



Asamblea General

Distr. general
30 de abril de 2013
Español
Original: inglés

Sexagésimo octavo período de sesiones
Tema 77 de la lista preliminar*
Responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos

Responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos

Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales

Informe del Secretario General

Índice

	<i>Página</i>
Siglas	4
I. Introducción.....	5
II. Extractos de las decisiones que hacen referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos	6
Comentarios generales	
Primera parte	
El hecho internacionalmente ilícito del Estado.....	8
Capítulo I	
Principios generales	8
Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionales ilícitos...	8
Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado	9
Artículo 3. Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito	10
Capítulo II	
Atribución de un comportamiento al Estado.....	11

* A/68/50.



Comentarios generales	11
Artículo 4. Comportamiento de los órganos del Estado.	12
Artículo 5. Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público.	15
Artículo 6. Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado	18
Artículo 7. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones	19
Artículo 8. Comportamiento bajo la dirección o control del Estado.	20
Artículo 9. Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales	22
Artículo 11. Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio.	22
Capítulo III	
Violación de una obligación internacional	22
Artículo 13. Obligación internacional en vigencia respecto del Estado	22
Artículo 14. Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional.	23
Artículo 15. Violación consistente en un hecho compuesto	24
Artículo 16. Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito.	25
Capítulo V	
Circunstancias que excluyen la ilicitud	25
Comentarios generales	25
Artículo 22. Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito.	25
Artículo 23. Fuerza mayor	25
Artículo 25. Estado de necesidad.	26
Artículo 27. Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud	29
Segunda parte	
Contenido de la responsabilidad internacional del Estado	29
Capítulo I	
Principios generales	29
Artículo 29. Continuidad del deber de cumplir la obligación	29
Artículo 30. Cesación y no repetición.	30
Artículo 31. Reparación	30
Artículo 32. Irrelevancia del derecho interno	33
Capítulo II	
Reparación del perjuicio	33
Artículo 34. Formas de reparación	33

Artículo 35. Restitución	33
Artículo 36. Indemnización	34
Artículo 37. Satisfacción	37
Artículo 38. Intereses	37
Artículo 39. Contribución al perjuicio	38
Capítulo III	
Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general.	39
Artículo 41. Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo	39
Tercera parte	
Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado	39
Capítulo I	
Invocación de la responsabilidad del Estado.	39
Artículo 48. Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado	39
Cuarta parte	
Disposiciones generales	40
Artículo 55. <i>Lex specialis</i>	40

Siglas

Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Convenio del CIADI	Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
OMC	Organización Mundial del Comercio
TBI	Tratado bilateral de inversión
TIDM	Tribunal Internacional del Derecho del Mar
TLC	Tratado de Libre Comercio de América del Norte

I. Introducción

1. La Comisión de Derecho Internacional aprobó el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en su 53º período de sesiones, celebrado en 2001. En la resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, la Asamblea General tomó nota de los artículos (en adelante, “artículos sobre la responsabilidad del Estado”), cuyo texto figuraba en el anexo de esa resolución, y los señaló a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según correspondiera.

2. El Secretario General, en cumplimiento de lo solicitado por la Asamblea General en su resolución 59/35, de 2 de diciembre de 2004, preparó una compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos sobre la responsabilidad del Estado¹. El Secretario General preparó una segunda compilación en 2010 sobre la base de la solicitud que le había hecho la Asamblea General en su resolución 62/61, de 6 de diciembre de 2007².

3. En su resolución 65/19, de 6 de diciembre de 2010, la Asamblea General reconoció la importancia de los artículos sobre la responsabilidad del Estado y los señaló nuevamente a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de la adopción de otro tipo de medida, según correspondiera. La Asamblea solicitó al Secretario General que actualizase la compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos, que invitase a los gobiernos a presentar información sobre su práctica a ese respecto y que presentase esos textos con suficiente antelación a su sexagésimo octavo período de sesiones.

4. El Secretario General, mediante una nota verbal de fecha 10 de marzo de 2011, invitó a los gobiernos a presentar, a más tardar el 1 de febrero de 2013, información sobre las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos para que fueran incluidas en una compilación actualizada. Mediante una nota verbal de fecha 19 de enero de 2012, el Secretario General reiteró esa invitación.

5. En la presente compilación se incluye un análisis de otras 56 decisiones recaídas en causas en que se hizo referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado, dictadas en el período comprendido entre el 1 de febrero de 2010³ y el 31 de enero de 2013. Se hizo referencia a dichos artículos en distintas decisiones de la Corte Internacional de Justicia; el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM); el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC); tribunales de arbitraje internacionales; grupos especiales creados con arreglo al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la OMC; la Comisión Africana de Derechos Humanos; el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. En la presente compilación, que sirve de complemento a las dos anteriores compilaciones de la Secretaría sobre el tema, se reproducen los extractos pertinentes

¹ A/62/62 y Corr.1 y Add.1.

² A/65/76.

³ En la presente compilación se ha incluido una decisión dictada antes de 2010, pero no incluida anteriormente.

de las decisiones adoptadas por las cortes, tribunales u órganos internacionales que hacen referencia a los distintos artículos sobre la responsabilidad del Estado, siguiendo la estructura y el orden numérico de cada uno de ellos. Bajo el encabezamiento de cada artículo, las decisiones aparecen por orden cronológico. Dados el número y la extensión de esas decisiones, la compilación incluye solo los extractos pertinentes en los que se hace referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado, junto con una breve descripción del contexto en que fueron citados.

7. En la compilación figuran los extractos en los que los artículos sobre la responsabilidad del Estado aparecen como fundamento de la decisión o en los que se citan por constituir el derecho vigente que regula la cuestión objeto de examen. La compilación no incluye las alegaciones de las partes en las que se invocan los artículos ni las opiniones de los magistrados que acompañan a la decisión.

II. Extractos de las decisiones que hacen referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

Comentarios generales

Comité ad hoc (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

8. El comité *ad hoc* establecido en *Sempra Energy International c. la República Argentina* consideró que las normas de derecho internacional consuetudinario recogidas en los artículos no eran necesariamente imperativas (*jus cogens*)⁴.

Grupo Especial de la OMC

9. El Grupo Especial constituido en el caso *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, como parte de su análisis del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC), examinó si los artículos sobre la responsabilidad del Estado 1) estaban reconocidos “en la OMC como una ‘norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes’ en la diferencia” y 2) si los artículos eran “pertinentes” respecto de la diferencia en cuestión⁵.

10. En relación con la primera cuestión, el Grupo Especial indicó que, en su opinión, las citas de los artículos en anteriores diferencias planteadas ante la OMC “se han hecho como orientación conceptual únicamente para complementar o confirmar, pero no para sustituir, los análisis basados en el sentido corriente, el contexto y el objeto y fin de los respectivos Acuerdos abarcados”⁶. Además, el Grupo Especial se refirió a casos en que los “grupos especiales y el Órgano de Apelación han declarado expresamente que el Proyecto de artículos no es vinculante” y, por consiguiente, no encontró “fundamento alguno para la

⁴ CIADI, caso núm. ARB/02/16, decisión sobre la solicitud de anulación del laudo presentada por la República Argentina, 29 de junio de 2010, párr. 202 (“El *jus cogens* no requiere que las partes de un tratado bilateral de inversiones renuncien a la posibilidad de invocar la defensa del estado de necesidad bajo los términos que hayan acordado”). Véase también el artículo 25 *infra*.

⁵ OMC, informe del Grupo Especial, WT/DS379/R, 22 de octubre de 2010, párr. 8.87.

⁶ *Ibid.*

aseveración general de que el Órgano de Apelación y los grupos especiales han constatado que el Proyecto de artículos debía tenerse en cuenta como ‘norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes’ al interpretar el Acuerdo sobre la OMC ...”⁷.

11. Además, el Grupo Especial señaló que los artículos no se referían “a lo sustancial de las obligaciones internacionales correspondientes, sino a la determinación acerca de si un Estado es o no responsable por determinado acto que puede constituir una infracción sustantiva de tal obligación”⁸. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que los artículos no eran una “norma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes’, que debiéramos ‘tener en cuenta juntamente con el contexto’ en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 31 de la Convención de Viena [sobre el derecho de los tratados, de 1969]”⁹.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Sala de Controversias de los Fondos Marinos)

12. En su opinión consultiva sobre las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona*, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos indicó que, tal como quedaba confirmado en los artículos sobre la responsabilidad del Estado, el hecho de que el Estado patrocinador incumpliese sus obligaciones sin que ello diese lugar a daños materiales quedaba abarcado por el derecho consuetudinario, que no exigía que se produjese un daño para que los Estados incurriesen en responsabilidad¹⁰.

Órgano de Apelación de la OMC

13. En su examen del informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China* (véase más arriba), el Órgano de Apelación señaló lo siguiente:

“... el Grupo Especial interpretó de manera errónea la función de los artículos de la CDI cuando acometió el análisis de ‘si [los artículos de la CDI] podría[n] alterar [el] análisis y [las] conclusiones [del Grupo Especial] basados en el propio texto del Acuerdo SMC’. La cuestión no es saber si los resultados intermedios de un elemento de la labor interpretativa ‘alteran’ los resultados de otro. Las normas de derecho internacional en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 31 son uno de los medios enunciados en el artículo 31 de la Convención de Viena [sobre el derecho de los tratados] para dilucidar la intención común de las partes en un acuerdo determinado.”¹¹

14. A continuación el Órgano de Apelación señaló lo siguiente:

⁷ *Ibid.*, párr. 8.89.

⁸ *Ibid.*, párr. 8.90. El debate celebrado en relación con el examen por el Grupo Especial del artículo 55 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado respecto de la *lex specialis* puede consultarse en las notas 200 a 203 *infra*.

⁹ *Ibid.*, párr. 8.91.

¹⁰ TIDM, Sala de Controversias de los Fondos Marinos, opinión consultiva, 1 de febrero de 2011, párr. 210.

¹¹ OMC, informe del Órgano de Apelación, WT/DS379/AB/R, 11 de marzo de 2011, párr. 312 (cita del informe del Grupo Especial, nota 5 *supra*, párr. 8.84).

“Encontramos confusa la declaración del Grupo Especial de que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han citado los artículos de la CDI ‘como orientación conceptual únicamente para complementar o confirmar, pero no para sustituir, los análisis basados en el sentido corriente, el contexto y el objeto y fin de los respectivos Acuerdos abarcados’.”¹²

15. Aunque el Grupo Especial de la OMC, tal como se ha señalado, manifestó que los grupos especiales y el Órgano de Apelación habían considerado que los artículos sobre la responsabilidad del Estado no constituían normas de derecho internacional en el sentido del artículo 31 3) c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el Órgano de Apelación destacó que la jurisprudencia anterior de la OMC “es prueba de que, en estos asuntos, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han ‘ten[ido] en cuenta’ dichos artículos, en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 31 ...”¹³

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

16. En *Kotov c. Rusia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó que los artículos sobre la responsabilidad del Estado eran principios codificados que se habían desarrollado en el derecho internacional moderno en relación con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹⁴.

Primera parte

El hecho internacionalmente ilícito del Estado

Capítulo I

Principios generales

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

17. En *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, el Tribunal Arbitral se refirió en general a los artículos sobre la responsabilidad del Estado para respaldar la afirmación de que “el incumplimiento de un compromiso acarrea la violación del derecho de otro”¹⁵.

Artículo 1

Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

18. En *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral, refiriéndose a los artículos 1 y 3 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, determinó que “la fuente primaria de derecho aplicable

¹² *Ibid.*, párr. 313 (cita del informe del Grupo Especial, nota 5 *supra*, párr. 8.87).

¹³ *Ibid.*, párr. 313.

¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Kotov v. Rusia*, demanda núm. 54522/00, sentencia, 3 de abril de 2012, párr. 30.

¹⁵ CIADI, caso núm. ARB/08/5, decisión sobre responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, párr. 214, nota 355.

al caso es el TBI, complementado por el derecho internacional al que el TBI mismo remite en varias de sus disposiciones”¹⁶.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

19. En su laudo en *Swisslion DOO Skopje c. ex República Yugoslava de Macedonia*, el Tribunal Arbitral se refirió a los artículos 1 y 6 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado en apoyo de la afirmación de que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, todo hecho ilícito de un Estado entraña la responsabilidad internacional de ese Estado. Eso abarca el comportamiento de todo órgano del Estado, incluida la judicatura¹⁷.

Artículo 2¹⁸

Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en las normas del TLC y el Reglamento de la CNUDMI)

20. El Tribunal Arbitral constituido para entender del asunto *Merrill & Ring Forestry L. P. c. el Gobierno del Canadá* indicó que, aunque en el comentario del artículo 2 se señalaba que si el daño había de depender “del contenido de la obligación primaria, y no existe ninguna regla general al respecto”, en el caso de un comportamiento que se considerara que constituía una infracción de las normas aplicables a la protección de las inversiones, la obligación primaria era inseparable con bastante claridad de la existencia del daño¹⁹.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

21. En *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, el Tribunal Arbitral indicó que el artículo 2 no constituía un fundamento autónomo de atribución, sino que únicamente articulaba los elementos de la definición de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado que había de ser atribuible al Estado y violar una obligación internacional del Estado²⁰.

Corte Permanente de Arbitraje (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

22. En su laudo final en *Frontier Petroleum Services LTD. c. República Checa*, el Tribunal Arbitral se refirió al artículo 2 y a su correspondiente comentario en apoyo de la afirmación de que había pocas dudas de que la palabra “medida” generalmente abarcaba acciones y omisiones de un Estado en el derecho internacional²¹.

¹⁶ CIADI, caso núm. ARB/03/15, laudo, 31 de octubre de 2011, párr. 130.

¹⁷ CIADI, caso núm. ARB/09/16, laudo, 6 de julio de 2012, párr. 261, nota 323.

¹⁸ Véase también el caso *Castillo González y otros c. Venezuela* al que se hace referencia más abajo en relación con el artículo 4.

¹⁹ CNUDMI, laudo, 31 de marzo de 2010, párr. 245 (cita de James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 2002, en especial pág. 84).

²⁰ CIADI, caso núm. ARB/07/24, laudo, 18 de junio de 2010, párr. 173.

²¹ Corte Permanente de Arbitraje, laudo final, 12 de noviembre de 2010, párr. 223.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Sala de Controversias de los Fondos Marinos)

23. En su opinión consultiva en *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona*, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos indicó que una disposición de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar constituía una excepción a la norma de derecho internacional consuetudinario recogida en el comentario del artículo 2, a cuyo tenor un Estado podía ser responsable aun cuando no dimanase ningún daño del incumplimiento de sus obligaciones internacionales²².

Artículo 3²³

Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

Corte Permanente de Arbitraje (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

24. En su laudo provisional sobre la jurisdicción y la admisibilidad en *Hulley Enterprises Limited c. la Federación de Rusia*²⁴, *Yukos Universal Limited c. Federación de Rusia*²⁵ y *Veteran Petroleum Limited c. Federación de Rusia*²⁶, el Tribunal Arbitral, como parte de su examen de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en el contexto de los tratados, aceptó la opinión de un experto, presentada por James Crawford, en la que se citaban los artículos 3 y 32 en apoyo de la afirmación de que existía una firme presunción de que había una separación entre el derecho internacional y el derecho nacional²⁷.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

25. El comité ad hoc constituido para examinar la solicitud de anulación del laudo dictado en el caso *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* se basó en el artículo 3 para determinar que el fallo de un tribunal nacional no podía evitar que el tribunal internacional llegase a otra conclusión en aplicación del derecho internacional²⁸.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

26. En *Total S.A. c. República Argentina*, el Tribunal Arbitral, refiriéndose al artículo 3, dijo que era una reformulación del principio general del derecho internacional consuetudinario según el cual, a los efectos de la responsabilidad del

²² Véase la nota 10 *supra*, párr. 178 (cita del párr. 9) del comentario del artículo 2) y párr. 210.

²³ Véase el caso *El Paso Energy International Company c. la República Argentina* mencionado *supra* en relación con el artículo 1.

²⁴ Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. AA 226, laudo provisional sobre la jurisdicción y la admisibilidad, 30 de noviembre de 2009.

²⁵ *Ibid.*, caso núm. AA 227, laudo provisional sobre la jurisdicción y la admisibilidad, 30 de noviembre de 2009.

²⁶ *Ibid.*, caso núm. AA 228, laudo provisional sobre la jurisdicción y la admisibilidad, 30 de noviembre de 2009.

²⁷ Véanse las notas 24, 25 y 26 *supra*, párr. 316.

²⁸ CIADI, caso núm. ARB/05/19, decisión del comité ad hoc, 14 de junio de 2010, párr. 51, nota 48.

Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, era irrelevante que un acto fuera considerado lícito con arreglo a la ley del Estado²⁹.

Tribunal Arbitral Internacional

27. El Tribunal Arbitral constituido para entender del caso *Demandante c. República Eslovaca* se refirió al artículo 3 en apoyo de la afirmación de que, incluso cuando el derecho nacional podía ser pertinente para el fondo, el caso no constituía la fuente primaria de derecho, sino una circunstancia de hecho que había que tener en cuenta para determinar si el Estado anfitrión había infringido sus obligaciones internacionales en relación con el cumplimiento de su propio derecho³⁰.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

28. En su laudo en *EDF International S.A. y otros c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral se refirió al artículo 3 en apoyo de la afirmación de que la legalidad de los actos de la demandada con arreglo al derecho nacional no determinaba su licitud según los principios jurídicos internacionales³¹.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

29. En *Iberdrola Energía S.A. c. la República de Guatemala*, el Tribunal Arbitral se refirió al artículo 3 al afirmar que “la legalidad de la conducta de un Estado a la luz de su derecho interno no conduce necesariamente a la legalidad de esa conducta según el derecho internacional”³².

Capítulo II **Atribución de un comportamiento al Estado**

Comentarios generales

Grupo Especial de la OMC

30. En *Estados Unidos – determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, el Grupo Especial señaló que “las disposiciones pertinentes” de los artículos sobre la responsabilidad del Estado estaban en consonancia con el concepto de que los actos u omisiones atribuibles a un miembro de la OMC eran “habitualmente los actos u omisiones de los órganos del Estado, incluidos los del poder ejecutivo”³³.

²⁹ CIADI, caso núm. ARB/04/1, decisión sobre la responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, párr. 40, nota 21.

³⁰ Arbitraje ad hoc, laudo, 5 de marzo de 2011, párr. 197, nota 217 (cita de CIADI, *Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y Vivendi Universal c. la República Argentina*, caso núm. ARB/97/3, decisión sobre la anulación, 3 de julio de 2002, párr. 94 y notas (comentarios sobre el artículo 3)).

³¹ CIADI, caso núm. ARB/03/23, laudo, 11 de junio de 2012, párrs. 906 y 907.

³² CIADI, caso núm. ARB/09/5, laudo, 17 de agosto de 2012, párr. 367, nota 354.

³³ OMC, informes del Grupo Especial, WT/DS384/R y WT/DS386/R, 18 de noviembre de 2011, párr. 7.16, nota 41.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

31. En *Kotov c. Rusia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió al comentario del capítulo II al describir el derecho pertinente a los efectos de la atribución de responsabilidad internacional a los Estados³⁴.

Artículo 4³⁵**Comportamiento de los órganos del Estado***Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)*

32. El Tribunal Arbitral constituido para entender del caso *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. República de Georgia* determinó que, aunque el Tribunal invocase el artículo 7 durante la etapa judicial, los artículos 4, 5 y 11 eran también aplicables a la controversia³⁶. El Tribunal llegó a la conclusión de que en el proceso de arbitraje que estaba teniendo lugar no se podía plantear realmente la cuestión de la atribución de ninguna acción u omisión por parte de las entidades pertinentes a la demandada³⁷.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

33. El comité ad hoc constituido para entender de la anulación de las actuaciones en el caso *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* se refirió al artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado al determinar que la decisión de un ministro del Gobierno adoptada al final de un proceso administrativo constituía una decisión respecto de la que el Estado era indudablemente responsable a nivel internacional en caso de que entrañase el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado³⁸.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

34. En *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, el Tribunal Arbitral se refirió a los artículos 4, 5 y 8 como parte de su análisis de la cuestión de la atribución. El Tribunal llegó a la conclusión de que el comportamiento de un órgano del Estado era claramente atribuible al Estado con arreglo al artículo 4 1) de los artículos de la CDI³⁹. Además, el Tribunal se apoyó en el comentario del artículo 4 para determinar que el hecho de que el comportamiento del órgano del Estado se basase o no en razones comerciales o de otra índole era irrelevante en relación con la cuestión de la atribución⁴⁰.

³⁴ Véase la nota 14 *supra*, párr. 30 (cita del párrafo 6) del comentario del capítulo II).

³⁵ Véanse *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana* *infra*, nota 56; *Bosh International, Inc. & B & P Ltd. Foreign Investments Enterprise v. Ukraine* *infra*, nota 75; *White Industries Australia Limited v. The Republic of India* *infra*, nota 87; y *Teinver S.A. et al. v. The Argentine Republic* *infra*, nota 99.

³⁶ CIADI, casos núms. ARB/05/18 y ARB/07/15, laudo, 3 de marzo de 2010, párr. 274 (cita de los artículos 4, 5 y 11).

³⁷ *Ibid.*, párrs. 274 y 280.

³⁸ Véanse la nota 28 *supra* y el párr. 51, nota 47.

³⁹ CIADI, caso núm. ARB/07/16, laudo, 8 de noviembre de 2010, párr. 401.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 402.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

35. En el caso *Sergei Paushok y otros c. Gobierno de Mongolia*, el Tribunal Arbitral consideró que los artículos 4, 5 y 9 constituían normas de derecho internacional sobre la atribución aplicables a la controversia y que, en general, se consideraba que representaban el derecho internacional consuetudinario vigente⁴¹. Después de manifestar que los artículos sobre la responsabilidad del Estado no contenían una definición de lo que constituía un órgano del Estado⁴², el Tribunal destacó el comentario del artículo 4, en el que se indicaban las actividades abarcadas por la referencia del artículo al “órgano del Estado”⁴³.

36. Además, el Tribunal señaló que la distinción entre los artículos 4 y 5 era especialmente pertinente para determinar la posible responsabilidad del Estado⁴⁴.

Corte Permanente de Arbitraje

37. En *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República del Ecuador*, el Tribunal Arbitral se refirió a los artículos sobre la responsabilidad del Estado y recordó que, como cuestión de derecho internacional, un Estado podía ser responsable del comportamiento de sus órganos, incluidos sus órganos judiciales⁴⁵.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

38. En *Demandantes c. República Eslovaca*, el Tribunal Arbitral indicó que había tres posibles fundamentos para atribuir hechos ilícitos a un Estado. Figuraban en los artículos 4, 5 y 8 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado de la CDI⁴⁶. Después de haber examinado el artículo 4, el derecho eslovaco y las circunstancias de hecho pertinentes, el Tribunal determinó que ciertas entidades y personas eran órganos del Estado responsables de los actos que habían realizado en el desempeño de sus funciones oficiales de conformidad con el artículo 4 de los artículos de la CDI⁴⁷, en tanto que otras entidades y personas no lo eran⁴⁸.

Corte Permanente de Arbitraje (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

39. El Tribunal Arbitral constituido para entender del caso *Ulysseas, Inc. c. la República del Ecuador* se basó en el artículo 4 para determinar que ciertas entidades no eran órganos del Estado del Ecuador, pese a que eran “parte del sector público

⁴¹ CNUDMI, laudo sobre la jurisdicción y la responsabilidad, 28 de abril de 2011, párrs. 576 y 577.

⁴² *Ibid.*, párr. 581.

⁴³ *Ibid.*, párr. 582.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 580.

⁴⁵ Corte Permanente de Arbitraje, caso núm. 2009-23, primer laudo provisional sobre las medidas provisionales, 25 de enero de 2012, párr. [2.10.2].

⁴⁶ CNUDMI, laudo final, 23 de abril de 2012, párrs. 150 a 151.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 152.

⁴⁸ *Ibid.*, párrs. 155 y 163.

ecuatoriano y se encuentr[a]n sujetas a un sistema de controles por parte del Estado en vista de los intereses públicos involucrados en su actividad ...”.⁴⁹

40. En *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. la República del Ecuador*, el Tribunal Arbitral destacó que “[e]n el derecho internacional, un Estado puede ser considerado responsable de haber discriminado mediante una ley, regulación o decreto. El Artículo 4.1 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, [...] rige esta cuestión”⁵⁰.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

41. En su sentencia en *Castillo González y otros v. Venezuela*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que los artículos 2 y 4 formaban parte del “principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado”⁵¹.

42. Además, la Corte se refirió al artículo 4 al considerar que “a la Corte le compete determinar si el actuar de un órgano del Estado, como son los entes encargados de las investigaciones, constituye o no un ilícito internacional”⁵².

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

43. El Tribunal Arbitral constituido para entender del caso *Electrabel S.A. c. República de Hungría* determinó que era incuestionable que los actos del Parlamento de Hungría eran atribuibles al Estado húngaro de conformidad con el artículo 4 de los artículos de la CDI⁵³.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

44. En su laudo de enero de 2013 en *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, el Tribunal Arbitral citó el comentario del artículo 4 en apoyo de la afirmación de que “[s]e encuentra bien establecido que, para configurar una expropiación en virtud del derecho internacional, es necesario que la conducta del Estado debería ir más allá de la que una parte contratante común y corriente podría adoptar”⁵⁴.

⁴⁹ Corte Permanente de Arbitraje, laudo final, 12 de junio de 2012, párrs. 135 y 126.

⁵⁰ CIADI, caso núm. ARB/06/11, 5 de octubre de 2012, párr. 559.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, 27 de noviembre de 2012, párr. 110, nota 51 (cita de los artículos 2 y 4 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado).

⁵² *Ibid.*, párr. 160, nota 94 (cita del artículo 4.1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado) (se ha omitido la nota de pie de página interna).

⁵³ CIADI, caso núm. ARB/07/19, fallo sobre la jurisdicción, el derecho aplicable y la responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, párr. 7.89. En las notas 95 a 98 *infra* figura más información en relación con el examen realizado por el Tribunal acerca de los artículos sobre la responsabilidad del Estado y la cuestión de la atribución con arreglo al derecho internacional.

⁵⁴ CIADI, caso núm. ARB/(AF)/04/6, laudo, 16 de enero de 2013, párr. 209, nota 209 (cita del párr. 6) del comentario del artículo 4).

Artículo 5⁵⁵**Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público**

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

45. En su laudo, el Tribunal Arbitral constituido para entender del caso *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana* indicó que, para atribuir un acto a un Estado, tenía que existir un estrecho vínculo con el Estado⁵⁶. Refiriéndose a los artículos 4, 5 y 8, el Tribunal manifestó que ese vínculo podía ser el resultado de que la persona que realizase el acto formase parte de la estructura orgánica del Estado (artículo 4); utilizase facultades gubernamentales concretas del Estado para realizar tal acto, aun cuando se tratase de una entidad separada (artículo 5); o actuase bajo el control efectivo del Estado, incluso cuando fuese una parte privada o pública (artículo 8)⁵⁷. El Tribunal señaló que, con arreglo al artículo 5, quedaba claro que habían de darse dos condiciones simultáneas para la atribución: la existencia de una entidad dotada de autoridad gubernamental; y la realización de un acto a través del ejercicio de la autoridad gubernamental⁵⁸.

46. Una vez examinados la ley y los hechos pertinentes, el Tribunal determinó que, con arreglo al artículo 5, la entidad ejercía elementos de una autoridad gubernamental⁵⁹. No obstante, el Tribunal indicó que indudablemente esa conclusión no resolvía por sí misma la cuestión de la atribución. Para que un acto de una entidad separada que ejerciese elementos de una autoridad gubernamental fuese atribuido al Estado, había que demostrar que el acto en cuestión se había realizado en el ejercicio de esa autoridad gubernamental y que no se trataba meramente de un acto que podía ser realizado por una entidad comercial. Ese criterio había sido seguido en la jurisprudencia nacional e internacional⁶⁰.

47. Al aplicar el artículo 5 a los actos concretos planteados, el Tribunal se concentró en la utilización de la facultad gubernamental y examinó si la entidad en cuestión había actuado como un contratista o accionista o, por el contrario, como una entidad del Estado que hacía valer sus facultades normativas. No bastaba con que un acto de una entidad pública hubiese sido realizado con miras a la consecución general de algún interés, misión u objetivo general para que pudiese ser considerado un acto imputable⁶¹.

48. Además, el Tribunal distinguió entre el análisis de la atribución con arreglo al artículo 5 y el análisis con arreglo al artículo 8; a este respecto, indicó que la atribución o la no atribución con arreglo al artículo 8 era independiente del régimen

⁵⁵ Véanse también *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine supra*, nota 39; *Sergei Paushok et al. v. The Government of Mongolia supra*, nota 41; *White Industries Australia Limited v. The Republic of India infra*, nota 87; *Teinver S.A. et al. v. The Argentine Republic infra*, nota 99; e *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, supra*, nota 36, e *infra*, nota 81.

⁵⁶ Véase la nota 20 *supra*, párr. 172.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, párrs. 175 a 177.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 192.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 193.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 202; véanse también párrs. 255, 266 y 284.

jurídico de la entidad y dependía únicamente de si los actos se habían realizado siguiendo las instrucciones de ese Estado o bajo su dirección o control⁶².

Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Sala de Controversias de los Fondos Marinos)

49. En su opinión consultiva en *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona*, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos indicó que ciertas normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativas a la responsabilidad de los Estados patrocinadores

“están en consonancia con las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a esta cuestión. Con arreglo al derecho internacional, los actos de las entidades privadas no son directamente atribuibles al Estado, salvo que la entidad en cuestión esté facultada para actuar como un órgano del Estado (artículo 5 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado) o cuando un comportamiento haya sido reconocido y adoptado como propio por un Estado (artículo 11 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado)”⁶³.

Órgano de Apelación de la OMC

50. En su informe sobre el asunto *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, el Órgano de Apelación examinó si las normas de atribución que figuraban en los artículos sobre la responsabilidad del Estado constituían una “norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”⁶⁴. El Órgano de Apelación consideró que, “[e]n la medida en que los artículos 4, 5 y 8 de la CDI abordan el mismo tema que [una disposición] del Acuerdo SMC, serían ‘pertinentes’ en el sentido [...] de la Convención de Viena [sobre el derecho de los tratados]”⁶⁵. El Órgano de Apelación indicó que en los artículos sobre la responsabilidad del Estado y en el Acuerdo SMC se establecían “normas relativas a la atribución de un comportamiento al Estado”, aunque señaló “ciertas diferencias” en sus respectivos enfoques sobre la atribución⁶⁶.

51. En relación con la cuestión de si los artículos sobre la responsabilidad del Estado constituían una “norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, el Órgano de Apelación señaló que “los artículos 4, 5 y 8 de los artículos de la CDI no son vinculantes *en virtud de* ser parte de un tratado internacional. Sin embargo, en la medida en que reflejan el derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho, los artículos son aplicables en las relaciones entre las partes”⁶⁷.

⁶² *Ibid.*, párr. 198.

⁶³ Véase la nota 10 *supra*, párr. 182.

⁶⁴ Véase la nota 11 *supra*, párrs. 307 y siguientes (cita de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 31 3) c)).

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 308.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 309.

⁶⁷ *Ibid.* párr. 308; véase también la nota 204, donde se expone el examen realizado por el Órgano de Apelación acerca de si los artículos 4, 5 y 8 de los artículos sobre la responsabilidad del

52. Además, el Órgano de Apelación indicó que, “a pesar de algunas diferencias entre las normas de atribución”, su interpretación de la expresión “organismo público”, que figuraba en el Acuerdo SMC, “coincide en lo esencial con el artículo 5”⁶⁸.

53. Habida cuenta de su determinación de que el artículo 5 respaldaba, en lugar de contradecir, su interpretación del Acuerdo SMC y “dado que el resultado de [su] análisis no gira[ba] en torno al artículo 5”, el Órgano de Apelación indicó que “no [era] necesario que [se pronunciara] definitivamente sobre la cuestión de en qué medida el artículo 5 de los artículos de la CDI refleja[ba] el derecho internacional consuetudinario”⁶⁹.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

54. En su sentencia en *Kotov c. Rusia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió al comentario del artículo 5 como parte de su desarrollo del derecho relativo a la atribución de responsabilidad internacional al Estado⁷⁰. El Tribunal citó pasajes del comentario pertinente para la determinación de qué entidades, incluidas las “entidades paraestatales”, habían de ser consideradas “gubernamentales” a los efectos de la atribución con arreglo al derecho internacional⁷¹.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

55. En *Demandantes c. República Eslovaca*, el Tribunal Arbitral señaló que había tres posibles fundamentos para la atribución de hechos ilícitos a un Estado. Figuraban en los artículos 4, 5 y 8 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado de la CDI⁷². Después de examinar los artículos 5 y 8, el Tribunal determinó que, sobre la base de las pruebas presentadas, no cabía considerar que los actos realizados por ciertas entidades no estatales y ciertos particulares fuesen realizados en el ejercicio de una autoridad gubernamental ni siguiendo las instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado⁷³.

Corte Permanente de Arbitraje (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

56. En el caso *Ulysseas, Inc. c. la República del Ecuador*, el Tribunal Arbitral determinó que el comportamiento de ciertas entidades, a pesar de no constituir órganos del Estado ecuatoriano, “puede clasificarse dentro del alcance del artículo 5 de los Artículos de la CDI y del artículo [pertinente] del TBI en la medida en que la autoridad gubernamental le haya sido delegada, con la consecuencia de que algunos

Estado “serían sustituidos por [...] el Acuerdo SMC, considerado como *lex specialis* en materia de atribución, de conformidad con el artículo 55 de los artículos de la CDI”; *ibid.*, párr. 314.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 310.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 311.

⁷⁰ Véase la nota 14 *supra*, párrs. 31 y 32 (cita de los párrs. 3) y 6) del comentario del artículo 5).

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Véase la nota 46 *supra*, párrs. 150 y 151.

⁷³ *Ibid.*, párrs. 156 a 159; el Tribunal agregó que, si se determinase que un órgano de un Estado actuó bajo la influencia de una entidad no estatal, esos actos serían atribuibles al Estado; véase también el párr. 163.

de sus actos pueden ser atribuibles al Estado, siempre que ‘esté actuando en ese carácter en el caso particular’⁷⁴

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

57. En su laudo en relación con *Bosh International, Inc. and B & P Ltd. Foreign Investments Enterprise c. Ucrania*, el Tribunal Arbitral se basó en el artículo 5 al analizar si el comportamiento de una universidad era atribuible a Ucrania.

58. El Tribunal examinó 1) si la Universidad estaba facultada por la legislación de Ucrania para ejercer elementos de autoridad gubernamental y 2) si el comportamiento de la Universidad guardaba relación con ejercicio de esa autoridad gubernamental⁷⁵.

59. En relación con el segundo aspecto de su análisis, el Tribunal se basó en el comentario del artículo 5 para indicar que la cuestión sobre la que había que pronunciarse era la de determinar si el comportamiento de la Universidad al concertar y rescindir el contrato pertinente podía considerarse o caracterizarse como una forma de “actividad gubernamental” o una forma de “actividad comercial”⁷⁶.

60. El Tribunal también se refirió al artículo 5 como parte de su análisis de una reclamación interpuesta con arreglo a la cláusula general del tratado bilateral de inversión pertinente. El Tribunal consideró que la palabra “parte”, tal como se utilizaba en la cláusula general, se refería a cualquier situación en que la parte actuase “*qua* Estado”, es decir, cuando el comportamiento de las entidades pudiese atribuirse a las partes (de conformidad, por ejemplo, con los artículos 4, 5 u 8 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado⁷⁷.

Artículo 6⁷⁸

Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

61. En su sentencia de 2012 en la causa *Catan y otros c. Moldova y Rusia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó que los artículos 6 y 8 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado constituían el derecho internacional pertinente⁷⁹.

⁷⁴ Véase la nota 49 *supra*, párr. 135 (cita del artículo 5).

⁷⁵ CIADI, caso núm. ARB/08/11, laudo, 25 de octubre de 2012, párr. 164 (cita de James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (2002), pág. 100).

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 176.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 246. El Tribunal manifestó en su pronunciamiento que no podía aceptar que la universidad en cuestión fuese un “órgano del Estado” en el sentido del artículo 4 de los artículos de la CDI; véanse también el párr. 163 y el párr. 248, donde figuran también referencias al artículo 5.

⁷⁸ Véase también el caso *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, mencionado en relación con el artículo 1 *supra*.

⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, demandas núms. 43370/04, 8252/05 y 18454/06, sentencia, 19 de octubre de 2012, párr. 74.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

62. En *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, el Tribunal Arbitral se refirió al artículo 6 al examinar los efectos jurídicos de una decisión de la Comisión Europea. Basándose en el artículo 6 y en su comentario, el Tribunal determinó que, si bien la Unión Europea no era un Estado con arreglo al derecho internacional, en opinión del Tribunal podía, sin embargo, establecerse una analogía y considerarla una parte contratante en el tratado pertinente a los efectos de la aplicación del artículo 6 de los artículos de la CDI⁸⁰.

Artículo 7

Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

63. En su laudo en *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs c. República de Georgia*, el Tribunal Arbitral recordó que, durante las actuaciones judiciales, había observado que, con arreglo al artículo 7, incluso en los casos en que una entidad estaba facultada para realizar actos como autoridad gubernamental en el sentido *ultra vires*, el comportamiento en cuestión era, sin embargo, atribuible al Estado⁸¹. El Tribunal había considerado que la República de Georgia no podía eludir el efecto jurídico de su comportamiento arguyendo que, según el derecho georgiano, ese comportamiento no producía efectos⁸².

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

64. En sus conclusiones en *Comisión Europea c. República Italiana*, la Abogado General Kokott se refirió al artículo 7 en apoyo de la afirmación de que, “aun en el caso de que se constatará que esos funcionarios [del Estado] incurrieron en responsabilidad penal, ello no obsta a la imputación de sus actos al Estado”⁸³.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

65. En la sentencia que dictó en 2012 en la causa *El-Masri c. ex República Yugoslava de Macedonia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó que los artículos 7, 14, 15 y 16 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado eran el derecho internacional pertinente⁸⁴.

⁸⁰ Véase la nota 53 *supra*, párr. 6.74.

⁸¹ Véase la nota 273 *supra*, párr. 273 (cita de un fallo sobre la jurisdicción, 6 de julio de 2007, párr. 190).

⁸² *Ibid.*, párr. 36 (cita de un fallo sobre la jurisdicción, párr. 191).

⁸³ Tribunal de La Justicia de la Unión Europea, asunto C-334/08, conclusiones de la Abogado General Kokott, 15 de abril de 2010, párrs. 29 y 30 y nota 11.

⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, demanda núm. 39630/09, sentencia, 13 de diciembre de 2012, párr. 97.

Artículo 8⁸⁵**Comportamiento bajo la dirección o control del Estado**

Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Sala de Controversias de los Fondos Marinos)

66. En su opinión consultiva en *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona*, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos se refirió al comentario del artículo 8 en apoyo de la afirmación de que, aunque no se consideraba razonable hacer responsable a un Estado de todas y cada una de las violaciones cometidas por personas bajo su jurisdicción, tampoco se consideraba satisfactorio basarse en la mera aplicación del principio de que el comportamiento de las personas o entidades privadas no era atribuible al Estado con arreglo al derecho internacional⁸⁶.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

67. En su laudo en *White Industries Australia Limited c. República de la India*, el Tribunal Arbitral manifestó que los artículos 4, 5 y 8 formaban parte de su análisis de la cuestión de la atribución. El Tribunal consideró que la demandante había admitido acertadamente que no estaba haciendo valer los artículos 4 o 5, ya que la entidad en cuestión no era manifiestamente un órgano del Estado en el sentido del artículo 4 ni ejercía atribuciones del poder público en el sentido del artículo 5⁸⁷.

68. El Tribunal determinó que, con arreglo al artículo 8, la cuestión principal de la atribución se refería a si los hechos sobre los que había constancia respaldaban la conclusión de que la entidad estaba realmente actuando de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de la India⁸⁸. El Tribunal señaló asimismo que la comprobación del artículo 8 era ardua⁸⁹, establecía un nivel mínimo muy exigente⁹⁰ y excluía del examen asuntos relacionados con la estructura orgánica y las consultas sobre asuntos operacionales o normativos⁹¹.

69. Además, el Tribunal tomó nota de la prueba del “control efectivo” de la Corte Internacional de Justicia y del debate planteado en el marco del comentario del artículo 8 sobre la comprobación en el contexto de las empresas de propiedad estatal y controladas por el Estado⁹². Sobre la base de esa comprobación, el Tribunal

⁸⁵ Véanse también *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine supra*, nota 39; *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana supra*, nota 56; *Claimants v. Slovak Republic supra*, notas 46 y 72; *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China supra*, nota 64; y *Bosh International, Inc. and B & P Ltd. Foreign Investments Enterprise v. Ukraine supra*, nota 75.

⁸⁶ Véase la nota 10 *supra*, párr. 112 (cita del párr. 1) del comentario del artículo 8).

⁸⁷ CNUDMI, laudo final, 30 de noviembre de 2011, párr. 8.1.2.

⁸⁸ *Ibid.*, párrs. 8.1.3-8.1.4 y 8.1.7.

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 8.1.4.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 8.1.10.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 8.1.8.

⁹² *Ibid.*, párrs. 8.1.11 a 8.1.15 (cita de la Corte Internacional de Justicia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 62 y 65, en especial párrs. 109 y 115; Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, pág. 208, en especial párr. 400, así como los párrs. 4) y 6) del comentario del artículo 8).

determinó que la demandada tenía que demostrar que la India tenía un control general sobre la entidad y un control concreto sobre los actos particulares en cuestión⁹³.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

70. En su sentencia de 2012 en la causa *Catan y otros c. Moldova y Rusia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó que los artículos 6 y 8 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado constituían el derecho internacional pertinente⁹⁴.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

71. En su fallo sobre la jurisdicción, el derecho aplicable y la responsabilidad en *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, el Tribunal Arbitral se basó en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por ser una codificación del derecho internacional consuetudinario que resultaba pertinente para la atribución⁹⁵. Tomando principalmente como base el artículo 8 y su correspondiente comentario, el Tribunal determinó que, aunque como principio general, el comportamiento de particulares o entidades no era atribuible al Estado en derecho internacional, sin embargo ciertas circunstancias de hecho podían servir para establecer una relación especial entre la persona que observaba el comportamiento y el Estado⁹⁶.

72. El Tribunal indicó que, tal como se exponía con suma claridad en el comentario de la CDI sobre el artículo 8, el hecho de que un Estado actuase a través de una empresa de propiedad estatal o controlada por el Estado sobre la que dicho Estado ejerciese alguna influencia no era suficiente para que los actos de tales entidades se atribuyese al Estado⁹⁷. Por ello, el Tribunal consideró que era menester determinar si la “entidad privada” en cuestión estaba actuando por instrucciones o bajo la dirección y el control del Gobierno de Hungría⁹⁸.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

73. En su fallo sobre la jurisdicción de 2012 en *Teinver S.A. y otros c. República Argentina*, el Tribunal Arbitral manifestó que los artículos 4, 5 y 8 formaban parte de su examen de si los actos de ciertos sindicatos eran atribuibles a la República Argentina. Dado que los argumentos de las demandantes “dependen fuertemente de cuestiones de hecho”, el Tribunal decidió diferir la consideración de la cuestión de la atribución a la etapa de fondo de la diferencia⁹⁹. No obstante, el Tribunal aceptó la afirmación de ambas partes de que “el Artículo 8 y no los Artículos 4 y 5 son relevantes a los fines del análisis de la conducta”¹⁰⁰.

⁹³ *Ibid.*, párr. 8.1.18.

⁹⁴ Véase la nota 79 *supra*.

⁹⁵ Véase la nota 53 *supra*, párr. 7.60.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 7.71 y párrs. 7.64, 7.66 y 7.68.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 7.95.

⁹⁸ Véase *ibid.*, párrs. 7.64 a 7.71.

⁹⁹ CIADI, caso núm. ARB/09/1, 21 de diciembre de 2012, párr. 274.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 275.

Artículo 9

Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

74. En el caso *Sergei Paushok y otros c. Gobierno de Mongolia*, el Tribunal Arbitral dijo que los artículos 4, 5 y 9 constituían reglas sobre atribución del derecho internacional aplicables a la controversia que eran generalmente consideradas como el derecho internacional consuetudinario actual¹⁰¹.

Artículo 11¹⁰²

Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio

Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Sala de Controversias de los Fondos Marinos)

75. En su opinión consultiva sobre *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona*, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos indicó que determinadas reglas sobre la responsabilidad de los Estados patrocinadores que figuraban en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar “estaban en consonancia con las reglas del derecho internacional consuetudinario sobre esa cuestión. Con arreglo al derecho internacional, los hechos de entidades privadas no eran directamente atribuibles a los Estados salvo cuando la entidad en cuestión estuviese facultada para actuar como un órgano del Estado (artículo 5 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado) o cuando el Estado reconociese y adoptase ese comportamiento como propio (artículo 11 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado)”¹⁰³.

Capítulo III

Violación de una obligación internacional

Artículo 13

Obligación internacional en vigencia respecto del Estado

Corte Internacional de Justicia

76. En su fallo en la *Causa relativa a las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, la Corte Internacional de Justicia se remitió al artículo 13 para respaldar su afirmación de que la compatibilidad de un hecho con el derecho internacional se podía determinar solo en función del derecho en vigor en el momento en que se produjo el hecho¹⁰⁴.

¹⁰¹ Véase la nota 41 *supra*, párr. 576.

¹⁰² Véase también *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia supra*, notas 36 y 81.

¹⁰³ Véase la nota 1010 *supra*, párr. 182.

¹⁰⁴ Corte Internacional de Justicia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, fallo de 3 de febrero de 2012, párr. 58.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

77. En el caso *Railroad Development Corporation c. la República de Guatemala*, el Tribunal Arbitral se remitió al artículo 13 para respaldar su afirmación de que un tratado no se podía infringir antes de que hubiese entrado en vigor¹⁰⁵.

Artículo 14¹⁰⁶

Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

78. En su sentencia en el caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se remitió al artículo 14 para respaldar su afirmación de que “los actos de carácter continuo o permanente se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa, manteniéndose su falta de conformidad con la obligación internacional”¹⁰⁷.

Órgano de Apelación de la OMC

79. En su informe en el asunto *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, el Órgano de Apelación se remitió al artículo 14 para determinar que, con arreglo al Acuerdo SMC, “es el hecho de ‘causar’ tales efectos [desfavorables para los intereses de otros Miembros] el que es pertinente [...] y la conclusión en cuanto a la retroactividad dependerá de si la situación persiste o se ha consumado y no de cuándo tuvo lugar el acto de conceder una subvención”¹⁰⁸. Si bien coincidía en que, sobre la base del artículo 14, “es importante distinguir entre un hecho y sus efectos”, el Tribunal indicó que “el Acuerdo SMC se refiere a una ‘situación’ que perdura en el curso del tiempo y no a ‘hechos’ concretos”¹⁰⁹.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

80. El Tribunal Arbitral constituido para conocer del caso *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* examinó las distinciones perfectamente establecidas en el derecho internacional consuetudinario, que se reconocen en el comentario de los artículos 14 y 15, entre un hecho de una sola vez, un hecho continuo y un hecho compuesto¹¹⁰. Después de examinar el comentario de los artículos 14 y 15 y las circunstancias de hecho de la controversia¹¹¹, el Tribunal determinó que la presunta medida se debía considerar un hecho continuo con arreglo al derecho internacional¹¹².

¹⁰⁵ CIADI, caso núm. ARB/07/23, segunda decisión sobre excepciones de incompetencia, 29 de junio de 2012, párr. 116 (donde se cita el artículo 13).

¹⁰⁶ Véase también *Sergei Paushok et al. v. The Government of Mongolia infra*, nota 117.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, 24 de noviembre de 2010, párr. 17, nota 24.

¹⁰⁸ OMC, informe del Órgano de Apelación, WT/DS316/AB/R, 18 de mayo de 2011, párr. 684.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 685 (se omiten las citas internas).

¹¹⁰ Véase CIADI, caso núm. ARB/09/12, decisión sobre las excepciones de incompetencia de la demandada, 1 de junio de 2012, párrs. 2.65 a 2.74.

¹¹¹ *Ibid.*, párrs. 2.65 a 2.93.

¹¹² *Ibid.*, párr. 2.94.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

81. En su sentencia de 2012 en el caso *Castillo González y otros v. Venezuela*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos citó el artículo 14 3) y sostuvo que “puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos”¹¹³.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

82. En su sentencia de 2012 en la causa de *El-Masri c. ex República Yugoslava de Macedonia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se remitió a los artículos 7, 14, 15 y 16 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado como el derecho internacional en la materia¹¹⁴.

Artículo 15¹¹⁵**Violación consistente en un hecho compuesto***Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)*

83. El Tribunal Arbitral constituido para conocer de los casos *Gemplus S.A. y otros c. los Estados Unidos Mexicanos* y *Talsud S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos* se apoyó en el artículo 15 y el comentario que lo acompaña para determinar la fecha pertinente a efectos de determinar la indemnización¹¹⁶.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

84. En el caso *Sergei Paushok y otros c. Gobierno de Mongolia*, el Tribunal Arbitral se remitió al comentario de los artículos 14 y 15 que trata de los hechos continuos y compuestos y determinó que ciertas negociaciones no constituían hechos u omisiones continuos ni compuestos¹¹⁷.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

85. En el caso *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral se remitió al artículo 15 al determinar que una serie de medidas adoptadas por el Gobierno de la Argentina equivalían a un “hecho compuesto”¹¹⁸.

¹¹³ Véase la nota 51 *supra*, párr. 111, nota 53 (donde se cita el artículo 14.3 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado).

¹¹⁴ Véase la nota 84 *supra*.

¹¹⁵ Véase también el caso *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador* mencionado *supra* en el marco del artículo 14.

¹¹⁶ CIADI, casos núms. ARB (AF)/04/3 y ARB (AF)/04/4, laudo, 16 de junio de 2010, párrs. 12-44 y 12-45.

¹¹⁷ Véase la nota 41 *supra*, párrs. 496 a 500.

¹¹⁸ Véase la nota 16 *supra*, párr. 516.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

86. En su sentencia de 2012 en la causa *El-Masri c. ex República Yugoslava de Macedonia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se remitió a los artículos 7, 14, 15 y 16 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado como el derecho internacional en la materia¹¹⁹.

Artículo 16**Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito***Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

87. En su sentencia de 2012 en la causa *El-Masri c. ex República Yugoslava de Macedonia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se remitió a los artículos 7, 14, 15 y 16 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado como el derecho internacional en la materia¹²⁰.

Capítulo V**Circunstancias que excluyen la ilicitud****Comentarios generales****Artículo 22****Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito***Corte Internacional de Justicia*

88. En su fallo en la *Causa relativa a la aplicación del Acuerdo Provisional de 13 de septiembre de 1995 (ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia)*, la Corte Internacional de Justicia mencionó los artículos sobre la responsabilidad del Estado al desestimar la pretensión de la demandada de que su objeción podía estar justificada como una contramedida que excluía la ilicitud de su oposición a que la demandante fuese admitida en la OTAN¹²¹.

Artículo 23**Fuerza mayor***Comité ad hoc (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)*

89. En el caso *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. la República Argentina*, el comité ad hoc confirmó la desestimación que había hecho el Tribunal Arbitral de la aplicabilidad del principio de imprevisión conforme al derecho argentino y también la comparación efectuada por el Tribunal con el artículo 23 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado en apoyo de su decisión, en la medida en que la teoría de la imprevisión estaba expresada en el concepto de fuerza mayor¹²².

¹¹⁹ Véase la nota 84 *supra*.

¹²⁰ Véase la nota 84 *supra*.

¹²¹ Corte Internacional de Justicia, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (The Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, fallo de 5 de diciembre de 2011, párr. 164.

¹²² CIADI, caso núm. ARB/01/13, decisión sobre la solicitud de anulación presentada por la República Argentina, 30 de julio de 2010, párr. 287.

Artículo 25 Estado de necesidad

Comité ad hoc (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

90. En el caso *Sempra Energy International c. la República Argentina*, si bien el comité ad hoc reconoció al artículo 25 la condición de derecho internacional consuetudinario, indicó que “[n]o se desprende, sin embargo, que el derecho consuetudinario [...] establezca una imperativa ‘definición del estado de necesidad y [...] las condiciones requeridas para su ejercicio’. Si bien algunas normas del derecho consuetudinario son imperativas (*jus cogens*), otras no lo son, y los Estados pueden entonces acordar según sus voluntades [...]”¹²³.

91. El comité resaltó las diferencias entre el artículo 25 y el artículo XI del tratado bilateral de inversión en cuestión en los términos siguientes:

“200. ... el Artículo 25 se ocupa de la invocación de un Estado Parte de la necesidad ‘como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado’. El Artículo 25 presupone que se ha cometido un acto que es incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y que es, por tanto, ‘ilícito’. El Artículo XI, por su parte, establece que ‘[e]l presente Tratado no impedirá’ ciertas medidas a fin de que, cuando el Artículo XI resulte aplicable, la adopción de dichas medidas no sea incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y no sea, por tanto, ‘ilícita’. El Artículo 25 y el Artículo XI, en consecuencia, se ocupan de situaciones muy diferentes. No se puede asumir, entonces, que el Artículo 25 defina el ‘estado de necesidad y [...] las condiciones requeridas para su ejercicio’ a los efectos de interpretar el Artículo XI, y mucho menos que lo hace como norma imperativa del derecho internacional.”¹²⁴

Comité ad hoc (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

92. En el caso *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. la República Argentina*, el comité ad hoc consideró que el artículo 25 reflejaba el “principio de necesidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario”¹²⁵. Después de un análisis en profundidad¹²⁶ del requisito del “único modo” del artículo 25, párrafo 1 a), el comité observó que al Tribunal Arbitral se le había pedido que “determinase si, conforme a la interpretación correcta del artículo 25 1) a) de los artículos de la CDI, se había satisfecho el requisito del ‘único modo’ de esa disposición y no simplemente si, desde un punto de vista económico, había otras opciones disponibles para enfrentarse a la crisis económica”¹²⁷. Llegó a la conclusión de que “el Tribunal no había aplicado en realidad el artículo 25 1) a) de los artículos de la CDI (o, más precisamente, el derecho internacional consuetudinario reflejado en esa disposición), sino una opinión especializada sobre una cuestión económica”¹²⁸. El comité determinó también que el tratamiento que había dado el Tribunal al requisito de que las medidas adoptadas por la Argentina

¹²³ Véase la nota 4 *supra*, párr. 197.

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 200.

¹²⁵ Véase la nota 122 *supra*, párr. 349.

¹²⁶ *Ibid.*, párrs. 368 a 376.

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 377.

¹²⁸ *Ibid.*

“afectasen gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existiese la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto”¹²⁹, en el sentido del párrafo 1 b), era oscuro¹³⁰. El comité analizó igualmente el examen que había hecho el Tribunal del aspecto de la “contribución al estado de necesidad”, que figura en el párrafo 2 b) y le encontró fallos¹³¹. Al Comité le pareció erróneo que el Tribunal se hubiese apoyado en una opinión especializada sobre una cuestión económica. Sostuvo que:

“el proceso de razonamiento del Tribunal debería haber sido el siguiente. En primer lugar, el Tribunal debería haber constatado los hechos pertinentes basándose en todas las pruebas ante sí, incluida la opinión especializada. En segundo lugar, el Tribunal debería haber aplicado los elementos jurídicos del artículo 25 2) b) a los hechos que hubiese constatado, (habiendo hecho a su vez, de ser necesaria, una determinación jurídica de cuales son esos elementos jurídicos). En tercer lugar, en función de los dos primeros pasos, el Tribunal debería haber concluido si la Argentina había ‘*contribuido o no al estado de necesidad*’ en el sentido del artículo 25 2) b). Para el comité, que el Tribunal hubiese saltado del primer paso al tercero sin llevar a cabo el segundo equivalía a no haber aplicado la ley aplicable.”¹³²

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

93. En el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral, una vez examinado el estado de necesidad alegado por la demandada, señaló que:

“la gravedad de una crisis, con independencia de su grado, no basta para permitir que un estado de necesidad exima al Estado de sus obligaciones convencionales. El derecho internacional consuetudinario, como se reafirma en el artículo 25 de los artículos de la CDI [...] impone condiciones estrictas adicionales. El motivo es por supuesto que dada la frecuencia de las crisis y situaciones de emergencia a las que se enfrentan periódicamente las naciones, grandes y pequeñas, permitirles eludir sus obligaciones convencionales pondría en peligro la estructura misma del derecho internacional y la propia estabilidad del sistema de relaciones internacionales [...]”¹³³

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

94. En el caso *Total S.A. c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral recordó que el derecho internacional consuetudinario imponía condiciones estrictas para que un Estado pudiese alegar con éxito el estado de necesidad y continuó diciendo que en general se consideraba que el artículo 25 de los artículos de la CDI sobre la

¹²⁹ *Ibid.*, párr. 379 (con cursiva en el original).

¹³⁰ *Ibid.*, párrs. 380 a 384.

¹³¹ *Ibid.*, párrs. 385 a 392.

¹³² *Ibid.*, párr. 393.

¹³³ CIADI, caso núm. ARB/03/17, decisión sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010, párr. 236.

responsabilidad del Estado había codificado el derecho internacional consuetudinario en la materia¹³⁴.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

95. En el caso *Impregilo S.p.A. c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral, al examinar un caso derivado de la crisis financiera argentina de 2001, evaluó *in extenso* “[...] la defensa de estado de necesidad de Argentina en virtud del principio establecido en el derecho internacional consuetudinario, el que las Partes reconocen que se encuentra codificado en el Artículo 25 de los Artículos sobre la responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional” y determinó que “[p]or definición, el principio es estricto y difícil de cumplir”¹³⁵.

Comité ad hoc (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

96. En el caso *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, el comité ad hoc desestimó la pretensión de la demandante de que el Tribunal Arbitral no se había ocupado de sus argumentos relacionados con las pérdidas que habían continuado después del período de estado de necesidad basándose en que no había sido un argumento importante en el procedimiento ante el Tribunal¹³⁶. Al alcanzar esa conclusión, el comité recordó las “diferencias principales entre el Artículo XI del TBI y el principio de necesidad”¹³⁷.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

97. En el caso *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral analizó las diferencias entre el artículo XI del tratado en cuestión (al que consideraba la *lex specialis*) y el artículo 25 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado (la *lex generalis*)¹³⁸ y se remitió al razonamiento de la decisión sobre la anulación en el caso *Continental Casualty Company c. la República Argentina*¹³⁹. A pesar de esas diferencias, consideró, entre otras cosas, que el precepto sobre “la contribución del Estado” que figuraba en el artículo 25 2) b), era una “norma de derecho internacional general aplicable entre las Partes al TBI y, por consiguiente, una norma que se puede utilizar para interpretar el Artículo XI de este Tratado”¹⁴⁰.

¹³⁴ Véase la nota 29 *supra*, párr. 220.

¹³⁵ CIADI, caso núm. ARB/07/17, laudo, 21 de junio de 2011, párrs. 344 y 345 a 359.

¹³⁶ CIADI, caso núm. ARB/03/9, decisión sobre la solicitud de anulación parcial presentada por Continental Casualty Company y la solicitud de anulación parcial presentada por la República Argentina, 16 de septiembre de 2011, párr. 128.

¹³⁷ *Ibid.*, párrs. 116 y 117 a 124.

¹³⁸ Véase la nota 16 *supra*, párrs. 553 a 555.

¹³⁹ Véase la nota 136 *supra*.

¹⁴⁰ Véase la nota 16 *supra*, párr. 621.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

98. En el caso *EDF International S.A. y otros c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral, después de examinar la defensa de estado de necesidad articulada en los artículos sobre la responsabilidad del Estado, determinó que la demandada no había cumplido con la carga de demostrar determinados elementos decisivos exigidos en el artículo 25, especialmente que el hecho ilícito había sido el único modo de salvaguardar su interés esencial y que la demandada no había contribuido a que se produjese el estado de necesidad. El Tribunal concluyó que la necesidad debe inferirse estricta y objetivamente, no como una salida fácil para los Estados anfitriones que deseen eludir obligaciones convencionales que resulten difíciles¹⁴¹.

Artículo 27

Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud

Comité ad hoc (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

99. En el caso *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, el comité ad hoc señaló que la pretensión de la demandante se basaba fundamentalmente en el artículo 27 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. El comité recordó que el Tribunal había determinado expresamente que el efecto de la aplicación del artículo XI del tratado bilateral de inversión era diferente del efecto de la aplicación del artículo 25 (y, por implicación lógica, del artículo 27) de los artículos de la CDI¹⁴².

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

100. En el caso *EDF International S.A. y otros c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral determinó que la demandada no había demostrado, conforme exige el artículo 27, que había “vuelto al *statu quo* anterior al estado de necesidad cuando fue posible o había indemnizado a las demandantes por el daño sufrido como consecuencia de las medidas en cuestión”¹⁴³.

Segunda parte

Contenido de la responsabilidad internacional del Estado

Capítulo I

Principios generales

Artículo 29

Continuidad del deber de cumplir la obligación

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

101. En el caso *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, el Tribunal Arbitral citó el artículo 29 como fundamento jurídico para la afirmación de que era un principio de derecho internacional generalmente reconocido que, cuando

¹⁴¹ Véase la nota 31 *supra*, párr. 1171.

¹⁴² Véase la nota 136 *supra*, párr. 127.

¹⁴³ Véase la nota 31 *supra*, párr. 1171.

la violación era de naturaleza continua, la Parte contratante tenía un deber continuo de cumplir la obligación violada¹⁴⁴.

Artículo 30

Cesación y no repetición

Corte Internacional de Justicia

102. En su fallo en la *Causa relativa a las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, la Corte Internacional de Justicia, en respuesta a una solicitud de Alemania de que la Corte “ordenase a Italia, por los medios que ella misma decidiese, que tomase las medidas necesarias para garantizar que quedaran sin efecto todas las decisiones de sus tribunales y demás autoridades judiciales que infringiesen la inmunidad soberana de Alemania”¹⁴⁵, indicó que:

“se ha de entender que esto implica que las decisiones correspondientes deben dejar de surtir efectos.

Con arreglo al derecho internacional general sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, expresado a este respecto por el artículo 30 a) de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema, el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado a ponerle fin, si ese hecho continúa.”¹⁴⁶

Artículo 31

Reparación

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

103. En el caso *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. República de Georgia*, el Tribunal Arbitral citó el artículo 31 y su comentario como fundamento jurídico para la afirmación de que un Estado estaba obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito¹⁴⁷.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

104. En su sentencia en el asunto *Axel Walz c. Clickair, S. A.*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea trató de precisar el sentido ordinario que debía darse al término “*dommage*” remitiéndose, entre otras cosas, al artículo 31, párrafo 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado¹⁴⁸, que consideró que “codifica[ba] en su estado actual el derecho internacional general” y podía considerarse “por ese motivo como expresión conjunta del sentido ordinario que debe atribuirse a ese concepto en el derecho internacional”¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, caso núm. V (064/2008), laudo definitivo, 8 de junio de 2010, párr. 48.

¹⁴⁵ Véase la nota 104 *supra*, párrs. 15 y 137.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 137.

¹⁴⁷ Véase la nota 36 *supra*, párrs. 467 y 468.

¹⁴⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, *Axel Walz c. Clickair*, sentencia, 6 de mayo de 2010, párr. 27.

¹⁴⁹ *Ibid.*, párr. 28.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

105. En su laudo en los casos *Gemplus S.A. y otros c. los Estados Unidos Mexicanos* y *Talsud S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, el Tribunal Arbitral, al analizar el nexo causal entre la infracción del tratado en cuestión y la pérdida alegada por la demandante, indicó que “[e]n relación con la causalidad en general, resulta[ba] útil [...] remitir al” artículo 31 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, y en particular a la obligación de reparar íntegramente el perjuicio “causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”¹⁵⁰. A continuación, el Tribunal citó, *in extenso*, el párrafo 10) del comentario del artículo 31 sobre la cuestión del nexo que debe existir entre el hecho ilícito y el perjuicio para que surja la obligación de reparar¹⁵¹.

106. Posteriormente, el Tribunal indicó que, “[c]on respecto al enfoque general sobre la determinación de la indemnización” se guiaba por la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa *Fábrica de Chorzów* y por el artículo 31 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, que consideraba “declaratorio del derecho internacional”¹⁵².

Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Sala de Controversias de los Fondos Marinos)

107. En su opinión consultiva sobre *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona*, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, al analizar el alcance de la responsabilidad en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, confirmó que la obligación de un Estado de proporcionar una reparación plena o *restituto in integrum* formaba parte actualmente del derecho internacional consuetudinario¹⁵³. En apoyo de su conclusión, la Sala se remitió a la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa *Fábrica de Chorzów*¹⁵⁴ e indicó que:

“esa obligación fue también reiterada por la Comisión de Derecho Internacional en el artículo 31, párrafo 1, de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado [...]”¹⁵⁵.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

108. En el caso *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, el Tribunal Arbitral citó el artículo 31 como fundamento jurídico para la afirmación de que el perjuicio causado a un inversor por un Estado debía siempre dar lugar al derecho a una indemnización por el daño económico sufrido¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Véase la nota 116 *supra*, párr. 11.9.

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 11.10.

¹⁵² *Ibid.*, párr. 12 a 51.

¹⁵³ Véase la nota 10 *supra*, párr. 194.

¹⁵⁴ Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A, núm. 17, pág. 47.

¹⁵⁵ Véase la nota 10 *supra*, párr. 194.

¹⁵⁶ CIADI, caso núm. ARB/06/18, laudo, 28 de marzo de 2011, párr. 147.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

109. En el caso *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral citó el comentario del artículo 31 para respaldar su afirmación de que “el test de la causalidad radica en determinar si existe una conexión suficiente entre el daño y la violación del tratado”¹⁵⁷.

Corte Permanente de Arbitraje (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

110. En el caso *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. la República del Ecuador*, el Tribunal Arbitral dijo que la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado expresaba el principio jurídico con respecto a la indemnización por los daños morales¹⁵⁸.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

111. En el caso *Railroad Development Corporation c. la República de Guatemala*, el Tribunal Arbitral consideró que el artículo 31, párrafo 1, reflejaba la norma del derecho internacional consuetudinario aplicable para determinar el tratamiento mínimo que se había de aplicar en el caso de violaciones del tratado en cuestión¹⁵⁹.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

112. En su laudo en el caso *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. la República del Ecuador*, el Tribunal Arbitral, en un análisis del concepto de “culpa concurrente”, se refirió a los artículos 31 y 39 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado y tomó nota del párrafo 13) del comentario del artículo 31¹⁶⁰.

113. En su examen posterior de las demandas por daños indirectos interpuestas por la demandante, el Tribunal sostuvo que “[l]a posibilidad de recibir una compensación por daños indirectos en el derecho internacional no es una cuestión controvertida” y se remitió al principio de “reparación plena” expresado en la causa *Fábrica de Chorzów*¹⁶¹. El Tribunal indicó además que “[e]ste principio se encuentra ahora formalizado en el artículo 31 de los artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional ...”¹⁶².

¹⁵⁷ Véase la nota 16 *supra*, párr. 682, nota 644.

¹⁵⁸ Véase la nota 45 *supra*, párr. [9.6].

¹⁵⁹ Véase la nota 105 *supra*, párr. 260.

¹⁶⁰ Véase la nota 50 *supra*, párrs. 665 a 668.

¹⁶¹ *Ibid.*, párr. 792.

¹⁶² *Ibid.*, párr. 793.

Artículo 32

Irrelevancia del derecho interno

Corte Permanente de Arbitraje (según lo dispuesto en el Reglamento de la CNUDMI)

114. El Tribunal Arbitral constituido para conocer de los casos *Hulley Enterprises Limited c. Federación de Rusia*, *Yukos Universal Limited c. Federación de Rusia* y *Veteran Petroleum Limited c. Federación de Rusia* aceptó una opinión especializada, presentada por James Crawford, en la que se citaban los artículos 3 y 32 para respaldar la afirmación de que existía una sólida presunción de la separación del derecho internacional del nacional¹⁶³.

Capítulo II

Reparación del perjuicio

Artículo 34

Formas de reparación

Corte Internacional de Justicia

115. En su fallo en la *Causa relativa a las plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, la Corte Internacional de Justicia citó, entre otros, los artículos 34 a 37 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, para respaldar su afirmación de que cuando la restitución fuese materialmente imposible o entrañase una carga totalmente desproporcionada en relación con el beneficio que derivaría de ella, la reparación adoptaría la forma de indemnización o de satisfacción o incluso de ambas¹⁶⁴.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Sala de Controversias de los Fondos Marinos)

116. En su opinión consultiva sobre *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona*, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos mencionó, aprobándolo, el artículo 34 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado¹⁶⁵. Expresó además la opinión de que la forma de reparación dependerá del daño efectivo y de la viabilidad técnica de devolver la situación al *statu quo ante*¹⁶⁶.

Artículo 35

Restitución

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

117. En el caso *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, el Tribunal Arbitral, citando el artículo 35, observó que en los artículos de la CDI se contempla la restitución como la principal reparación por el comportamiento internacionalmente ilícito y recordó que el objetivo de la restitución era restablecer al inversor en su posición anterior al comportamiento ilícito y que esa reparación,

¹⁶³ Véanse las notas 24, 25 y 26 *supra*, párr. 316.

¹⁶⁴ Corte Internacional de Justicia, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, en especial párr. 273.

¹⁶⁵ Véase la nota 10 *supra*, párr. 196.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párr. 197.

sin embargo, no se debe conceder cuando su aplicación es materialmente imposible. En ese caso, los artículos de la CDI prevén como alternativa la indemnización por daños¹⁶⁷.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

118. En la causa *Laska y Lika c. Albania*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el artículo 35 reflejaba el derecho internacional aplicable a la causa¹⁶⁸. Observó que:

“en el presente caso, un nuevo juicio o la reapertura de la causa, si lo solicitase la demandante, supondría en principio un modo adecuado de reparar la violación [...] Esto refleja también los principios de derecho internacional en virtud de los cuales el Estado responsable de un hecho ilícito está obligado a la restitución consistente en restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito (artículo 35 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos [...])”¹⁶⁹.

Corte Internacional de Justicia

119. En la *Causa relativa a las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, la Corte Internacional de Justicia recordó que:

“con arreglo al derecho internacional general sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos [...] incluso aunque el hecho [ilícito] en cuestión haya finalizado, el Estado responsable está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que esa restitución no sea materialmente imposible y no entrañe una carga para el Estado totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización. Esa norma está reflejada en el artículo 35 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional”¹⁷⁰.

Artículo 36
Indemnización

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

120. En su laudo en el caso *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. República de Georgia*, el Tribunal Arbitral indicó que el criterio de la causa relativa a la *Fábrica de Chorzów* se reflejaba hoy en los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado y especialmente en su disposición sobre indemnización”¹⁷¹. El Tribunal citó después el comentario del artículo 36 para respaldar la afirmación de que la indemnización generalmente se determinaba tomando como base el [valor normal de

¹⁶⁷ Véase la nota 144 *supra*, párr. 52.

¹⁶⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Cuarta, demandas núms. 12315/04 y 17605/04, sentencia, 20 de julio de 2010, párr. 35.

¹⁶⁹ *Ibid.*, párr. 75 (se omite la cita interna).

¹⁷⁰ Véase la nota 104 *supra*, párr. 137.

¹⁷¹ Véase la nota 36 *supra*, párr. 504.

mercado del] lucro cesante¹⁷². El Tribunal se apoyó también en el artículo 36 para la orientación sobre el criterio de indemnización aplicable por la violación de una disposición que exigía un trato justo y equitativo, en un contexto en el que el tratado en cuestión nada decía al respecto¹⁷³.

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

121. En el caso *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, el Tribunal Arbitral citó el artículo 36 para respaldar su afirmación de que cuando no se compensaba el daño mediante la restitución, los artículos de la CDI preveían una indemnización monetaria por el daño que se demostrase que había causado el comportamiento doloso¹⁷⁴.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

122. En su laudo en los casos *Gemplus S.A. y otros c. los Estados Unidos Mexicanos* y *Talsud S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, el Tribunal Arbitral se apoyó en el artículo 36 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado y el comentario correspondiente en su análisis de la demanda de indemnización presentada por las demandantes¹⁷⁵. De ahí que señalara que “el Artículo 36 contiene dos requisitos expresos, (i) que el daño sea ‘susceptible de evaluación financiera’, es decir, capaz de ser valorado en dinero, y que sea ‘comprobado’, es decir, que la reparación sea acorde a la pérdida probada sufrida por la parte perjudicada y por tanto la compense según el principio general establecido en el caso *Fábrica de Chorzów* sobre indemnización por actos ilegales [...]”¹⁷⁶.

123. Apuntó además que el comentario del párrafo 2) del artículo 36 proporcionaba orientación al considerar “la calidad de la prueba que necesita presentar una Demandante para fundamentar su reclamación, directa o indirectamente, en relación con la pérdida de utilidades futuras al amparo del derecho internacional”¹⁷⁷ y señaló que en el comentario “hay un énfasis en la ‘certeza’ que debe probar una Demandante en todos los casos”¹⁷⁸. Sin embargo, el Tribunal opinó que las otras fuentes legales citadas en el comentario indicaban claramente que “el concepto de certeza [era] tanto relativo como razonable en su aplicación y que se [debía] ajustar a las circunstancias de cada caso en particular”¹⁷⁹. Posteriormente indicó que

“hac[ía] referencia a hechos futuros contingentes y no a hechos pasados reales, que no busca[ba] determinar qué hicieron o qué ocurrió como hechos del pasado sino qué podría haber pasado en el futuro. Esto necesariamente implica[ba] que el Tribunal determin[as]e si tales hechos futuros habrían ocurrido y que cuantifi[cas]e dicha determinación en términos monetarios, como indemnización. No siempre [era] posible para una Demandante probar que un hecho futuro podría ocurrir, o no, con certeza; y un tribunal sólo

¹⁷² *Ibid.*, párr. 505.

¹⁷³ *Ibid.*, párr. 532.

¹⁷⁴ Véase la nota 144 *supra*, párrs. 52 y 65.

¹⁷⁵ Véase la nota 116 *supra*, párrs. 13-80 a 13-83.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párr. 13-81.

¹⁷⁷ *Ibid.*, párr. 13-82.

¹⁷⁸ *Ibid.*, párr. 13-83.

¹⁷⁹ *Ibid.*

[podía] evaluar las chances de que se produ[jese] un hecho tal. Ésta, pues, como tal, no [era] una determinación de certeza, sino más bien, bajo las circunstancias, una determinación de ‘suficiente certeza’, como indica[ba] el Comentario de la CDI citado *ut supra*”¹⁸⁰.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

124. En su laudo en el caso *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, el Tribunal Arbitral, mencionando que el artículo 36, párrafo 2, reflejaba la interpretación aceptada del objetivo de la indemnización, indicó que solo ofrecía

“una definición teórica de una norma general; el cálculo efectivo de los daños no se puede hacer en abstracto, debe ser específico para cada caso: exige definir una metodología financiera para determinar una cantidad de dinero que, entregada al inversor, produzca el valor económico equivalente del que, con toda probabilidad, habría disfrutado el inversor de no haber intervenido la violación del Estado”.¹⁸¹

125. El Tribunal también se apoyó en el artículo 36 para respaldar sus afirmaciones de que “el deber de indemnizar se extiende únicamente a los daños que legalmente se consideran consecuencia del hecho ilícito”¹⁸² y que normalmente no se concede una indemnización por reclamaciones especulativas¹⁸³.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

126. En el caso *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral, citando el comentario del artículo 36, indicó que “la referencia al ‘*lucro cesante*’ del artículo 36 2) confirmaba que el valor del bien debía determinarse por referencia a una fecha posterior a la del hecho internacionalmente ilícito, siempre que el daño fuese “susceptible de evaluación financiera”, es decir, no especulativo¹⁸⁴.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

127. En su laudo en el caso *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c. la República de Costa Rica*, el Tribunal Arbitral se refirió a los artículos sobre la responsabilidad del Estado, en especial los artículos 34 a 39, diciendo que constituían “la práctica internacional posterior” que reflejaba “el [...] estándar [de indemnización] [...] de derecho internacional consuetudinario”¹⁸⁵.

Corte Internacional de Justicia

128. En su fallo sobre indemnización en la *Causa Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, la Corte Internacional

¹⁸⁰ *Ibid.*, párr. 13-91.

¹⁸¹ Véase la nota 156, párr. 152.

¹⁸² *Ibid.*, párr. 155.

¹⁸³ *Ibid.*, párrs. 245 y 246.

¹⁸⁴ Véase la nota 16 *supra*, párr. 710.

¹⁸⁵ CIADI, casos núms. ARB/08/1 y ARB/09/20, laudo, 16 de mayo de 2012, párr. 306.

de Justicia citó, entre otras cosas, el comentario del artículo 36 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado para respaldar la afirmación de que aunque la concesión de una indemnización por el lucro cesante futuro inevitablemente entrañaba una cierta incertidumbre, esa reclamación no podía ser puramente especulativa¹⁸⁶.

Artículo 37 **Satisfacción**

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

129. En su decisión sobre jurisdicción en el caso *Quiborax S.A. y otros c. Estado Plurinacional de Bolivia*, el Tribunal Arbitral decidió que sería más apropiado considerar la solicitud de las demandantes de una sentencia declarativa con arreglo al artículo 37 [...] en el laudo final¹⁸⁷.

Artículo 38 **Intereses**

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

130. En el caso *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. República de Georgia*, el Tribunal Arbitral citó el artículo 38 y su comentario para respaldar la afirmación de que la concesión de intereses dependía de las circunstancias de cada caso y en especial de si era necesario conceder intereses para asegurar la reparación íntegra¹⁸⁸.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

131. En el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República del Paraguay*, el Tribunal Arbitral citó el artículo 38, párrafo 2, para respaldar su afirmación de que “[e]l principio prácticamente universal del Derecho internacional y de la práctica del arbitraje internacional para el caso de mora en el pago de obligaciones dinerarias es el de aplicar intereses a partir de la fecha en que el pago hubiera devenido exigible”¹⁸⁹.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

132. En el caso *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c. la República de Costa Rica*, el Tribunal Arbitral, citando el artículo 38, párrafo 1, indicó que “[e]l derecho internacional consuetudinario, tal como se encuentra reflejado en los artículos de la

¹⁸⁶ Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, fallo de 19 de junio de 2012, párr. 49.

¹⁸⁷ CIADI, caso núm. ARB/06/2, decisión sobre jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, párr. 308.

¹⁸⁸ Véase la nota 36 *supra*, párrs. 659 y 660.

¹⁸⁹ CIADI, caso núm. ARB/07/29, laudo, 10 de febrero de 2012, párr. 184.

CDI, de modo general indica que la tasa de interés debe fijarse de modo tal de lograr el resultado de una reparación plena”¹⁹⁰.

Artículo 39 Contribución al perjuicio

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

133. En su laudo en los casos *Gemplus S.A. y otros c. los Estados Unidos Mexicanos* y *Talsud S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, el Tribunal Arbitral citó el artículo 39 en su análisis del concepto de “culpa concurrente” y se refirió al tratamiento del concepto en el párrafo 5) del comentario del artículo al extraer la conclusión de que “[e]l elemento que compart[ia]n [era] la culpa de la Demandante que ha[b]ía causado el perjuicio o ha[b]ía contribuido al perjuicio que [era] la materia de su reclamación; y esta culpa [era] sinónimo de cualquier forma de culpabilidad, pero *no* de cualquier acción u omisión no alcanzada por dicha culpabilidad”¹⁹¹.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

134. En el caso *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, el Tribunal Arbitral consideró que el artículo 39 proporcionaba orientación suplementaria a los magistrados y árbitros que tratan de definir los elementos concretos exigidos en el artículo 36 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado y darles un contenido¹⁹².

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

135. En el caso *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, el Tribunal Arbitral citó el artículo 39 para respaldar su conclusión de que “[l]a Demandante no contribuyó al daño sufrido con conducta propia, ya que no hubo ningún acto doloso ni negligencia de su parte”¹⁹³.

Tribunal Arbitral Internacional (según lo dispuesto en el Convenio del CIADI)

136. En su laudo en el caso *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. la República del Ecuador*, el Tribunal Arbitral se remitió a los artículos 31 y 39 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado en su análisis del concepto de “culpa concurrente”¹⁹⁴. El Tribunal se apoyó en el artículo 39 y su comentario al analizar si los daños causados a las demandantes por el acto indebido de la demandada deberían reducirse como consecuencia de la conducta ilícita de las propias demandantes¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Véase la nota 185 *supra*, párr. 320.

¹⁹¹ Véase la nota 116 *supra*, párrs. 11.12 y 11.13.

¹⁹² Véase la nota 181, párr. 156.

¹⁹³ Véase la nota 16 *supra*, párr. 684, y la nota 648 en ese párrafo.

¹⁹⁴ Véase la nota 50 *supra*, párrs. 665 a 668.

¹⁹⁵ *Ibid.*, párrs. 665, 666 y 673.

Capítulo III

Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general

Artículo 41

Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

Corte Internacional de Justicia

137. En la *Causa relativa a las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, la Corte Internacional de Justicia desestimó el argumento de la demandada de que existía un conflicto entre una norma, o normas, de *jus cogens* y la norma del derecho consuetudinario que exigía a un Estado conceder inmunidad a otro¹⁹⁶. En lugar de ello, la Corte sostuvo que

“los dos conjuntos de normas se ocupan de cuestiones distintas. Las normas de la inmunidad del Estado son de carácter procesal y se limitan a determinar si los tribunales de un Estado pueden o no ejercer su competencia con respecto a otro Estado. No tienen incidencia en la cuestión de si el comportamiento con respecto al cual se interpuso la demanda era lícito o ilícito [...] El hecho de reconocer la inmunidad de un Estado extranjero conforme al derecho internacional consuetudinario no equivalía a reconocer como lícita una situación creada por la violación de una norma de *jus cogens* ni a prestar ayuda ni asistencia al mantenimiento de esa situación y por ello no podría contravenir el principio del artículo 41 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado”¹⁹⁷.

Tercera parte

Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado

Capítulo I

Invocación de la responsabilidad del Estado

Artículo 48

Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado

Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Sala de Controversias de los Fondos Marinos)

138. En su opinión consultiva sobre *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona*, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos examinó quién estaba facultado para exigir una indemnización por los daños causados a la Zona y sus

¹⁹⁶ Véase la nota 104 *supra*, párr. 93.

¹⁹⁷ *Ibid.*

recursos que constituyen el patrimonio común de la humanidad y los daños al medio marino¹⁹⁸. Expresó la opinión de que si bien

“no hay ninguna disposición en la Convención que se pueda interpretar en el sentido de que faculte explícitamente a la Autoridad a exigir esa indemnización, cabe sin embargo argumentar que sí se le faculta para ello implícitamente en el artículo 137, párrafo 2, de la Convención, en el que se indica que la Autoridad actuará ‘en nombre de’ la humanidad. Cada Estado parte puede estar también facultado para exigir una indemnización habida cuenta del carácter *erga omnes* de las obligaciones relativas a la conservación del medio ambiente de la alta mar y la Zona. En apoyo de esa opinión cabe mencionar el artículo 48 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado [...]”¹⁹⁹.

Cuarta parte

Disposiciones generales

Artículo 55

Lex specialis

Grupo Especial de la OMC

139. En el asunto *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, el Grupo Especial, después de no encontrar “fundamento alguno para la aseveración general de que el Órgano de Apelación y los grupos especiales han constatado que el Proyecto de artículos [sobre la responsabilidad del Estado] debía ‘tenerse en cuenta’ como ‘norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes’ al interpretar el Acuerdo sobre la OMC”²⁰⁰ y que “incluso con arreglo a sus propios términos, el Proyecto de artículos ‘no [...] intenta definir [...] el contenido de la violación de obligaciones internacionales que da lugar a responsabilidad’”²⁰¹, recordó que en los artículos sobre la responsabilidad del Estado figura también una disposición sobre *lex specialis*²⁰². A continuación, el Grupo Especial procedió a explicar por qué motivo consideraba que el artículo 1.1 del Acuerdo SMC era una norma especial de derecho internacional:

“[c]onsideramos crucial la taxonomía establecida en el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC como norma de atribución en el sentido de que identifica los tipos de entidades que constituyen, y los que no constituyen, parte del ‘gobierno’ a los efectos del Acuerdo, así como los casos en que cabe afirmar que los agentes ‘privados’ actúan en nombre del ‘gobierno’. Esto afecta precisamente al ‘contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva’ a los efectos del Acuerdo SMC, una indicación

¹⁹⁸ Véase la nota 10 *supra*, párr. 179.

¹⁹⁹ *Ibid.*, párr. 180.

²⁰⁰ Véase la nota 5 *supra*, párr. 8.89.

²⁰¹ *Ibid.*, párr. 8.90 (donde se cita el párr. 1) del comentario general de los artículos sobre la responsabilidad del Estado).

²⁰² *Ibid.*, párr. 8.90.

más de que el Proyecto de artículos no es pertinente para la interpretación del párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo SMC”.²⁰³

Órgano de Apelación de la OMC

140. En el asunto *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, el Órgano de Apelación examinó el alcance y el significado del artículo 55 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado en los términos siguientes:

“[a] nuestro juicio, el artículo 55 de los artículos de la CDI no trata la cuestión de si, a los efectos de la interpretación del párrafo 1 a) 1) del artículo 1 del Acuerdo SMC, un grupo especial o el Órgano de Apelación puede tener en cuenta las disposiciones de dichos artículos [...] Dicha disposición se refiere a la norma que se *aplicará* cuando existan múltiples normas sobre el mismo tema. Sin embargo, en el presente asunto la cuestión no es si se ha de *aplicar* alguno de los artículos de la CDI [...] No cabe duda de que la disposición aplicada al presente asunto es el párrafo 1 a) 1) del artículo 1. La cuestión es, más bien, si, cuando se interpretan los términos del párrafo 1 a) 1) del artículo 1, se pueden tener en cuenta las disposiciones pertinentes de los artículos de la CDI como uno entre varios elementos interpretativos. Por consiguiente, el tratado que se *aplica* es el Acuerdo SMC, y las normas de atribución de los artículos de la CDI habrán de *tenerse en cuenta* al interpretar el sentido de los términos de ese tratado. El artículo 55 de los artículos de la CDI no trata la cuestión de cómo debe hacerse esto”.²⁰⁴

²⁰³ *Ibid.* (donde se cita, entre otros, el artículo 55).

²⁰⁴ Véase la nota 11 *supra*, párr. 316.