



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.608/Add.10
25 de julio de 2001

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
53º período de sesiones
Ginebra, 23 de abril a 1º de junio
y 2 de julio a 10 de agosto de 2001

PROYECTO DE INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
SOBRE LA LABOR REALIZADA EN SU 53º PERÍODO DE SESIONES

Relator: Sr. Qizhi HE

Capítulo V

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS
INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS

Adición

- E. Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (continuación)
2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios (continuación)

Capítulo II

ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO AL ESTADO

- 1) Con arreglo al artículo 2, una de las dos condiciones esenciales para la responsabilidad internacional de un Estado es que el comportamiento de que se trate sea atribuible, según el derecho internacional, al Estado. El capítulo II define las circunstancias en que tal atribución está justificada, es decir, cuando el comportamiento consistente en una acción u omisión o en una serie de acciones u omisiones ha de considerarse como comportamiento del Estado.
- 2) En teoría, el comportamiento de todos los seres humanos, las sociedades o colectividades vinculados con el Estado por nacionalidad, residencia o lugar de constitución puede atribuirse al Estado, tengan o no relación con el gobierno. En derecho internacional se evita tal criterio, con miras a limitar la responsabilidad al comportamiento que compromete al Estado en cuanto organización, y también para reconocer la autonomía de las personas que actúan por cuenta propia y no a instigación de una autoridad pública. Por tanto, la norma general es que el único comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de esos órganos, es decir, como agentes del Estado¹.
- 3) La atribución de un comportamiento al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional se basa en criterios determinados por el derecho internacional y no en el simple reconocimiento de una relación de causalidad natural. Como operación normativa, la atribución debe distinguirse claramente de la calificación del comportamiento como internacionalmente ilícito. Su finalidad es determinar que existe un hecho del Estado a efectos de la responsabilidad. Demostrar que ese

¹ Véase, por ejemplo, I. Brownlie, *State Responsibility, System of the Law of Nations, Part I* (Clarendon Press, Oxford, 1983), págs. 132 a 166; D. D. Caron, "The Basis of Responsibility: Attribution and Other Trans-Substantive Rules", R. Lillich & D. Magraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1998), pág. 109; L. Condorelli, "L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances", *Recueil des cours...*, vol. 189 (1984-VI), pág. 9; H. Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme - problèmes d'imputation* (Paris, Pédone, 1994); A. V. Freeman, "Responsibility of States for Unlawful Acts of Their Armed Forces", *Recueil des cours...*, vol. 88 (1956), pág. 261; F. Przetacznik, "The International Responsibility of States for the Unauthorized Acts of their Organs", *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 1 (1989), pág. 151.

comportamiento es atribuible al Estado no dice nada, en sí, acerca de la legalidad o ilegalidad de ese comportamiento, y las normas de atribución no deberían formularse en términos que impliquen otra cosa. Pero las diferentes normas de atribución enunciadas en el capítulo II tienen un efecto acumulativo, de modo que un Estado puede ser responsable por los efectos de la conducta de particulares si no ha adoptado las medidas necesarias para impedir esos efectos. Por ejemplo, el Estado receptor no responde, en cuanto tal, de los actos de particulares que se apoderan de una embajada, pero responderá si no toma todas las medidas necesarias para proteger la embajada frente a ese apoderamiento, o para recuperar el control de la misma². A este respecto suele haber una estrecha relación entre el fundamento de la atribución y la obligación concreta supuestamente infringida, aun cuando los dos elementos sean teóricamente distintos.

4) La cuestión de la atribución del comportamiento del Estado a los efectos de la responsabilidad debe distinguirse de otros aspectos del derecho internacional según los cuales determinados órganos están facultados para contraer compromisos en nombre del Estado. Así, por ejemplo, se considera que el Jefe del Estado o de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores están facultados para representar al Estado sin tener que presentar plenos poderes³. Estas normas no tienen nada que ver con la atribución para los fines de la responsabilidad del Estado. En principio, el Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o gobierno en que se produzca⁴. Por tanto, las normas relativas a la atribución expuestas en este capítulo están formuladas con este fin concreto, y no para otros fines, para los cuales puede resultar necesario definir el Estado o su gobierno.

² Véase *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980*, pág. 3.

³ Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, arts. 7, 8, 46 y 47; *U.N.T.S.*, vol. 1155, pág. 331.

⁴ Este punto fue destacado, en el contexto de los Estados federales, en el asunto *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, *Provisional Measures, ICJ Reports 1999*, pág. 9, en la página 16, párr. 28. Naturalmente no se limita a los Estados federales. Véanse también el artículo 5 y su comentario.

5) Al determinar qué constituye un órgano del Estado a los efectos de la responsabilidad, el derecho interno y la práctica de cada Estado son de primordial importancia. En general, la estructura del Estado y las funciones de sus órganos no se rigen por el derecho internacional. Incumbe a cada Estado decidir cómo estructurar su administración y qué funciones ha de asumir el gobierno. Si bien el Estado sigue siendo libre de determinar su estructura y funciones internas con arreglo a sus leyes y su práctica, el derecho internacional tiene una función propia que desempeñar. Por ejemplo, el comportamiento de determinadas instituciones que desempeñan funciones públicas y que ejercen prerrogativas del poder público (por ejemplo, la policía) se atribuye al Estado aun cuando el derecho interno considere que esas instituciones son autónomas e independientes del poder ejecutivo⁵. El comportamiento de los órganos del Estado que se exceden en el ejercicio de su competencia puede también atribuirse al Estado según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición de esos órganos según el derecho interno⁶.

6) Este capítulo tiene por objeto especificar las condiciones en que un comportamiento se atribuye al Estado como sujeto de derecho internacional a los efectos de determinar su responsabilidad internacional. Por lo tanto, el comportamiento se atribuye al Estado como sujeto de derecho internacional y no como sujeto de derecho interno. En derecho interno, es habitual que el "Estado" se subdivida en una serie de entidades jurídicas distintas. Por ejemplo, los ministerios, los departamentos, las unidades integrantes de todo tipo, las comisiones o sociedades estatales pueden tener una personalidad jurídica separada según el derecho interno, con cuentas separadas y responsabilidades separadas. Pero en derecho internacional, un Estado no puede eludir sus responsabilidades internacionales por un simple proceso de subdivisión interna. El Estado, como sujeto de derecho internacional, es considerado responsable del comportamiento de todos los órganos, servicios y funcionarios que forman parte de su organización y actúan en esa capacidad, independientemente de que tengan o no personalidad jurídica separada según el derecho interno.

7) El capítulo II consta de ocho artículos. El artículo 4 establece la norma básica por la que se atribuye al Estado el comportamiento de sus órganos. El artículo 5 trata del comportamiento

⁵ Véanse los comentarios al artículo 4 (párr. 11); véanse también el artículo 5 y su comentario.

⁶ Véanse el artículo 7 y su comentario.

de las entidades facultadas para ejercer atribuciones del poder público de un Estado, y el artículo 6, del caso especial en que un órgano de un Estado se pone a disposición de otro Estado y está facultado para ejercer el poder público de ese Estado. El artículo 7 deja claro que el comportamiento de los órganos o entidades facultados para ejercer atribuciones del poder público es atribuible al Estado incluso si se llevó a cabo fuera del ámbito de competencia del órgano o de la persona de que se trate o en contra de sus instrucciones. Los artículos 8 a 11 tratan de ciertos casos adicionales en los que un comportamiento, que no es de un órgano o entidad del Estado, se atribuye no obstante a éste en derecho internacional. El artículo 8 trata del comportamiento que se lleva a cabo siguiendo las instrucciones de un órgano del Estado o bajo su dirección o control. El artículo 9 se refiere a determinados comportamientos que implican el ejercicio de atribuciones del poder público y que se observan en ausencia de las autoridades oficiales. El artículo 10 trata del caso especial de responsabilidad en determinadas circunstancias por el comportamiento de movimientos insurreccionales. El artículo 11 trata del comportamiento no atribuible al Estado en virtud de uno de los artículos anteriores pero que es adoptado por el Estado, de palabra o de obra, como propio.

8) Estas normas son acumulativas pero también limitativas. A falta de un compromiso o de una garantía específicos (que sería una *lex specialis*⁷), el Estado no es responsable del comportamiento de personas o entidades en circunstancias distintas de las previstas en estos artículos. Como afirmó el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, "a fin de atribuir un hecho al Estado, es necesario identificar con certeza razonable a los protagonistas y su vinculación con el Estado"⁸. Esto se deduce ya de las disposiciones del artículo 2.

Artículo 4

Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

⁷ Véanse el artículo 55 y su comentario.

⁸ *Yeager v. Islamic Republic of Iran* (1987) 17 Iran-U.S.C.T.R. 92, en las páginas 101 y 102.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

Comentario

- 1) El párrafo 1 del artículo 4 enuncia el primer principio de atribución, a los efectos de la responsabilidad del Estado en derecho internacional, a saber: el principio de que el comportamiento de un órgano del Estado que actúe en calidad de tal es atribuible a dicho Estado. El término "órgano del Estado" comprende todas las entidades individuales o colectivas que integran la organización del Estado y actúan en su nombre. Incluye los órganos de toda entidad pública territorial comprendida en el Estado sobre la misma base que los órganos de la administración central de ese Estado: esto lo deja en claro la última frase.
- 2) Determinados actos de individuos o entidades que no tienen la condición de órganos del Estado pueden atribuirse al Estado en derecho internacional y esos casos se tratan en ulteriores artículos del presente capítulo. Pero la norma enunciada es, no obstante, un punto de partida. Define los casos básicos de atribución y sirve de punto de partida para los demás casos. Por ejemplo, según el artículo 8, el comportamiento que está autorizado por el Estado, para ser atribuible al mismo, debe haber sido autorizado por un órgano del Estado, directa o indirectamente.
- 3) Que el Estado responde del comportamiento de sus propios órganos que actúen en calidad de tales, se ha reconocido desde hace mucho tiempo en las decisiones judiciales internacionales. En el asunto *Moses*, por ejemplo, objeto de una decisión de la Comisión Mixta de Reclamaciones México-Estados Unidos, el árbitro Lieber declaró: "Un funcionario o persona investida de autoridad representa *pro tanto* a su gobierno, que, en el sentido internacional, es la suma de todos los funcionarios y personas investidas de autoridad"⁹. Desde entonces este principio se ha enunciado muchas veces¹⁰.

⁹ Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 3127 (1871), en la página. 3129.

¹⁰ Véase, por ejemplo, *Claims of Italian National Resident in Peru, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV (1901), pág. 399 (demanda *Chiesa*); pág. 401 (demanda *Sessarego*); pág. 404 (demanda *Sanguinetti*); pág. 407 (demanda *Vercelli*); pág. 408 (demanda *Queirolo*); pág. 409 (demanda *Roggero*); pág. 411 (demanda *Miglia*); *Salvador Comercial Company*,

- 4) En sus respuestas a la Comisión Preparatoria de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930¹¹ los gobiernos opinaron unánimemente que las acciones u omisiones de los órganos del Estado deben atribuirse a éste. La Tercera Comisión de la Conferencia adoptó por unanimidad en primera lectura el artículo 1, que preveía que el Estado incurrirá en responsabilidad internacional como consecuencia de "todo incumplimiento por sus órganos de las obligaciones internacionales del Estado..."¹².
- 5) El principio de la unidad del Estado significa que las acciones u omisiones de todos sus órganos deben considerarse acciones u omisiones del Estado a los efectos de la responsabilidad internacional. No se designa especialmente ninguna categoría de órganos a los efectos de la comisión de hechos internacionalmente ilícitos, y virtualmente todo órgano del Estado puede ser la fuente de un hecho de esa naturaleza. La diversidad de obligaciones internacionales no permite hacer ninguna distinción general entre órganos que pueden cometer hechos internacionalmente ilícitos y los que no lo pueden. Esto se indica en las últimas palabras del párrafo 1, que reflejan claramente la norma de derecho internacional en la materia.
- 6) Por tanto, en el artículo 4 la referencia a un órgano del Estado tiene el sentido más general. No se limita a los órganos de la administración central, ni a los funcionarios de nivel superior ni a las personas encargadas de las relaciones exteriores del Estado. Se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de la jerarquía, inclusive a nivel provincial o incluso local. A tal efecto no se distingue entre órganos legislativos, ejecutivos o judiciales. Así, en el asunto *Salvador Commercial Company*, el Tribunal declaró que:

ibíd. vol. XV, pág. 455 (1902), en la página 477; *Finnish Shipowners Case (Gran Bretaña c. Finlandia)*, ibíd., vol. III pág. 1479 (1934), en la página 1501.

¹¹ Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III: *Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners* (documento C.75.M.69.1929.V.), págs. 25, 41 y 52; *Supplement to Volume III: Replies made by the Governments to the Schedule of Points; Replies of Canada and the United States of America* (documento C.75(a)M.69(a).1929.V.), págs. 2, 3 y 6.

¹² Reproducido en *Yearbook... 1956*, vol. II, pág. 225, anexo 3.

"... el Estado responde de los actos de sus dirigentes, ya pertenezcan a la rama legislativa, ejecutiva o judicial, siempre que los actos sean realizados en calidad oficial."¹³

La Corte Internacional de Justicia ha confirmado también la norma en términos categóricos. En la *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, declaró:

"Es una norma de derecho internacional comúnmente reconocida que el acto de los órganos del Estado debe considerarse como acto de ese Estado. Esta norma [es] de carácter consuetudinario..."¹⁴

En ese asunto la Corte se ocupaba principalmente de las reducciones de los tribunales estatales, pero el mismo principio se aplica a los actos de los poderes legislativo y ejecutivo¹⁵. Como la Corte Permanente declaró en el asunto *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (Fondo)*:

¹³ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, pág. 455 (1902), en la página 477. Véase también el asunto *Chattin*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pág. 282 (1927), en las páginas 285 y 286; *Dispute concerning the interpretation of article 79 of the Treaty of Peace*, ibíd., vol. XIII, pág. 389 (1955), en la página 438.

¹⁴ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, *ICJ Reports 1999*, pág. 62, en la página 87, párr. 62, referente al proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, art. 6, actualmente contenido en el artículo 4.

¹⁵ En cuanto a los actos legislativos, véase, por ejemplo, *German Settlers in Poland, 1923*, *P.C.I.J., Series B, N° 6*, en las páginas 35 y 36; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, 1932*, *P.C.I.J., Series A/B, N° 44*, pág. 4, en las páginas 24 y 25; *Phosphates in Morocco, Preliminary Objections, 1938*, *P.C.I.J., Series A/B, N° 74*, pág. 10, en las páginas 25 y 26; *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, ICJ Reports 1952*, pág. 176, en las páginas 193 y 194. En cuanto a los actos legislativos, véase, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986*, pág. 14; *Eletrónica Sicula S.p.A. (ELSI), ICJ Reports 1989*, pág. 15. En cuanto a los actos judiciales, véase, por ejemplo, el asunto *"Lotus", 1927*, *P.C.I.J., Series A, N° 10*, en la página 24; *Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928*, *P.C.I.J., Series B, N° 15*, en la página 24; *Ambatielos, Merits, ICJ Reports 1953*, pág. 10, en las páginas 21 y 22. En algunos casos, el comportamiento en cuestión puede estar relacionado tanto con actos ejecutivos como judiciales; véase, por ejemplo, *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, ICJ Reports 1958*, pág. 55, en la página 65.

"Desde el punto de vista del derecho internacional y de la Corte que es su órgano, los derechos internos... expresan la voluntad de los Estados y constituyen actividades de éstos, de la misma manera que las decisiones legislativas o las medidas administrativas."¹⁶

Por tanto, el artículo 4 abarca a los órganos, ya sea que ejerzan "funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole". Estas palabras tienen en cuenta el hecho de que el principio de separación de poderes no se sigue en absoluto o no se sigue de manera uniforme en los diferentes Estados, y que muchos órganos ejercen una combinación de poderes públicos de carácter legislativo, ejecutivo o judicial. Además, el término es extensivo, no limitativo, como lo aclaran las palabras "o [funciones] de otra índole"¹⁷. A los efectos de atribución no hace al caso que el comportamiento del órgano del Estado pueda clasificarse como "comercial" o como "*acta iure gestionis*". Naturalmente, el incumplimiento de un contrato por un Estado no entraña de por sí un quebrantamiento del derecho internacional¹⁸. Se requiere algo más para que el derecho internacional se aplique, como por ejemplo la denegación de justicia por los tribunales del Estado en una acción entablada por la otra parte contratante. Pero la celebración o el incumplimiento de un contrato por un órgano del Estado constituye, no obstante, un hecho del Estado a los efectos del artículo 4¹⁹, y en determinadas circunstancias puede constituir un hecho internacionalmente ilícito²⁰.

¹⁶ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, 1926, P.C.I.J. Series A, N° 7*, en la página 19.

¹⁷ Estas funciones pueden incluir, por ejemplo, la formulación de directrices administrativas para el sector privado. Si estas directrices suponen una violación de una obligación internacional puede ser discutible, pero como "directrices" claramente son atribuibles al Estado. Véase, por ejemplo, GATT, *Japan - Trade in Semi-conductors*, Informe del Grupo Especial del 24 de marzo de 1988, párrs. 110 y 111; OMC, *Japan - Measures affecting Consumer Photographic Film and Paper*, Informe del Grupo Especial WT/DS44, párrs. 10.12 a 10.16.

¹⁸ Véase el artículo 3 y su comentario.

¹⁹ Véanse, por ejemplo, las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Swedish Engine-Drivers' Union Case*, TEDH, Ser. A, N° 20 (1976), en la página 14 y en el asunto *Schmidt & Dahlström*, TEDH, Ser. A, N° 21 (1976), en la página 15.

²⁰ Muchos miembros de la Sexta Comisión, en respuesta a una pregunta específica de la Comisión, dijeron que no hacía al caso la clasificación de los actos de los órganos del Estado

7) En el principio tampoco se hace distinción alguna entre los hechos de funcionarios "superiores" y los hechos de funcionarios "subordinados", siempre que actúen en calidad oficial. Esto lo expresan las palabras del artículo 4 "cualquiera que sea su posición en la organización del Estado". Indudablemente los funcionarios de categoría inferior quizá tengan un ámbito de actividad más restringido: quizá no puedan adoptar decisiones definitivas. Pero un comportamiento suyo, realizado en calidad oficial, es atribuible al Estado a los efectos del artículo 4. Después de la segunda guerra mundial las comisiones mixtas frecuentemente tuvieron que examinar el comportamiento de órganos del Estado, tales como administradores de bienes del enemigo, alcaldes y oficiales de policía, y constantemente consideraron atribuibles al Estado²¹ los actos de esas personas.

8) Análogamente, el principio del artículo 4 se aplica por igual a los órganos de la administración central y a los de la administración regional o local. Este principio se ha reconocido desde hace mucho tiempo. Por ejemplo, la Comisión Franco-Italiana de Conciliación en el asunto relativo a los *Herederos del duque de Guisa* declaró:

"A los efectos de alcanzar una decisión en el presente caso, poco importa que el decreto de 29 de agosto de 1947 no fuera promulgado por el Estado italiano sino por la región de Sicilia, ya que el Estado italiano responde de la aplicación del Tratado de Paz, incluso en lo que respecta a Sicilia, independientemente del grado de autonomía que el derecho público de la República Italiana conceda a Sicilia en las relaciones internas."²²

como actos *iure imperii* o actos *iure gestionis*: véase el *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 1998 (A/53/10)*, párr. 35.

²¹ Véanse, por ejemplo, los asuntos siguientes: *Currie, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, pág. 21 (1954), en la página 24; *Dispute concerning the interpretation of article 79 of the Italian Peace Treaty*, ibíd., vol. XIII, pág. 389 (1955), en las páginas 431 y 432; *Mossé*, ibíd., vol. XIII, pág. 486 (1953), en las páginas 492 y 493. En cuanto a decisiones anteriores, véanse: *Roper*, ibíd., vol. IV, pág. 145 (1927); *Massey*, ibíd., vol. IV, pág. 155 (1927); *Way*, ibíd., vol. IV, pág. 391 (1928); *Baldwin*, ibíd., vol. VI, pág. 328 (1933). Véase también el examen de la incautación de una central eléctrica por el alcalde de Palermo en *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *JIC, Reports 1989*, pág. 15, por ejemplo en la página 50, párr. 70.

²² *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIII, pág. 150 (1951), en la página 161. En cuanto a decisiones anteriores, véase, por ejemplo *Pieri Dominique and Co. Case*, ibíd., vol. X, pág. 139 (1902), en la página 156.

Este principio fue corroborado firmemente durante los trabajos preparatorios de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930. Se preguntó expresamente a los gobiernos si el Estado respondía de las "acciones u omisiones de los órganos que ejercen funciones públicas de carácter legislativo o ejecutivo (municipios, provincias, etc.)". Todos respondieron afirmativamente²³.

9) A estos efectos no importa que la división territorial forme parte de un Estado federal o sea una región autónoma específica, y tampoco importa que el derecho interno del Estado confiera o no al Parlamento federal la facultad de obligar a la división territorial a atenerse a las obligaciones internacionales del Estado. El laudo dictado en el asunto del "*Montijo*" es el punto de partida de una serie constante de decisiones en ese sentido²⁴. La Comisión de Reclamaciones Francia/México reafirmó en el asunto Pellat "el principio de la responsabilidad internacional... de un Estado federal respecto de todos los actos de los Estados que lo integran que den lugar a demandas de Estados extranjeros" y señaló especialmente que tal responsabilidad "... no puede negarse, ni siquiera en los casos en que la Constitución federal deniegue al Gobierno central el derecho de control sobre los Estados integrantes o el derecho de requerirles que, en su conducta, se ajusten a las normas de derecho internacional"²⁵. Esta norma se ha venido aplicando constantemente desde entonces. Así, por ejemplo, en el asunto *LaGrand*, la Corte Internacional de Justicia declaró:

²³ Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III: *Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners* (documento C.75.M.69.1929.V.), pág. 90; *Supplement to vol. III: Replies made by the Governments to the Schedule of Points: Replies of Canada and the United States of America* (documento C.75(a).M.69(a). 1929.V.), págs. 3 y 18.

²⁴ Véase Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pág. 1421 (1875), en la página 1440. Véanse también los asuntos *De Brissot and Others*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, págs. 2967 (1855), en las páginas 2970 y 2971; *Pieri Dominique and Co., R.I.A.A.*, vol. X, pág. 139 (1905), en las páginas 156 y 157; *Davy*, ibíd., vol. IX, pág. 467 (1903), en la página 468; *Janes*, ibíd.; vol. IV, pág. 82 (1925), en la página 86; *Swinney*, ibíd., vol. IV, pág. 98 (1925), en la página 101; *Quintanilla*, ibíd., vol. IV, pág. 101 (1925), en la página 103; *Youmans*, ibíd., vol. IV, pág. 110 (1925), en la página 116; *Mallén*, ibíd., vol. IV, pág. 173 (1925), en la página 177; *Venable*, ibíd., vol. IV, pág. 218 (1925), en la página 230; *Tribolet*, ibíd., vol. IV, pág. 598 (1925), en la página 601.

²⁵ *R.I.A.A.*, vol. V pág. 534 (1929), en la página 536.

"Considerando que el Estado incurre en responsabilidad internacional por los actos de sus órganos y autoridades competentes, cualesquiera que sean; considerando que los Estados Unidos deben adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar que Walter LaGrand no sea ejecutado mientras no se haya dictado la resolución definitiva en este proceso; considerando que, según la información de que dispone el Tribunal, la aplicación de las medidas indicadas en la presente Providencia cae dentro de la esfera de competencia del Gobernador de Arizona; considerando que el Gobierno de los Estados Unidos tiene, por consiguiente, la obligación de transmitir la presente Providencia a dicho Gobernador; considerando que el Gobernador de Arizona está obligado a actuar de conformidad con los compromisos internacionales de los Estados Unidos;..."²⁶

10) Las razones de esta posición vienen reforzadas por el hecho de que los Estados federales tienen una estructura y distribución de poderes muy variadas y que, en la mayoría de los casos, las entidades constitutivas no tienen personalidad distinta propia (por limitada que sea), ni capacidad para celebrar tratados. En los casos en que la entidad constitutiva de una federación pueda celebrar acuerdos internacionales por cuenta propia²⁷, la otra parte puede perfectamente haber convenido en limitarse a recurrir contra ella en caso de incumplimiento, en cuyo caso la cuestión no dará lugar a la responsabilidad del Estado federal y quedará fuera del ámbito de aplicación de los presentes artículos. Otra posibilidad es que la responsabilidad del Estado federal en virtud de un tratado pueda limitarse mediante una cláusula federal incluida en el tratado²⁸. Esto es claramente una excepción a la regla general, aplicable de modo exclusivo a las relaciones entre los Estados Partes en el tratado y a las cuestiones a las que éste se aplica. Surte efecto en virtud del principio de la *lex specialis*: véase el artículo 55.

²⁶ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Provisional Measures*, *ICJ Reports 1999*, pág. 9, en la página 16, párr. 28. Véase también la decisión de 27 de junio de 2001, párr. 81.

²⁷ Véanse, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 56 y el párrafo 3 del artículo 172 de la Constitución de la Confederación Suiza, 18 de abril de 1999.

²⁸ Véase, por ejemplo, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, París, 16 de noviembre de 1972, *United Nations Treaty Series*, vol. 1037, pág. 152, art. 34.

11) El párrafo 2 define el papel del derecho interno a los efectos de determinar la condición jurídica de un órgano del Estado. Cuando el derecho de un Estado caracteriza una entidad como órgano, no se plantean dificultades. En cambio, no basta con remitirse al derecho interno en lo que respecta a la condición jurídica de los órganos del Estado. En algunos sistemas la condición jurídica y las funciones de diversas entidades están determinadas no sólo por la ley, sino también por la práctica, y referirse exclusivamente al derecho interno puede inducir a error. Además, es posible que el derecho interno de un Estado no determine, de forma exhaustiva o no, qué entidades tienen la condición de "órganos". En tales casos, en tanto que los poderes de una entidad y su relación con los demás órganos, según el derecho interno, pueden ser pertinentes para clasificarla como "órgano", el propio derecho interno no realizará la labor de clasificación. Incluso si lo hace, el término "órgano" utilizado en derecho interno puede tener un significado especializado y no el amplio sentido que tiene en el artículo 4. Por ejemplo, en algunos sistemas jurídicos el término "gobierno" se refiere solamente a los órganos de la máxima categoría, como el Jefe del Estado y el consejo de ministros. En otros, la policía goza de una posición jurídica especial, independiente del ejecutivo, lo que no significa que, a efectos del derecho internacional, no sea un órgano del Estado²⁹. En consecuencia, un Estado no puede eludir su responsabilidad por el comportamiento de una entidad que actúa en realidad como uno de sus órganos negando simplemente que tenga tal condición en su propio derecho. Para tener esto en cuenta, se emplea la palabra "incluye" en el párrafo 2.

12) Los términos "persona o entidad" se utilizan en el párrafo 2 del artículo 4, así como en los artículos 5 y 7. Esos términos se emplean en un sentido amplio que abarca a cualquier persona natural o jurídica, en particular un funcionario público, un departamento, una comisión u otro organismo que ejerce atribuciones del poder público, etc. El término "entidad" se utiliza en un sentido análogo al del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado en 1991³⁰.

²⁹ Véase, por ejemplo, el asunto *Church of Scientology*, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el fallo de 26 de septiembre de 1978, *NJW* 1979 VI ZR 267/76, pág. 1101; *ILR* vol. 65, pág. 193; *Propend Finance Pty Ltd. v Sing* (1997) *ILR* vol. III, pág. 611 (Inglaterra, Tribunal de Apelación). Estos eran casos de inmunidad del Estado, pero el mismo principio se aplica en el análisis de la responsabilidad de los Estados.

³⁰ *Anuario... 1991*, vol. II, segunda parte, págs. 14 a 18.

13) Aunque el principio enunciado en el artículo 4 es claro e indubitable, su aplicación puede plantear dificultades. Un problema particular es el de determinar si una persona que sea un órgano del Estado actúa en calidad de tal. A este efecto es indiferente que la persona tenga motivos ulteriores o impropios o abuse del poder público. Cuando tal persona actúe aparentemente en calidad oficial, o bajo las apariencias de autoridad, sus acciones serán atribuibles al Estado. En decisiones arbitrales internacionales se ha trazado claramente la distinción entre conducta no autorizada de un órgano del Estado y conducta puramente privada. Por ejemplo, el laudo de la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos/México en el asunto *Mallén* (1927) se refería, en primer lugar, al acto de un funcionario a título privado y, en segundo lugar, a otro acto realizado por el mismo funcionario a título oficial, aunque de forma abusiva³¹. Este último acto se declaró atribuible al Estado pero el primero no. La Comisión Franco-Mexicana de Reclamaciones en el asunto *Caire* excluyó la responsabilidad en los casos en que "el acto no tuviera relación con la función oficial y fuera, de hecho, simplemente el de un particular"³². El caso del comportamiento puramente privado no debe confundirse con el de un órgano que actúa como tal pero excediéndose en sus atribuciones (*ultra vires*) o infringiendo las normas que rigen su actividad. En este último caso el órgano actúa, no obstante, en nombre del Estado: este principio queda afirmado en el artículo 7. Al aplicar este criterio, naturalmente, cada caso tendrá que tratarse a la luz de sus propios hechos y circunstancias.

Artículo 5

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

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

³¹ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, pág. 173 (1927), en la página 175.

³² *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, pág. 516 (1929), en la página 531. Véase también el asunto *Bensleys* (1859), en Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 3018 ("una infracción brutal... sin apariencia alguna de procedimiento oficial y sin ninguna relación con sus deberes oficiales"); *Castelains*, ibíd, págs. 2999 a 3000 (1880). Véanse también el artículo 7 y su comentario.

Comentario

1) El artículo 5 versa sobre la atribución al Estado del comportamiento de organismos que no son órganos estatales en el sentido del artículo 4, pero que están facultadas para ejercer atribuciones del poder público. La finalidad de este artículo es tener en cuenta el fenómeno cada vez más frecuente de las entidades paraestatales, que ejercen atribuciones del poder público en lugar de los órganos del Estado, y el caso de antiguas empresas estatales que han sido privatizadas pero conservan ciertas funciones públicas o normativas.

2) El término genérico "entidad" engloba la gran variedad de organismos que, aunque no sean órganos, pueden estar facultados por el derecho interno de un Estado para ejercer atribuciones del poder público y comprenden las empresas públicas, las entidades semipúblicas, los organismos públicos de diversa clase e incluso, en casos especiales, empresas privadas, a condición de que en cada caso la entidad esté facultada por el derecho interno para cumplir funciones de carácter público que normalmente desempeñan órganos del Estado y siempre y cuando el comportamiento de la entidad guarde relación con el ejercicio de las atribuciones del poder público que le corresponden. Por ejemplo, en algunos países, es posible contratar a empresas de seguridad privadas para que se encarguen de la vigilancia en las prisiones y, en esa calidad, pueden ejercer facultades públicas como las de detención y disciplina tras una condena judicial o en cumplimiento de la reglamentación penitenciaria. Pueden delegarse en compañías aéreas privadas o estatales ciertas facultades en relación con el control de la inmigración o la cuarentena. En un asunto sometido al Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, una fundación autónoma establecida por el Estado tenía en su poder bienes para fines caritativos sobre los que ejercía un estricto control; sus facultades comprendían la identificación de bienes a efectos de incautación. Se sostuvo que era una empresa pública y no privada y que por lo tanto el Tribunal tenía competencia en el asunto; el artículo 5 se le habría aplicado en todo caso por la administración de los bienes presuntamente expropiados³³.

3) El hecho de que una entidad esté clasificada como pública o privada en un ordenamiento jurídico, la existencia de una participación mayor o menor del Estado en su capital o, más

³³ *Hyatt International Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1985), 9 Iran-United States CTR 72, en las páginas 88 a 94.

generalmente, en la propiedad de su activo y el hecho de que no esté sujeta al control del poder ejecutivo -ninguno de estos criterios es decisivo para atribuir al Estado el comportamiento de la entidad. En cambio, el artículo 5 recoge la característica que verdaderamente define todas estas entidades, a saber, que están facultadas, aunque sólo sea en una medida limitada o en un contexto preciso, para ejercer ciertas atribuciones del poder público.

4) Se puede considerar que las entidades paraestatales son un fenómeno relativamente moderno, pero el principio enunciado en el artículo 5 está reconocido desde hace tiempo. Por ejemplo, las respuestas a la solicitud de información del Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación de 1930 indicaban que algunos gobiernos eran firmes partidarios de la atribución al Estado del comportamiento de organismos autónomos que ejercían funciones públicas de carácter administrativo o legislativo. El Gobierno alemán, por ejemplo, afirmó que:

"cuando, en virtud de una delegación de poderes, las entidades ejercen funciones públicas como, por ejemplo, funciones de policía... los principios que rigen la responsabilidad del Estado por sus órganos se aplican de manera análoga. Desde el punto de vista del derecho internacional, es indiferente que un Estado cumpla íntegramente la función de policía mediante sus propios agentes o que encargue de ella, en mayor o menor medida, a corporaciones autónomas."³⁴

El Comité Preparatorio elaboró, por consiguiente, las siguientes bases de discusión, aunque la Tercera Comisión de la Conferencia no pudo examinarlas por falta de tiempo:

"El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero a consecuencia de actos u omisiones... de instituciones autónomas que ejercen funciones públicas de carácter

³⁴ Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión establecidas por el Comité preparatorio a la intención de la Conferencia*, vol. III: *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers*, (documento C.75.M.69.1929.V.), pág. 90. El Gobierno alemán señaló que estas observaciones se aplican también cuando "el Estado, excepcionalmente, encomienda funciones públicas y obligaciones o autoridad [sic] a organizaciones privadas o autoriza a estas organizaciones a ejercer derechos de soberanía, como ocurre, por ejemplo, cuando se confieren a una compañía de ferrocarril privada funciones de policía": *ibíd.*

legislativo o administrativo, cuando esos actos u omisiones son contrarios a las obligaciones internacionales del Estado."³⁵

5) La razón que justifica en derecho internacional la atribución al Estado del comportamiento de una entidad "paraestatal" es que el derecho interno del Estado ha conferido a esa entidad el ejercicio de ciertas atribuciones del poder público. Para que se considere un hecho del Estado a efectos de la responsabilidad internacional, el comportamiento de una entidad de esta clase debe, pues, corresponder a la actividad pública prevista y no a otra actividad privada o comercial que la entidad despliegue. Así, por ejemplo, el comportamiento de una empresa de ferrocarriles a la que se han conferido ciertas funciones de policía se considerará un hecho del Estado en derecho internacional si corresponde al ejercicio de esas funciones, pero no si corresponde a otras actividades (por ejemplo, la venta de billetes o la compra de material rodante).

6) Con el artículo 5 no se pretende determinar exactamente el alcance del "poder público" a efectos de atribuir el comportamiento de una entidad al Estado. Más allá de cierto límite, lo que se considera "poder público" dependerá de la sociedad y de su historia y tradiciones. Tendrá particular importancia, no sólo el contenido de las atribuciones, sino la manera en que se confieren a una entidad, para qué fines se ejercen y en qué medida la entidad es responsable de su ejercicio ante el Estado. Éstas son esencialmente cuestiones de la aplicación de una norma general a diferentes tipos de circunstancias.

7) La formulación del artículo 5 lo limita claramente a las entidades facultadas por el derecho interno para ejercer atribuciones del poder público. Hay que distinguir este caso de aquel en que una entidad actúa bajo la dirección o el control del Estado, al que se aplica el artículo 8, y de aquel en que una entidad o un grupo toma el poder en ausencia de órganos del Estado pero en circunstancias tales que requieren el ejercicio del poder público, al que se aplica el artículo 9. A efectos del artículo 5, la entidad queda abarcada incluso cuando el ejercicio de la autoridad entraña facultades o poderes discrecionales; no es necesario demostrar que el comportamiento se verificó efectivamente bajo el control del Estado. Por otra parte, el artículo 5 no se extiende a la situación en que el derecho interno simplemente autoriza o justifica cierto comportamiento de auxilio propio o legítima defensa, facultad de que dispone toda la población del Estado.

³⁵ *Ibíd.*, pág. 92.

El derecho interno debe autorizar específicamente el comportamiento en ejercicio de la autoridad pública; no basta que autorice la actividad como parte de la regulación general de los asuntos públicos. Se trata, pues, de una categoría restringida.

Artículo 6

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

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra.

Comentario

- 1) El artículo 6 trata de una situación limitada y precisa en que un órgano de un Estado se pone efectivamente a disposición de otro Estado de modo que el órgano puede actuar temporalmente en su provecho y bajo su autoridad. En tal caso, el órgano, inicialmente perteneciente a un Estado, actúa exclusivamente para los fines de otro Estado y en su nombre, y su comportamiento se atribuye solamente a este Estado.
- 2) Con las palabras "puesto a su disposición", del artículo 6, se enuncia la condición esencial para que el comportamiento del órgano pueda considerarse, en derecho internacional, como un acto del Estado receptor y no del Estado que envía. La noción de órgano "puesto a... disposición" del Estado receptor es un concepto especializado, que implica que el órgano actúa con el consentimiento, bajo la autoridad y para los fines del Estado receptor. No se trata únicamente de que el órgano haya sido designado para realizar funciones correspondientes al Estado a cuya disposición se ha puesto. Al desempeñar las funciones que le confía el Estado receptor, el órgano también debe actuar juntamente con los mecanismos de ese Estado y bajo su exclusiva dirección y control, más bien que en cumplimiento de instrucciones del Estado que envía. Así, pues, el artículo 6 no trata de las situaciones corrientes de cooperación o colaboración entre Estados, en cumplimiento de un tratado o por otros motivos³⁶.

³⁶ Así pues, el comportamiento de Italia en la vigilancia policial de la inmigración ilegal en el mar, en cumplimiento de un acuerdo con Albania, no era atribuible a Albania: *Xhavara & others v. Italy & Albania*, Solicitud N° 39473-98, E.C.H.R., decisión del 11 de enero de 2001. En cambio, el comportamiento de Turquía visto en el contexto de la unión aduanera entre la Comunidad Europea y Turquía seguía siendo atribuible a Turquía:

3) Las situaciones que podrían corresponder a esta noción limitada del órgano de un Estado "puesto a... disposición" de otro Estado incluirían, por ejemplo, la de una sección del servicio sanitario o alguna otra dependencia puesta a las órdenes de otro país para ayudar en la lucha contra una epidemia o un desastre natural, o la de los jueces nombrados en casos particulares para actuar como órganos judiciales de otro Estado. En cambio, la simple ayuda o asistencia ofrecida por los órganos de un Estado a otro en el territorio de este último no queda comprendida en el ámbito del artículo 6. Por ejemplo, se pueden enviar fuerzas armadas para ayudar a otro Estado en el ejercicio de legítima defensa colectiva o para otros fines. Esas fuerzas, cuando siguen bajo la autoridad del Estado que envía, ejercen parcelas de la autoridad de ese Estado y no del Estado receptor. Puede ocurrir que el órgano de un Estado actúe siguiendo instrucciones conjuntas de su propio Estado y de otro, o puede existir una entidad única que es un órgano conjunto de varios Estados. En esos casos, el comportamiento en cuestión es atribuible a ambos Estados en virtud de otros artículos de este capítulo³⁷.

4) Por consiguiente, el elemento decisivo a efectos del artículo 6 es el establecimiento de un vínculo funcional entre el órgano y la estructura o la autoridad del Estado receptor. La noción de órgano "puesto a... disposición" de otro Estado excluye el caso de las entidades estatales que son enviadas a otro Estado para atender a intereses del primer Estado o incluso a intereses comunes y que conservan su autonomía y su estatuto propios: por ejemplo, las misiones culturales, las misiones diplomáticas o consulares, las organizaciones de socorro o ayuda al extranjero. También se excluyen del alcance del artículo 6 las situaciones en que se desempeñan funciones del Estado "beneficiario" sin el consentimiento de éste, como cuando un Estado que se halla en una situación de dependencia, ocupación territorial o similar tiene que consentir a la fuerza que los actos de sus propios órganos sean descartados y sustituidos en mayor o menor medida por los del otro Estado³⁸.

véase OMC, Turquía - Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido, informe del Grupo Especial, WT/DS34/R, 31 de mayo de 1999, párrs. 9.33 a 9.44.

³⁷ Véase también el artículo 47 y su comentario.

³⁸ Sobre la responsabilidad de un Estado por la dirección, el control o la coacción ejercidos en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, véanse los artículos 17 y 18 y sus comentarios.

5) Otros dos criterios deben cumplirse para que pueda aplicarse el artículo 6. En primer lugar, el órgano debe poseer el estatuto jurídico de órgano del Estado que envía; en segundo lugar, su comportamiento debe enmarcarse en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado receptor. La primera de esas condiciones excluye del ámbito del artículo 8 el comportamiento de las entidades privadas o los particulares que nunca han ostentado la condición de órgano del Estado que envía. Por ejemplo, los expertos o asesores puestos a disposición de un Estado en virtud de programas de asistencia técnica no suelen tener la condición de órganos del Estado que envía. La segunda condición consiste en que el órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado debe actuar "en el ejercicio de atribuciones del poder público" del Estado receptor. Sólo habrá hecho atribuible a este último cuando el comportamiento del órgano prestado implique el ejercicio de atribuciones del poder público de ese Estado. En relación con el número de casos de acción cooperativa por los Estados en esferas tales como la defensa mutua, la ayuda y el desarrollo, el artículo 8 abarca únicamente una noción concreta y limitada de "responsabilidad transferida". Ahora bien, esa situación no es nada desconocida en la práctica de los Estados.

6) En el asunto *Chevreau*³⁹ un cónsul británico en Persia, que se ocupaba temporalmente del consulado francés, perdió ciertos papeles que se le habían confiado. A raíz de una reclamación de Francia, el árbitro Beichmann sostuvo que "no puede considerarse responsable al Gobierno británico de una negligencia cometida por su cónsul en calidad de persona encargada de la gerencia del consulado de otra Potencia"⁴⁰ De la conclusión del árbitro se deduce que el acuerdo en que se basaba la actuación del cónsul británico no contenía ninguna disposición que atribuyera la responsabilidad de sus actos. Si un tercer Estado hubiese presentado una denuncia, el demandado debía ser, de conformidad con el artículo 6, el Estado en cuyo nombre se realizaba el comportamiento en cuestión.

7) Cuestiones análogas han sido examinadas por la Comisión Europea de Derechos Humanos en dos asuntos relativos al ejercicio en Liechtenstein, por la policía suiza, de competencias

³⁹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pág. 1113 (1931).

⁴⁰ *Ibíd*, en la página 1141.

"delegadas"⁴¹. En ese momento Liechtenstein no era parte en la Convención Europea, de modo que si el comportamiento hubiera sido atribuible solamente a Liechtenstein, no podría haber habido ninguna violación de la Convención. La Comisión halló admisible el asunto, en razón de que con arreglo al tratado de 1923 entre Suiza y Liechtenstein, Suiza ejercía su propia competencia en materia de aduana y de inmigración en Liechtenstein aunque con su consentimiento y en beneficio de ambas partes. Los correspondientes funcionarios se regían exclusivamente por la ley suiza y se consideraba que ejercían atribuciones del poder público de Suiza. En ese sentido no habían sido "puestos a... disposición" del Estado beneficiario⁴².

8) Otro ejemplo de órgano puesto a disposición de otro Estado es el del Auditor General de Nueva Zelandia que actuó durante un tiempo como Auditor de las Islas Cook por acuerdo entre las Islas Cook y Nueva Zelandia y de conformidad con la Constitución de las Islas Cook. Se planteó la cuestión de determinar si el Auditor General estaba obligado a hacer públicos ciertos documentos de las Islas Cook adquiridos en el ejercicio de sus funciones, o si esos documentos estaban protegidos por la inmunidad del Estado. El Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelandia encaró el caso sobre la base de que el Auditor General desempeñaba una función oficial por cuenta de las Islas Cook como Estado extranjero y no era responsable ante ninguna autoridad de Nueva Zelandia por el ejercicio de esa función⁴³.

9) Otro ejemplo histórico de una situación a la que se aplica el artículo 6 es el Comité Judicial del Privy Council del Reino Unido, que ha actuado como tribunal de apelación de última instancia para varios Estados independientes que forman parte del Commonwealth. Las resoluciones dictadas por el Privy Council en apelaciones interpuestas por Estados del Commonwealth son atribuibles a esos Estados y no al Reino Unido. El papel del Privy Council es análogo al de ciertos tribunales de apelación de última instancia que actúan en cumplimiento

⁴¹ *X and Y v. Switzerland* (Applications N° 7289/75, 7349/76), (1977), 9.D.R.57; 20, TEDH, Ybk, 372, en las páginas 402 a 406.

⁴² Véase también *Drozd and Janousek v. France and Spain*, E.C.H.,R., Series A, N° 240 (1992), en los párrafos 96 y 110.

⁴³ *Comptroller and Auditor-General v. Davidson* (1996), ILR, vol. 104, pág. 526, (Tribunal de Apelación de Nueva Zelandia), en las páginas 536 y 537 (Cooke, P.) y en las páginas 574 a 576 (Richardson, J.). Se denegó una apelación al Privy Council basada en otros argumentos: ILR, vol. 108, pág. 622.

de disposiciones convencionales⁴⁴. Hay muchos ejemplos de jueces prestados temporalmente por un Estado a otro: en cuanto jueces del Estado receptor, sus resoluciones no son atribuibles al Estado que envía, aunque éste siga pagando sus emolumentos.

10) Pueden plantearse cuestiones análogas en el caso de los órganos de organizaciones internacionales puestos a disposición de un Estado y que ejercen prerrogativas del poder público de ese Estado. Esto es aún más excepcional que los casos de préstamo entre Estados a los que se limita el artículo 6. También plantea las difíciles cuestiones de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación de estos artículos. En consecuencia, el artículo 57 excluye del ámbito de aplicación de los presentes artículos todas las cuestiones relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales o de un Estado por los hechos de una organización internacional. De la misma manera, el artículo 6 no se refiere a los casos en que, por ejemplo, un Estado da traslado de un procedimiento judicial a una institución internacional en aplicación de un tratado⁴⁵. Al cooperar con las instituciones internacionales en tales casos, el Estado interesado no asume ninguna responsabilidad por el comportamiento ulterior de aquéllas.

Artículo 7

Extralimitación en el ejercicio de la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa calidad, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

Comentario

1) El artículo 7 trata de la importante cuestión de los actos no autorizados o *ultra vires* de órganos o entidades del Estado. Establece claramente que el comportamiento de un órgano del Estado o de una entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público, que actúe en su

⁴⁴ Por ejemplo, el Acuerdo entre Nauru y Australia relativo a los recursos interpuestos ante el Alto Tribunal de Australia por el Tribunal Supremo de Nauru, 21 de septiembre de 1976, *United Nations, Treaty Series*, vol. 1216, pág. 1512.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1994, arts. 89 y 91.

calidad oficial, es atribuible al Estado mismo si el órgano o la entidad se ha excedido en sus atribuciones o ha contravenido las instrucciones recibidas.

2) El Estado no puede acogerse a la idea de que, según las disposiciones de su derecho interno o las instrucciones que se han cursado a sus órganos o agentes, las acciones u omisiones de éstos no deberían haberse producido o deberían haber adoptado una forma diferente. Así ocurre incluso cuando el órgano o la entidad ha cometido abiertamente hechos ilícitos al amparo de su calidad oficial o se ha excedido manifiestamente en el ejercicio de su competencia. Tal es el caso aunque otros órganos del Estado hayan desautorizado ese comportamiento⁴⁶. Cualquier otra norma sería contraria al principio fundamental enunciado en el artículo 3, puesto que el Estado podría invocar entonces su derecho interno para alegar que tal comportamiento, que es de hecho el de sus órganos, no le es atribuible.

3) La norma ha evolucionado atendiendo a la necesidad de claridad y seguridad de las relaciones internacionales. A pesar de unas primeras manifestaciones equívocas en la práctica diplomática y en laudos arbitrales⁴⁷, la práctica de los Estados ha venido a corroborar la idea, expresada por el Gobierno británico en respuesta a una petición de Italia, de que "todos los gobiernos deben siempre ser considerados responsables de todos los actos cometidos por sus agentes en virtud de su calidad oficial"⁴⁸. Como señaló el Gobierno de España: "Si no, se acabarían por autorizar los abusos, ya que en la mayoría de los casos no habría ningún medio de demostrar en la práctica si el agente había actuado o no en cumplimiento de las instrucciones

⁴⁶ Véase, por ejemplo, la controversia del "Star and Herald", Moore, *Digest...*, vol. VI, pág. 775.

⁴⁷ En varios asuntos antiguos, se atribuyó al Estado la responsabilidad internacional por el comportamiento de sus agentes sin aclarar si éstos se habían excedido en sus atribuciones: véase, por ejemplo, el asunto "*The Only Son*", Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, págs. 3404 y 3405; el asunto "*The William Lee*", ibíd., pág. 3405; el asunto *Donoughho*, ibíd., vol. III, pág. 3012. En los casos en que se examinó expresamente la cuestión, los tribunales no aplicaron sistemáticamente un solo principio: véase, por ejemplo, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 3019; el asunto *Galino*, *R.I.A.A.*, vol. XXV (1901), pág. 415; el asunto "*The Lacaze*", A. de Lapradelle y N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux* (París, Pédone, 1923), vol. II, págs. 297 y 298; el asunto "*The William Yeaton*", Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 2946.

⁴⁸ En cuanto a las opiniones del Gobierno de Gran Bretaña y del Gobierno de España formuladas en 1898 a petición de Italia con respecto a un litigio con el Perú, véase *Archivio del Ministero degli Affari esteri italiano*, serie política P, N° 43.

recibidas"⁴⁹. En esa época los Estados Unidos sostenían que había una "norma de derecho internacional según la cual los soberanos no pueden ser tenidos por responsables, por la vía diplomática, de los daños causados a un extranjero por la conducta impropia de funcionarios que actúan fuera del ámbito de su competencia no sólo real, sino aparente"⁵⁰. Es probable que las diferentes formulaciones tuvieran esencialmente el mismo efecto, ya que los actos no comprendidos en el ámbito de la competencia tanto real como aparente no serían cometidos por los agentes "en virtud de su calidad oficial". De cualquier modo, cuando se celebró la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930, la mayoría de los Estados que contestaron a la petición de información del Comité Preparatorio eran claramente partidarios de la formulación más amplia posible de esa norma, de manera que se atribuyese al Estado la responsabilidad en el caso de "actos ejecutados por funcionarios en el territorio nacional prevaleciendo de su calidad oficial (*actes de fonction*) pero excediéndose en sus atribuciones"⁵¹. Las *Bases of Discussion* preparadas por el Comité recogían esta opinión. La Tercera Comisión de la Conferencia aprobó en primera lectura un artículo redactado de la siguiente manera:

"El Estado incurre en... responsabilidad internacional si el daño sufrido por un extranjero resulta de actos contrarios a las obligaciones internacionales del Estado realizados por sus funcionarios fuera del ámbito de sus atribuciones, pero al amparo de su calidad oficial."⁵²

4) La norma moderna ha quedado ahora firmemente establecida en ese sentido por la jurisprudencia internacional, la práctica de los Estados y la doctrina⁵³. Ha sido confirmada, por

⁴⁹ Nota verbal del duque de Almodóvar del Río, 4 de julio de 1898, *ibíd.*

⁵⁰ Incidente de la "American Bible Society", declaración del Secretario de Estado de los Estados Unidos, 17 de agosto de 1885, Moore, *Digest ...*, vol. VI, pág. 743; "Shine and Milligen", G. H. Hackworth, *Digest*, vol. V, pág. 575; "Miller", *ibíd.*, págs. 570 y 571.

⁵¹ Punto V, N° 2 b), Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, vol. III, pág. 78; y *Supplement to Vol. III* (documento C.75 a).M.69 a). 1929. V), págs. 3 y 17.

⁵² *Ibíd.*, pág. 238. Se hallará una reseña más detallada de la evolución de la norma actual en *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 66 a 76.

⁵³ Por ejemplo, el proyecto revisado de 1961 del Relator Especial F. V. García Amador disponía que "de igual modo una acción u omisión será imputable al Estado si los órganos o agentes se

ejemplo, en el artículo 91 del Protocolo de Ginebra I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949⁵⁴, que dispone que: "La parte en conflicto... será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas"; esta fórmula abarca claramente los actos cometidos en contra de las órdenes o instrucciones. En el comentario se señala que el artículo 91 fue aprobado por consenso y "corresponde a los principios generales del derecho sobre la responsabilidad internacional"⁵⁵.

5) En el asunto *Caire* se halla la formulación definitiva de la norma moderna. El asunto se refería al asesinato de un nacional francés por dos oficiales mexicanos que, ante la negativa de la víctima a entregarles la suma de dinero exigida, la condujeron al cuartel de la localidad y lo fusilaron. La Comisión estimó:

"que los dos oficiales, aunque deba presumirse que actuaron fuera de su competencia... y aunque sus superiores dieron una contraorden, comprometieron la responsabilidad del Estado, puesto que se ampararon en su condición de oficiales y se sirvieron de los medios puestos a su disposición por tal concepto."

El Presidente de la Comisión, Sr. Verzijl, declaró asimismo que los oficiales se habían "valido de su calidad oficial"⁵⁶.

exceden en sus atribuciones pero pretenden actuar con carácter oficial", *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 53.

⁵⁴ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, *U.N.T.S.*, vol. 1125, pág. 3.

⁵⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Commentary on the Additional Protocols* (Ginebra, 1987), págs. 1053 y 1054.

⁵⁶ Naciones Unidas, *R.I.A.A.*, vol. V, (1929) pág. 1117, en la página 1929. Otras opiniones sobre la norma se hallarán en el asunto *Maal*, ibíd., vol. X (1903), págs. 732 y 733; el asunto *La Masica*, ibíd., vol. XI (1916), pág. 560; el asunto *Youmans*, ibíd., vol. IV (1926), pág. 116; el asunto *Mallén*, ibíd., pág. 176; el asunto *Stephens*, ibíd., págs. 267 y 268; el asunto *Way*, ibíd., págs. 400 y 401. La decisión del Tribunal de Reclamaciones de los Estados Unidos en *Royal Holland Lloyd v United States*, 73 Ct. Cl. 722 (1931); *A.D.P.I.L.C.*, vol.6, pág. 442, también suele citarse a este respecto.

6) Los tribunales internacionales de derechos humanos también han aplicado la misma norma. Por ejemplo en el asunto *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo:

"Esa conclusión [relativa a una violación de la Convención] es independiente de que el órgano o el funcionario haya contravenido a las disposiciones del derecho interno o haya rebasado los límites de sus atribuciones: en derecho internacional el Estado es responsable de los actos de sus agentes ejecutados en su calidad oficial y de sus omisiones, aun cuando esos agentes actúan fuera del ámbito de su competencia o violan el derecho interno."⁵⁷

7) La cuestión esencial que hay que examinar para determinar la aplicabilidad del artículo 7 al comportamiento no autorizado de órganos oficiales es la de saber si el comportamiento fue observado por ese órgano en su calidad oficial o no. Es preciso distinguir, por una parte, los casos en que los funcionarios han actuado en su capacidad como tales, aunque ilegalmente o contraviniendo instrucciones, y, por otra, los casos en que su comportamiento está tan alejado del ámbito de sus funciones oficiales que debería ser asimilado al de particulares, no atribuible al Estado. En palabras del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, se trata de saber si el comportamiento ha sido "realizado por particulares envueltos en el manto del poder público"⁵⁸.

8) El problema de la divisoria entre un comportamiento no autorizado pero aún "público", por una parte, y un comportamiento "privado", por otra, puede evitarse si el comportamiento objeto de la reclamación es sistemático o reiterado, de modo que el Estado tenía o debería haber tenido conocimiento de él y debería haber tomado medidas para impedirlo. Con todo, sigue siendo necesario distinguir entre las dos situaciones en algunos supuestos, por ejemplo al examinar determinados casos de comportamiento escandaloso de personas que son funcionarios. Esa distinción se refleja en la expresión "si tal órgano, persona o entidad actúa en esa calidad" que figura en el artículo 7. Ello significa que el comportamiento al que se alude sólo comprende las acciones u omisiones de órganos que supuesta o aparentemente actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales, y no las acciones u omisiones realizadas a título privado por personas que

⁵⁷ *Inter-Am.Ct.H.R., Series C, N° 4* (1989) párr. 170; 95 *I.L.R.* 232, en la página 296.

⁵⁸ *Petrolane Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1991), 27 *Iran-U.S.C.T.R.*, 64, en la página 92.

resultan ser órganos o agentes del Estado⁵⁹. En resumen, la cuestión es si actúan aparentemente dentro de los límites de sus atribuciones.

9) Tal como está formulado, el artículo 7 se aplica únicamente al comportamiento del órgano de un Estado o de una entidad facultados para ejercer atribuciones del poder público, es decir, sólo a los supuestos de atribución a que se refieren los artículos 4, 5 y 6. El comportamiento no autorizado de otras personas, grupos o entidades plantea problemas distintos que se tratan separadamente en los artículos 8, 9 y 10.

10) En cuanto norma de atribución, el artículo 7 no se refiere a la cuestión de si el comportamiento equivale a la violación de una obligación internacional. El hecho de que un órgano o una entidad haya hecho caso omiso de las instrucciones que se le han dado, o de que sus acciones fueran ejecutadas *ultra vires*, puede ser pertinente para determinar si la obligación ha sido violada o no, pero eso es otra cuestión⁶⁰. De igual modo, el artículo 7 no trata de la admisibilidad de las reclamaciones dimanantes de hechos internacionalmente ilícitos cometidos por órganos o agentes que actúan *ultra vires* o contraviniendo a sus instrucciones. Cuando se ha cometido un hecho no autorizado o inválido según el derecho interno y, por lo tanto, existe una vía de recurso interna, habrá que recurrir a ella, de conformidad con el principio del agotamiento de los recursos internos, antes de presentar una reclamación internacional⁶¹.

⁵⁹ Una forma de comportamiento *ultra vires* al que se aplicaría el artículo 7 sería el del funcionario de un Estado que aceptase un soborno para realizar un acto o celebrar un negocio jurídico. Los presentes artículos no se ocupan de las cuestiones que se plantearían en ese caso con respecto a la validez del negocio (cf. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 50). En lo que concierne a la responsabilidad por el comportamiento corrupto, podrían darse varias situaciones que no es necesario tratar expresamente en los presentes artículos. Si un Estado corrompe al órgano de otro Estado para que realice determinado acto oficial, el Estado corruptor será responsable a tenor del artículo 8 o del artículo 17. La cuestión de la responsabilidad del Estado cuyo funcionario ha sido sobornado respecto del Estado corruptor no se plantearía casi nunca, pero podría plantearse la de su responsabilidad respecto de un tercero, que se resolvería debidamente con arreglo al artículo 7.

⁶⁰ Véase el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *ICJ Reports 1989*, pág. 15, en especial págs. 52, 62 y 74.

⁶¹ Véase más adelante el artículo 44, apartado b), y su comentario.

Artículo 8

Comportamiento bajo la dirección o el control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección y el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

Comentario

1) Como principio general, el comportamiento de particulares o entidades no es atribuible al Estado en derecho internacional. Sin embargo, puede haber circunstancias en que ese comportamiento es atribuible al Estado porque existe una relación de hecho específica entre la persona o la entidad que observa el comportamiento y el Estado. El artículo 8 versa sobre dos de esos supuestos. El primero se refiere a particulares que actúan por instrucciones del Estado al realizar el comportamiento ilícito. El segundo corresponde a una situación más general: el particular actúa bajo la dirección o el control del Estado⁶². En consideración a la importante función que desempeña el principio de efectividad en derecho internacional, es necesario tener en cuenta en ambos casos la existencia de un vínculo real entre la persona o el grupo que realiza el acto y el aparato del Estado.

2) La atribución al Estado de un comportamiento autorizado efectivamente por él tiene una amplia aceptación en la jurisprudencia internacional⁶³. En estos casos no importa que la persona o las personas que han intervenido sean particulares ni que su comportamiento corresponda a una "actividad pública". Casi siempre se trata de situaciones en las que los órganos del Estado complementan su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como "auxiliares", pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado. Cabe citar, por ejemplo, el caso de personas o grupos de personas que, sin haber sido nombrados expresamente

⁶² Se plantean problemas diferentes cuando un Estado tiene un comportamiento internacionalmente ilícito bajo la dirección o el control de otro Estado: véanse el artículo 17 y su comentario.

⁶³ Véase, por ejemplo, el asunto *Zafiro*, R.I.A.A., vol. VI (1925), pág. 160; el asunto *Stephens*, ibíd., vol. IV (1927), pág. 267; el asunto *Lehigh Valley Railroad Company, and others (U.S.A.) v. Germany (Sabotage Cases)*: incidentes "Black Tom" y "Kingsland", R.I.A.A., vol. VIII (1930), pág. 84; e ibíd., pág. 458.

por el Estado ni formar parte de sus fuerzas de policía ni de sus fuerzas armadas, son empleados como auxiliares o enviados como "voluntarios" a países vecinos, o que realizan determinadas misiones en el extranjero por instrucciones del Estado.

3) La determinación de si el comportamiento ha tenido lugar "bajo la dirección o el control" del Estado plantea problemas más complejos. Este comportamiento sólo será atribuible al Estado si éste dirigió o controló la operación y si el comportamiento denunciado era una parte integrante de esa operación. Este principio no es extensivo al comportamiento relacionado sólo incidental o periféricamente con la operación y que haya escapado a la dirección o al control del Estado.

4) El grado de control que ha de ejercer el Estado para que el comportamiento le sea atribuible fue una de las cuestiones principales en el asunto concerniente a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*⁶⁴. Se trataba de saber si el comportamiento de los *contras* era atribuible a los Estados Unidos de América, de modo que pudiese considerarse que este país era en general responsable de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por los *contras*. La Corte analizó la cuestión basándose en la noción de "control". Por un lado, sostuvo que los Estados Unidos de América eran responsables de la "planificación, dirección y apoyo" que los Estados Unidos de América habían proporcionado a los operativos nicaragüenses⁶⁵. Rechazó, en cambio, la acusación más amplia de Nicaragua de que todo el comportamiento de los *contras* era atribuible a los Estados Unidos de América en razón de su control sobre ellos y llegó a la siguiente conclusión:

"[P]ese a los considerables subsidios y otras formas de asistencia que les proporcionaban los Estados Unidos, no hay pruebas claras de que los Estados Unidos ejercieran realmente en todos los ámbitos un grado de control suficiente para justificar que se considerara que los *contras* actuaban por cuenta de los Estados Unidos... Todas las formas de participación de los Estados Unidos antes mencionadas, e incluso el control general por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese

⁶⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits*, *ICJ Reports 1986*, pág. 14.

⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 51, párr. 86.

Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y el derecho humanitario que denuncia el Estado demandante. Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de los *contras* sin el control de los Estados Unidos. Para que ese comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, debería en principio probarse que ese Estado ejercía un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones."⁶⁶

Así, pues, aunque se consideró responsable a los Estados Unidos de América por su apoyo a los *contras*, sólo en algunos casos particulares se les atribuyeron los propios actos de los *contras* sobre la base de la participación efectiva y de las instrucciones dadas por ese Estado. La Corte confirmó que una situación general de dependencia y apoyo no bastaría para justificar la atribución del comportamiento al Estado.

5) La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia también ha abordado estas cuestiones"⁶⁷. En el asunto *Fiscal c. Tadić*, el Tribunal destacó que:

"En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares. El *grado de control* puede, sin embargo, variar en cada caso según las circunstancias. La Sala de Apelaciones no ve por qué en derecho internacional se debería fijar un límite alto al evaluar el criterio de control cualesquiera que sean las circunstancias."⁶⁸

La Cámara de Apelaciones sostuvo que el grado necesario de control por las autoridades yugoslavas de esas fuerzas armadas que el derecho internacional requiere para considerar internacional el conflicto armado es "un *control general* que vaya más allá de la simple

⁶⁶ *Ibíd.*, págs. 62, 64 y 65, párrs. 109 y 115. Véase también la opinión individual del magistrado Ago, *ibíd.*, pág. 189, párr. 17.

⁶⁷ Asunto IT-94-1, *Prosecutor v. Tadic*, (1999), *I.L.M.*, vol. 38, pág. 1518. En cuanto a la sentencia de la Sala de Primera Instancia (1997), véase *ibíd.*, vol. 112, pág. 1.

⁶⁸ Asunto IT-94-1, *Prosecutor v. Tadic*, (1999), *I.L.M.*, vol. 38, pág. 1518, en la página 1541, párr. 117 (en cursivas en el original).

financiación y armamento de esas fuerzas y que entrañe además una participación en la planificación y la supervisión de las operaciones militares"⁶⁹. En su razonamiento, la mayoría consideró necesario disentir del planteamiento adoptado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Nicaragua*. Pero las cuestiones jurídicas y la situación práctica eran en este caso distintas de las que examinó la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Nicaragua*.

El mandato del Tribunal versa sobre la responsabilidad penal individual, y no la responsabilidad de los Estados, y la cuestión planteada en el asunto del que se trata no concernía a la responsabilidad sino a las normas aplicables de derecho internacional humanitario⁷⁰. Sea como fuere, hay que apreciar en cada caso si el comportamiento ha sido controlado por el Estado en tal medida que deba atribuirse a éste⁷¹.

6) Se plantean cuestiones en relación con el comportamiento de sociedades o empresas de propiedad estatal o bajo control estatal. Si esas sociedades actúan de manera incompatible con las obligaciones internacionales del Estado interesado, cabe preguntarse si este comportamiento es atribuible al Estado. Al examinar esta cuestión es necesario recordar que el derecho internacional reconoce la identidad separada de las personas morales en el ámbito nacional, excepto en los casos en que el "velo societario" es un simple recurso o instrumento para el fraude o la evasión⁷². El hecho de que originalmente el Estado haya creado una sociedad, ya sea por ley especial o de otro modo, no constituye base suficiente para atribuir al Estado el comportamiento

⁶⁹ *Ibíd.*, en la página 1546, párr. 145 (en cursivas en el original).

⁷⁰ Véase la explicación del magistrado Shahabuddeen, *ibíd.*, en las páginas 1614 y 1615.

⁷¹ El problema del grado de control que debe ejercer el Estado para que el comportamiento le sea atribuible también fue examinado, por ejemplo, por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos: *Yeager v. Republic of Iran* (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, en la página 103. Véase también *Staarrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1983) 4 *Iran-U.S.C.T.R.* 122, en la página 143, y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Loizidou v Turkey, Merits, E.C.H.R. Reports*, 1996-VI, pág. 2216, en las páginas 2235 y 2236, párr. 56. Véase asimismo *ibíd.*, en la página 2234, párr. 52, y la resolución dictada sobre las objeciones preliminares: *E.C.H.R., Series A, N° 310 (1995)*, en el párrafo 62.

⁷² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, ICJ Reports 1970*, pág. 3, en la página 39, párrs. 56 a 58.

ulterior de esa entidad⁷³. Dado que las sociedades, aunque sean de propiedad del Estado y en ese sentido estén sujetas a su control, se consideran entidades separadas, a primera vista su comportamiento en el curso de sus actividades no es atribuible al Estado, a menos que ejerzan atribuciones del poder público en el sentido del artículo 5. Esta fue la posición adoptada, por ejemplo, en relación con la expropiación de bienes por una compañía petrolera de propiedad estatal en un caso en que no había pruebas de que el Estado se hubiera valido de su calidad de propietario para encomendar a la compañía que efectuara esa expropiación⁷⁴. Por otra parte, cuando ha habido pruebas de que la sociedad ejercía atribuciones del poder público⁷⁵ o de que el Estado utilizaba su propiedad o su control de la sociedad con el fin específico de obtener un resultado determinado⁷⁶, se ha atribuido al Estado el comportamiento⁷⁷.

7) Es evidente que el Estado puede, dando instrucciones concretas o ejerciendo el control sobre un grupo, asumir de hecho la responsabilidad del comportamiento de éste. En cada caso habrán de considerarse los hechos, en particular los concernientes a la relación entre las instrucciones que se han dado o la dirección o el control ejercidos y el comportamiento específico denunciado. En el texto del artículo 8, los tres términos "instrucciones", "dirección" y "control" son disyuntivos; basta con que se pruebe cualquiera de ellos. Al mismo tiempo, se

⁷³ Por ejemplo, los consejos de trabajadores examinados en *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran*, (1984) 5 *Iran-U.S.C.T.R.* 361; *Otis Elevator v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 14 *Iran-U.S.C.T.R.* 283; *Eastman Kodak Co. v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 153.

⁷⁴ *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Co.* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 23. Véanse también *International Technical Products Corp. v. Islamic Republic of Iran* (1985) 9 *Iran-U.S.C.T.R.* 206; *Flexi-Van Leasing Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 12 *Iran-U.S.C.T.R.* 335, en la página 349.

⁷⁵ *Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran* (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79; *Petrolane Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1991) 27 *Iran-U.S.C.T.R.* 64.

⁷⁶ *Foremost Tehran Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 228; *American Bell International v. Islamic Republic of Iran* (1986) 12 *Iran-U.S.C.T.R.* 170.

⁷⁷ Véase también *Herzberg et. al. v. Finland*, (Comunicación N° R.14/61), (1982), en A/37/40, anexo XIV, párr. 9.1. Véase asimismo *X v. Ireland* (App. 4125/69), (1971) 14 *Yearbook E.C.H.R.* 198; *Young, James and Webster v. United Kingdom*, *E.C.H.R., Series A*, vol. 44 (1981).

especifica que ha de existir una relación entre las instrucciones, la dirección o el control y el comportamiento que presuntamente constituye un hecho internacionalmente ilícito.

8) Cuando un Estado ha autorizado un acto, o éste ha sido ejecutado bajo su dirección o control, pueden surgir dudas acerca de la responsabilidad del Estado en caso de que las acciones realizadas excedan de los límites de la autorización. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si el agente, al ejecutar unas instrucciones o directrices lícitas, realiza alguna actividad que contravenga tanto a las instrucciones o directrices recibidas como a las obligaciones internacionales del Estado que las ha dado. En esos supuestos el problema se puede resolver preguntándose si el comportamiento ilícito o no autorizado fue realmente incidental con respecto al cometido realizado o si representó claramente una extralimitación. En general los Estados, al dar lícitamente instrucciones a personas que no son sus órganos, no asumen el riesgo de que las instrucciones se ejecuten de modo internacionalmente ilícito. En cambio, cuando personas o grupos han cometido actos bajo el control efectivo de un Estado, las condiciones de atribución estarán reunidas aun cuando se haya hecho caso omiso de determinadas instrucciones.

El comportamiento habrá sido observado bajo el control del Estado y será atribuible a éste de conformidad con el artículo 8.

9) En el artículo 8 se emplean las palabras "persona o... grupo de personas" para indicar que el comportamiento a que se refiere el artículo puede ser el de un grupo carente de personalidad jurídica separada que *de facto* actúa colectivamente. Así, un Estado puede autorizar el comportamiento de una entidad jurídica como una sociedad, pero también puede tratar con conjuntos de individuos o grupos que no poseen personalidad jurídica propia pero que, no obstante, actúan colectivamente.

Artículo 9

Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones.

Comentario

1) El artículo 9 versa sobre el supuesto excepcional en que una persona o un grupo de personas ejercen atribuciones del poder público en ausencia de las autoridades oficiales y sin potestad real para ello. El carácter excepcional de las circunstancias previstas en este artículo queda puesto de manifiesto en las palabras "en circunstancias tales que requieren". Tales supuestos se dan muy rara vez, por ejemplo, en caso de revolución, conflicto armado u ocupación extranjera, cuando la autoridad legítima se disuelve, se desagrega, ha sido aniquilada o es por el momento inoperante. También abarcan los casos en que la autoridad legítima está siendo restablecida gradualmente, por ejemplo, después de una ocupación extranjera.

2) El principio en que se funda el artículo 9 obedece en parte a la antigua idea de la insurrección popular, la legítima defensa de los ciudadanos en ausencia de fuerzas regulares⁷⁸: es en realidad una forma de representación por necesidad. En materia de responsabilidad del Estado siguen surgiendo de cuando en cuando casos de esta clase. Así, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos de América consideró que la posición de los "Komitehs" o guardias revolucionarios inmediatamente después de la revolución en la República Islámica del Irán se regía por el principio enunciado en el artículo 9. El asunto *Yeager c. República Islámica del Irán* se refería, entre otras cosas, al hecho de que habían desempeñado funciones de inmigración, aduanas y otras semejantes en el aeropuerto de Teherán inmediatamente después de la revolución. El Tribunal entendió que el comportamiento era atribuible a la República Islámica del Irán porque, si no estaban realmente autorizados por el Gobierno, los Guardias...

"por lo menos ejercían atribuciones del poder público en ausencia de las autoridades oficiales, en operaciones de las que el nuevo Gobierno debía haber tenido conocimiento y a las que no se opuso expresamente."⁷⁹

⁷⁸ La legitimidad de este principio se reconoce en el artículo 2 del Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre: J. R. Scott (ed.), *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: The Conference of 1907* (Nueva York, Oxford University Press, 1920), vol. I, pág. 623; y en el artículo 4, párr. A, apartado 6, del Convenio de Ginebra relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra, de 12 de agosto de 1949, *U.N.T.S.*, vol. 75, pág. 140.

⁷⁹ (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.*92, en la página 104.

- 3) En el artículo 9 se establecen tres condiciones para que el comportamiento sea atribuible al Estado: en primer lugar, el comportamiento debe estar relacionado efectivamente con el ejercicio de atribuciones del poder público; en segundo lugar, el comportamiento debe haber sido observado en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales; y en tercer lugar, las circunstancias deben ser tales que requieran el ejercicio de esas atribuciones.
- 4) En lo que respecta a la primera condición, la persona o el grupo de personas deben estar desempeñando funciones públicas, aunque lo hagan por propia iniciativa. A este respecto, el carácter de la actividad desplegada tiene más importancia que la existencia de un vínculo formal entre los autores y la organización del Estado. Es preciso destacar que los particulares a que se refiere el artículo 9 no son el equivalente de un gobierno *de facto*. Los casos previstos en el artículo 9 presuponen la existencia de un gobierno constituido y un aparato estatal cuyo lugar pasan a ocupar milicias o cuya acción se complementa en ciertos casos. Ello puede suceder en una parte del territorio de un Estado que esté por el momento fuera del control de éste o en otras circunstancias. Un gobierno *de facto*, por otra parte, es realmente un aparato del Estado que ha sustituido al que antes existía. El comportamiento de los órganos de un gobierno de esta índole se rige más bien por el artículo 4 que por el artículo 9⁸⁰.
- 5) En cuanto a la segunda condición, las palabras "en ausencia o en defecto de" tienen por objeto abarcar a la vez la situación de un colapso total del aparato del Estado y los casos en que las autoridades oficiales no ejercen una parte concreta de sus funciones, por ejemplo, en caso de colapso parcial del Estado o cuando éste ha perdido el control de una localidad. Las palabras "ausencia" y "defecto" tratan de cubrir ambos supuestos.
- 6) La tercera condición de atribución a tenor del artículo 9 es que las circunstancias hayan sido tales que requieran el ejercicio de atribuciones del poder público por los particulares. El verbo "requieren" trasmite la idea de que era indispensable cierto ejercicio de las funciones públicas, aunque no necesariamente el comportamiento observado. En otras palabras, las circunstancias que rodean el ejercicio por los particulares de atribuciones del poder público tienen que justificar el intento de desempeñar funciones de policía o de otra índole en ausencia de toda autoridad constituida. Hay, pues, un elemento normativo en la forma de representación

⁸⁰ Véase, por ejemplo, el laudo en el caso *Tinoco*, R.I.A.A., vol. I, pág. 386 (1923).

que implica el artículo 9, que distingue estas situaciones del principio normal según el cual el comportamiento de entidades privadas, incluidas las fuerzas insurrectas, no es atribuible al Estado⁸¹.

Artículo 10

Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado.
2. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio del Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional.
3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9.

Comentario

- 1) El artículo 10 se refiere al caso especial de atribución al Estado del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que posteriormente se convierte en el nuevo gobierno del Estado o que logra crear un nuevo Estado.
- 2) Al principio, el comportamiento de los miembros del movimiento se presenta únicamente como el de unos particulares. Cabe considerarlo en pie de igualdad con el de las personas o grupos que participan en un motín o una manifestación de masas, y al igual que en esos casos no es atribuible al Estado. Cuando un movimiento organizado llega a existir de hecho, será aún menos posible atribuir su comportamiento al Estado, el cual no estará en condiciones de ejercer un control efectivo de sus actividades. El principio general con respecto al comportamiento de esos movimientos, mientras dura su lucha contra la autoridad constituida, es que no es atribuible al Estado según el derecho internacional. En otras palabras, los hechos de los movimientos

⁸¹ Véase, por ejemplo, el asunto *Sambiaggio*, *R.I.A.A.*, vol. X, pág. 512 (1904) y, más adelante, el artículo 10 y el comentario correspondiente.

insurreccionales fracasados no son atribuibles al Estado, a no ser en virtud de algún otro artículo del capítulo II como, por ejemplo, en las circunstancias especiales previstas en el artículo 9.

3) En la jurisprudencia arbitral se halla amplia confirmación de este principio general. Los órganos arbitrales internacionales, incluidas las comisiones mixtas de reclamaciones⁸² y los tribunales arbitrales⁸³, han afirmado de manera uniforme lo que el comisionado Nielsen, en el asunto *Solis*, calificó de "principio bien arraigado de derecho internacional", a saber, que no puede considerarse responsable a un gobierno por los actos cometidos en violación de su autoridad por grupos rebeldes, cuando no es en sí culpable de falta de buena fe o de negligencia en la represión de la insurrección⁸⁴. La práctica diplomática es notablemente concordante en reconocer que el comportamiento de un movimiento insurreccional no puede atribuirse al Estado. Así puede verse, por ejemplo, en los trabajos preparatorios de la Conferencia de Codificación de 1930. De las respuestas dadas por los gobiernos al punto IX del cuestionario enviado por el Comité Preparatorio se desprende claramente que estaban fundamentalmente de acuerdo en reconocer: a) que el comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional no puede atribuirse como tal al Estado ni dar lugar a su responsabilidad internacional; y b) que sólo el comportamiento observado por órganos del Estado en relación con los actos lesivos de los insurgentes podía ser atribuido al Estado y comprometer su responsabilidad internacional en caso de que este mismo comportamiento constituyera la violación de una obligación internacional de ese Estado⁸⁵.

⁸² Por lo que respecta a las decisiones de las distintas comisiones mixtas, véase *Zuloaga and Miramón Governments*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, pág. 2881; *Confederate States*, ibíd., pág. 2886; *Confederate Debt*, ibíd., pág. 2900; *Maximilian Government*, ibíd., pág. 2902, en las páginas 2928 y 2929.

⁸³ Véase, por ejemplo, *British Claims in Spanish Zone of Morocco*, *R.I.A.A.*, vol. II, pág. 615 (1925), en la página 642; *Several British Subjects (Iloilo Claims)*, ibíd., vol. V, pág. 158, en las páginas 159 y 160.

⁸⁴ *R.I.A.A.*, vol. IV, pág. 358 (1928), en la página 361 (que remite al *Home Missionary Society*, ibíd., vol. VI, pág. 42 (1920); *Moore Digest*, vol. VI, pág. 956; vol. VII, pág. 957. Cf. el asunto *Sambiaggio*, *R.I.A.A.*, ibíd., vol. X, pág. 499 (1903), pág. 524.

⁸⁵ Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, vol. III: *Bases of discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee* (Doc. C.75.M.69.1929.V), pág. 108; *Supplement to Volume III: Replies made by the*

4) El principio general de que el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole no es atribuible al Estado se basa en el supuesto de que las estructuras y organización del movimiento son y se mantienen independientes de las del Estado. Así ocurrirá cuando el Estado sofoca con éxito la revuelta. En cambio, cuando el movimiento alcanza sus objetivos y se instala como nuevo gobierno del Estado, o forma un nuevo Estado en parte del territorio del Estado preexistente o en un territorio bajo la administración de éste, sería anómalo que el nuevo régimen o el nuevo Estado pudiera eludir la responsabilidad por su anterior comportamiento. En esas circunstancias excepcionales el artículo 10 dispone que se atribuya al Estado el comportamiento del movimiento insurreccional o de otra índole que acaba con éxito. El fundamento para atribuir al Estado, en derecho internacional, el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que acaba con éxito reside en la continuidad existente entre el movimiento y el gobierno final. Por consiguiente, la palabra "comportamiento" sólo se refiere al del movimiento como tal y no a los hechos individuales de miembros del movimiento que actúan a título personal.

5) Cuando el movimiento insurreccional sustituye como nuevo gobierno al anterior gobierno del Estado, la organización dirigente del movimiento insurreccional se convierte en la organización dirigente de ese Estado. Esa continuidad entre la nueva organización del Estado y la del movimiento insurreccional lleva naturalmente a atribuir al Estado el comportamiento que el movimiento insurreccional haya tenido durante la lucha. En tales casos el Estado no deja de existir como sujeto de derecho internacional. Sigue siendo el mismo Estado a pesar de los cambios, reorganizaciones y adaptaciones que registren sus instituciones. Además, es el único sujeto de derecho internacional al que cabe atribuir responsabilidad. La situación requiere que los actos cometidos durante la lucha por el poder por el aparato del movimiento insurreccional se atribuyan al Estado, junto con los del entonces gobierno establecido.

6) Cuando el movimiento insurreccional o de otra índole consigue establecer un nuevo Estado, ya sea en parte del territorio del Estado preexistente o en un territorio que antes se hallaba bajo la administración de éste, la atribución al nuevo Estado del comportamiento del movimiento insurreccional o de otra índole también está justificada en virtud de la continuidad

entre la organización del movimiento y la organización del Estado a que ha dado origen.

De hecho, la misma entidad que antes tenía las características de un movimiento insurreccional o de otra índole se ha convertido en el gobierno del Estado por cuyo establecimiento luchaba.

El Estado predecesor no será responsable de esos hechos. La única posibilidad es que se pida al nuevo Estado que asuma la responsabilidad de su comportamiento mientras intentaba establecerse, lo que constituye la norma aceptada.

7) El párrafo 1 del artículo 10 abarca la hipótesis de que el movimiento insurreccional haya triunfado y sus estructuras hayan sustituido las del gobierno anterior del Estado. Las palabras "que se convierta en el nuevo gobierno" se emplean para describir esta consecuencia.

Sin embargo, no debería insistirse demasiado en la norma del párrafo 1 en el caso de gobiernos de reconciliación nacional constituidos a raíz de un acuerdo entre las autoridades existentes y los dirigentes de un movimiento insurreccional. No debería hacerse responsable al Estado del comportamiento de un movimiento de oposición violento simplemente porque, en interés de un arreglo de paz general, elementos de la oposición se incorporen a un gobierno reconstituido.

Por consiguiente, el criterio para aplicar el párrafo 1 es que se trate de una continuidad real y sustancial entre el antiguo movimiento insurreccional y el nuevo gobierno que ha conseguido formar.

8) El párrafo 2 del artículo 10 se refiere a la segunda hipótesis, es decir, el supuesto en que las estructuras del movimiento insurreccional u otro movimiento revolucionario se conviertan en las de un nuevo Estado, constituido por secesión o descolonización de parte del territorio que antes estaba sujeto a la soberanía o a la administración del Estado predecesor. La expresión "o en un territorio sujeto a su administración" se incluye para tener en cuenta la diferente condición jurídica de diferentes territorios dependientes.

9) Una definición general de los tipos de grupos que abarca la expresión "movimiento insurreccional", tal como se emplea en el artículo 10, resulta difícil en vista de la gran variedad de formas que pueden tomar en la práctica los movimientos insurreccionales, ya sea que exista una conflictividad interna relativamente limitada, una verdadera situación de guerra civil, una lucha anticolonial, la actuación de un frente de liberación nacional, movimientos revolucionarios o contrarrevolucionarios, etc. Los movimientos insurreccionales pueden tener su base en el territorio del Estado contra el cual se dirigen las actividades del movimiento, o en el territorio de

un tercer Estado. Pese a esta diversidad, el límite señalado para la aplicación del derecho de los conflictos armados en el Protocolo adicional II de 1977 puede servir de pauta⁸⁶. El párrafo 1 del artículo 1 se refiere a "fuerzas armadas disidentes o grupos armados u organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte [del territorio del Estado de que se trate] un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo", y opone esos grupos a "las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos" (párrafo 2 del artículo 1). Esta definición de "fuerzas armadas disidentes" refleja, en el contexto de los Protocolos, la idea fundamental de un "movimiento insurreccional".

10) En comparación con el párrafo 1, el alcance de la norma sobre atribución que se articula en el párrafo 2 se amplía hasta incluir los movimientos "insurreccional(es) o de otra índole". Esta terminología refleja la existencia de una mayor variedad de movimientos cuyas actividades pueden dar por resultado la formación de un nuevo Estado. Sin embargo, estas palabras no llegan a abarcar las actividades de grupos de ciudadanos que aboguen por la secesión o la revolución, cuando se llevan a cabo en el marco del Estado predecesor. Ni tampoco abarca el supuesto en que un movimiento insurreccional en un territorio logra con su revuelta que éste pase a formar parte de otro Estado. Esto es fundamentalmente un caso de sucesión, no comprendido en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, mientras que el artículo 10 se centra en la continuidad del movimiento de que se trate y en el nuevo gobierno o Estado, según el caso, que finalmente se constituye.

11) A efectos del artículo 10 no debe distinguirse entre diferentes categorías de movimientos sobre la base de una "legitimidad" internacional o una ilegalidad con respecto a su establecimiento como gobierno, a pesar de la posible importancia de tales distinciones en otros contextos⁸⁷. Desde el punto de vista de la formulación de normas jurídicas que rijan la responsabilidad de los Estados, no es necesario ni conveniente eximir a un nuevo gobierno o a un

⁸⁶ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 8 de junio de 1977, *U.N.T.S.*, vol. 1125, pág. 609.

⁸⁷ Véase H. Atlam, "International Liberation Movements and International Responsibility", B. Simma and M. Spinedi, *United Nations Codification of State Responsibility* (Nueva York, Oceana, 1987), pág. 35

nuevo Estado de la responsabilidad dimanante del comportamiento de su personal recurriendo a consideraciones de legitimidad o ilegitimidad de origen⁸⁸. Antes bien, es preciso centrarse en el comportamiento concreto de que se trate y en su licitud o ilicitud en virtud de las normas aplicables de derecho internacional.

12) Los laudos arbitrales, junto con la práctica de los Estados y la doctrina, indican que se aceptan en general las dos normas sobre atribución positiva que figuran en el artículo 10. Los laudos arbitrales internacionales, por ejemplo los de las comisiones mixtas establecidas con respecto de Venezuela (1903) y México (1920-30), apoyan la atribución del comportamiento de los insurgentes cuando el movimiento tiene éxito y logra sus objetivos revolucionarios. En el asunto de la reclamación de la *Bolívar Railway Company* este principio se afirma en los siguientes términos:

"El Estado es responsable de las obligaciones de una revolución victoriosa, y ello desde sus comienzos, pues, en teoría, la revolución representa *ab initio* un cambio de la voluntad nacional cristalizado en el resultado final favorable."⁸⁹

La Comisión mixta de reclamaciones Francia/Venezuela, en el laudo dictado en el asunto de la *French Company of Venezuelan Railroads* destacó que el Estado no puede ser considerado responsable de los actos de revolucionarios "a menos que la revolución haya triunfado", pues tales actos dan lugar entonces a la responsabilidad del Estado "de conformidad con las normas reconocidas del derecho público"⁹⁰. En el asunto *Pinson*, la Comisión de reclamaciones Francia/México resolvió que:

⁸⁸ Como señaló la Corte en la opinión consultiva emitida en el asunto de *Namibia*, "[l]a autoridad efectiva sobre un territorio, y no la soberanía o la legitimidad del título, es lo que constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos concernientes a otros Estados": *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Reports 1971, pág. 16, en la página 54.

⁸⁹ R.I.A.A., vol. IX, pág. 445 (1903), en la página 453. Véase también *Puerto Cabello and Valencia Railway Company*, ibíd., pág. 510 (1903), en la página 513.

⁹⁰ R.I.A.A., vol. X, pág. 285 (1902) en la página 354. Véase también el asunto *Dix*, ibíd., vol. IX, pág. 119 (1902).

"[...] si los daños emanan, por ejemplo, de requisas o contribuciones forzosas exigidas [...] por los revolucionarios antes de su triunfo definitivo, o si han sido ocasionados [...] por delitos cometidos por las fuerzas revolucionarias triunfantes, no cabe, en mi opinión, negar la responsabilidad del Estado."⁹¹

13) La posibilidad de considerar que el Estado es responsable del comportamiento de un movimiento insurreccional triunfante se planteó en la solicitud de información enviada a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación de 1930⁹². Basándose en las respuestas recibidas de varios gobiernos, el Comité Preparatorio de la Conferencia redactó la siguiente base de discusión: "El Estado es responsable del daño causado a los extranjeros por un partido insurrecto que ha triunfado y ha pasado a ser el gobierno, en las mismas condiciones en que respondería del daño causado por los actos del gobierno *de jure*, de sus funcionarios o de sus tropas"⁹³. Aunque nunca se debatió esta propuesta, cabe considerar que refleja la norma de atribución tal como se enuncia en el párrafo 2.

14) Las resoluciones y la práctica más recientes no aportan, en conjunto, ninguna razón que permita dudar de las proposiciones enunciadas en el artículo 10. En un caso la Corte Suprema de Namibia fue incluso más lejos al aceptar la responsabilidad por "todo lo que hubiera hecho" el Gobierno sudafricano anterior⁹⁴.

⁹¹ *R.I.A.A.*, vol. V, pág. 327 (1928), en la página 353 (Presidente Verzijl).

⁹² Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, vol. III; *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee* (Doc. C.75.M.69.1929.V), págs. 108 y 116; reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 219, en la página 220.

⁹³ Base de discusión N° 22 c), Sociedad de las Naciones, Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, vol. III; *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee* (Doc. C.75.M.69.1929.V), pág. 118; reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 219, en la página 220.

⁹⁴ Guiada en particular por una disposición de la Constitución, la Corte afirmó que "el nuevo gobierno hereda la responsabilidad de los hechos cometidos por los antiguos órganos del Estado". *Minister of Defence, Namibia v. Mwandighi*, 1992 (2) SA 355, en la página 360; *I.L.R.*, vol. 91, pág. 341, en la página 361. Véase, por otra parte, *44123 Ontario Ltd. v. Crispus Kiyonga*, (1992) 11 Kampala LR 14, en las páginas 20 y 21; *I.L.R.*, vol. 103, pág. 259, en la página 266 (High Court, Uganda).

15) Pueden ocurrir casos excepcionales en que el Estado se encuentre en situación de tomar medidas de vigilancia, prevención o castigo con respecto al comportamiento del movimiento pero que en contra de lo debido no los haya tomado. Esta posibilidad se prevé en el párrafo 3 del artículo 10, que dispone que las normas de atribución de los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse un hecho de ese Estado en virtud de otras disposiciones del capítulo II. Las palabras "cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate" deben entenderse en un sentido amplio. De este modo, el hecho de que un Estado se abstenga de adoptar las medidas a su alcance para proteger los locales de misiones diplomáticas amenazadas de ataque por un movimiento insurreccional resulta claramente atribuible al Estado y esta posibilidad está prevista en el párrafo 3.

16) Otra posibilidad es que el movimiento insurreccional en sí pueda ser tenido por responsable de su propio comportamiento con arreglo al derecho internacional, por ejemplo por una violación del derecho humanitario internacional cometida por sus fuerzas. Sin embargo, el tema de la responsabilidad internacional de los movimientos insurreccionales o de otra índole que fracasan queda fuera del ámbito de aplicación de los presentes artículos, que sólo se ocupan de la responsabilidad de los Estados.

Artículo 11

Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio

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

Comentario

1) Todas las causas de atribución objeto del capítulo II, con excepción del comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole a que se refiere el artículo 10, parten del principio de que la condición de órgano del Estado de la persona o la entidad, o su mandato para actuar en nombre del Estado, existía ya en el momento del supuesto hecho ilícito. El artículo 11, en cambio, prevé la atribución al Estado de un comportamiento que no le era atribuible, o podía no

haberlo sido, en el momento de la comisión del hecho, pero que ulteriormente el Estado reconoce y adopta como propio.

2) En muchos casos el comportamiento que el Estado reconoce y adopta será el de personas o entidades privadas. El principio general, basado en la práctica estatal y en las resoluciones judiciales internacionales, es que el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúan en nombre del Estado no se considera un hecho de ese Estado según el derecho internacional. Esta conclusión sigue siendo válida independientemente de las circunstancias en que actúe la persona privada y de los intereses a que afecta su comportamiento.

3) Esta norma general quedó establecida en el asunto *Tellini* de 1923. El Consejo de la Sociedad de las Naciones sometió a un comité especial de juristas varias cuestiones suscitadas por un incidente entre Italia y Grecia⁹⁵. Se trataba del asesinato en territorio griego del presidente y de varios miembros de una comisión internacional encargada de delimitar la frontera grecoalbanesa. En respuesta a la cuestión quinta, el Comité declaró:

"Un Estado sólo incurre en responsabilidad por un delito político cometido en su territorio contra la persona de extranjeros si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente."⁹⁶

4) Así, al igual que el artículo 10, el artículo 11 se funda en el principio de que el comportamiento puramente privado no se puede como tal atribuir a un Estado, si bien reconoce, "no obstante", que el comportamiento se considerará hecho de ese Estado "en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio". Existen ejemplos de la aplicación de este principio en las resoluciones judiciales y en la práctica de los Estados. Así, en el asunto de los *Faros*, el tribunal arbitral declaró en su laudo que Grecia era responsable de la violación de un acuerdo de concesión celebrado por Creta en una época en que ésta era un territorio autónomo del Imperio Otomano, en parte porque Grecia "la había asumido como si se tratara de un acto ajustado a derecho y... finalmente la había mantenido, incluso

⁹⁵ Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 4º año, Nº 11 (noviembre de 1923), pág. 1349.

⁹⁶ Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 5º año, Nº 4 (abril de 1924), pág. 524. Véase también el asunto *Janes*, *R.I.A.A.*, vol. IV, pág. 82 (1925).

después de adquirir la soberanía territorial sobre la isla..."⁹⁷. En el contexto de la sucesión de Estados, no está claro si el nuevo Estado sucede en la responsabilidad del Estado predecesor con respecto a su territorio⁹⁸. Sin embargo, si el Estado sucesor, frente a un hecho ilícito continuo en su territorio, acepta y mantiene la situación, se podrá fácilmente deducir que asume la responsabilidad de ese hecho.

5) Fuera del contexto de la sucesión de los Estados, el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos de América en Teherán*⁹⁹ es un ejemplo más de la adopción ulterior por el Estado de un comportamiento determinado. En ese asunto, la Corte trazó claramente una distinción entre la situación jurídica existente inmediatamente después de que los militantes se apoderasen de la Embajada de los Estados Unidos y de su personal y la creada por un decreto del Estado iraní en que se aprobaba expresamente y se mantenía esa situación.

Según la Corte:

"La política, anunciada por el Ayatollah Jomeini, de mantener la ocupación de la Embajada y la detención de su personal como rehenes con el propósito de ejercer presión sobre el Gobierno de los Estados Unidos fue aplicada por otras autoridades iraníes y apoyada por ellas repetidamente en declaraciones formuladas en diversas ocasiones. Esa política tuvo por efecto la transformación radical del carácter jurídico de la situación creada por la ocupación de la Embajada y la detención de sus funcionarios diplomáticos y consulares como rehenes. El hecho de que el Ayatollah Jomeini y otros órganos del Estado iraní aprobaran estos hechos y decidieran perpetuarlos convirtió la ocupación de la Embajada y la detención de los rehenes en hechos de ese Estado."¹⁰⁰

En este caso no tenía importancia si la "aprobación" del comportamiento de los militantes tenía simplemente un efecto prospectivo o si hacía que el Estado del Irán fuera responsable de todo el

⁹⁷ *R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 155 (1956), en la página 198.

⁹⁸ La cuestión está comprendida en la cláusula de salvaguardia del artículo 39 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados, de 23 de agosto de 1978, *U.N.T.S.*, vol. 1946, pág. 3.

⁹⁹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980*, pág. 3.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, en la página 35, párr. 74.

proceso de ocupación de la Embajada y detención de su personal *ab initio*. La República Islámica del Irán ya había sido declarada responsable en relación con el período anterior con un fundamento jurídico diferente, a saber, su incapacidad de adoptar medidas suficientes para impedir la ocupación o ponerle fin de inmediato¹⁰¹. En otros casos no existe esa responsabilidad anterior. Cuando el reconocimiento y la adopción del comportamiento como propio se hace de manera inequívoca e incondicional, hay buenas razones para darle efecto retroactivo, cosa que la Corte hizo en el arbitraje de los *Faros*¹⁰². Ello es compatible con la posición definida por el artículo 10 en el caso de los movimientos insurreccionales y permite evitar lagunas en el alcance de la responsabilidad por lo que es, en realidad, un mismo hecho que continúa.

6) En lo que respecta a la práctica de los Estados, la captura y el ulterior enjuiciamiento en Israel de Adolf Eichmann sirve de ejemplo de la subsiguiente adopción por el Estado de un comportamiento privado. El 10 de mayo de 1960, un grupo de israelíes capturó a Eichmann en Buenos Aires donde se le guardó cautivo varias semanas en una vivienda particular antes de llevarlo por avión a Israel. La Argentina acusó luego al Gobierno de Israel de complicidad en la captura de Eichmann, acusación que el Ministro de Relaciones Exteriores de Israel ni confirmó ni desmintió durante el debate habido en el Consejo de Seguridad a este respecto. La Sra. Meir dijo que los autores de la captura de Eichmann eran un "grupo de voluntarios"¹⁰³. En la resolución 138 del Consejo de Seguridad, de 23 de junio de 1960, estaba implícita la conclusión de que el Gobierno de Israel había tenido por lo menos conocimiento del plan, ejecutado con éxito, de capturar a Eichmann en la Argentina y lo había aceptado. Es posible que quienes capturaron a Eichmann hubiesen actuado "de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control" de Israel, y en tal caso era más adecuado atribuir su comportamiento a dicho Estado a tenor del artículo 8. Pero si existen dudas acerca de si cierto comportamiento corresponde al artículo 8, la adopción ulterior por el Estado de dicho comportamiento las disipa.

7) Las palabras "reconozca y adopte ese comportamiento como propio" tienen por objeto distinguir entre los casos de reconocimiento y adopción y los casos de mero apoyo o aprobación

¹⁰¹ *Ibíd.*, en las páginas 31 a 33, párrs. 63 a 68.

¹⁰² *R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 161 (1956), en las páginas 197 y 198.

¹⁰³ *Actas oficiales del Consejo de Seguridad*, 865ª sesión, 22 de junio de 1960, pág. 4.

por terceros¹⁰⁴. En el asunto del *Personal diplomático y consular*, la Corte utilizó expresiones como "aprobación", "apoyo", "la aprobación oficial del Gobierno" y "la decisión de perpetuar [la situación]"¹⁰⁵. Esas expresiones eran suficientes en ese contexto pero, por regla general, el comportamiento no será atribuible a un Estado en virtud del artículo 11 si éste se limita a reconocer la existencia de hecho del comportamiento o expresa verbalmente su aprobación del mismo. En los litigios internacionales, los Estados a menudo adoptan posiciones que equivalen a "aprobación" o "apoyo" del comportamiento en un sentido general, pero ello no significa que se asuma la responsabilidad. El término "adopción" lleva en sí, por otra parte, la idea de que el Estado reconoce el comportamiento como propio. En efecto, siempre que esté clara la intención del Estado de aceptar la responsabilidad por un comportamiento que de otro modo no le sería atribuible, el artículo 11 puede aplicarse a los casos en que un Estado ha aceptado la responsabilidad por un comportamiento que no aprueba, que ha tratado de impedir y que deplora profundamente. Sea cual fuere la forma que revista tal aceptación en el caso de que se trate, las palabras "reconozca y adopte" del artículo 11 dejan bien sentado que es necesario algo más que un reconocimiento general de una situación de hecho, que es preciso más bien que el Estado reconozca ese comportamiento y lo haga suyo.

8) El principio establecido en el artículo 11 rige únicamente la cuestión de la atribución. Cuando un Estado reconoce y adopta un comportamiento, sigue siendo necesario determinar si el comportamiento es internacionalmente ilícito. A los efectos del artículo 11, las obligaciones internacionales del Estado que adopta el comportamiento son el criterio para determinar la ilicitud. El comportamiento puede haber sido lícito en lo que respecta a su autor, o éste puede haber sido un particular cuyo comportamiento en ese caso no se regía por el derecho internacional. De igual modo, el Estado que adopta o reconoce un comportamiento que es lícito en el ámbito de sus propias obligaciones internacionales no asume con ello la responsabilidad de los hechos ilícitos de cualquier otra persona o entidad. Esa asunción de responsabilidad tendría que llegar más lejos y equivaler a una aceptación de reparar por el hecho ilícito de otro.

¹⁰⁴ La cuestión distinta de la ayuda o asistencia prestada por terceros Estados al comportamiento internacionalmente ilícito de otro Estado se aborda en el artículo 16.

¹⁰⁵ *Diplomatic and Consular Staff, ICJ Reports 1980*, pág. 3.

9) La expresión "en el caso y en la medida en que" tiene por objeto expresar diversas ideas. En primer lugar, el comportamiento, en particular, de personas, grupos o entidades privados, no es atribuible al Estado a menos que tenga cabida en algún otro artículo del capítulo II o a menos que haya sido reconocido y adoptado como propio por el Estado. En segundo lugar, el Estado puede reconocer y adoptar un comportamiento sólo en cierta medida. Dicho de otro modo, el Estado puede optar por reconocer y adoptar sólo en parte el comportamiento de que se trata. En tercer lugar, el acto de reconocimiento y adopción, manifestado de palabra o de obra, ha de ser claro e inequívoco.

10) Las condiciones del reconocimiento y la adopción son acumulativas, como indica la conjunción "y". El orden en que figuran las dos condiciones indica la secuencia normal de los acontecimientos en los casos en que se invoca el artículo 11. El reconocimiento y la adopción del comportamiento por un Estado pueden ser expresos (por ejemplo, en el asunto del *Personal diplomático y consular*), o se pueden deducir del comportamiento del Estado.
