

## **Creación de reglas secundarias por la Corte Internacional de Justicia: Un estudio del “caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua”**

Creation of secondary rules by the International Court of Justice: A study of the "case concerning military and paramilitary activities in Nicaragua and against Nicaragua"

*Autor: Ana María Idárraga Martínez*

*DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.1050>*

# CREACIÓN DE REGLAS SECUNDARIAS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: UN ESTUDIO DEL “CASO RELATIVO A LAS ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN NICARAGUA Y CONTRA NICARAGUA”\*

Creation of secondary rules by the International Court of Justice: A study of the "case concerning military and paramilitary activities in Nicaragua and against Nicaragua"

Criação de regras secundárias pelo Tribunal Internacional de Justiça: Um estudo de “caso relativo a atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra a Nicarágua”

Ana María Idárraga Martínez<sup>a</sup>  
anamaidarraga@gmail.co

Fecha de recepción: 22 de marzo de 2019  
Fecha de revisión: 23 de abril de 2019  
Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2019

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.1050>

#### Para citar este artículo:

Idárraga, A. (2019). Creación de reglas secundarias por la Corte Internacional de Justicia: Un estudio del “caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua”. *Revista Misión Jurídica*, 12, (17), 227-238.

## RESUMEN

El presente ensayo aborda la temática de creación del derecho por parte de la Corte Internacional de Justicia en su función contenciosa, desde el análisis del caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. En especial se desarrolla la determinación del estándar de control efectivo para la atribución de responsabilidad por actos de particulares, y la relevancia de las denominadas reglas secundarias en el derecho internacional. Mediante un estudio doctrinal y jurisprudencial, la autora evidencia la importante función de las reglas secundarias en el derecho internacional y, por tanto, las implicaciones que tiene para el derecho que las reglas secundarias sean creadas, en gran medida, jurisprudencialmente.

## PALABRAS CLAVE

Control efectivo; responsabilidad de los Estados; reglas secundarias; creación de derecho y Corte Internacional de Justicia.

\* Artículo resultado de la investigación propuesta en la asignatura Derecho Internacional I de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana.

a. Abogada de la Universidad de La Sabana. Magister en Derecho Penal y Justicia Internacional de la Universidad Kennedy (Argentina) y el Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI). Estudiante de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana. Joven investigadora del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana, en el programa “Jóvenes investigadores por la paz”.

## ABSTRACT

This essay addresses the issue regarding the law making by the International Court of Justice in its contentious function. This problem is addressed from the analysis of the case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua. In particular, the essay analyses the determination of the effective control standard for the attribution of responsibility for acts of a person or group of persons, and the relevance of the so-called secondary rules in international law. Through a doctrinal and jurisprudential study, the author demonstrates the important role of secondary rules in international law, and therefore, the implications on domestic law of the law of the fact that secondary rules are created principally by international tribunals.

## KEY WORDS

Effective control, state responsibility, secondary rules, law making and International Court of Justice.

## RESUMO

O presente ensaio aborda a temática da criação de lei pelo Tribunal Internacional de Justiça na sua função contenciosa, a partir da análise do caso relacionado às atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra Nicarágua. Em especial, é desenvolvida a determinação do nível de controle efetivo para a atribuição de responsabilidade por ações particulares de indivíduos e a relevância das chamadas regras secundárias no direito internacional. Mediante um estudo de doutrina e jurisprudência, a autora evidencia a importante função das regras secundárias no direito internacional, por tanto, as implicações que ele tem para atribuir as regras secundárias são criadas, em grande medida, jurisprudencialmente.

## PALAVRAS-CHAVE

Controle efetivo, responsabilidade dos estados, regulamentos secundários, criação de direitos e Corte Internacional de Justiça.

## INTRODUCCIÓN

La creación del derecho por parte de tribunales internacionales ha sido un tema que ha interesado a los teóricos del derecho desde siempre,

muchos de estos análisis se han concentrado en Tribunales de Derechos Humanos, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por su denominado activismo judicial (Villanueva Flores, 2018). Sin embargo, no se ha hecho mucho desarrollo acerca de la creación de derecho por parte de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Este escrito pretende, desde el estudio de un caso concreto, aportar a la discusión sobre la facultad de crear derecho por parte de la CIJ, estudiando el "caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua" del año 1984. Así, la cuestión planteada en el presente artículo es si la determinación del estándar de control efectivo en la decisión de la CIJ sobre el caso de Nicaragua Vs. Estados Unidos atiende a una actividad creadora de derecho por parte de la CIJ, y si esta Corte estaba facultada para hacerlo, igualmente se pretenden analizar las implicaciones de esta decisión de la Corte.

Para dar respuesta a la pregunta propuesta, en primer lugar, se realizará un estudio sobre la diferenciación entre reglas primarias y secundarias del derecho internacional, que resulta relevante por cuanto el estándar de control efectivo hace parte de las denominadas reglas secundarias. En segundo lugar, se estudiará el papel de la CIJ en la determinación de las reglas secundarias de atribución de responsabilidad a los Estados y, para finalizar, se realizará el análisis del caso concreto, con el fin de determinar si el estándar de control efectivo fue alcanzado mediante una actividad creadora de derecho por parte de la CIJ.

## METODOLOGÍA

El presente, es un artículo de reflexión resultado de una investigación jurídico-normativa. Para abordar el tema planteado se acudió a fuentes doctrinales especializadas en derecho internacional y en la Corte Internacional de Justicia, y se realizó un estudio detallado del caso de actividades militares y paramilitares, para analizar desde la doctrina la determinación del estándar de control efectivo en el caso ya mencionado. Lo anterior, con el fin de extraer de un caso concreto, conclusiones que aporten a la academia en los importantes debates sobre responsabilidad estatal y arbitrariedad de los tribunales internacionales.

## 1. REGLAS SECUNDARIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La caracterización de las normas jurídicas en primarias y secundarias excede la disciplina del derecho internacional, y pertenece más bien a la filosofía del derecho. Ha sido atribuida esta caracterización a Hart, quien comprendía el derecho como un conjunto de normas, y por tanto uno de sus grandes aportes al derecho fue la clasificación de estas (Perot, 2003). Esta clasificación ha sido criticada por la doctrina jurídica por considerar que es poco clara y poco eficiente, al no contener criterios unívocos que permitan clasificar una norma jurídica como primaria o secundaria (Aguiló Regla, 1990).

Sin embargo, el objeto de este escrito no es hacer una distinción filosófica entre normas primarias y secundarias del derecho, sino más bien un acercamiento práctico desde el derecho internacional. Así, la Comisión de Derecho Internacional ha entendido que al menos dos cuerpos normativos contienen disposiciones que pueden ser clasificadas como reglas secundarias, los artículos sobre responsabilidad de los Estados (en adelante ARSIWA) (General Assembly of United Nations, 2001) y el borrador de artículos de responsabilidad de las organizaciones internacionales (International Law Commission, s. f.). De hecho, en los comentarios a los artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados se pone de presente que el documento se concentra en las normas secundarias del derecho, y no en las primarias («Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries - 2001», s. f.), el comentario general a los artículos dispone:

These articles seek to formulate, by way of codification and progressive development, the basic rules of international law concerning the responsibility of States for their internationally wrongful acts. The emphasis is on the secondary rules of State responsibility: that is to say, the general conditions under international law for the State to be considered responsible for wrongful actions or omissions, and the legal consequences which flow therefrom. The articles do not attempt to define the content of the international obligations, the breach of which gives rise to responsibility. This is the function of the primary rules, whose codification would involve restating most of substantive

customary and conventional international law («Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries - 2001», s. f.).

De esa cita se puede concluir que, para los miembros de la Comisión de Derecho Internacional, la distinción consiste en que las normas primarias son aquellas que contienen obligaciones internacionales, mientras que las secundarias son las que sirven para determinar cuándo hay un incumplimiento de las reglas primarias y si este incumplimiento es atribuible al Estado. Al respecto, en la doctrina se ha encontrado que hay quienes discuten esta distinción y, en especial, la clasificación de los artículos sobre responsabilidad como normas secundarias, al considerar que de esta reglamentación surgen obligaciones internacionales propiamente dichas, y por tanto, clasifican el articulado como un cuerpo normativo de carácter mixto, que incluye reglas primarias y secundarias (Linderfalk, 2009).

Esta distinción se hace relevante por cuanto el presente artículo pretende demostrar que la creación de derecho por parte de tribunales internacionales no solo se da cuando se establecen obligaciones internacionales, sino cuando se crean las normas para determinar el derecho en el caso concreto. Lo anterior teniendo en cuenta que es mediante estas reglas secundarias que las obligaciones internacionales se hacen efectivas o se concretan en los tribunales internacionales, en este caso en la CIJ. Sin estas reglas secundarias las obligaciones primarias serían ineficaces en el plano internacional, al no poderse declarar su incumplimiento, así como ordenar los remedios correspondientes.

Por tanto, más allá de las discusiones *iusfilosóficas* sobre la clasificación de las normas jurídicas, este artículo pretende poner de presente que ya sean primarias o secundarias, las reglas que permiten al juez internacional determinar la violación de normas internacionales y la atribución de dicha violación, continúan siendo reglas jurídicas susceptibles de creación. Y, por tanto, surge la pregunta ¿tienen los jueces de la Corte Internacional de Justicia la potestad para crear normas secundarias de derecho internacional<sup>1</sup>?

1. Entendiendo estas normas como las entiende la Comisión de Derecho Internacional

## 2. EL PAPEL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ESTABLECIMIENTO DE LAS REGLAS SECUNDARIAS SOBRE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS ESTADOS

Como se expresó en el acápite anterior, en este artículo entenderemos por normas secundarias aquellas que han sido así caracterizadas por la Comisión de Derecho Internacional, las contenidas en los artículos de responsabilidad de los Estados y en el borrador de artículos de responsabilidad de organizaciones internacionales. Sin embargo, para el objeto de estudio del presente texto nos concentraremos en ARSIWA, haciendo una aproximación a la naturaleza de estos artículos, el tipo de fuente que constituyen, y el papel que jugó la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en su desarrollo.

En primer lugar, en relación con la naturaleza de los artículos sobre responsabilidad de los Estados, se ha dicho que contienen y sistematizan normas consuetudinarias (Crawford, s. f.; Mačák, 2016; Olleson, 2013), aunque se reconoce que con respecto a algunos de los artículos como el 40<sup>2</sup>, 46<sup>3</sup> y 50<sup>4</sup> no es claro si hacen parte o no de la costumbre internacional (Crawford, s. f.). Esta consideración como normas consuetudinarias se ha apoyado, entre otras razones, en el uso que le han dado distintos órganos internacionales con funciones jurisdiccionales, así los artículos de atribución de responsabilidad a los Estados desarrollados por la Comisión de Derechos Internacionales han sido citados, entre otros, en los fallos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (Kurtz: 2010; Von Staden: 2010), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH. Caso de la «Masacre de Mapiripán» 2005.)<sup>5</sup> y, por supuesto, la Corte Internacional de Justicia (International Court of Justice, 1997). Como se ve, los artículos de responsabilidad han sido utilizados por tribunales internacionales con los más variados

---

2. "Artículo 40: Aplicación del presente capítulo

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general.

2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable"

3. "Artículo 46: Pluralidad de Estados lesionados

Cuando varios Estados sean lesionados por el mismo hecho internacionalmente ilícito, cada Estado lesionado podrá invocar

objetos de estudio, y esto es lo que ha permitido que sean una fuente con amplia aceptación en el derecho internacional.

Lo interesante de estos artículos no solo es su condición actual en las fuentes del derecho internacional, sino las fuentes que fueron utilizadas para construirlos. Para el objeto de este escrito nos concentraremos en el papel que jugó la jurisprudencia de la CIJ en su determinación, en especial en la determinación de las reglas de atribución de responsabilidad al Estado<sup>6</sup>, la siguiente tabla no pretende hacer un examen exhaustivo de las normas y los estándares de atribución, sino dar una visión del papel de las decisiones de la CIJ en la determinación de las reglas:

---

*separadamente la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito."*

4. "Artículo 50: Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

1. Las contramedidas no afectarán:

a) La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas;

b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales;

c) Las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias;

d) Otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general.

2. El Estado que tome contramedidas no quedará exento del cumplimiento de las obligaciones que le incumban:

a) En virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre dicho Estado y el Estado responsable;

b) De respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares."

5. Se debe aclarar que la Corte IDH ha expresado que en relación con la atribución de responsabilidad la CADH es *lex specialis*, y por tanto de los artículos de responsabilidad solo utiliza criterios generales, pero en temas concretos a desarrollado sus propios estándares de atribución de responsabilidad".

6. Como base del presente estudio se tomaron los comentarios a los artículos de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

**Tabla 1. Decisiones de la CIJ**

Artículo	Fuente principal o fundamento de la regla	Fuentes aclaratorias
<b>Artículo 4:</b> Por actuación u omisión de los órganos del Estado	Principio del derecho	No hay distinción entre órganos del Estado: Jurisprudencia de la PCIJ <sup>7</sup> y la CIJ (International Court of Justice, 1999; Permanent Court of International Justice, 1925).  En Estados federales no existe distinción: Jurisprudencia CIJ (International Court of Justice, 2001).
<b>Artículo 5:</b> Por actuación u omisión de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público	Principio del derecho. Según los comentarios, aunque es un fenómeno nuevo, ha sido desarrollado en el derecho internacional por largo tiempo.	
<b>Artículo 6:</b> Por actuación u omisión de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado		Ejemplos de la aplicación de la regla en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos («Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries - 2001», s. f.).
<b>Artículo 7:</b>  Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones – <i>ultra vires</i>	Es una expresión del principio contenido en el artículo 3, que dispone que el acto ilícito se regirá por el derecho internacional y por tanto el Estado no puede oponer su derecho interno para evitar la responsabilidad. Así mismo, en los comentarios se expresa que es una regla ya determinada y aplicada en instrumentos de derecho internacional, jurisprudencia de tribunales internacionales e incluso sistemas de derecho domésticos.	La expresión definitiva de la regla se encuentra en el caso Caire (Francia) contra México.  Usa el caso Velázquez Rodríguez de la Corte IDH para reafirmar que es una regla ampliamente aceptada por la doctrina.
<b>Artículo 8:</b> Actuación u omisión bajo la dirección o control del Estado	Una expresión del principio de efectividad del derecho internacional.	Dos presupuestos:  a. Bajo instrucciones del Estado – En los comentarios se expresa que ha sido ampliamente aceptado por jurisprudencia internacional.  b. Bajo la dirección o control:  Control efectivo: de acuerdo con el desarrollo realizado por la CIJ en el caso concerniente a actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua.  Control global: en el caso Tadic del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law committed in the territory of the Former Yugoslavia - Appeals Chamber, 1999).

7. *Permanent Court of International Justice*

<b>Artículo 9:</b> En caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales	Es una expresión del principio general de atribución de responsabilidad, en situaciones excepcionales.	
<b>Artículo 10:</b> Actuación u omisión de un movimiento insurreccional o de otra índole	Es una expresión del principio general de atribución de responsabilidad, en situaciones excepcionales.	La jurisprudencia internacional es usada para afirmar la existencia de la regla en el derecho internacional.
<b>Artículo 11:</b> Actuación u omisión que el Estado reconoce y adopta como propio	Se evidencia como una excepción al principio general que establece que las actuaciones de particulares no serán atribuidas al Estado. Se acude a jurisprudencia internacional para denotar la aceptación internacional de la regla.	Se acude a jurisprudencia internacional para denotar la aceptación internacional de la regla (International Court of Justice, 1980).

Fuente: Elaboración propia.

Una vez revisados los artículos de responsabilidad del Estado se evidencia que, al menos en el acápite de atribución de responsabilidad, la Comisión de Derecho Internacional partió de un principio del derecho internacional consistente en que "las acciones u omisiones de los órganos de un Estado son atribuibles a dicho Estado", constituyéndose esta como la regla fundamental. A partir de allí identificó escenarios problemáticos y los reglamentó, utilizando otros principios del derecho, por ejemplo, el de efectividad del derecho internacional, o el de inoponibilidad del derecho interno.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y en general la jurisprudencia de tribunales internacionales, tuvo dos grandes funciones en relación con las reglas de atribución de responsabilidad: i) la afirmación de reglas que la Comisión de Derecho Internacional consideró como principios del derecho o normas consuetudinarias<sup>8</sup>, y ii) la delimitación de estándares concretos derivados de normas preexistentes del derecho internacional («Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries - 2001», s. f.). Esta segunda función es la que llama más la atención, ya que la determinación de estándares concretos puede consistir en un ejercicio de deducción propio de la actividad judicial, o en un ejercicio de creación del derecho cuando el estándar excede la regla que se supone está determinando.

Así pues, aunque del estudio realizado sobre las reglas de atribución de responsabilidad a

los Estados pareciera que en ningún caso la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia tuvo un papel constitutivo del derecho, y por tanto no se evidencia tan claramente una actividad creadora de derecho por parte de ese Tribunal, lo cierto es que en la determinación de estándares esto podría ser discutido. Si la CIJ se limitara a establecer estándares concretos que determinan una regla general, podría considerarse que esto hace parte de su función contenciosa normal de determinar el derecho en el caso concreto. Sin embargo, en especial en el estándar denominado control efectivo, incluido en los comentarios del artículo 8 de ARSIWA, pareciera que hay una actuación de creación y no de simple delimitación jurídica. Este estándar llamó especialmente la atención porque: i) no se evidencia tan claramente la regla principal de la que la CIJ partió para determinar el estándar, y ii) existe un estándar completamente diferente desarrollado por un Tribunal Internacional distinto – Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso Tadic. Por tanto, en el siguiente acápite se estudiará este estándar desarrollado en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, para determinar si efectivamente fue una creación de la CIJ y de ser así, si esta corporación estaba facultada para crear este estándar.

<sup>8</sup> Quiere esto decir que la norma internacional ya existía y los Tribunales en su jurisprudencia se limitan a reconocer su existencia y aplicarla.

### 3. CONTROL EFECTIVO EN EL “CASO RELATIVO A LAS ACTIVIDADES MILITARES Y PARAMILITARES EN NICARAGUA Y CONTRA NICARAGUA” ¿CREACIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA?

A continuación, con el fin de analizar el caso concreto a la luz del contenido teórico que se ha venido desarrollando, en primer lugar, se realizará un breve resumen de los hechos y de la decisión de la CIJ, y del contexto político en el que se dio. En segundo lugar, se analizará a profundidad el estándar de control efectivo desarrollado por la CIJ. Por último, se estudiará la determinación de este estándar a la luz de las competencias de la CIJ, en especial su facultad contenciosa.

#### 3.1 Breve descripción del caso

Los hechos del caso que será analizado en el presente ensayo se desarrollan en la década de los 80, en el marco de las tensiones entre la Unión Soviética y Estados Unidos. Así, en Nicaragua luego de la derrota de la dictadura de Somoza se posesiona un gobierno sandinista, apoyado por la Unión Soviética. En este marco, en Nicaragua se desarrollan los denominados “Contras”, grupos contrarrevolucionarios que pretendían revocar el gobierno sandinista y que fueron apoyados por Estados Unidos (Farré, 1991).

Debido al apoyo prestado por Estados Unidos a estos grupos, Nicaragua presentó en 1984 una demanda contra ese país ante la Corte Internacional de Justicia (Ballesteros Moya, 2013). La demanda se concentraba en presuntas violaciones de normas internacionales por parte de Estados Unidos en relación con distintas operaciones militares adelantadas por sus tropas y por los denominados “Contras” que actuaban con el apoyo de Estados Unidos (International Court of Justice, 1986). En este texto nos enfocaremos en las actividades desarrolladas por los “Contras”, por aplicarse a esos hechos el estándar de control efectivo, que es el que analizaremos.

Así, los “Contras” adelantaron operaciones en Nicaragua que incluyeron violaciones al DIH, como ejecución de prisioneros y torturas. En el trámite internacional se demostró que Estados Unidos prestó ayuda financiera principalmente, pero también otros tipos de soporte, que coadyuvo al incremento de efectivos en los “Contras” de 500 en 1981 a 10.000 en 1984. Este financiamiento primero se realizó de forma secreta, pero luego

fue formalizado mediante la expedición de actos jurídicos por parte del gobierno estadounidense (International Court of Justice, 1986).

En virtud de lo descrito con anterioridad la CIJ encontró que existió un grado de dependencia de los “Contras” hacia Estados Unidos. Sin embargo, considero que las actuaciones de los “Contras” en su conjunto no podrían ser atribuidas a Estados Unidos, ya que no podían ser asimilados como órganos del Estado. Y, por tanto, la CIJ estableció que debe cumplirse un estándar denominado control efectivo, para poder atribuir responsabilidad a Estados Unidos por las acciones de los “Contras” (International Court of Justice, 1986).

#### 3.2. Estándar de control efectivo: ¿creación o regla preexistente en el derecho internacional?

Como se dijo en el acápite anterior, la CIJ encontró que la dependencia existente entre los “Contras” y Estados Unidos no era suficiente para atribuirle a este último las violaciones al DIH y a los DDHH cometidas por los “Contras”. En este sentido la CIJ determinó que:

(...) For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed (International Court of Justice, 1986).

Y estableció, por tanto, que la tarea de la CIJ no era simplemente determinar si los hechos violatorios del DIH y DDHH fueron cometidos por los “Contras”, sino determinar si Estados Unidos era consiente de dichas violaciones, en el momento en que se cometieron (International Court of Justice, 1986), y demostrar que el control se dio en relación con cada una de las operaciones que pretendiesen ser atribuidas, siendo este estándar el de control efectivo. Sin embargo, esta determinación no fue unánime en la Corte, de hecho el Juez Ago<sup>9</sup> refirió que aunque se encontraba de acuerdo con la decisión de la CIJ, la aproximación no era adecuada ya que el estándar no debería ser estudiado a la luz del

9. Quien tuvo un papel fundamental en la elaboración de los artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados.

control efectivo, que se refiere más a relaciones interestatales, sino que debería evidenciarse una autorización expresa del Estado a los particulares (en este caso los "Contras") en la comisión de actos concretos, para que estos fueran atribuibles a los Estados (Crawford, 1998)<sup>10</sup>.

El establecimiento de este estándar ha sido criticado por la doctrina internacional. En primer lugar, por la existencia de un doble estándar en la decisión de Nicaragua vs Estados Unidos, por un lado, el "agency / dependency and control test" y, por el otro, el "effective control test" (Jamil, 2016), lo que puede interpretarse como una inconsistencia en la decisión. Así mismo, se han esbozado críticas sobre el contenido político del fallo, y la apariencia de parcialidad de la CIJ en este asunto, por no tomar en consideración importantes alegatos del gobierno sandinista, como el carácter consuetudinario de ciertas normas de protección a los derechos humanos, o la existencia de un gobierno democrático en Nicaragua que reclamaba soberanía (Skordas, 2002). Igualmente, se ha criticado la falta de claridad del estándar de control efectivo, algunos consideran que de la decisión no se puede deducir cuando a un Estado si se le puede atribuir responsabilidad por el hecho de terceros según este estándar internacional (Kalshoven: 1991).

Otra crítica fundamental al estándar de control efectivo ha sido el establecimiento de un estándar distinto por parte de otros tribunales internacionales para la atribución de responsabilidad a los Estados por hechos de terceros (Fenrick: 1998; Higgins: 2003). Un ejemplo de esto es que, años después, en 1999, el TPIY en el caso Tadic encontró un estándar diferente para establecer si un grupo de particulares actúa en nombre de un Estado, este estándar es el de control global. En esta decisión el TPIY estableció que no siempre se requerirá del mismo grado de control en relación con grupos de particulares, y que esta diferenciación deberá atender al grado de organización de dicho grupo. Así, entendió que para un grupo organizado de particulares el grado de control requerido deberá ser el de control global y no el de control efectivo

---

Así interpretó el relator especial James Crawford la objeción del Juez Ago "According to this view, the criterion of control is relevant in inter-State relations (indeed, the term "direction or control" is used in article 28). But it is not a criterion for attributing the conduct of non-State entities to the State."

sobre cada una de las actuaciones desarrolladas por el grupo (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law committed in the territory of the Former Yugoslavia - Appeals Chamber, 1999).

En esta misma decisión, el TPIY resaltó que en su consideración el estándar de control efectivo desarrollado por la CIJ no se correspondía con los principios orientadores de la responsabilidad internacional de los Estados, ni con la práctica jurisprudencial sobre la materia (International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law committed in the territory of the Former Yugoslavia - Appeals Chamber, 1999). Esta apreciación es interesante, porque pareciera que para el TPIY el establecimiento del estándar de control efectivo por parte de la CIJ no corresponde a una determinación del derecho existente, sino a una regla establecida "arbitrariamente" por la Corte.

De lo anterior, podemos observar que en relación con un mismo punto<sup>11</sup> dos tribunales internacionales establecieron estándares distintos. Esto podría llevarnos a dos diferentes conclusiones: i) alguno de los estándares es equivocado por cuanto no se deriva del derecho internacional existente, mientras que el otro si, y ii) no existía norma internacional de la cual derivar el estándar, y por tanto los dos estándares constituyen creación jurídica por parte de los Tribunales. Esta última posibilidad nos deja abierta la cuestión sobre la legitimidad de los Tribunales Internacionales para crear derecho.

Ahora bien, al menos en relación con la decisión de la CIJ no es clara la fuente jurídica de la cual se derivó el estándar de control efectivo, la CIJ no cita ninguna fuente, sino que directamente desarrolla el estándar. Así mismo, haciendo un rastreo general, no se encontraron desarrollos normativos claros para la época de la decisión que permitieran derivar el estándar de control efectivo. Ya que, el principio que si estaba bien

---

Aunque son tribunales con funciones distintas, uno determina la responsabilidad de los Estados y el otro la responsabilidad de individuos, el tema al que se refieren es la atribución de actos de particulares a un Estado. Por tanto, en este punto el TPIY no está desarrollando estándares relativos a la responsabilidad penal individual, sino a la atribución estatal de conductas.

definido para ese momento es que toda actuación u omisión de un órgano del Estado es atribuible a dicho Estado, lo que de ninguna manera regula los escenarios excepcionales en que se pretende atribuir responsabilidad a un Estado por actos de particulares. Adicionalmente, como lo expresó el juez Ago, en su opinión separada en esa decisión, el control efectivo es usado para determinar las relaciones entre Estados, y no entre Estados y particulares (International Court of Justice, 1986).

Por tanto, de los elementos consultados podría concluirse que el estándar de control efectivo desarrollado por la CIJ, para atribuir responsabilidad a los Estados por las conductas de particulares, es una creación de dicha corporación, y no una conclusión derivada del derecho internacional existente para el comento del fallo que hemos venido analizando.

### 3.3 Competencia contenciosa de la CIJ y facultad para crear derecho

La competencia contenciosa de la CIJ se encuentra determinada en el artículo 36 del Estatuto de la CIJ, en este artículo se especifica la forma en que un Estado puede aceptar la competencia de la CIJ para dirimir diferencias jurídicas, y los temas sobre los cuales la CIJ tiene competencia («Estatuto de la Corte Internacional de Justicia», s. f.). Esta competencia ha sido entendida como facultativa, teniendo en cuenta que los Estados pueden o no aceptarla, pero una vez aceptada dicha competencia sus decisiones son vinculantes para los Estados (Teresita Mastaglia: 2016).

Por otro lado, el artículo 38 establece las fuentes jurídicas que deben ser aplicadas por la CIJ, artículo que ha sido recibido por el derecho como el pilar de la teoría de las fuentes del derecho internacional (Monroy Cabra, 2016; Seara Vázquez, Modesto, 2005; Vallarta Marrón & Serrano Migallón, 2014), aunque recientemente también se han producido críticas doctrinales a esta concepción formalista de las fuentes, ya que considera esta teoría reduccionista e insuficiente (D'Aspremont, 2011).

A pesar de las críticas, para este escrito el artículo 38 es fundamental, por cuanto estamos analizando una decisión emitida por la CIJ, por lo que su Estatuto tiene principal relevancia. Así el artículo 38 establece: "La Corte, cuya función

es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ..." («Estatuto de la Corte Internacional de Justicia», s. f.), este enunciado inicial del artículo 38 es esencial para el objeto de estudio del presente ensayo, ya que parte de la base de que la función principal de la CIJ es la aplicación del derecho y no la creación de este. Por tanto, todas las determinaciones a que llegue el tribunal internacional deberán fundamentarse en normas de derecho internacional preexistentes, esto tiene mucho que ver con concepción filosófica del derecho, y principios como la seguridad jurídica y la soberanía de los Estados, que no serán abordados en este texto por no ser el objeto de estudio.

Por tanto, entendiendo a la CIJ como un tribunal internacional al que los Estados han dotado de jurisdicción, en ejercicio de su soberanía, es fundamental para su legitimidad que se rija por las disposiciones establecidas en su Estatuto, con el fin de que no se vea empañada la importante labor que realiza. Razón por la cual, no se encuentra facultada para ir más allá de las competencias que se le otorgan, que en el caso de la función contenciosa es aplicar el derecho existente, y no crear derecho.

Aplicando esta conclusión al caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua, podría establecerse que la CIJ no estaba facultada para crear estándares jurídicos, como el de control efectivo, que no tienen un sustento en normas internacionales existentes para el momento de la decisión. En especial, teniendo en cuenta que, como se dijo en la primera parte del texto, las normas secundarias a las que pertenecen las reglas de atribución de responsabilidad son normas jurídicas, y por tanto son susceptibles de creación.

### CONCLUSIONES

El caso concerniente a actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua es un caso emblemático del derecho internacional, por cuanto a partir de él se desarrolló el estándar de control efectivo para la atribución de actos de particulares a un Estado. Este estándar no ha sido bien recibido por toda la doctrina internacional, ni por otros tribunales de derecho internacional, por considerar que no se corresponde con los principios de la responsabilidad estatal.

Así, en el texto pudimos evidenciar que para el momento del fallo no existían normas internacionales claras que permitieran a la CIJ derivar este estándar, lo que podría llevarnos a concluir que más que una aplicación del derecho existente, la CIJ en este caso creó una regla secundaria del derecho internacional. Y, esta actividad creadora de derecho parece no estar permitida por el propio Estatuto de la CIJ en su artículo 36, lo que puede deslegitimar al propio tribunal internacional.

Sin embargo, hay una cuestión que debe tenerse en cuenta y es que la CIJ estaba obligada a tomar una decisión, en derecho por supuesto. Así que ante la pregunta planteada sobre la atribución de responsabilidad a Estados Unidos de las actuaciones de los "Contras", la CIJ debió dar una respuesta afirmativa o negativa. Quiere esto decir que por la falta de normas claras sobre

atribución de conductas de particulares para la época ¿cualquier decisión que hubiese tomado y estándar que hubiese usado, sería considerado una creación arbitraria del derecho? Esta es una pregunta de difícil respuesta, lo que sí es claro es que a la decisión tomada por la CIJ le faltó motivación en relación con la determinación del estándar de control efectivo, que permitiera identificar con claridad las fuentes jurídicas aplicadas para llegar a este estándar.

En conclusión, en relación con el fallo del caso de Nicaragua Vs Estado Unidos la insuficiente motivación de la decisión puede llevar a la conclusión de que el estándar de control efectivo desarrollado por la CIJ es una creación de derecho, facultad con la que no cuenta la CIJ según su propio estatuto. Lo que evidencia la importancia de la motivación de los fallos en relación con la legitimidad de los tribunales internacionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, J. (1990). Sobre Definiciones y normas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (08), Recuperado de: 273-282. <https://doi.org/10.14198/DOXA1990.8.13>
- Ballesteros, V. (2013). *La atribución al Estado del comportamiento de los particulares en el ámbito de la responsabilidad internacional* (Doctoral). Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete. Recuperado de: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3793/TESES%20Ballesteros%20Moya.pdf?sequence=1>
- Corte IDH. Caso de la «Masacre de Mapiripán» Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_134\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf)
- Crawford, J. (1998). *State Responsibility: First report on State Responsibility*. Recuperado de [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_490.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_490.pdf)
- Crawford, J. (s. f.). *State Responsibility*. Recuperado de: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1093>
- D'Aspremont, J. d'. (2011). *Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules*. New York: Oxford University Press.
- Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries - 2001. (s. f.). *State Responsibility*, 114.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. (s. f.). Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm>
- Farré, J. A. (1991). *Dos guerras en Nicaragua. 1978-1988. Espacio, Tiempo y Forma, S. V, H.* *Contemporánea*, 291-312.
- Fenrick, W. (1998). *Development of the Law of Armed Conflict through the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium: IV. International Law Studies Series*. US Naval War College, (71), 77-118.
- General Assembly of United Nations. (2001). *Responsibility of States for Internationally*

- Wrongful Acts. Recuperado de: [https://doi.org/10.1007/978-1-4020-8367-9\\_22](https://doi.org/10.1007/978-1-4020-8367-9_22)
- Higgins, R. (2003). The ICJ, the ECJ, and the Integrity of International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 52, (1), 1-20
  - International Court of Justice. Case concerning United States diplomatic and consular staff in Tehran (1980). Recuperado de: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>
  - International Court of Justice. Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua Vs. United States of America) (1986). Recuperado de: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>
  - International Court of Justice. Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros project (Hungary/Slovakia): judgment of 25 September 1997 (1997). Recuperado de: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>
  - International Court of Justice. Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights (1999). Recuperado de: <https://doi.org/10.5040/9781472563859>
  - International Court of Justice. La Grand Case (Germany v. United States of America) (2001). Recuperado de: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>
  - International Law Commission. (s. f.). Draft articles on the responsibility of international organizations, 2011, 16.
  - International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law committed in the territory of the Former Yugoslavia - Appeals Chamber. Prosecutor Vs Dusko Tadic (1999). Recuperado de: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>
  - Jamil, H. (2016). Classification of Armed Conflict: An Analysis of Effective Control and Overall Control Tests. *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, (16) 17, 185-211.
  - Kalshoven, F. (1991). State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces. *International and Comparative Law Quarterly*, (40), 827-858.
  - Kurtz, J. (2010). The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration. *ICSID Review*, 25(1), 200-217. Recuperado de: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/25.1.200>
  - Linderfalk, U. (2009). State Responsibility and the Primary-Secondary Rules Terminology – The Role of Language for an Understanding of the International Legal System. *Nordic Journal of International Law*, 78(1), 53-72. Recuperado de: <https://doi.org/10.1163/157181009X397081>
  - Mačák, K. (2016). Decoding Article 8 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility: Attribution of Cyber Operations by Non-State Actors. *Journal of Conflict and Security Law*, 21(3), 405-428. Recuperado de: <https://doi.org/10.1093/jcsl/krw014>
  - C. (2016). Derecho internacional público / Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de: [http://unisabana22.gsl.com.mx:80/F?func=service&doc\\_library=CNA01&local\\_base=CNA01&doc\\_number=000001861&sequence=000001&line\\_number=0001&func\\_code=DB\\_RECORDS&service\\_type=MEDIA](http://unisabana22.gsl.com.mx:80/F?func=service&doc_library=CNA01&local_base=CNA01&doc_number=000001861&sequence=000001&line_number=0001&func_code=DB_RECORDS&service_type=MEDIA)
  - Olleson, S. (2013). Internationally Wrongful Acts in the Domestic Courts: The Contribution of D... *Leiden Journal of International Law*, 615-642. Recuperado de: <https://doi.org/10.1017/S0922156513000277>
  - Permanent Court of International Justice. Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits) ,

- Germany v. Poland (1925). Recuperado de: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1926.05.25\\_silesia.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1926.05.25_silesia.htm)
- Perot, P. (2003). Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica. *Isonomía*, (19), 197-219.
  - Vázquez, M. (2005). *Derecho Internacional Público*. México: Editorial Porrúa, (22.a ed.). Recuperado de: [http://cordovaluis.org/blog/wp-content/uploads/2008/09/dip\\_fuentes-del-dip\\_modesto\\_seara\\_vazquez2.pdf](http://cordovaluis.org/blog/wp-content/uploads/2008/09/dip_fuentes-del-dip_modesto_seara_vazquez2.pdf)
  - Skordas, A. (2002). ICJ: Guardian of Sovereignty or Catalyst for Integration Comment. *International Legal Theory*, 8, 49-74.
  - Teresita Mastaglia, G. (2016). *Jurisdicción de La Corte Internacional De Justicia: Análisis De Los Casos Entablados Contra Chile*. *Jurisdiction of the International Court of Justice: analysis of the cases against Chile.*, 12(1), 147-170. <https://doi.org/10.23854/07192568.2016121Mastaglia147>
  - Vallarta Marrón, J. L., & Serrano Migallón, F. (2014). *Derecho internacional público / José Luis Vallarta Marrón; presentación, Fernando Serrano Migallón*. Recuperado de [http://unisabana22.gsl.com.mx:80/F?func=service&doc\\_library=CNA01&local\\_base=CNA01&doc\\_number=000137196&sequence=00001&line\\_number=0001&func\\_code=DB\\_RECORDS&service\\_type=MEDIA](http://unisabana22.gsl.com.mx:80/F?func=service&doc_library=CNA01&local_base=CNA01&doc_number=000137196&sequence=00001&line_number=0001&func_code=DB_RECORDS&service_type=MEDIA)
  - Villanueva Flores, R. (2018). *Activismo judicial y límites del Derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (41). <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.08>
  - Von Staden, A. (2010). *Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Sempra, and Enron Annulment Decisions* (SSRN Scholarly Paper No. ID 1689872). Rochester, NY: Social Science Research Network. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/abstract=168987>