

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y ATRIBUCIÓN BASADA EN EL RECONOCIMIENTO DEL COMPORTAMIENTO: EL ARTÍCULO 11 DEL PROYECTO DE LA CDI ¹

INTERNATIONAL RESPONSIBILITY AND ATTRIBUTION BASED ON CONDUCT ACKNOWLEDGEMENT: ARTICLE 11 OF THE ILC DRAFT

*Vanessa Ballesteros Moya**

Resumen: El presente estudio tiene por objeto el análisis de la norma atributiva introducida *ex novo* en el artículo 11 del proyecto de la CDI de 2001, la cual prevé la atribución al Estado de un comportamiento que no le era atribuible en el momento de su comisión, pero que *a posteriori* el Estado reconoce y adopta como propio. Tras el análisis de la regla, así como su conexión con el criterio de atribución conforme al cual al Estado se le atribuye el comportamiento de las personas o grupos de personas que actúan por instrucciones o bajo su dirección o control, se realiza un repaso a los precedentes esgrimidos para su inclusión en el proyecto. Todo ello con el propósito de determinar el verdadero alcance y los efectos derivados de la aplicación de una norma controvertida que en la actualidad mantiene dividida a la doctrina.

Palabras-clave: Responsabilidad internacional del Estado - Criterios de atribución del comportamiento - Actores no estatales - Reconocimiento de un comportamiento - Personas que actúan por instrucciones o bajo dirección o control.

Abstract: The present study focuses on the analysis of the attributive rule introduced *ex novo* in Article 11 of the ILC Draft in 2001. This Article provides for the attribution to the State of a conduct that was not attributable to it at the time of commission, but the State acknowledges and adopts as its own *a posteriori*. Following the analysis of the rule, as well as its connection to the attribution criteria whereby the State attributes the conduct to persons or groups of persons that act on the instructions of or under its direction or control, the previous arguments for it to be included in the Draft shall be reviewed. The aim is to determine the true reach and effects of the application of a controversial rule that currently divides doctrine.

Keywords: International Responsibility of the State - Criteria of attribution of conduct - Non-State actors - Acknowledgement of a conduct - Persons that act on the instructions or under direction control.

¹ Artículo recibido el 17 de septiembre de 2014 y aprobado para su publicación el 2 de diciembre de 2014.

* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

I.- INTRODUCCIÓN

Seis décadas después de que la Asamblea General encomendara a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la codificación de los principios de Derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado², y trece desde que los concluyera, el órgano plenario de las Naciones Unidas examinará nuevamente el tema³. Esta circunstancia, unida a la inexistencia a día de hoy de una norma convencional que regule este *sector fundamental* del ordenamiento jurídico internacional, propicia el estudio y debate de este ámbito normativo.

La presente contribución tiene por objeto el análisis del *criterio o fundamento de atribución* contenido en el artículo 11 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado por la CDI el 9 de agosto de 2001 (Proyecto CDI de 2001)⁴. No hace falta insistir demasiado en la importancia que poseen los criterios de atribución en la conformación del *hecho internacionalmente ilícito*, al tratarse de las *reglas o principios* que determinan cuándo, en qué circunstancias y con qué condiciones puede realizarse la atribución de un comportamiento al Estado. O, lo que es lo mismo, estamos en presencia de unos criterios cuya función es precisar qué personas o entidades *actúan en su nombre* de conformidad con el Derecho internacional, con el objeto de vincular a aquel comportamiento determinadas consecuencias jurídicas en el plano internacional.

II. - LA INCLUSIÓN DEL RECONOCIMIENTO EN EL PROYECTO DE LA CDI COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DEL COMPORTAMIENTO

James CRAWFORD, en la revisión realizada de las normas atributivas consagradas en el proyecto aprobado en primera lectura (Proyecto CDI de 1996)⁵, consideró oportuno introducir *ex novo* un fundamento de atribución en virtud del cual, el comportamiento que no puede atribuirse a un Estado conforme a las normas de atribución contenidas en el resto de preceptos, es no obstante atribuible si posteriormente aquél *hace suyo* ese comportamiento. Aun reconociendo que en todos los fundamentos de atribución

² Resolución 799 (VIII), de 7 de diciembre de 1953.

³ Así se decidió en la Resolución 65/19, de 6 de diciembre de 2010.

⁴ La Asamblea General, mediante la Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, tomó nota del proyecto aprobado en segunda lectura por la Comisión. Como ha señalado la doctrina, «que *tomara nota* fue una propuesta surgida en la propia CDI y asumida por la VI Comisión de la AGNU ante la evidencia del disenso de los Estados acerca de qué hacer con el proyecto. Obviamente, la Comisión temía por la integridad de un texto, fruto de una larguísima y complicada gestación, si apenas adoptado se colocaba en la mesa de operaciones de las delegaciones gubernamentales en una conferencia diplomática. ¿Qué significa *tomar nota*? En una carta de 4 de abril de 2001 dirigida al Presidente de la Quinta Comisión de la AG el Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Hans Corell, sostiene que al *tomar nota* la AG simplemente toma conocimiento de lo presentado y no expresa ni aprobación ni desaprobación». REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., Y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 2007, p. 740.

⁵ Para referirnos al proyecto aprobado en primera lectura por la CDI, el 12 de julio de 1996, utilizaremos la abreviatura Proyecto CDI de 1996, sin perjuicio de que la primera parte del mismo —relativa al origen de la responsabilidad— se aprobó en 1980.

consagrados en el capítulo II del proyecto⁶ —con la única excepción del relativo a los movimientos insurreccionales triunfantes— se asume que la condición de la persona o la estructura como órgano del Estado o su mandato de *actuar en nombre del Estado*, queda establecido en el mismo momento en el que ocurre el hecho presuntamente ilícito, el profesor australiano estimó que tal condición no puede entenderse como un *requisito necesario* de la responsabilidad internacional⁷. En su opinión, «un Estado podía hacer suyo o ratificar posteriormente un comportamiento que de otro modo no se le atribuiría»⁸. En cuanto a la *forma de hacerlo propio o ratificarlo*, el Relator ya indicó en su primer informe que el reconocimiento podía tener lugar tanto *explícita* como *implícitamente*.

El profesor de Cambridge se basó en los siguientes precedentes para proponer y formular esta norma de atribución. En primer lugar, se refirió al asunto relativo a la *Concesión de los Faros del Imperio Otomano* (1956), donde el tribunal arbitral declaró que Grecia incurrió en responsabilidad internacional por la violación de un acuerdo de concesión celebrado por Creta en una época en que ésta era un territorio autónomo del Imperio Otomano. En parte, sostiene el Relator, porque el Tribunal concluyó que

«Dans le cas d'espèce, il s'agit de la violation d'une clause contractuelle par le pouvoir législatif d'un Etat insulaire autonome dont la population avait durant des dizaines d'années passionnément aspiré, même par la force des armes, à s'unir à la Grèce, considérée comme mère-patrie, violation reconnue par ledit Etat lui-même comme constituant une infraction au contrat de concession, réalisée en faveur d'une compagnie de navigation ressortissant à ladite mère patrie, endossée par cette dernière comme si cette infraction était régulière et finalement maintenue par elle, même après l'acquisition de la souveraineté territoriale sur l'île en question»⁹.

Al respecto, CRAWFORD señaló que, el hecho de que se tratase de un *supuesto de sucesión de Estados* «no era una cuestión accidental»¹⁰, pues con carácter general es posible

⁶ Este capítulo del proyecto, bajo la rúbrica «Atribución de un comportamiento al Estado», cumple la función de indicar los *criterios, principios o reglas* de atribución de un comportamiento al Estado utilizados en el Derecho internacional para la determinación de la concurrencia del tradicionalmente denominado *elemento subjetivo* del hecho internacionalmente ilícito (arts. 4 a 11 Proyecto CDI de 2001).

⁷ Esta idea quedó recogida en términos muy similares en el comentario primero al artículo 11 del Proyecto CDI de 2001. Concretamente, la Comisión indica que: «Todas las causas de atribución objeto del capítulo II, con excepción del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole a que se refiere el artículo 10, parten del principio de que la condición de órgano del Estado de la persona o la entidad, o su mandato para actuar en nombre del Estado, existía ya en el momento del supuesto hecho ilícito. El artículo 11, en cambio, prevé la atribución al Estado de un comportamiento que no le era atribuible, o podía no haberlo sido, en el momento de la comisión del hecho, pero que posteriormente el Estado reconoce y adopta como propio». Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones (23 de mayo - 1 de junio y 2 de julio - 10 de agosto de 2001), Documentos oficiales del 56º periodo de sesiones, Suplemento nº 10, A/56/10, p. 109, par. 1.

⁸ Primer Informe preparado por J. CRAWFORD, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 1ª parte, Documentos Correspondientes al Quincuagésimo Periodo de Sesiones, A/CN.4/490 y Add. 1 a 7, p. 54, par. 278.

⁹ CPA, *Asunto relativo a la Concesión de los Faros del Imperio*, (Francia c. Grecia), Laudo de 24/27 de julio de 1956, p. 198.

¹⁰ Primer Informe preparado por J. CRAWFORD, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 1ª parte..., *loc. cit.*, p. 54, par. 279.

sostener que la responsabilidad internacional del Estado predecesor no se traspasa al Estado sucesor; sin embargo, añadió que

«[...] si el Estado sucesor, ante la continuación de un comportamiento ilícito en su territorio, apoya y continúa esa situación, se puede inferir fácilmente que ha asumido la responsabilidad de ese comportamiento ilícito»¹¹.

Junto a este precedente arbitral más lejano en el tiempo, el Relator mencionó el asunto del *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán* (1980). Es habitual, en el análisis de este asunto distinguir *dos fases*. La *primera*, referida a la situación jurídica creada por la ocupación de la embajada estadounidense y la toma de rehenes por parte de los estudiantes —simples particulares—¹². La *segunda*, relativa al momento en el que Irán aprobó y mantuvo la situación creada por los estudiantes a través del comportamiento de sus órganos estatales. Transcribimos las palabras de la Corte donde alude a la *transformación del carácter jurídico de la situación*, momento utilizado por la doctrina para trazar la existencia de las dos fases aludidas:

«The policy thus announced by the Ayatollah Khomeini, of maintaining the occupation of the Embassy and the detention of its inmates as hostages for the purpose of exerting pressure on the United States Government was complied with by other Iranian authorities and endorsed by them repeatedly in statements made in various contexts. The result of that policy was fundamentally *to transform the legal nature of the situation created by the occupation of the Embassy and the detention of its diplomatic and consular staff as hostages. The approval given to these facts by the Ayatollah Khomeini and other organs of the Iranian State, and the decision to perpetuate them, translated continuing occupation of the Embassy and detention of the hostages into acts of that State. The militants, authors of the invasion and jailers of the hostages, had now become agents of the Iranian State for whose acts the State itself was internationally responsible.* On 6 May 1980, the Minister for Foreign Affairs, Mr. Ghotbzadeh, is reported to have said in a television interview that the occupation of the United States Embassy had been ‘done by our nation’» (cursivas añadidas)¹³.

Del pasaje transcrito, en opinión de CRAWFORD, no es posible deducir con claridad si el *efecto de la aprobación* del comportamiento de los militantes tiene un *efecto prospectivo* o *retrospectivo*, es decir, si el Estado iraní debía ser considerado internacionalmente responsable de todo el proceso de ocupación de la embajada y detención de sus personas *ab initio* o sólo de la parte posterior a la aprobación. La Corte no lo indicó pues finalmente consideró que el origen de la responsabilidad internacional de Irán se asentaba sobre un *fundamento jurídico distinto*: el de su incapacidad de adoptar medidas

¹¹ *Ídem*.

¹² En esta primera fase la CIJ alcanzó la conclusión de que los estudiantes *no actuaban en nombre o por cuenta del Estado*, esto es, no consideró que fuesen agentes *de facto* de conformidad con el criterio recogido en el actual artículo 8 del Proyecto CDI de 2001.

¹³ CIJ, *Asunto del Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán*, (Estados Unidos contra Irán), Sentencia de 24 de mayo de 1980, p. 35, par. 74.

suficientes para impedir la ocupación o ponerle fin de inmediato, esto es, por la *omisión de sus órganos* en cuanto al cumplimiento de sus funciones de prevención y represión¹⁴.

Pese a lo anterior, en opinión del Relator no es necesaria la *responsabilidad previa* sobre la base de otro fundamento de atribución y en relación con la violación de una obligación internacional distinta. O, lo que es lo mismo, con independencia de otros fundamentos de atribución, el reconocimiento es por sí solo elemento atributivo de responsabilidad por hechos cometidos con anterioridad. Así lo entendió y lo recogió la CDI en su comentario cuarto a la disposición finalmente aprobada. En efecto, tras aludir a la sentencia de la Corte en este asunto, la Comisión advirtió que «en otros casos no existe esa responsabilidad anterior». Asimismo, coincidiendo con la opinión de CRAWFORD¹⁵, en el comentario se indica que en estos supuestos existen «buenas razones para darle efecto retroactivo, cosa que la Corte hizo en el arbitraje de los *Faros*». La Comisión justifica esta solución en el hecho de que la misma «permite evitar lagunas en el alcance de la responsabilidad» al entender que se trata de «un mismo hecho que continúa»¹⁶. Como veremos más adelante, existen razones para pensar que, debido a la conclusión finalmente alcanzada por la CIJ, el criterio propuesto se configuró e incluyó en la obra codificadora como un fundamento de atribución de *carácter supletorio*.

Tras referirse a los precedentes indicados¹⁷, el profesor australiano recordó que existen supuestos en la práctica internacional donde un Estado hace suyo un comportamiento que no le es atribuible sobre la base de otros criterios, como ocurre cuando en los conflictos civiles una administración o un territorio que escapa al control del Estado, pero en el marco del acuerdo de paz, el Gobierno ratifica los hechos ocurridos en ese territorio y acepta la responsabilidad por ellos. A su juicio, era necesario incluir una norma que cubriese los casos donde un Estado *convalida comportamientos que no son suyos*. Adicionalmente, consideró preciso que al formular el criterio se distinguiese claramente entre la *mera aprobación* de una situación y el hecho de *hacerla propia*. O, en otros términos, el criterio debía diferenciar los comportamientos que son *simplemente aprobados* por el Estado y los que son *realmente legitimados* por él.

En este sentido, y aun admitiendo que el Tribunal de La Haya utiliza términos como *aprobación* o *apoyo*, en su opinión éstos debían ser desechados pues su uso supondría una ampliación excesiva del criterio de atribución que debía recogerse en el proyecto. Dicha posición vendría dada por la existencia de situaciones en el marco de controversias internacionales donde los Estados adoptan posiciones sobre el carácter deseable de un

¹⁴ La CDI, siguiendo a CRAWFORD, indica en sus comentarios que: «En este caso no tenía importancia si la ‘aprobación’ del comportamiento de los militantes tenía simplemente un efecto prospectivo o si hacía que el Estado del Irán fuera responsable de todo el proceso de ocupación de la Embajada y detención de su persona *ab initio*. La República Islámica del Irán ya había sido declarada responsable en relación con el periodo anterior con un fundamento jurídico diferente». Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones, A/56/10..., *loc. cit.*, p. 111, par. 4.

¹⁵ Primer Informe preparado por J. CRAWFORD, reproducido íntegramente en el ACIDI, 1998, vol. II, 1ª parte..., *loc. cit.*, p. 54, par. 280.

¹⁶ Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones, A/56/10..., *loc. cit.*, p. 111, par. 4.

¹⁷ Como tendremos ocasión de señalar, en el comentario aprobado por la Comisión al artículo 11 del Proyecto CDI de 2001 se añadió a los casos mencionados un precedente de la práctica estatal, el asunto *Eichmann* (1960).

comportamiento determinado, posiciones que pueden equivaler a aprobación o apoyo pero que claramente no entrañan ninguna *presunción de responsabilidad*. Así, en la disposición propuesta debía utilizarse la expresión «hacer propio», pues al mismo tiempo entraña la idea de que el Estado *efectivamente reconoce* el comportamiento como si hubiera sido realizado por sus órganos. Además, propuso que se evitase en este contexto el término *ratificación* — aunque él mismo lo había utilizado en su primer informe— al entender, por un lado, que dicho término podría tener otras connotaciones formales en el Derecho de los tratados y en el Derecho constitucional de muchos Estados y, por otro, por considerar que en este contexto el hecho de hacer propio un comportamiento puede *no ser formal e inferirse del comportamiento*¹⁸.

En último lugar, CRAWFORD quiso recordar que se trata de un criterio de atribución del comportamiento, cuya finalidad, como tal, es la determinación de la existencia del *elemento subjetivo* y que, por tanto, además de confluir este elemento es necesaria la concurrencia del *elemento objetivo* para que surja la responsabilidad internacional del Estado. Esto es, si un Estado a través de su propio comportamiento hace suyo un hecho es necesario concluir que, con el mismo, el Estado en cuestión está violando sus propias obligaciones internacionales en el momento que corresponda¹⁹. Así las cosas, y pese a las dudas que como veremos planearon y planean sobre este criterio de atribución, finalmente se alcanzó un acuerdo general en el seno de la Comisión²⁰ respecto de la necesidad de incluirlo en términos muy próximos a los propuestos por el Relator²¹. De este modo, el artículo 11 del Proyecto CDI de 2001 establece expresamente que:

«El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio».

¹⁸ Primer Informe preparado por J. CRAWFORD, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 1ª parte..., *loc. cit.*, pp. 54-55, par. 281. La Comisión en sus comentarios quiso insistir en esta distinción al señalar que «las palabras ‘reconozca y adopte’ del artículo 11 dejan bien sentado que es necesario algo más que un reconocimiento general de una situación de hecho, que es preciso más bien que el Estado reconozca ese comportamiento y lo haga suyo». Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones, A/56/10..., *loc. cit.*, p. 112, par. 6.

¹⁹ Como indicó el Relator y se incluyó en los comentarios de la Comisión, son «las obligaciones internacionales del Estado que adopta el comportamiento [...] el criterio para determinar la ilicitud. El comportamiento puede haber sido lícito en lo que respecta a su autor, o éste puede haber sido un particular cuyo comportamiento en ese caso no se regía por el derecho internacional. De igual modo, el Estado que adopta o reconoce un comportamiento que es lícito en el ámbito de sus propias obligaciones internacionales no asume con ello la responsabilidad de los hechos ilícitos de cualquier otra persona o entidad». Primer Informe preparado por J. CRAWFORD, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 1ª parte..., *loc. cit.*, p. 55, par. 282; e Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones, A/56/10..., *loc. cit.*, p. 113, par. 7.

²⁰ Véase al respecto el Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 50º periodo de sesiones (20 de abril - 12 de junio y 27 de julio - 14 de agosto de 1998), reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 2ª parte, Documentos Correspondientes al Quincuagésimo Periodo de Sesiones, A/53/10, pp. 94-95, párs. 445 a 451.

²¹ Según la disposición propuesta por el profesor australiano: «El comportamiento que no es atribuible a un Estado en virtud de los artículos 5, 7, 8, 9 ó 15 se considerará hecho de ese Estado sólo y en la medida en que el Estado ulteriormente reconozca o adopte ese comportamiento como propio».

Al proponer esta fórmula CRAWFORD insistió especialmente en la finalidad de incluir la expresión «en la medida en que», con el objetivo de transmitir *tres ideas básicas*: i) el comportamiento de personas privadas o entidades *no es atribuible* al Estado «a menos que figure en otro artículo del capítulo II, o a menos que haya sido *adoptado o reconocido*»; ii) el *reconocimiento de responsabilidad* no necesariamente tiene que hacerse respecto a la totalidad del comportamiento, pues es posible que venga referido a una parte; y iii) la adopción o el reconocimiento -mediante palabra o comportamiento- tiene que ser *claro e inequívoco*²².

En lo que atañe a la segunda de las ideas apuntadas, los términos utilizados por el Relator seguramente *puedan inducir a error*²³. El criterio finalmente recogido en el artículo 11 del Proyecto CDI de 2001 es una regla que supone un reconocimiento *a posteriori* de los actos de los particulares o, lo que es lo mismo, aplicable a supuestos donde el Estado *hace suyo el comportamiento de personas o entidades ajenas al aparato estatal*. De este modo, el comportamiento realizado por personas privadas pasa a considerarse *hecho del Estado*, y de ahí su inclusión en el capítulo II de la obra codificadora. Así, este criterio no tiene por finalidad *atribuir responsabilidad internacional* al Estado por el comportamiento (acción u omisión) adoptado por sus órganos respecto del hecho de los particulares²⁴ -la denominada *responsabilidad por catálisis*²⁵-. Al mismo tiempo, el criterio que comentamos tampoco

²² Primer Informe preparado por J. CRAWFORD, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 1ª parte..., *loc. cit.*, p. 58, par. 284.

²³ Exactamente, los términos empleados fueron los siguientes: «un Estado podría reconocer la responsabilidad de un comportamiento sólo en cierta medida». *Ídem*.

²⁴ En el Proyecto CDI de 1996 estos supuestos aparecían también incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición contenida en el artículo 11, la cual fue suprimida en la revisión elaborada por CRAWFORD, al igual que sucedió con el resto de disposiciones que contenían *criterios negativos de atribución o normas de atribución negativa*. Tal disposición se calificó de *innecesaria* en la medida en que tales supuestos son reconducibles al *principio básico de atribución* conforme al cual el Estado responde de la actuación de sus órganos (art. 4 Proyecto CDI de 2001).

²⁵ En 1972, el Relator Roberto AGO se refirió por primera vez a este tipo de supuestos haciendo uso de la expresión «*elemento catalizador*». Concretamente, tras recordar el principio de no atribución al Estado del comportamiento de los particulares, el profesor italiano se refirió al hecho de que tales actos lesivos podían hacer surgir en ocasiones un hecho internacionalmente ilícito del Estado, por haber existido un *comportamiento de los órganos estatales*. Para referirse a este tipo de supuestos, puso como ejemplo el caso del particular que penetra en una embajada y comete en su interior una serie de estragos y destrozos. En tal supuesto, aunque al Estado «se le hubiese acusado» de haber faltado a la obligación de cuidar con la diligencia necesaria el recinto de la Misión Diplomática, el hecho del particular sería exclusivamente un *acontecimiento exterior* y ajeno a la conducta del Estado. Lo cual no implica que dicho acontecimiento no pudiese acarrear la responsabilidad del Estado, pero aquél actuaría desde fuera, como «*elemento catalizador*» de la ilicitud de la conducta de los órganos estatales, que consistiría en la violación de su obligación de protección -en este caso del deber de prevención-. En los últimos años el uso de esta expresión se ha extendido en la doctrina. Así, muchos autores se refieren a estos supuestos como «*responsabilidad por catálisis*», como lo hace DE FROUVILLE. No obstante, también hay quienes prefieren utilizar el término «*detonante*» como es el caso de WOLFRUM, al sostener que «the private conduct only constitutes the trigger for the international responsibility but it is the conduct of state officials or the lack of conduct which counts». El objetivo último de cualquiera de estas expresiones es poner de manifiesto que la responsabilidad del Estado surge por un *ilícito distinto* al cometido por los particulares, concretamente, por el hecho ilícito de sus órganos. Véanse Cuarto Informe preparado por R. AGO, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1972, vol. II, Documentos Correspondientes al Vigésimo Cuarto Período de Sesiones, A/CN.4/264, p. 103, par. 65; DE FROUVILLE, O., «Attribution of Conduct to The State: Private Individuals», en *The Law of International Responsibility*, (Eds.) Crawford, J., Pellet, A. y Olleson, S., Oxford University Press, New York, 2010, pp. 257-280, [p. 278]; y WOLFRUM, R., «State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance», en

viene referido a la responsabilidad internacional en la que puede incurrir un Estado por su *implicación o participación* en los actos de otro sujeto -hipótesis reguladas en el capítulo IV del Proyecto CDI de 2001 relativas a la participación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado- pues conforme a la lógica del proyecto, tal implicación -v.g. ayuda o asistencia- no acarrea la atribución del comportamiento ajeno sino una responsabilidad menor por participar o implicarse en el hecho de otro sujeto. Seguramente sea por estos motivos, por lo que si bien incluyó íntegramente en su comentario octavo del precepto las tres ideas indicadas por el Relator, la CDI estimó oportuno y necesario sustituir los términos utilizados por CRAWFORD por los siguientes: «el Estado puede *reconocer y adoptar un comportamiento* sólo en cierta medida» (cursivas añadidas)²⁶.

Como veremos en las siguientes líneas, es el del artículo 11 un *criterio controvertido* cuya inclusión en el proyecto mantiene dividida a la doctrina. Donde tanto *defensores* como *detractores* coinciden en la *escasez de precedentes* que sustentaron su incorporación en la obra codificadora²⁷. Ahora bien, los problemas que planean sobre él van más allá de la falta de jurisprudencia al respecto y de las dudas que a su vez se ciernen sobre los precedentes esgrimidos por CRAWFORD. Si los precedentes citados pretenden respaldar la atribución del comportamiento en supuestos donde la adopción y el reconocimiento tienen lugar de *forma expresa*, mayores son las dudas suscitadas sobre el asunto citado por la Comisión en sus comentarios como ejemplo de la adopción y el reconocimiento de un comportamiento de *forma implícita*. Su carácter polémico bien podría derivarse de su efecto de resurrección de ciertos debates que se mantenían cerrados. Nos estamos refiriendo a las *teorías* que durante tres siglos se han esgrimido para fundamentar la responsabilidad del Estado en relación con los actos de los particulares. Si la *teoría clásica de la complicidad*²⁸ parecía haber sido reemplazada por la *teoría objetiva o positivista*²⁹, tal y como mantiene algún sector

International Responsibility Today, Essays in Memory of Oscar Schachter, (Ed.) Ragazzi, M., Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 423-434, [p. 425].

²⁶ Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones, A/56/10..., *loc. cit.*, p. 113, par. 8.

²⁷ A modo de ejemplo CONDORELLI y KRESS -siguiendo a GRIEBEL- señalan que «it is very doubtful whether it has a sufficiently solid basis in international practice». CONDORELLI, L., Y KRESS, C., «The Rules of Attribution: General Considerations», en *The Law of International Responsibility*, (Eds.) Crawford, J., Pellet, A. y Olleson, S., Oxford University Press, New York, 2010, pp. 221-235, [p. 231].

²⁸ La *teoría clásica de la complicidad* formulada en el siglo XVII por GROCIO surgió como el primer límite a la responsabilidad absoluta del Estado por los comportamientos adoptados por sus órganos y súbditos frente a otro Estado. Con su formulación surge el principio de no atribución al Estado del comportamiento de los particulares cometidos en su territorio, principio que en su concepción originaria se complementaba con la afirmación según la cual el Estado que incumple sus obligaciones de prevención y/o de represión en relación con esos hechos se le considera *cómplice* de los mismos y, en consecuencia, debe responder de los hechos cometidos por aquéllos.

²⁹ Desde el siglo XX hasta la actualidad la concepción dominante es la *teoría objetiva o positivista*, que en el ámbito de la responsabilidad del Estado por los hechos de los particulares proclama como regla general —al igual que la *teoría clásica de la complicidad*— el principio de no atribución al Estado del comportamiento de los particulares. Sin embargo, a diferencia de aquélla, considera que el *fundamento* de la responsabilidad internacional del Estado ante la falta de prevención y/o represión de sus órganos en relación con los hechos de aquéllos, arranca exclusivamente de la *actitud observada por sus órganos* al respecto, pudiendo ser así considerado responsable por la violación de su deber general o específico de protección y *no* por la *idea de complicidad* en relación con la actuación de los particulares.

doctrinal, su inclusión en el proyecto supone un *retorno* o un *acto de resucitación* de los postulados de aquella³⁰. Veamos el porqué de esta afirmación.

III. LA CONEXIÓN DEL RECONOCIMIENTO CON EL CRITERIO DE ATRIBUCIÓN AL ESTADO DEL COMPORTAMIENTO DE LOS PARTICULARES (ART. 8)

De las diversas cuestiones planteadas en el seno de la CDI en torno al criterio de atribución objeto del presente estudio, merece algún comentario la promovida por BENNOUNA. El profesor marroquí manifestó ante la Comisión sus dudas y reservas en cuanto a que dicho precepto estableciese una responsabilidad *ex post facto*. En su opinión, esta disposición debía indicar con claridad que el reconocimiento ulterior de un comportamiento por el Estado constituía «un elemento de prueba pero no de atribución»³¹. Dicha afirmación se justificaba en la idea según la cual la responsabilidad internacional del Estado queda comprometida en el momento de la comisión de los hechos y no en el instante en el que tiene lugar el reconocimiento. A su juicio, los hechos se atribuyen al Estado cuando se producen, de tal modo que su reconocimiento ulterior por el Estado más que un *criterio de atribución* del comportamiento es un *medio probatorio*. CRAWFORD respondió señalando que en la medida en que tenga lugar el reconocimiento o la adopción del comportamiento por parte del Estado, la cuestión de la atribución deja de plantearse y, en consecuencia, no es necesario atender a ella³². Cabe pensar que el Relator pretendía sostener la *autonomía e independencia* de este fundamento de atribución respecto de otros criterios consagrados en la obra codificadora, especialmente, el contenido en el artículo 8 del Proyecto CDI de 2001³³.

Pese a ello, BENNOUNA insistió en su idea y propuso que en la fórmula final se distinguiesen las *dos situaciones distintas* que este criterio podría cubrir. Por un lado, cuando «un Estado hace suyo un comportamiento que no le es atribuible» y, por otro, cuando «el comportamiento ulterior de un Estado [...] demuestra que se le puede atribuir un comportamiento anterior»³⁴. Esta concepción del criterio condujo a que en el seno de la CDI se admitiese que el nuevo criterio

³⁰ En este sentido se pronuncian autores como LOZANO CONTRERAS o DE FROUVILLE. El primero, sostiene que se trata de un paso atrás en la teoría de la atribución y un *retorno* a la vieja concepción o *teoría de la complicidad* del Estado; mientras que el segundo, afirma que CRAWFORD *resucitó* la hipótesis de la ratificación o aprobación planteada por VATTEL en su variante a la teoría grociana. Véanse LOZANO CONTRERAS, J. F., *La noción de debida diligencia en el Derecho internacional público*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 99; y DE FROUVILLE, O., «Attribution of Conduct to The State...», *op. cit.*, pp. 273-274.

³¹ BENNOUNA, M., *ACDI*, 1998, vol. I, Actas resumidas del decimocuarto periodo de sesiones (20 de abril - 12 de junio y 27 de julio - 14 de agosto de 1998), A/CN.4/SR.2539, p. 274, pará. 57.

³² CRAWFORD, J., *ACDI*, 1998, vol. I, Actas resumidas..., *loc. cit.*, A/CN.4/SR.2556, p. 275, pará. 62.

³³ En la actualidad, la CDI ha consagrado en esta disposición el criterio que rige la atribución del comportamiento de los particulares al Estado. Concretamente, la misma establece que: «Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento».

³⁴ CRAWFORD, J., *ACDI*, 1998, vol. I, Actas resumidas..., *loc. cit.*, A/CN.4/SR.2556, p. 275, pará. 66.

«[...] debía ocuparse de los casos en que el reconocimiento del comportamiento anterior equivalía a una forma de reconocimiento de la situación existente, por ejemplo, cuando tenía un valor probatorio, en oposición a los casos en que la adopción del comportamiento ocurría *de novo* sin ninguna participación anterior por parte del Estado»³⁵.

Esto es, en la Comisión parece aceptarse que el criterio de atribución recogido en el artículo 11 del Proyecto CDI de 2001 en la práctica puede cumplir una *doble función*. De una parte, como *criterio autónomo* de atribución de un comportamiento que el Estado *adopta* como propio, en supuestos donde no ha sido posible concluir que se trataba de un *hecho del Estado*; de otra, como *medio probatorio*, en supuestos donde el Estado *reconoce* un comportamiento respecto del cual existían *indicios* de ser un hecho del Estado pero sin que hubiese sido posible demostrarlo³⁶.

La posición de BENNOUNA, así como la lectura realizada por los miembros de la CDI del criterio propuesto por CRAWFORD, tiene su *origen en los debates que tres décadas* atrás se suscitaron en el seno de la Comisión. Así es, pese a que suele atribuirse la propuesta de este criterio al profesor de Cambridge³⁷, la inclusión de una disposición similar se sugirió en la CDI en la década de los setenta con motivo de los *problemas probatorios* existentes en torno al criterio de atribución contenido en el artículo 8 a) del Proyecto CDI de 1996³⁸ (actual artículo 8 Proyecto CDI de 2001), más concretamente, en los casos donde el Estado *encarga* a los particulares la ejecución de una misión o tarea. Tales propuestas, fundadas en los postulados de la *teoría clásica de la complicidad*, fueron rechazadas tajantemente por AGO mientras que CRAWFORD parece haberlas resucitado y la CDI ha acabado por darles finalmente carta de naturaleza con su entrada en el proyecto.

Como es sabido, el principal escollo en la práctica del criterio de atribución del comportamiento contenido en el artículo 8 del Proyecto CDI de 2001 se encuentra en la *dificultad de probar* que una persona o un grupo de personas han actuado efectivamente *en nombre del Estado*³⁹. Frente a esta dificultad, una de las posibles soluciones que se barajaron

³⁵ CRAWFORD, J., Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 50º periodo de sesiones, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1998, vol. II, 2ª parte..., *loc. cit.*, p. 94, par. 442.

³⁶ De los comentarios aprobados al artículo 11 del Proyecto CDI de 2001 es fácil inferir esta *doble función* al indicar expresamente la Comisión que: «El artículo 11, en cambio, prevé la atribución al Estado de un comportamiento que no le era atribuible, o podía no haberlo sido, en el momento de la comisión del hecho, pero que ulteriormente el Estado reconoce y adopta como propio». Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones, A/56/10..., *loc. cit.*, p. 109, par. 1.

³⁷ Así por ejemplo, MORENO FERNÁNDEZ sostiene en relación con el artículo 11 del Proyecto CDI de 2001 que: «[...] a pesar de que este artículo fue propuesto por primera vez por el Relator Crawford, su fórmula aparece contenida en la *segunda fase del Asunto diplomático*». MORENO FERNÁNDEZ, A. G., «La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización», *REEI*, núm. 12, 2006, pp. 1-44, [p. 9].

³⁸ Exactamente, el artículo 8 a) del Proyecto CDI de 1996 disponía que: «Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si: [...] consta que esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado».

³⁹ Aun siendo muy variados los supuestos de hecho que caen bajo el criterio de atribución consagrado en el artículo 8 del Proyecto CDI de 2001, suelen distinguirse *dos grupos* de situaciones claramente diferenciadas: *i)* el *encargo* por el Estado de la ejecución de una tarea a los particulares; y *ii)* personas que, en calidad de auxiliares o voluntarios, se encuentran *bajo la autoridad o el mando* de un órgano estatal. En lo que atañe al primer grupo de supuestos, se plantean principalmente *problemas probatorios* en la medida en que el Estado se

en la CDI fue el recurso a la *teoría clásica de la complicidad*. Ante la imposibilidad de probar que el Estado había encargado la realización de un comportamiento a personas ajenas a su estructura orgánica, las propuestas iban encaminadas a tener en cuenta la *actuación posterior* del Estado, de modo que, si aprobaba *a posteriori* la actuación de los particulares, debería entenderse que éstos *actuaron en su nombre o por su cuenta*.

Concretamente, tras señalar que las situaciones previstas en el artículo 8 a) del Proyecto CDI de 1996 eran excepcionales, TSURUOKA afirmó que «la mayoría de las veces, los hechos previstos en esta disposición sólo pueden atribuirse al Estado cuando éste acepta tal atribución, antes o después del acto»⁴⁰. No fue el único miembro de la Comisión que señaló esta idea⁴¹. Sin embargo, el resto de miembros que lo hicieron fundamentaron su posición en la *teoría de la condonación*⁴². Así, VALLAT sostuvo que en relación con la atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan *por su cuenta*, la situación era análoga a la de *encomienda de negocios* y completamente diferente del *empoderamiento* como titular de una función pública. En su opinión, se trataba de una diferencia crucial. Además, se refirió a la opinión del Gobierno argentino en el asunto *Eichmann* (1960) según la cual:

«[...] aun admitiendo la idea de que los voluntarios hubiesen actuado sin saberlo el Gobierno israelí, de todas formas era patente que este último había aprobado seguidamente el hecho consumado»⁴³.

sirve en la ejecución de una tarea o el desarrollo de una actividad de particulares por tratarse, en general, de encomiendas ilícitas de realizarse por sus propios órganos. La parte que intente probar el *encargo* tropezará generalmente con serias dificultades para demostrar la existencia de la *orden emitida* por el Estado, quien en este tipo de supuestos acostumbra a encontrarse *en la sombra*. No obstante, si bien resulta muy gravoso para la parte demandante probar que dicho encargo ha tenido lugar, se trata de la concreción de la regla general sobre la *carga de la prueba*. A pesar de ello, si es posible *demostrar* que un Estado *encarga la realización de un acto* a unos particulares, y éste es contrario a una obligación por la que aquél está vinculado internacionalmente, el hecho en cuestión le es atribuible al margen del territorio, propio o ajeno, en el que tenga lugar la ejecución de la misión encomendada.

⁴⁰ TSURUOKA, S., *ACDI*, 1974, vol. I, Actas resumidas del vigésimo sexto periodo de sesiones (6 de mayo - 26 de julio de 1974), A/CN.4/SR.1258, p. 38, par. 33.

⁴¹ Parece claro que TSURUOKA se estaba refiriendo a la *teoría clásica de la complicidad*. De hecho, al considerar que la *aceptación* podía tener lugar *antes* o *después* del hecho, sus palabras recuerdan a los términos de *patentia* y *receptus* de GROCCIO, donde el Estado es responsable del hecho cometido por los particulares si *antes* de su comisión no lo previene o si *después* no lo castiga.

⁴² Variante de la *teoría clásica de la complicidad* centrada en la complicidad del Estado en los hechos de los particulares por su actuación posterior, esto es, por no haber cumplido con su *obligación de represión*.

⁴³ Adolf Eichmann, fue un súbdito alemán perseguido por crímenes contra la humanidad, secuestrado en Argentina por un grupo de nacionales israelíes y trasladado a Israel para ser juzgado. El Gobierno de Tel-Aviv, en todo momento —incluso ante el Consejo de Seguridad— negó su participación en los hechos afirmando que el secuestro había sido obra de un grupo de voluntarios que habían actuado espontáneamente. Argentina denunció la violación de su soberanía esgrimiendo que, aún en el caso de que los particulares no fuesen emisarios de Israel, el Estado *había aprobado* con posterioridad el comportamiento de los particulares y se había *solidarizado* con sus autores. De este modo, el Gobierno argentino esgrimía argumentos próximos a los postulados de la *teoría clásica de la complicidad*, al alegar que Israel debía responder del acto de los particulares por haber aprobado *a posteriori* el hecho o, lo que es lo mismo, mediante el apoyo del acto de los particulares Israel lo *hizo suyo*. Sobre este asunto puede verse el Tercer Informe preparado por R. AGO, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1971, vol. II, 1ª parte, Documentos Correspondientes al Vigésimo Tercer Periodo de Sesiones, A/CN.4/246, p. 287, par. 193.

En consecuencia, mantuvo que esta tesis se basaba «implícitamente en los dos conceptos clásicos de la facultad de obrar y la aprobación ulterior de los actos realizados sin estar facultado para ello»⁴⁴. En opinión de VALLAT la regla contenida en el artículo 8 a) abarcaba *dos supuestos diferentes*: i) aquellos en los cuales el particular ha *recibido la facultad* del Estado para actuar; y ii) aquellos otros en los que, en defecto de esa facultad, existe *aprobación o ratificación* ulterior del acto por el Estado. La interpretación por tanto que debía hacerse de la expresión «actuar por cuenta de» es que la misma cubriría tanto los casos en que el particular está facultado mediante un *encargo o mandato*, como de no ser así, aquéllos en que el Estado aprueba *a posteriori* el hecho del particular⁴⁵.

En términos similares, RAMANGASOAVINA advirtió que la principal distinción entre los supuestos de los artículos 6 y 7 del Proyecto CDI de 1996, en relación con los contemplados en el artículo 8 a) del mismo texto, radica en que en los primeros, la atribución de los hechos al Estado tiene lugar de forma *automática*, mientras que en los segundos es necesario proceder a un análisis y una evaluación de la situación. En tales casos, el Tribunal tiene que determinar «si la persona de que se trata ha actuado efectivamente por cuenta del Estado cuya responsabilidad está en juego». A tal fin, se refirió a la *posterior aprobación* mediante la comparación de tales situaciones con los *actos putativos* —actos manifiestamente ilegales que después son confirmados por las autoridades competentes—, poniendo a tal efecto como ejemplo los secuestros de personas realizados por particulares que ulteriormente son detenidas y enjuiciadas por los órganos estatales de acuerdo con la máxima «*male captus bene detentus*»⁴⁶.

Ahora bien, la intervención de QUENTIN-BAXTER plantea ciertas dudas en cuanto a la idea manejada por los anteriores miembros de la Comisión en relación a la *posterior aprobación* del Estado de los hechos cometidos por particulares. Como hemos señalado, los miembros a los que nos hemos referido aluden a la *aprobación ulterior* por parte de un Estado de un hecho cometido por particulares con los que inicialmente —en el momento de la comisión del hecho— no existe ningún vínculo formal. Sin embargo, al referirse a estas opiniones QUENTIN-BAXTER aludió a una cuestión distinta. La interpretación que este miembro de la Comisión realizó de las observaciones iniciales sostenidas por VALLAT fue que el Estado posteriormente reconocía a la persona o al grupo de personas la *calidad de órgano o agente del Estado*⁴⁷.

Como hemos adelantado, AGO mostró su rechazo a introducir en el artículo 8 a) del Proyecto CDI de 1996 conceptos tales como *autorización, aprobación, reconocimiento o ratificación posterior* de un hecho. A su juicio, era necesario limitarse a determinar si el particular había actuado o no *por cuenta del Estado*, «sea cual fuese la actitud» de este último⁴⁸. De esta manera, en la expresión «por cuenta de» no cabrían aquellos supuestos en los que, sin haber tenido ningún tipo de intervención previa, el Estado *aprobaba con*

⁴⁴ VALLAT, F., *ACDI*, 1974, vol. I, Actas resumidas..., *loc. cit.*, A/CN.4/SR.1259, p. 39, par. 2.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 39, par. 4.

⁴⁶ RAMANGASOAVINA, A., *ibid.*, p. 39, par. 7.

⁴⁷ QUENTIN-BAXTER, R., *ibid.*, p. 41, par. 19. Resulta difícil compartir esta opinión, pues aun partiendo de los postulados de la *teoría clásica de la complicidad*, en estos supuestos se entiende que el Estado cómplice *hace suyo* el hecho del particular, pero sin que por ello los particulares *adquieran la condición* de órganos estatales.

⁴⁸ AGO, R., *ACDI*, 1974, vol. I, Actas resumidas..., *loc. cit.*, A/CN.4/SR.1260, p. 49, par. 27.

posterioridad la actuación del particular. No obstante, reiteró que en estos casos el principal problema es la *prueba*, debido a que en la práctica los Estados no discuten el principio en cuestión «sino que [...] niegan que el hecho incriminado arranque de ellos». Es más, el profesor italiano reconoció que en situaciones de este tipo es más difícil aportar la prueba al tener que demostrar «un hecho que el Estado trataba de disimular»⁴⁹. De este modo, se vetaba la entrada en el proyecto de fundamentos de la responsabilidad internacional del Estado propios de la *teoría clásica de la complicidad*, consagrándose en el Proyecto CDI de 1996 la *teoría objetiva o positivista* tanto en el artículo 8 a) como en el extinto artículo 11—

Buena muestra de la relación entre el nuevo criterio de atribución que venimos examinando con las cuestiones que acabamos de analizar, es el hecho de que la Comisión, en sus comentarios al actual artículo 11 del Proyecto CDI de 2001, decidiera incluir como precedente de la práctica estatal el asunto *Eichmann* (1960). Este asunto dividió a la doctrina en cuanto al fundamento de atribución hasta que, finalmente, Israel reconoció que el «grupo de voluntarios» que secuestró al ex oficial nazi en territorio argentino eran miembros de su servicio de inteligencia exterior —el *Mossad*—⁵⁰. No obstante, en lo que atañe al criterio objeto de estudio consideramos reveladoras las palabras utilizadas por la CDI en relación con este asunto, pues confirman la *función probatoria* del criterio anteriormente apuntada, al mismo tiempo que se aproximan a los postulados de la *teoría clásica de la complicidad*. Concretamente, en el comentario quinto la CDI afirma que:

«Es posible que quienes capturaron a Eichmann hubiesen actuado ‘de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control’ de Israel, y en tal caso era más adecuado atribuir su comportamiento a dicho Estado a tenor del artículo 8. Pero *si existen dudas* acerca de si cierto comportamiento corresponde al artículo 8, *la adopción ulterior* por el Estado de dicho comportamiento *las disipa*» (cursivas añadidas)⁵¹.

⁴⁹ *Ídem*.

⁵⁰ Como es sabido, el 23 de junio de 1960, el Consejo de Seguridad aprobó su Resolución 138 (1960) en la que señaló los peligros que entraña la repetición de actos semejantes para la paz y la seguridad internacionales, al tiempo que requería al Gobierno de Israel para que otorgase una *reparación adecuada* «de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y las normas del derecho internacional». Finalmente, y tras el comunicado conjunto de los dos Gobiernos de 3 de agosto de 1960, Eichmann fue juzgado en Israel y condenado a morir en la horca por crímenes contra la humanidad mediante sentencia de 15 de diciembre de 1961. Tendrían que pasar cuarenta y cinco años para que Israel reconociese oficialmente que el *Mossad* fue quien llevó a cabo el secuestro del ex oficial nazi en territorio argentino. No obstante, antes de este reconocimiento —momento a partir del cual quedaría probado que estábamos ante un hecho internacionalmente ilícito cometido por órganos estatales atribuible por aplicación del criterio básico de atribución (art. 4 Proyecto CDI de 2001)— no era pacífico el *fundamento de atribución* esgrimido por la doctrina para justificar la responsabilidad internacional de Israel. El debate giraba en torno a si estábamos en presencia de un supuesto de particulares que actuaban *en nombre del Estado* de conformidad con lo establecido en el actual artículo 8 del proyecto o, por el contrario, de un caso donde al Estado de Israel no se le atribuía el comportamiento de los particulares sino que se trataba de un supuesto de *responsabilidad por catálisis*, habiendo incurrido en responsabilidad internacional por la violación de sus obligaciones internacionales respecto a la no represión de los autores que se encontraban bajo su jurisdicción.

⁵¹ Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones, A/56/10..., *loc. cit.*, pp. 111-112, pará. 5.

Pese a que éstas son las conclusiones alcanzadas por la Comisión en 2001, sobre cuándo es posible deducir que un Estado con su comportamiento ha *hecho suya* la actuación de los particulares, las mismas no parecen encontrarse en consonancia con la jurisprudencia de la CIJ. Como veremos a continuación, a pesar de las dudas que existieron en el asunto del *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán* (1980) a la hora de considerar a los estudiantes como agentes *de facto* del Estado iraní, el reconocimiento y adopción por parte de las autoridades estatales no llevó a la Corte a tomar su decisión de conformidad con los postulados de la *teoría clásica de la complicidad*, sino conforme a los postulados de la *teoría objetiva o positivista*. Es decir, el citado órgano no consideró a Irán responsable por los hechos de los particulares, sino por la actuación de sus propios órganos en relación con esos hechos contemplada desde la óptica de las obligaciones de prevención y represión que incumben a estos últimos.

IV. UN CRITERIO CONTROVERTIDO FUNDAMENTADO EN PRECEDENTES DUDOSOS

A la *escasez de precedentes* invocados para sustentar el criterio que venimos examinando, se añaden las *dudas* que se han suscitado sobre los esgrimidos por CRAWFORD para justificar su inclusión. En relación con el primero, el asunto relativo a la *Concesión de los Faros del Imperio Otomano* (1956), se trata de un supuesto de *sucesión de Estados* donde cabe sostener que la responsabilidad internacional de Grecia pudo fundarse sencillamente en el principio básico conforme al cual el Estado responde de la actuación de sus órganos, al violar éstos sus obligaciones conforme al Derecho internacional. Sin embargo, la interpretación que parece realizar el profesor australiano de este asunto es similar al tratamiento que merecen los *hechos internacionalmente ilícitos de carácter continuo o continuado*⁵², obviando que nos encontramos en un supuesto donde existen *dos sujetos diferentes que de manera sucesiva* en el tiempo cometen cada uno de ellos un hecho internacionalmente ilícito. Sólo en la hipótesis de que el hecho ilícito hubiese sido cometido por un único Estado, al tratarse de una violación continuada en el tiempo, sí que debería tratarse como un ilícito continuado. Por ello, resulta difícil compartir con el profesor australiano que este asunto pueda ser un precedente sólido para fundamentar el criterio de atribución objeto de estudio⁵³.

⁵² Estamos ante un *hecho ilícito continuo o continuado* cuando el comportamiento que viola una obligación internacional se desarrolla como tal en el tiempo con un carácter de permanencia. Como ejemplos de este tipo de hecho ilícito pueden citarse, la no derogación de una ley por un Estado que estuviese obligado internacionalmente a hacerlo, la ocupación continuada e indebida del territorio de otro Estado o los supuestos de desaparición forzada. Sobre los distintas categorías o tipos de hechos ilícitos —instantáneo, continuado, instantáneo de efectos continuados, complejo y compuesto— manejados por la CDI en el dilatado proceso codificador de la responsabilidad internacional del Estado, puede verse Quinto Informe preparado por R. AGO, reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1976, vol. II, 1ª parte, Documentos Correspondientes al Vigésimo Octavo Periodo de Sesiones, A/CN.4/291 y Add.1 y 2, p. 25, par. 67; e Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 28º periodo de sesiones (3 de mayo - 23 de julio de 1976), reproducido íntegramente en el *ACDI*, 1976, vol. II, 2ª parte, Documentos Correspondientes al Vigésimo Octavo Periodo de Sesiones, A/31/10, p. 92, par. 22.

⁵³ Recuértese el comentario realizado por el Relator en este supuesto: «[...] si el Estado sucesor, ante la continuación de un comportamiento ilícito en su territorio, apoya y continúa esa situación, se puede inferir fácilmente que ha asumido la responsabilidad de ese comportamiento ilícito».

La posición del Relator es *asumida con cautelas* por la CDI al indicar, en un primer momento, que «en el contexto de la sucesión de Estados, no está claro si el nuevo Estado sucede en la responsabilidad del Estado predecesor con respecto a su territorio», señalando acto seguido que «si el Estado sucesor, frente a un hecho ilícito continuo en su territorio, acepta y mantiene la situación, se podrá fácilmente deducir que asume la responsabilidad de ese hecho»⁵⁴. En nuestra opinión, en este supuesto no resultaba necesario esgrimir un nuevo fundamento de atribución, salvo que se buscara hacer responsable al Estado del hecho internacionalmente ilícito con *carácter retroactivo*, esto es, que el nuevo Estado suceda al Estado predecesor en la responsabilidad internacional en que este último hubiese incurrido. En ese caso, más que un criterio de atribución aplicable con carácter general, estaríamos ante el *tratamiento específico* de estos supuestos en el marco de las *normas relativas a la sucesión de Estados*.

En lo que respecta a la sentencia de la CIJ en el asunto del *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán* (1980), se trata de un pronunciamiento que ha sido objeto de múltiples interpretaciones, lo cual no es de extrañar, pues es cierto que los argumentos que maneja son de difícil aprehensión. Así, y en la medida en que se trata del principal precedente esgrimido por CRAWFORD, iusinternacionalistas de autoridad en el ámbito de la responsabilidad internacional como CONDORELLI y KRESS manifiestan su sorpresa ante los argumentos esgrimidos por el Relator Especial para incluir este criterio basándose en este precedente, advirtiendo que la Corte en su sentencia «in fact says exactly the opposite!»⁵⁵. Concretamente, estos autores toman como punto de partida la conclusión alcanzada por la CIJ en la *primera fase*, esto es, cuando analiza en un primer momento si es posible considerar que los *estudiantes actuaron en nombre o por cuenta del Estado* y, en consecuencia, si sus hechos eran atribuibles a Irán. La Corte, tras analizar el *vínculo existente* entre los estudiantes y el Gobierno iraní, y recordar las múltiples declaraciones por parte de las autoridades de Irán manifestando sus diferencias hacia Estados Unidos e incitando la hostilidad de la población civil, así como las felicitaciones a los estudiantes por parte del Gobierno tras la ocupación, consideró que todo ello *no era base suficiente* para considerar que estas últimas pudieran interpretarse como una *forma de autorización* del Estado a los particulares a cometer los hechos específicos examinados —ocupación de la embajada y secuestro de su personal—. Dentro todavía de la *primera fase* y ante la imposibilidad de atribuir los hechos, la Corte consideró que el Gobierno de Irán, no obstante, había incurrido en responsabilidad internacional, no por la actuación de los estudiantes, sino por el comportamiento de sus propios órganos al violar sus *obligaciones de protección* impuestas por el Derecho diplomático. La CIJ concluía afirmando que:

«Again, congratulations after the event, such as those reportedly telephoned to the militants by the Ayatollah Khomeini on the actual evening of the attack, and other subsequent statements of official approval, though highly significant in another context shortly to be considered, do not alter the initially independent and unofficial character of the militants' attack on the Embassy»⁵⁶.

⁵⁴ Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones, A/56/10..., *loc. cit.*, p. 110, par. 3.

⁵⁵ Cfr. CONDORELLI, L. Y KRESS, C., «The Rules of Attribution...», *op. cit.*, p. 232.

⁵⁶ CIJ, *Asunto del Personal Diplomático y Consular*, *loc. cit.*, p. 29, par. 59.

CONDORELLI y KRESS consideran que la aprobación *ex post facto* por parte de las autoridades de Irán puede ser interpretada como una *forma de reconocer su participación o implicación* en los hechos desde el principio. De ahí que se encuentren entre los partidarios de que dicho reconocimiento más que un criterio de atribución debe ser interpretado como una *prueba suficiente y concluyente* de que en el momento de los hechos existió una base para la atribución⁵⁷. Por ello, estos autores critican a la CDI el no haber evitado la confusión «between the means of proof and the subject-matter of the proof»⁵⁸, esgrimiendo para ello la jurisprudencia del Tribunal de La Haya en el asunto de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), donde el órgano judicial vuelve a pronunciarse sobre el valor de las declaraciones realizadas por las autoridades después de los hechos, reconociendo la eficacia *probatoria* que en un caso concreto corresponde otorgarles en aras a determinar la atribución de los hechos en cuestión.

No parecen carentes de fundamento, al menos en parte, las críticas de estos autores, principalmente en la cuestión de fondo, esto es, en que esta sentencia de la CIJ dudosamente pueda esgrimirse como un precedente válido sobre el que se justifique el criterio de atribución incluido en el artículo 11 del Proyecto CDI de 2001. No obstante, tal vez sea necesario referirse a una serie de cuestiones sobre este controvertido precedente jurisprudencial. Aun partiendo de las singularidades propias de este asunto —reconocidas por la propia Corte en su sentencia—, las conclusiones alcanzadas por el órgano judicial en 1980 se encuentran en consonancia con las obtenidas en el seno de la CDI en 1975, las cuales daban cuenta de los principios aplicables de conformidad con el Derecho consuetudinario. Estas cuestiones fueron largamente debatidas en el seno del órgano codificador debido a los profundos análisis realizados por AGO, alcanzándose finalmente la conclusión de que en este tipo de supuestos la *teoría objetiva o positivista* se había impuesto a partir de la segunda década del pasado siglo. La misma conclusión que llevó a la CIJ en 1980 a pronunciarse en los términos que lo hizo, donde además hemos de recordar que en ese momento el propio AGO estaba en la nómina del órgano judicial.

En la *primera fase* del procedimiento no fue posible probar ante la Corte que los estudiantes actuaron *en nombre o por cuenta del Estado* de Irán o, lo que es lo mismo, no fue posible demostrar que entre los órganos estatales y los particulares mediasen *instrucciones* o un *encargo específico* para la comisión de los hechos que tuvieron lugar. Sin embargo, el órgano judicial consideró que el comportamiento adoptado por sus agentes al *no prevenir* los ataques a la embajada era claramente contrario a los principios del Derecho internacional que rigen las relaciones diplomáticas y consulares. Obsérvese que el fundamento de atribución es el principio básico conforme al cual el Estado responde de la actuación de sus órganos, de modo que lo que se atribuye al Estado no es el ataque y la ocupación de la embajada cometida por los particulares, sino el incumplimiento de sus obligaciones internacionales a través de sus órganos respecto de un acto de particulares, actuando éste como *elemento catalizador*.

⁵⁷ En palabras de estos autores: «Arguably, the *ex post facto* approval referred to by the Court in *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* may be seen as a sort of admission by Iran of its implication in the facts from the outset. From this viewpoint, *ex post facto* recognition is to be reconceptualized not as a legal basis for attribution, but as furnishing sufficient and conclusive proof of the fact that, at the moment at which the conduct in question took place, a legal basis for attribution was in fact present». CONDORELLI, L. Y KRESS, C., «The Rules of Attribution...», *op. cit.*, p. 232.

⁵⁸ *Ídem*.

Ahora bien, aunque sea en la *segunda fase* cuando indique que ha tenido lugar una «transformación de la situación jurídica creada», sin embargo, la Corte sigue manteniendo el mismo fundamento de atribución: la actuación de los órganos estatales de conformidad con los postulados de la *teoría objetiva o positivista* centrados en la responsabilidad por el incumplimiento por los propios órganos de la obligación de protección. Así es, en otros fundamentos jurídicos de la sentencia tal vez sea posible ver con más claridad tanto el verdadero *fundamento de la responsabilidad* del Estado de Irán en este asunto, como el *valor* finalmente otorgado por la CIJ a la aprobación por las autoridades iraníes de la situación generada por los particulares. La Corte consideró que Irán *sucesiva y continuadamente* había violado sus obligaciones de conformidad con los Convenios de Viena de 1961 y 1963, incurriendo por ello en *responsabilidad internacional*, siendo la *consecuencia jurídica* la *reparación de los perjuicios* causados a Estados Unidos⁵⁹. Nuevamente, en el siguiente fundamento jurídico la Corte reiteró el «cumulative effect» del incumplimiento por parte de Irán de sus obligaciones internacionales al considerar todos ellos de *manera conjunta*. A lo que añadió que:

«A marked escalation of these breaches can be seen to have occurred in the transition from the failure on the part of the Iranian authorities to oppose the armed attack by the militants on 4 November 1979 and their seizure of the Embassy premises and staff, to the almost immediate endorsement by those authorities of the situation thus created, and then to their maintaining deliberately for many months the occupation of the Embassy and detention of its staff by a group of armed militants acting on behalf of the State for the purpose of forcing the United States to bow to certain demands»⁶⁰.

Esto es, en este fundamento el órgano judicial se refiere a la *marcada escalada de las violaciones* atribuibles a Irán, al tiempo que vuelve a señalar que con posterioridad a la *aprobación* de la situación por las autoridades iraníes, los estudiantes actuaban en ese momento *en nombre de ese Estado*. Sin embargo, ¿por qué sigue utilizando el mismo fundamento de atribución? O, en otros términos, ¿por qué la *aprobación* no es considerada como prueba suficiente para considerar que los ocupantes eran agentes *de facto*? De considerarse *prueba suficiente y concluyente*, a pesar de la teórica —y tal vez hasta artificiosa— distinción del procedimiento en dos fases, la Corte habría tenido que concluir que los estudiantes eran agentes *de facto* y su comportamiento atribuible a Irán. Como es sabido, ésta no fue la solución que consideró acertada la Corte. El órgano judicial se limita a señalar que estamos ante un *caso único*. Asimismo, y tras indicar que es común que individuos o grupos de individuos por su cuenta cometan este tipo de hechos, recuerda que

⁵⁹ En palabras de la CIJ: «On the basis of the foregoing detailed examination of the merits of the case, the Court finds that Iran, by committing successive and continuing breaches of the obligations laid upon it by the Vienna Conventions of 1961 and 1963 on Diplomatic and Consular Relations, the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights of 1955, and the applicable rules of general international law, has incurred responsibility towards the United States. As to the consequences of this finding, it clearly entails an obligation on the part of the Iranian State to make reparation for the injury thereby caused to the United States. Since however Iran's breaches of its obligations are still continuing, the form and amount of such reparation cannot be determined at the present date». CIJ, *Asunto del Personal Diplomático y Consular*, *loc. cit.*, pp. 41-42, par. 90.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 42, par. 91.

aun siendo este tipo de comportamientos deplorables, aquéllos no vienen obligados al respeto de los principios del Derecho internacional que rigen las relaciones diplomáticas y consulares, para sostener finalmente que

«[...] this case is unique and of very particular gravity because here it is not only private individuals or groups of individuals that have disregarded and set at naught the inviolability of a foreign embassy, but the government of the receiving State itself»⁶¹.

Consideramos que es un precedente único pues en supuestos similares la falta de protección suele ir acompañada de cierta *connivencia* o *tolerancia* de los órganos estatales; sin embargo, lo que no es común en la práctica internacional es *un reconocimiento expreso seguido del mantenimiento deliberado de la situación*. Ahora bien, de la misma forma que en los supuestos de falta de protección en general —aun existiendo *connivencia* o *tolerancia*— de conformidad con los postulados de la *teoría objetiva* o *positivista* se considera que el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en el comportamiento observado por los órganos estatales respecto de la actuación de los particulares, la Corte resolvió este asunto aplicando esta solución utilizada en los precedentes anteriores, tal y como lo había reconocido la CDI en sus conclusiones de 1975⁶².

Dicho de otro modo, aun reconociendo la *singularidad* de este asunto respecto de los precedentes anteriores, el Tribunal de La Haya optó por aplicarle la misma solución que a estos últimos. El acto de los particulares no es considerado *hecho del Estado*, de modo que el origen de su responsabilidad internacional hay que buscarlo en la violación por parte de sus órganos de sus obligaciones de prevención y/o represión. En lo que atañe a las *consecuencias jurídicas* anudadas al hecho ilícito que tiene su origen en la violación de este tipo de obligaciones internacionales y, de la misma forma que en los precedentes anteriores, el Estado tendría que otorgar una reparación que cubra la *totalidad del resultado lesivo* causado por los actos de los particulares, al encontrarnos ante un daño indemnizable por su unión al comportamiento atribuible mediante una *relación de causalidad*. De esta forma, la Corte habría confirmado en su jurisprudencia las conclusiones alcanzadas por AGO y aceptadas por la CDI en la década de los setenta. De conformidad con éstas, con el objetivo de desechar completamente la *teoría clásica de la complicidad*, la aprobación posterior de un hecho no permite llegar a la conclusión de que el comportamiento de los particulares es atribuible al Estado; éste, de conformidad con la *teoría objetiva* o *positivista* responde exclusivamente por el *hecho propio*, esto es, por el comportamiento observado por sus

⁶¹ *Ibíd.*, p. 42, pará. 92.

⁶² En estos casos AGO concluye afirmando que nos encontramos ante supuestos donde existe una atribución del hecho propio, esto es, atribución del comportamiento de los órganos estatales. El comportamiento de los particulares es el *elemento catalizador* pero no es atribuible al Estado. Esta solución rige incluso en los supuestos donde la falta de prevención o represión va acompañada de comportamientos *conniventes* o *tolerantes* por parte de los órganos del Estado. Así las cosas, según la posición de la CDI en la década de los setenta, aun en estos supuestos, el comportamiento atribuible al Estado es el de sus órganos consistente en violar su obligación general de protección y no el comportamiento de los particulares. Se cerraba así la puerta a la *teoría clásica de la complicidad* que tradicionalmente en estos casos pretendía fundamentar la responsabilidad internacional del Estado en su *actitud cómplice* con los particulares.

órganos estatales, con independencia de la conclusión que finalmente se alcance sobre la *extensión de la reparación*.

Todo ello nos permite extraer *dos conclusiones* de este asunto. La primera, que a pesar de las particularidades que se dieron, la CIJ manifestó su apoyo a los postulados de la *teoría objetiva o positivista*. No es posible por tanto interpretar que en estos supuestos exista una especie de complicidad del Estado *a posteriori*, pues la Corte tuvo presentes y aplicó los criterios de atribución del comportamiento recogidos en el proyecto aprobado en primera lectura, concretamente, el criterio conforme al cual el Estado responde de la actuación de sus órganos en violación de sus obligaciones de protección aun siendo éstas reiteradas⁶³. La segunda, en lo que respecta al valor probatorio de las declaraciones *ex post facto*, si son la única prueba de que dispone el órgano judicial, no constituyen un elemento suficiente para estimar que los particulares actúan *en nombre o por cuenta* del Estado. Así es, aun siendo cierto que cuando la Corte en 1980 dictó esta sentencia el criterio consagrado actualmente en el artículo 8 del proyecto era controvertido en cuanto a su ámbito de aplicación, pudiendo sostenerse que el mismo cubría exclusivamente las hipótesis de *encargos o encomiendas* del Estado⁶⁴ hasta que, en 1986, amplió su alcance a los supuestos de *dirección o control* por parte del Estado, no es menos cierto que *ni antes ni después* de la sentencia en el asunto de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, se ha admitido por parte de

⁶³ En contra de lo sostenido en el texto se ha pronunciado GUTIÉRREZ ESPADA cuando sostiene que: «[...] en ese caso a Irán se le imputaron en primer lugar las omisiones de sus órganos (artículo 4) y, después (y aquí debe estar la clave del nuevo artículo), pese a que los particulares no actuaban por cuenta del Gobierno ni bajo su dirección o control (artículo 8), los comportamientos de éstos por reconocerlos y aprobarlos (artículo 11). El hecho, no obstante, del reconocimiento inicial por un factor de atribución distinto de la responsabilidad del Estado iraní oscurece la situación, en la que el intérprete parece oír en su subconsciente que algo rechina [...] ¿no se imputa dos veces, con fundamentos diferentes, un mismo comportamiento?». Hemos de reiterar que, finalmente la CIJ declaró a Irán responsable internamente por la violación de sus obligaciones de prevención y represión. Asimismo, no compartimos que en el caso de haberlo declarado responsable por reconocer y aprobar el comportamiento de los particulares hubiese tenido lugar una *doble imputación* con fundamentos diferentes de un mismo comportamiento. En los supuestos donde la responsabilidad internacional tiene su origen en la violación de las obligaciones de prevención y/o represión, el comportamiento objeto de atribución es el de sus órganos estatales; en el caso de que la Corte hubiese optado por el segundo fundamento de atribución apuntado, necesariamente esta vía hubiese excluido la anterior. En tal caso, el comportamiento atribuible no sería el mismo, pues ahora sí se atribuiría el comportamiento de los particulares. En nuestra opinión, estas observaciones y la confusión existente sobre esta sentencia es fruto de haber introducido en la sentencia la palabra «transformación» y, sin embargo, no haber sido consecuente con esa declaración atribuyendo por tanto el comportamiento de los particulares a partir del momento de la perpetuación de la situación por los órganos estatales. Por el contrario, la Corte prefirió fundamentar su decisión en el reiterado y sucesivo incumplimiento de las violaciones internacionales por parte de las autoridades iraníes, siguiendo de este modo la línea marcada por los precedentes arbitrales de la primera mitad del siglo XX. Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El hecho ilícito internacional*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 105.

⁶⁴ Ésta parece ser la opinión de la Corte a principios de los ochenta respecto a cuándo se ha de entender que los particulares actúan *en nombre o por cuenta del Estado*. Literalmente, en la sentencia que venimos analizando la CIJ señaló que: «No suggestion has been made that the militants, when they executed their attack on the Embassy, had any form of official status as recognized ‘agents’ or organs of the Iranian State. Their conduct in mounting the attack, overrunning the Embassy and seizing its inmates as hostages cannot, therefore, be regarded as imputable to that State on that basis. Their conduct might be considered as itself directly imputable to the Iranian State only if it were established that, in fact, on the occasion in question the militants acted on behalf on the State, having been charged by some competent organ of the Iranian State to carry out a specific operation. The information before the Court does not, however, suffice to establish with the requisite certainty the existence at that time of such a link between the militants and any competent organ of the State». CIJ, *Asunto del Personal Diplomático y Consular*, *loc. cit.*, p. 29, pará. 58.

la CIJ que la *actuación posterior* de un Estado en relación con los hechos de los particulares sirva de fundamento de atribución del comportamiento⁶⁵. La CIJ no otorga al reconocimiento el valor de *medio probatorio suficiente y concluyente*. Para estimar que el comportamiento de los particulares es atribuible al Estado, la Corte exige que el vínculo existente quede demostrado mediante una *prueba directa*, descartando en estos supuestos como única prueba la *indiciaria o circunstancial*.

Por ello, no puede considerarse como sustentada en la jurisprudencia internacional la posición de CONDORELLI y KRESS según la cual el reconocimiento y la adopción pueden ser considerados como *prueba suficiente y concluyente* para calificar a los particulares como agentes *de facto*. Ciertamente es que en el asunto de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (1986) la Corte reconoce el valor probatorio de las declaraciones provenientes de las autoridades estatales, si bien lo hace con cautela. El órgano judicial se limita a recordar que entre los efectos jurídicos que pueden implicar este tipo de declaraciones está el hecho de ser consideradas como evidencia de la verdad de los hechos, como elemento probatorio para considerar que determinados hechos son atribuibles a un Estado y «to a lesser degree, as evidence for the legal qualification of these facts»⁶⁶.

En definitiva, no parece que el asunto del *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán* (1980) pueda considerarse un precedente sólido que justifique el surgimiento de un nuevo criterio de atribución en el proyecto. Todo apunta a que con él se intentan rescatar los postulados de la *teoría clásica de la complicidad* —en su vertiente de la *teoría de la condonación*—, mientras que la CIJ parece inclinarse por la *teoría objetiva o positivista*, al concluir que el comportamiento atribuible al Estado es la violación sucesiva y continuada de sus obligaciones internacionales de protección en el ámbito de las relaciones diplomáticas y consulares. Efectivamente, aun refiriéndose a la *transformación de la situación jurídica creada*, finalmente no estima que la aprobación sea prueba suficiente y concluyente para calificar a los autores como agentes *de facto* y, por ende, aplicar el criterio consagrado en el artículo 8 *a*) u otro fundamento de atribución distinto y autónomo no consagrado en el proyecto de 1996, como a la postre sostendría CRAWFORD y acabaría siendo recogido en la obra codificadora de la CDI.

⁶⁵ En sentido contrario se pronunció el profesor MARIÑO MENÉNDEZ cuando en 1989, comentando el criterio contenido en el artículo 8 *a*) del Proyecto CDI de 1996 y refiriéndose en particular al vínculo que debe existir entre los particulares y el Estado para considerar que *actúan en su nombre*, sostuvo que: «la prueba de ese vínculo *de facto* puede resultar más o menos difícil dadas las circunstancias concretas del hecho y ser facilitada por la admisión, explícita o implícita, que haya hecho el Estado en cuestión». MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Nociones de Derecho Internacional Público*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1989, p. 279.

⁶⁶ El contenido completo de este fundamento es el siguiente: «However, before outlining the limits of the probative effect of declarations by the authorities of the States concerned, the Court would recall that such declarations may involve legal effects, some of which it has defined in previous decisions (*Nuclear Tests, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* cases). Among the legal effects which such declarations may have is that they may be regarded as evidence of the truth of facts, as evidence that such facts are attributable to the States the authorities of which are the authors of these declarations and, to a lesser degree, as evidence for the legal qualification of these facts». CIJ, *Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, (Nicaragua contra Estados Unidos), Sentencia de 27 de junio de 1986, p. 43, pará. 71.

Así las cosas, en lo que respecta a la doble función que este criterio podría estar llamado a desempeñar, es posible sostener que en los supuestos donde exista una violación previa de la obligación general de protección, y de acuerdo con la posición mantenida por la CIJ, el reconocimiento no será operativo como criterio autónomo de atribución. Esto es, su aplicación se reduce a un tipo de *supuestos muy específicos y excepcionales* dada la práctica estatal, pues en la mayoría de los casos el Estado incurre en responsabilidad internacional por el comportamiento de sus órganos consistente en violar su obligación general o específica de protección, siendo el criterio de atribución aplicable el contenido en el actual artículo 4 del Proyecto CDI de 2001. Mientras que como medio probatorio, si sólo existen indicios de que los particulares *actúan en nombre o por cuenta del Estado*, debido a las exigencias de la Corte para probar que se trata de agentes *de facto*, el mismo difícilmente será aplicable; únicamente servirá para corroborar la atribución previamente constatada por cumplirse los requisitos exigidos en el artículo 8 del Proyecto CDI de 2001. Por ello, su inclusión nos obliga a preguntarnos qué supuestos pretende cubrir.

V. ¿CUÁL ES EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 11 DEL PROYECTO DE LA CDI APROBADO EN 2001?

Las dificultades que plantea el artículo 11 quedan a las claras cuanto se repara en que, aun cuando suelen aludir a él, *ningún órgano judicial* ha fundamentado la responsabilidad internacional del Estado sobre la base de este criterio desde que se incluye en 2001 en el proyecto⁶⁷. Cuando se examina la posible responsabilidad internacional en la que ha podido incurrir un Estado con motivo de los hechos de los particulares, es habitual que tras repasar el elenco de criterios de atribución del comportamiento recogidos en la obra codificadora, se haga referencia a este criterio como uno más, reproduciendo los términos y el contenido del mismo de conformidad con el proyecto⁶⁸.

Únicamente en el ámbito de la *responsabilidad penal individual* es posible encontrar un caso resuelto por el TPIY⁶⁹, donde este criterio ha sido tenido en cuenta más allá de su mera mención: el asunto *Nikolic* (2002). El mismo tenía por objeto un caso en el que unos particulares habían detenido dentro del territorio de la RFY al acusado para trasladarlo con posterioridad a Bosnia-Herzegovina y entregarlo a la custodia de la SFOR⁷⁰. La Sala de Primera Instancia del TPIY se refirió al artículo 11 del Proyecto CDI de 2001⁷¹ señalando la

⁶⁷ En este sentido véase OLLESON, S., *The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 96.

⁶⁸ Así por ejemplo, en las dos ocasiones en que con posterioridad a 2001 la CIJ ha tenido que enfrentarse a estas cuestiones, en los asuntos de las *Actividades Armadas en el Territorio del Congo* (2005) y en el relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio* (2007).

⁶⁹ Este asunto ha sido utilizado por la CDI en sus comentarios al artículo 9 del Proyecto sobre la Responsabilidad Internacional de las Organizaciones Internacionales (Proyecto CDI de 2011), el cual vuelve a introducir el criterio de atribución objeto del presente estudio. Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 63º periodo de sesiones (26 de abril - 3 de junio y 4 de julio - 12 de agosto de 2011), Documentos oficiales del 66º periodo de sesiones, Suplemento nº 10, A/66/10, p. 104, par. 4.

⁷⁰ Un comentario sobre este asunto puede encontrarse en OLLESON, S., *The Impact of the ILC's Articles...*, *op. cit.*, pp. 96-99.

⁷¹ Cuando el TPIY decide este asunto todavía no se había aprobado el Proyecto CDI de 2011, y de ahí que la Sala de Primera Instancia advirtiese que: «the Trial Chamber is however aware of the fact that any use of this source should be made with caution. The Draft Articles were prepared by the International Law

conveniencia de su toma en consideración como «orientación jurídica general», para determinar si la acción de «terceros desconocidos» podía ser atribuida a la Fuerza de Estabilización desplegada en Bosnia por mandato de las Naciones Unidas⁷². La defensa argumentó que en el momento de la entrega la SFOR *tenía conocimiento* de que el acusado había sido ilegalmente detenido. Por su parte, el Fiscal sostuvo que la Fuerza de Estabilización había sido un «beneficiario fortuito» de las acciones de los particulares, no habiendo participado en la detención. De este modo, esgrimía que la mera *aceptación posterior* no podía satisfacer el grado requerido de participación para considerar responsable a la SFOR de detención ilegal⁷³.

La Sala de Primera Instancia acudió al criterio de atribución objeto de estudio, reproduciendo literalmente los comentarios aprobados por la CDI. Así, examinó si la actuación de la SFOR podía ser interpretada como *reconocimiento y adopción* del hecho de los particulares en los términos apuntados por la Comisión. Sin embargo, tras el juicio de inferencia realizado, concluyó que del comportamiento de la SFOR no era posible deducir su *connivencia o participación en los hechos* —detención y traslado— de manera *directa ni indirecta*. Al mismo tiempo, señaló que el acusado había entrado en contacto con la SFOR en ejecución de la tarea que se le había asignado, y dando cumplimiento a su obligación de información a la Fiscalía y de entrega al Tribunal. En consecuencia, descartó la existencia de *participación* oficial de la SFOR en los hechos cometidos por los particulares, pues aquella únicamente cumplía con sus obligaciones conforme a su mandato, al Estatuto y al Reglamento del TPIY⁷⁴. Sin embargo, más allá de este precedente en el ámbito de la responsabilidad penal individual donde el criterio es tomado en consideración como *principio orientador*, seguimos sin saber realmente los *supuestos que caen dentro de su ámbito de aplicación*. Aun siendo habitual en la práctica estatal el *reconocimiento verbal* por algunas autoridades de ciertos atentados o ataques llevados a cabo por particulares, en sede judicial no existen precedentes en los que el reconocimiento suponga la atribución del comportamiento de los particulares.

Commission and are still subject to debate amongst States. They do not have the status of treaty law and are not binding on States. Furthermore, as can be deduced from its title, the Draft Articles are primarily directed at the responsibilities of States and not at those of international organizations or entities». TPIY, *Fiscal c. Dragan Nikolic*, Decisión sobre la Excepción de Defensa de la Sala de Primera Instancia, del 9 de octubre de 2002, par. 60.

⁷² *Ibid.*, par. 61.

⁷³ *Ibid.*, par. 58 y 59.

⁷⁴ Concretamente, la Sala se pronunciaba en los siguientes términos: «The question is therefore whether on the basis of the assumed facts SFOR can be considered to have ‘acknowledged and adopted’ the conduct undertaken by the individuals ‘as its own’. It needs to be re-emphasized in this context that it cannot be deduced from the assumed facts that SFOR was in any way, directly or indirectly, involved in the actual apprehension of the accused in the FRY or in the transfer of the accused into the territory of Bosnia and Herzegovina. Nor has it in any way been argued or suggested that SFOR instructed, directed or controlled such acts. What can be concluded from the assumed facts is merely that the Accused was handed over to an SFOR unit after having been arrested in the FRY by unknown individuals and brought into the territory of Bosnia and Herzegovina. From the perspective of SFOR, the Accused had come into contact with SFOR in the execution of their assigned task. In accordance with their mandate and in light of Article 29 of the Statute and Rule 59 bis [of the Rules of Procedure of the Tribunal] they were obliged to inform the Prosecution and to hand him over to its representatives. From these facts, the Trial Chamber can readily conclude that there was no collusion or official involvement by SFOR in the alleged illegal acts». *Ibid.*, par. 64.

Lo que sí es habitual es el *reconocimiento de responsabilidad internacional* por parte de un Estado *ante un órgano judicial* por la participación o implicación de sus órganos estatales en los hechos de los particulares cuando, con carácter previo, sus órganos judiciales internos han dictado sentencias condenatorias contra personas que pertenecían a su estructura orgánica. Principalmente, se trata de supuestos donde los hechos lesivos han sido *cometidos conjuntamente por órganos estatales y particulares* —coautores, en términos del Derecho penal—. Esta asunción formal de responsabilidad internacional por parte del Estado puede encontrarse en la jurisprudencia de la Corte IDH con motivo de las continuas violaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos cometidas por el Estado de Colombia. Nos estamos refiriendo a un grupo de asuntos de los que tuvo que conocer el órgano judicial interamericano —asuntos *Mapiripán* (2005), *Ituango* (2006) y *La Rochela* (2007)—, relativos a masacres cometidas *conjuntamente* por los miembros de las fuerzas regulares colombianas y los paramilitares existentes en el país⁷⁵. Asimismo, también encontramos en la práctica estatal supuestos donde el reconocimiento posterior del Estado viene a ser equiparable a una *confesión*. En ellos el Estado *formalmente* reconoce que determinados hechos que en un principio se estimó que habían sido cometidos por particulares, en realidad, fueron ejecutados por agentes estatales. Así sucedió en el asunto *Eichmann* (1960) o, con posterioridad, en el asunto *Lockerbie* (2003)⁷⁶.

No obstante, en ambos casos no estamos ante hechos de particulares que el Estado hace suyos *a posteriori* reconociendo de esta forma que esas personas habían sido autorizadas por él mismo (agentes *de facto*). Por el contrario, en el primer grupo de supuestos y constreñido por la existencia de una sentencia judicial de sus órganos internos, el Estado *reconoce* la participación de sus agentes en los hechos de los particulares, mientras que en el segundo grupo, *confiesa* que los autores del hecho en cuestión no eran particulares sino órganos *de iure*. A nuestro juicio, en estos dos grupos de supuestos el fundamento de atribución para determinar la concurrencia del elemento subjetivo del hecho ilícito, es el principio básico de atribución conforme al cual el Estado responde del comportamiento de sus órganos estatales (art. 4 Proyecto CDI de 2001).

⁷⁵ Sobre el reconocimiento de responsabilidad internacional en estos asuntos puede verse ROMERO PÉREZ, X. L., «El reconocimiento parcial de la responsabilidad del Estado colombiano en el sistema interamericano de derechos humanos. Casos Mapiripán, Ituango y La Rochela», *AMDI*, vol. IX, 2009, pp. 219-243.

⁷⁶ De la misma forma que en el asunto *Eichmann* (1960), aun habiendo transcurrido un largo periodo de tiempo desde la comisión de los actos susceptibles de ser calificados de hechos internacionalmente ilícitos, tuvo lugar por parte de Libia un reconocimiento de su responsabilidad internacional. En 2003, mediante una carta de la Jamahiriya Árabe Libia al Presidente del Consejo de Seguridad, aceptó la responsabilidad «for the actions of its officials». De este modo, reconocía que los atentados no habían sido cometidos por particulares que actuaban *en su nombre* sino por personas que conformaban sus servicios de seguridad —órganos *de iure*—. Como sostiene convincentemente GUTIÉRREZ ESPADA, en lo que respecta al fundamento de atribución en este asunto, «no son ya legítimas las dudas que se generaron en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de esta indemnización, cuando Libia se declaraba dispuesta a indemnizar a las víctimas mientras simultáneamente negaba implicación alguna por su parte en el atentado: Se trata pura y simplemente de la reparación que debe un Estado cuando le es imputable la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, en particular por aplicación del factor de atribución contemplado en el artículo 4 del Proyecto de la Comisión». Asimismo, coincidimos con este autor cuando sostiene que esta interpretación «me parece la más directa y natural, la menos forzada si se quiere, y por tanto más razonable que las que eligen como base jurídica el artículo 11 del Proyecto». GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El hecho ilícito internacional*, *op. cit.*, pp. 80-81. Asimismo, un estudio sobre las cuestiones de atribución en el asunto *Lockerbie* (2003) puede encontrarse en AZNAR GÓMEZ, M. J., *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Biblioteca Diplomática Española, Madrid, 2000, pp. 126-129.

La falta de precedentes ciertos anteriores a 2001 y la ausencia de casos de empleo del criterio por parte de los órganos judiciales con posterioridad a la fecha de aprobación del proyecto impiden conocer cuáles son los efectos derivados de su aplicación —*ex nunc* o *ex tunc*—. CRAWFORD y la CDI parecen apostar por el *carácter retroactivo* de la norma. No obstante, parece más razonable pensar que en cada caso concreto y en atención a la función que desempeñe, los efectos podrán ser retroactivos o prospectivos. En otros términos, se trata de una cuestión que depende de la concepción que en cada momento se adopte de este criterio de atribución del comportamiento. Como *medio probatorio*, si en un supuesto concreto el reconocimiento y la adopción permiten corroborar la conclusión de que los particulares efectivamente actuaban *en nombre* o *por cuenta* del Estado, la atribución tendrá *efectos retroactivos*, dado que la conclusión alcanzada supondría, en último término, calificar a los particulares como agentes *de facto*. Como *criterio atributivo*, esto es, si se entiende que estamos en presencia de hechos de los particulares no atribuibles, los cuales el Estado reconoce y mantiene, la consecuencia lógica será que es solo a partir de ese momento cuando deba considerarse responsable al Estado, de modo que, los efectos serían *prospectivos*.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

A diferencia de que lo sucede con otras reglas atributivas contenidas en el proyecto, la Corte en ninguna ocasión ha declarado el *carácter consuetudinario* de la regla contenida en el artículo 11⁷⁷. No obstante, la norma 149 del Derecho internacional humanitario de carácter consuetudinario (2005) recoge este criterio de atribución⁷⁸, y la Comisión ha vuelto a incluirlo en el artículo 9 del Proyecto CDI de 2011, relativo a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales⁷⁹. Ahora bien, consideramos revelador sobre las cuestiones que venimos señalando uno de los comentarios realizados por la CDI sobre esta disposición, donde manifiesta sus *dudas* respecto al criterio de atribución que venimos examinando. Concretamente, en su comentario tercero sostiene que:

«Hay ejemplos de la práctica, que tienen que ver tanto con los Estados como con las organizaciones internacionales, en los que *no se ve claramente* si el

⁷⁷ En el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio* (2007) la CIJ se refirió al artículo 11 del Proyecto CDI de 2001 si bien no se pronunció —a diferencia de su comentario en relación con los artículos 4 y 8 del mismo texto— sobre su carácter consuetudinario.

⁷⁸ Esta norma establece expresamente que: «Un Estado es responsable de las violaciones del derecho internacional humanitario que le son imputables, en particular: a) las violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus fuerzas armadas; b) las violaciones cometidas por personas o entidades autorizadas a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa; c) las violaciones cometidas por personas o grupos que actúan de hecho obedeciendo sus instrucciones o bajo su dirección o control; y d) las violaciones cometidas por personas o grupos privados que él reconoce y acepta como comportamiento propio».

⁷⁹ Como indica la Comisión en el comentario segundo a esta disposición, «el artículo 9 reproduce el contenido del artículo 11 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que está redactado en términos idénticos salvo que hace referencia al Estado en vez de a una organización internacional». Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 63º periodo de sesiones, A/66/10..., *loc. cit.*, p. 103, par. 2.

reconocimiento se refiere a la *atribución de un comportamiento* o a la *atribución de responsabilidad*» (cursivas añadidas)⁸⁰.

Estas palabras de la CDI son de sumo interés. En los precedentes arbitrales de la primera mitad del siglo XX, coincidentes con los postulados de la *teoría clásica de la complicidad*, los árbitros *presumían la complicidad* del Estado por su falta de prevención y/o represión en los hechos de los particulares; sin embargo, en ese momento no existía la distinción actual entre *atribución de un comportamiento* y *atribución de responsabilidad internacional*. De ahí que, acostumbraran a concluir sus laudos con una *declaración de responsabilidad internacional* a la que anudaban el *deber de reparar el resultado lesivo* causado por los particulares. En el ámbito del derecho relativo al trato de los extranjeros, la reparación era por tanto la única consecuencia jurídica que acarreaba la responsabilidad internacional del Estado.

Sin embargo, en la actualidad la distinción aludida es extremadamente importante, pues no es lo mismo declarar que los actos de los particulares son atribuibles al Estado — pues supone calificar la actuación de los particulares como *hecho del Estado*—, que declarar que el Estado es responsable internacionalmente cuando el origen de su responsabilidad se encuentra en el *comportamiento de sus propios órganos*. En estos supuestos, podrá o no responder en términos de reparación de la totalidad del resultado lesivo causado por los particulares, pero sus actos no merecen la calificación de *hechos del Estado* o, en otros términos, el Estado no es reputado *autor*.

Tal vez no sea del todo exagerado afirmar que el criterio de atribución contenido en el artículo 11 probablemente sea el *más controvertido* de los recogidos en el proyecto de la CDI. Aun existiendo acuerdo en torno a su proximidad a los postulados de la *teoría clásica de la complicidad*, el desencuentro surge respecto a las distintas valoraciones que se realizan de él. Para algunos, como señalábamos al inicio, su inclusión en el proyecto supone un *retroceso*, una vuelta a las teorías clásicas de fundamentación de la responsabilidad internacional que ya habían sido superadas; mientras que para otros es un *acierto*, una verdadera respuesta a las dificultades que se plantean para la demostración del vínculo real existente entre los particulares y el Estado a los efectos de atribuir un comportamiento que origine el nacimiento de responsabilidad internacional⁸¹.

⁸⁰ *Ídem*.

⁸¹ En este sentido, MORENO FERNÁNDEZ sostiene que: «la importancia de esta regla de atribución es fundamental, porque supone una verdadera respuesta para los asuntos donde no se puede probar el vínculo entre el Estado y los particulares que llevan a cabo los hechos ilícitos. De no existir el artículo 11, estos hechos no podrían ser atribuidos». MORENO FERNÁNDEZ, A. G., «La atribución al Estado de responsabilidad internacional...», *op. cit.*, p. 10.