y 5 del Estatuto TPIY..	328
1.2 La utilización del criterio del <i>control general</i> por la Sala de Apelación	333
1.2.1 La naturaleza internacional del conflicto como prerrequisito para la aplicación del artículo 2 del Estatuto TPIY.....	335
1.2.2 La clasificación realizada por la Sala de Apelación para la determinación del grado de control: el rechazo del criterio del <i>control efectivo</i> como criterio único	337
1.3 La posible incidencia del Derecho penal en la propuesta del criterio del <i>control general</i> realizada por el TPIY.....	345
2 Los criterios de <i>control total</i> y <i>control efectivo</i> reiterados por la CIJ en su jurisprudencia más reciente	354
2.1 Asunto de las <i>Actividades Armadas en el Territorio del Congo</i> (2005).....	354
2.1.1 La violación de los principios de prohibición del uso de la fuerza y de no intervención por el Estado de Uganda.....	357
2.1.2 La no atribución a Uganda del comportamiento de los grupos rebeldes operativos en la RDC....	362

2.1.3	Uganda como Potencia ocupante, la administración indirecta del territorio y los criterios de atribución	367
2.2	Asunto relativo a la <i>Aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio</i> (2007)	373
2.2.1	La calificación como genocidio de los hechos ocurridos en Srebrenica.....	374
2.2.2	La determinación de la responsabilidad internacional por el genocidio de Srebrenica	378
a)	La atribución de los actos de genocidio: actuación conjunta, control total y control efectivo	381
b)	La participación en el genocidio: asociación, instigación y complicidad	390
c)	La violación de la obligación de prevenir y sancionar el delito de genocidio.....	392
2.2.3	Especial atención al rechazo de la complicidad y la forma de reparación adecuada en este asunto.....	397
3	La interpretación divergente sobre el <i>grado de control</i> exigido para la atribución de un comportamiento entre la CIJ y el TPIY	402
3.1	¿La calificación de un conflicto armado como internacional exige acudir a los criterios de atribución del comportamiento?.....	404
3.2	¿Control general <i>vs.</i> control efectivo? o ¿control general <i>vs.</i> control total?.....	408
3.3	El debate doctrinal en torno al criterio del <i>control general</i> postulado por el TPIY.....	413
3.4	El <i>grado de control</i> necesario en función de las circunstancias concretas de cada caso.....	418
4	Valoración provisional y conclusiones preliminares.....	422

Conclusiones.....	441
Atribución de un comportamiento al Estado.....	467
Atribución al Estado de responsabilidad internacional	468
Bibliografía	471
I Obras generales y monografías.....	471
II Artículos en publicaciones periódicas y contribuciones en obras colectivas.....	475

Prólogo

El origen de esta monografía se encuentra en la tesis doctoral que tuve el placer de dirigir –durante largos años, debido a la extraordinaria minuciosidad de su autora– finalmente defendida con el merecido éxito en la Facultad de Derecho de Albacete el 28 de noviembre de 2013, ante un tribunal –ya constituido con arreglo a la nueva legislación– presidido por la profesora Rosario Huesa Vinaixa (UIB), acompañada por los profesores Joaquín Alcaide Fernández (US) y Ángel Sánchez Legido (UCLM), que le otorgó por unanimidad la calificación de Sobresaliente *Cum Laude*.

Aquella tesis –sobre la atribución al Estado del comportamiento de los particulares en el ámbito de la responsabilidad internacional– tenía unas dimensiones materiales de tal magnitud que convertían su lectura en uno de los trabajos que la mitología atribuye a Hércules, dicho sea en alabanza del tribunal que la juzgó. Hoy, por el contrario, nos encontramos ante una monografía extensa y completa pero afortunadamente abarcable para el lector que busque información actualizada sobre el tema tratado en ella, esto es, actores no estatales y responsabilidad internacional del Estado. Importa destacar que el cambio de título no es una operación cosmética sino, de un lado, un esfuerzo porque responda mejor al contenido de la obra y, de otro, una apertura de sus páginas a problemas de responsabilidad estrechamente ligados en la práctica al de la atribución pero no coincidentes *stricto sensu* con ella.

La autora de la tesis ha centrado su mira en el problema principal y dejado a un lado cuestiones colaterales al redondear la monografía. Los dos años transcurridos desde la lectura de la tesis no solo le han servido para publicar interesantes artículos dotados de la suficiente autonomía¹, sino sobre

1 «Las Empresas Militares y de Seguridad Privadas como entidades que ejercen prerrogativas públicas a efectos de la responsabilidad internacional del Estado», en *Revista*

todo para distanciarse de su trabajo inicial lo bastante como para considerarlo en cierto modo una obra ajena y permitir ese tratamiento maduro que requiere la revisión de un tema bien conocido cuando se contempla desde una nueva perspectiva. Estamos ante un esfuerzo de racionalización digno de un pintor cubista al ofrecernos su propia versión de un tema clásico –como el *Susana y los ancianos* de Picasso– de modo tal que permite reconocer los rasgos familiares en un montaje innovador que alcanza a vislumbrar los mismos personajes desde distintos ángulos de enfoque.

Pero recordemos cuál fue el origen de este estudio. Cuando el uso brutal y desmedido de la fuerza en el marco de conflictos tan sangrientos como los del Congo y la antigua Yugoslavia recibe una respuesta de mínimos por parte de la comunidad internacional institucionalizada, uno puede criticar a la CIJ atribuyéndole epítetos que van desde timorata a reaccionaria, incluso rozar el insulto. Pero, más allá de la perplejidad inicial y el sentimiento de rechazo, la búsqueda de una explicación racional que justifique unos juicios de valor formulados ortodoxamente de un modo tan decepcionante conduce al laberinto de la responsabilidad internacional. Entrar en él resulta fácil, salir ya es otra cosa. Las formas geométricas ocultan la puerta y envuelven al caminante en una nebulosa en la que todo se cuestiona. Y ese todo tiene una extensión indeterminada, indefinida, casi infinita. No es describir círculos el método más adecuado para encontrar la salida, pero, ¿y si éste intrincado laberinto tuviera más de una salida?

Empecemos por la primera ruta. La excepcional atribución al Estado del comportamiento de los particulares en el ámbito de la responsabilidad internacional ha quedado regulada de un modo tan rígido en el articulado de la Comisión de Derecho Internacional que resulta extremadamente difícil de llevar a la práctica. La sustitución de la antigua redacción formulada por Ago –«por cuenta de»– por los nuevos términos propuestos por Crawford –«por instrucciones o bajo la dirección o el control»– no han solucionado el problema de un modo suficiente a la hora de imputar al Estado que los instigó, graves crímenes internacionales que cometieron personas que no eran

Electrónica de Estudios Internacionales, Madrid, núm. 25, 2013, pp. 1-43; y «Responsabilidad internacional y atribución basada en el reconocimiento del comportamiento: el artículo 11 del proyecto de la CDI», *RECorDIP*, vol 1, núm. 2, 2014.

órganos suyos o, por lo menos, no eran órganos *de iure*. Atribuir el genocidio, el crimen de guerra o el crimen contra la humanidad cometido por un grupo paramilitar que practica la guerra sucia, al Estado cuyos poderes fomentaron y financiaron su constitución, le dotaron de armamento y –como mínimo– estuvieron al corriente de sus nefastas actividades, es misión difícilísima si el único recurso para el intérprete es el artículo 8 CDI y no parece haber otro cauce para una operación de atribución si el único comportamiento calificado es el llevado a cabo por los particulares.

De ahí que haya que estudiar a fondo las posibles interpretaciones de los nuevos términos, especialmente el del «control» (desde el «control efectivo» en el asunto *Nicaragua* o el «control total» en los asuntos *Congo* y *Bosnia* –cuando es exigido por la CIJ– hasta el «control general» que, por el contrario, le bastó al TPIY para determinar una responsabilidad penal individual en el asunto *Tadic*), a la luz de la práctica y la jurisprudencia, buscando resquicios que permitan ampliar la atribución al Estado de los hechos de los particulares. Pero el laberinto se cierra herméticamente al paseante en este ámbito de cosas. Ni en la teoría ni en la práctica se vislumbra una salida.

Pero de ahí también que, en una segunda ruta, no quepa más remedio que completar el estudio de la atribución del hecho ilícito del particular con el de los «otros» hechos u omisiones ilícitas del Estado producidas en el mismo supuesto. Se trata de buscar vías alternativas de imputación de responsabilidad –aunque sean indirectas– capaces de conducir hacia el Estado cuyos poderes ocultos actúan subterráneamente para exigirle una reparación debido a su omisión de un deber de prevención y, en su caso, represión, que puede alcanzar elevadas cotas en algunos ámbitos. Y se trata de hacerlo en los casos en que la aplicación del artículo 8 no sea capaz de otorgar una respuesta satisfactoria a la pretensión de perseguir y enjuiciar tan horrendos crímenes y, especialmente, en aquellos en los que sea patente la existencia de un deber especial de garantía del Estado, como ocurre en el entorno específico de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en un ámbito regional estructurado como un régimen.

A partir de entonces la calificación, no solo de las acciones de los particulares sino también la de las omisiones del Estado, se convierte en una operación fundamental siendo el dilema entre el artículo 4 CDI –o, en su defecto, el artículo 14.3 si pensamos en la omisión del deber de prevención– y el artículo 8 CDI, un debate constante a lo largo del estudio de los casos. Todo ello

conduce a una navegación entre dos aguas –de la teoría a la práctica– que comienza con la glosa de la teoría del «ilícito distinto» y concluye con las obligaciones de garantía y de respeto en un marco regional de protección de los derechos fundamentales. Por mucho que conceptualmente separemos los dos hechos ilícitos y, en el segundo, nos situemos al margen de la atribución de los hechos de los particulares al Estado, en la práctica la única manera de conseguir una indemnización para las víctimas va a ser la consideración conjunta de ambos elementos y la prueba de la violación más clara: la de la obligación de prevención del Estado especialmente firme en un marco convencional de garantía de derechos fundamentales.

Así, si no toda la que hubiera sido deseable, es posible al menos conseguir alguna reparación para las víctimas por la vía de vincular a los hechos de los particulares la omisión del deber de prevenir que corresponde al Estado. Porque no es la finura de las disquisiciones teóricas sino la mayor probabilidad de probarla en la práctica lo que conduce a que un tribunal declare la violación de una u otra obligación internacional en un caso concreto. En ese orden de cosas, dentro de la jurisprudencia internacional destaca, tanto por el elevado número de asuntos como por el carácter progresivo de sus sentencias, la labor realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde finales del siglo XX hasta reciente fecha. Es en el entorno de la jungla tropical colombiana o centroamericana donde han tenido lugar execrables masacres llevadas ante los órganos de control del Convenio de San José. Y el detallado análisis de su jurisprudencia era indispensable para encontrar una respuesta esperanzadora aunque sea en un ámbito reducido. No estamos ante la panacea universal, pero sí ante una pequeña puerta que permite salir del laberinto. Espero que este trabajo contribuya a consolidar la ruta.

Antonio F. Fernández Tomás

Albacete, 11 de enero de 2016