



Asamblea General

Distr. general
30 de abril de 2010
Español
Original: inglés

Sexagésimo quinto período de sesiones

Tema 77 de la lista preliminar*

Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

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

Informe del Secretario General

Índice

	<i>Página</i>
Abreviaturas	4
I. Introducción	5
II. Extractos de las decisiones que hacen referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos	6
Observaciones generales	6
Primera parte	
El hecho internacionalmente ilícito del Estado	7
Capítulo I	
Principios generales	7
Artículo 2	
Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado	7
Capítulo II	
Atribución de un comportamiento al Estado	8
Artículo 4	
Comportamiento de los órganos del Estado	8

* A/65/50.



Artículo 5	
Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público	9
Capítulo III	
Violación de una obligación internacional	9
Artículo 13	
Obligación internacional en vigencia respecto del Estado	9
Artículo 14	
Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional	10
Capítulo V	
Circunstancias que excluyen la ilicitud	11
Comentarios generales	11
Artículo 22	
Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito	11
Artículo 23	
Fuerza mayor	12
Artículo 25	
Estado de necesidad	13
Artículo 27	
Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud	15
Segunda parte	
Contenido de la responsabilidad internacional del Estado	15
Capítulo I	
Principios generales	15
Artículo 31	
Reparación	15
Artículo 33	
Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte	17
Capítulo II	
Reparación del perjuicio	18
Artículo 34	
Formas de reparación	18
Artículo 35	
Restitución	19
Artículo 36	
Indemnización	19
Capítulo III	
Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general	22
Tercera parte	
Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado	22

Capítulo II	
Contramedidas	22
Artículo 49	
Objeto y límites de las contramedidas	22
Artículo 50	
Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas	25
Artículo 51	
Proporcionalidad	26
Artículo 52	
Condiciones del recurso a las contramedidas	27
Artículo 53	
Terminación de las contramedidas	27
Cuarta parte	
Disposiciones generales	28
Artículo 55	
<i>Lex specialis</i>	28
Artículo 56	
Cuestiones de responsabilidad del Estado no reguladas en los presentes artículos ...	29

Abreviaturas

CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Convenio del CIADI	Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
OMC	Organización Mundial del Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte

I. Introducción

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

2. El Secretario General, en cumplimiento de lo solicitado por la Asamblea General en su resolución 59/35, de 2 de diciembre de 2004, preparó una compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos sobre la responsabilidad del Estado¹.

3. En su resolución 62/61, de 6 de diciembre de 2007, la Asamblea General señaló nuevamente a la atención de los gobiernos los artículos sobre la responsabilidad del Estado, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de la adopción de otro tipo de medida, según correspondiera. La Asamblea solicitó al Secretario General, que actualizara la compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos y que invitara a los gobiernos a presentar información sobre su práctica a ese respecto y le solicitó además que presentara esos textos con suficiente antelación a su sexagésimo quinto período de sesiones.

4. El Secretario General, mediante una nota verbal de fecha 6 de marzo de 2009, invitó a los gobiernos a presentar, a más tardar el 1 de febrero de 2010, información sobre las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos para que fueran incluidas en una compilación actualizada. Los siguientes países presentaron información al respecto: Alemania (18 de enero de 2010), México (5 de febrero de 2010) y la República Checa (28 de enero de 2010).

5. En la presente compilación se incluye un análisis de las decisiones recaídas en causas en que se hizo referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado, dictadas en el período comprendido entre el 1 de febrero de 2007² y el 31 de enero de 2010³. Se hizo referencia a dichos artículos en distintas decisiones de la Corte Internacional de Justicia, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), tribunales de arbitraje internacionales; grupos especiales creados con arreglo al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la OMC, el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte de Justicia del Caribe.

6. La presente compilación, que complementa la realizada anteriormente por la Secretaría, reproduce los extractos de las decisiones adoptadas por las cortes, tribunales u órganos internacionales que hacen referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado siguiendo la estructura y el orden numérico de cada uno

¹ A/62/62 y Corr.1 y Add.1.

² La presente compilación contiene algunas decisiones adoptadas con anterioridad a 2007, que no fueron incluidas en documentos anteriores.

³ En el informe se incluye un fallo de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010. Véase la nota 53 *infra*.

de ellos. Bajo el encabezamiento de cada artículo, las decisiones aparecen por orden cronológico.

7. Desde que se publicó la primera compilación se han dado 25 nuevos casos en que cortes, tribunales y otros órganos internacionales han hecho referencia en sus decisiones a los artículos sobre la responsabilidad del Estado y sus comentarios. Dado el número y la extensión de esas decisiones, la compilación incluye solo los extractos pertinentes en los que se hace referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado, junto con una breve descripción del contexto en que fueron citados.

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

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

Observaciones generales

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI))

9. En su laudo de 2007, el tribunal constituido para conocer del caso *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredient Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* hizo el siguiente análisis de la situación de los artículos sobre la responsabilidad del Estado:

“El Tribunal reconoce el hecho de que el proyecto de artículos de la CDI es el resultado de más de cinco décadas de trabajo por parte de la CDI. En parte representa ‘el desarrollo progresivo’ del derecho internacional —de conformidad con su mandato de las Naciones Unidas— y constituye en gran medida una nueva enunciación del derecho internacional consuetudinario con respecto a los principios secundarios de la responsabilidad del Estado”⁴.

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

10. En su decisión sobre responsabilidad de 2008, el Tribunal constituido para conocer del caso *Corn Products International Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* señaló que “se admit[ía]” que los artículos sobre responsabilidad del Estado

⁴ CIADI, *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso núm. ARB (AF)/04/05, laudo de 21 de noviembre de 2007, párr. 116.

constituían “el enunciado más autorizado” relativo a las normas sobre responsabilidad del Estado⁵.

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio CIADI)

11. El tribunal que conoció del caso *Biwater Gauff (Tanzania Ltd.) c. República Unida de Tanzania*, de 2008, consideró que los artículos constituían una codificación de las normas de derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁶.

Primera parte

El hecho internacionalmente ilícito del Estado

Capítulo I

Principios generales

Artículo 2

Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el TLCAN y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

12. En su laudo de 2006, el tribunal de arbitraje constituido para conocer del caso *Fireman's Fund Insurance Company c. los Estados Unidos Mexicanos*, en el primer caso resuelto de conformidad con el capítulo XIV del TLCAN relativo a las inversiones transnacionales en servicios financieros, examinó el sentido dado al término “expropiación” en el artículo 1110, párrafo 1, del TLCAN. Tras examinar decisiones anteriores y el “derecho internacional consuetudinario en general”, el tribunal señaló una serie de elementos, entre ellos, que la expropiación requiere la toma (que puede incluir la destrucción) por parte de una autoridad de tipo gubernamental de una inversión realizada por un inversionista cubierto por el TLCAN. En una nota de pie de página en que se cita el artículo 2 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, el tribunal agregó que

“la omisión por parte de un Estado receptor podrá también constituir una medida del Estado, equivalente a una expropiación, en circunstancias particulares, aún y cuando dichos casos sean pocos y rara vez traten únicamente respecto de la omisión”⁷.

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

13. En su laudo de 2007, el tribunal constituido para conocer del caso *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados*

⁵ CIADI, *Corn Products International Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso núm. ARB (AF)/04/01, decisión sobre responsabilidad de 15 de enero de 2008, párr. 76.

⁶ CIADI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, caso núm. ARB/05/22, laudo de 24 de julio de 2008, párrs. 773 y 774.

⁷ CIADI, *Fireman's Fund Insurance Company c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso núm. ARB(AF)/02/01, laudo de 17 de julio de 2006, párr. 176 a), nota 155.

Unidos Mexicanos consideró que el artículo 2 consagraba una norma aplicable en virtud del derecho internacional consuetudinario⁸.

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio CIADI)

14. En su laudo de 2008, el tribunal constituido para conocer del caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. la República Unida de Tanzania*, examinó la cuestión de si era necesario que se produjera una pérdida o daño económico real para incoar una demanda alegando que se había producido una expropiación. El tribunal sostuvo que no era necesario que el inversor hubiera sufrido una pérdida económica sustantiva y cuantificable para que se concluyera que se había producido una expropiación con arreglo al tratado bilateral de inversiones en cuestión, pero que cuando se hubiera producido una situación de interferencia sustancial en los derechos de un inversor, de un modo que fuera equiparable a una expropiación, podría haber lugar a un recurso de carácter no indemnizatorio por la expropiación (por ejemplo, una reparación en forma de desagravio, declaración o restitución). En la argumentación en apoyo de su conclusión, el tribunal se refirió al comentario que hizo la Comisión al artículo 2 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, en que la Comisión sostuvo que:

“A veces se afirma que no hay responsabilidad internacional por el comportamiento de un Estado que incumple sus obligaciones mientras no se dé algún elemento adicional, en particular el ‘daño’ a otro Estado. Ahora bien, la exigencia de elementos de ese tipo depende del contenido de la obligación primaria, y no existe ninguna regla general al respecto”⁹.

Capítulo II

Atribución de un comportamiento al Estado

Artículo 4

Comportamiento de los órganos del Estado

Grupos especiales de la OMC

15. En su informe de 2007, el Grupo Especial constituido para conocer del asunto *Brasil–Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, citó, en una nota de pie de página, el artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, en apoyo de su conclusión de que las resoluciones judiciales del Brasil no lo exoneran de su obligación de cumplir las prescripciones del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994¹⁰.

Órgano de Apelación de la OMC

16. En su informe de 2009 sobre el asunto *Estados Unidos–Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción*, el Órgano de Apelación de la OMC hizo referencia al artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado en apoyo de su opinión de que:

⁸ *Archer Daniels Midland Company*, citado en la nota 4 *supra*, párr. 275.

⁹ *Biwater Gauff*, citado en la nota 6 *supra*, párr. 466, donde se hace referencia al párrafo 9 del comentario del artículo 2.

¹⁰ Grupo Especial de la OMC, *Brasil–Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/R, 12 de junio de 2007, párr. 7.305, nota 1480.

“con independencia de que un acto se defina como ‘administrativo’ (‘ministerial’) o de otro modo en la legislación estadounidense, y con independencia de cualesquiera facultades discrecionales que la autoridad que imparte esas instrucciones o efectúa esa acción pueda tener, los Estados Unidos, como Miembro de la OMC, son responsables de esos actos de conformidad con los acuerdos abarcados y con el derecho internacional.”¹¹

Artículo 5

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

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio CIADI)

17. El tribunal de arbitraje que conoció del caso *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* examinó la impugnación de su competencia, que había instado el demandado basándose en que las medidas adoptadas por la entidad nacional que se analizaba en el caso no podían atribuirse a Egipto, a pesar de que el Gobierno egipcio era el único propietario de dicha entidad. Aunque el tribunal se declaró competente por otras razones, analizó la impugnación del demandado y concluyó que la parte actora había demostrado de forma convincente que esa entidad se encontraba bajo el estricto control del Estado. En su argumentación, el tribunal hizo referencia al comentario del artículo 5 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, al reconocer que “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 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”¹². En cualquier caso, el tribunal sostuvo que la entidad nacional era un agente activo en la privatización de la industria del turismo y que actuaba en nombre del Gobierno egipcio, y recordó el artículo 5 (que citó en su totalidad), para afirmar a continuación que aunque la entidad nacional no estuviera oficialmente facultada para ejercer funciones gubernamentales, sus acciones en el marco del proceso de privatización eran atribuibles al Estado egipcio¹³.

Capítulo III

Violación de una obligación internacional

Artículo 13

Obligación internacional en vigencia respecto del Estado

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

18. En el asunto *Šilih c. Eslovenia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo referencia al proyecto de artículo 13 de los artículos sobre la responsabilidad

¹¹ Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos–Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción, recurso del Japón al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, asunto num. AB-2009-2, Informe del Órgano de Apelación de 18 de agosto de 2009, párr. 183 y nota 466.

¹² Párrafo 3 del comentario del artículo 5.

¹³ CIADI, *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, caso núm. ARB 05/19, decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 17 de octubre de 2006, párrs. 92 y 93.

del Estado como parte “del derecho y la práctica internacional pertinentes” al examinar la competencia *ratione temporis* del tribunal¹⁴.

Artículo 14

Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

19. En el asunto *Šilih c. Eslovenia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo referencia al proyecto de artículo 14 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado como parte del “derecho y la práctica internacional pertinentes” al examinar la competencia *ratione temporis* del tribunal¹⁵.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

20. En el asunto *Varnava y otros c. Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al conocer de la presunta desaparición de personas ocurrida 15 años antes de que se iniciara el caso, tuvo que examinar si correspondía aplicar el plazo de seis meses para interponer la demanda que establece el Convenio en relación con una presunta violación de derechos que seguía ocurriendo. El Tribunal sostuvo que no podían equipararse todas las situaciones, que la naturaleza de las cosas podía ser tal que el paso del tiempo afectara los intereses comprometidos, pero que, en lo que se refería a la desaparición de personas, los demandantes no podían esperar indefinidamente antes de interponer una demanda en Estrasburgo. Debían demostrar cierta diligencia e iniciativa y presentar sus demandas sin incurrir en demoras indebidas¹⁶. Sin embargo, el Tribunal sostuvo a continuación que los demandantes habían actuado, en las circunstancias especiales del caso, con una premura razonable a los fines del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁷.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

21. En 2009, en el caso *Radilla Pacheco vs. los Estados Unidos Mexicanos*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos invocó el artículo 14, párrafo 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado (que citó en el texto) en lo referente a la distinción entre los actos instantáneos y los actos de carácter continuo o permanente¹⁸.

¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Šilih c. Eslovenia*, demanda núm. 71463/01, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 107.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 108.

¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Varnava and Others v. Turkey*, demandas núms. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párr. 161.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 170.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Radilla Pacheco vs. los Estados Unidos Mexicanos*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 22.

Capítulo V

Circunstancias que excluyen la ilicitud

Comentarios generales

Tribunal de arbitraje internacional (constituido con arreglo al Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982)

22. En su laudo de 2007 sobre el caso *Guyana c. Suriname*, relativo a la demarcación de los límites marítimos entre los dos Estados, el tribunal de arbitraje constituido para conocer del caso examinó alegaciones de Suriname en las que este país se oponía a la admisibilidad del procedimiento invocando la falta de buena fe y el incumplimiento de la doctrina de las manos limpias. El tribunal desestimó esas alegaciones fundándose en que no existía una definición generalmente aceptada de la doctrina de las manos limpias en derecho internacional y señaló que en los comentarios al proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado se reconocía que dicha doctrina se había invocado de distintas maneras, aunque rara vez se había aplicado¹⁹.

Artículo 22

Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

23. En su laudo de 2007, el tribunal constituido para conocer del caso *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* citó el artículo 22 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado en apoyo de la siguiente posición

“Las contramedidas pueden constituir una defensa válida contra un incumplimiento del Capítulo XI [del TLCAN] en la medida en que el Estado demandado pruebe que la medida en cuestión cumple con todas las condiciones exigidas por el derecho internacional consuetudinario, según resulten aplicables a los hechos del caso.”²⁰

El tribunal declaró además que

“[tomaba] como fuente de autoridad en materia de derecho internacional consuetudinario sobre contramedidas la posición de la Corte Internacional de Justicia [en la causa *Gabčíkovo-Nagymaros*] confirmada por [los artículos 22 y 49 d]el proyecto de artículos de la CDI.”²¹

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el TLCAN y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

24. En su decisión sobre responsabilidad de 2008, el tribunal constituido para conocer del caso *Corn Products International Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* sostuvo que las decisiones adoptadas contra México por el Grupo Especial y el

¹⁹ *In the matter of an Arbitration Between Guyana and Suriname*, laudo de 17 de septiembre de 2007, párr. 418 (se omite la nota), en referencia al párrafo 9 del comentario general de la primera parte, capítulo V (“Circunstancias que excluyen la ilicitud”).

²⁰ *Archer Daniels Midland Company*, citado en la nota 4 *supra*, párr. 121.

²¹ *Ibid.*, párr. 125.

Órgano de Apelación de la OMC no impedían a ese país formular una defensa basada en la doctrina de las contramedidas legítimas en el caso objeto de examen, que se refería a presuntos incumplimientos de obligaciones que le incumbían en virtud del TLCAN. El tribunal explicó que

“el hecho de que el impuesto violara las obligaciones que imponía a México el GATT [no podía] entenderse en el sentido de que constituyera una contramedida cuyo efecto fuera excluir la ilicitud en el marco del TLCAN. Una de las características de las contramedidas es que pueden excluir esa ilicitud en relación con una obligación del Estado que las adopta, sin por ello afectar a otras obligaciones de ese Estado. Así surge claramente del texto del artículo 50 de los artículos de la CDI sobre responsabilidad del Estado [que parece] considerar la posibilidad de que una medida contraria a alguna de esas [obligaciones a las que se refiere el artículo 50, párrafo 1,] implique, de parte del Estado que la adopte, el incumplimiento de *esa* obligación, pero que de todos modos puede excluir la ilicitud en relación con otra obligación del Estado, no comprendida en lo dispuesto por los párrafos a) a d).”²²

Sin embargo, el tribunal sostuvo a continuación que, dado que el TLCAN confería a los inversionistas derechos sustantivos independientes y claramente distintos de los del Estado del que son nacionales, una contramedida ostensiblemente adoptada contra los Estados Unidos no podía privar a los inversionistas de sus derechos y, por lo tanto, no podía plantearse como una circunstancia que excluyera la ilicitud en relación con la violación de los derechos del inversionista²³. El tribunal también afirmó que la defensa basada en la doctrina de las contramedidas legítimas no podía aceptarse porque el demandado no había podido demostrar que los Estados Unidos hubieran incurrido en una violación anterior del derecho internacional en respuesta a la cual el demandado adoptaba la contramedida. Dado que los Estados Unidos no eran parte en el procedimiento, el tribunal sostuvo que no era competente para decidir sobre esa alegación²⁴.

Artículo 23

Fuerza mayor

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio CIADI)

25. En su laudo de 2007, el tribunal de arbitraje constituido para conocer del caso *Sempra Energy International c. la República Argentina*, que se planteó a raíz del tratado bilateral de inversiones de 1991 celebrado entre los Estados Unidos y la Argentina, debió examinar una reclamación que tenía su origen en las modificaciones al marco que regulaba las inversiones privadas tras la crisis económica que experimentó la Argentina a fines de la década de 1990. El demandado invocó ante el tribunal, entre otros argumentos, que “la teoría de la imprevisión se ha incorporado al derecho argentino”, a lo que el tribunal respondió lo siguiente:

“En la medida en que la teoría de la imprevisión se exprese en el concepto de fuerza mayor, este otro concepto exige que, de acuerdo con el artículo 23 de los artículos sobre responsabilidad de los Estados, la situación entrañe el

²² *Corn Products International Inc.*, citado en la nota 5 *supra*, párr. 158, en cursiva en el original.

²³ *Ibid.*, párrs. 167 y 176. Véase el artículo 49 *infra*.

²⁴ *Ibid.*, párrs. 182 a 189. Véase el artículo 49 *infra*.

acaecimiento de una fuerza irresistible, fuera del control del Estado, que haga sustancialmente imposible en las circunstancias cumplir con la obligación. En el comentario a este artículo, se afirma que la ‘fuerza mayor no incluye las circunstancias en las que el cumplimiento de una obligación se ha tornado más difícil, por ejemplo debido a alguna crisis política o económica’.”²⁵

Artículo 25
Estado de necesidad²⁶

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio CIADI)

26. En su laudo de 2007, el tribunal de arbitraje constituido para conocer del caso *Sempra Energy International c. la República Argentina* examinó la alegación del demandado de que había existido un estado de necesidad. Al analizar las afirmaciones de las partes sobre si el artículo 25 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado constituía una norma de derecho consuetudinario, el tribunal señaló que

“compart[ía] el entendimiento de que el artículo 25 de los artículos sobre responsabilidad de los Estados refleja el derecho internacional consuetudinario en la materia. Ello no significa que los artículos sean un tratado, ni siquiera que formen parte por sí del derecho consuetudinario. Son simplemente la expresión experta y sistemática del derecho en materia de estado de necesidad según se ha desarrollado por las cortes, los tribunales y otras fuentes durante un período prolongado.

[...]

345. Tampoco hay desacuerdo acerca del hecho de que el estado de necesidad es un recurso muy excepcional, que está sujeto a condiciones muy estrictas porque de otro modo abriría la puerta para que los Estados eludieran el cumplimiento de cualquier obligación internacional. De ahí que el artículo 25 comience con la advertencia de que ningún Estado ‘puede invocar’ el estado de necesidad a menos que se reúnan esas condiciones [...]”²⁷

Al aplicar el artículo 25, el tribunal sostuvo que la crisis económica que la Argentina había experimentado en los últimos años de la década de 1990 había sido grave; sin embargo no consideró convincente el argumento de que dicha situación había comprometido la existencia misma del Estado y su independencia, por lo que podía

²⁵ CIADI, *Sempra Energy International c. la República Argentina*, caso núm. ARB/02/16, laudo de 28 de septiembre de 2007, párr. 246.

²⁶ Una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal Especial para Sierra Leona, en la causa *Prosecutor vs. Fofana and Kondewa (CDF case)*, causa núm. SCSL-04-14-T, en una sentencia dictada el 2 de agosto de 2007, hizo una alusión indirecta en el párrafo 84 a la disposición predecesora del proyecto de artículo 25 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001 (es decir, el proyecto de artículo 33, en la versión aprobada en la primera lectura) al referirse al fallo de 1997 de la Corte Internacional de Justicia recaído en la *Causa relativa al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* en el sentido de que confirmaba claramente la opinión de que el estado de necesidad era un motivo reconocido por el derecho internacional consuetudinario para excluir la responsabilidad internacional por hechos ilícitos. Como señaló el Secretario General en su informe de 2007, en esa causa la Corte Internacional de Justicia citó *in extenso* la labor de la Comisión de Derecho Internacional en su análisis del estado de necesidad invocado como defensa (véase A/62/62, párr. 92).

²⁷ *Sempra Energy International*, citada en la nota 25 *supra*, párrs. 344 y 345.

calificarse de situación que afectaba un interés esencial del Estado²⁸. Además, el tribunal hizo referencia a la condición establecida en el artículo 25 según la cual el Estado no puede invocar la necesidad si él ha contribuido a la situación que da origen al estado de necesidad, que, en opinión de dicho órgano, era meramente “la expresión de un principio general del derecho concebido para evitar que una parte pueda aprovecharse jurídicamente de su propia falta”²⁹. En su análisis de los hechos, el tribunal sostuvo que había habido una contribución considerable del Estado a la situación que había dado lugar al estado de necesidad y que, por consiguiente, no podía argumentarse que todo el peso recayera en factores externos³⁰. Por último, el tribunal recordó la decisión adoptada en la causa *Gabčíkovo-Nagymaros*³¹ en que la Corte Internacional de Justicia, con referencia a la labor de la Comisión de Derecho Internacional, sostuvo que las condiciones previstas en la disposición predecesora al artículo 25 debían satisfacerse acumulativamente. Dado que ello no era lo que había ocurrido en este caso según los hechos expuestos, el tribunal concluyó que “los requisitos necesarios para determinar la existencia del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario no ha[bían] sido cumplidos en su totalidad”³². El tribunal examinó además la interrelación que existía entre los artículos sobre la responsabilidad del Estado, que eran disposiciones secundarias, y el tratado bilateral celebrado entre las partes al analizar la invocación por el demandado del estado de necesidad sobre la base del artículo XI del tratado, que prevé que cualquiera de las partes puede adoptar medidas para “la protección de propios intereses esenciales de seguridad”. Al analizar lo que debía entenderse por “intereses esenciales de seguridad”, el tribunal explicó que “los requisitos del estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario, como han sido esbozados [...] en relación con su expresión en el artículo 25 de los artículos sobre responsabilidad de los Estados, se hacen relevantes al efecto de determinar si se han reunido las condiciones necesarias para su invocación en virtud del tratado. El caso podría haber sido diferente si el tratado hubiera definido este concepto y las condiciones para su ejercicio, pero este no fue el caso”³³. Además, el tribunal confirmó que no “cree [...] que porque el artículo XI no hizo referencia expresa al derecho consuetudinario, esta fuente de derechos y obligaciones no será aplicable. El derecho internacional no es un cuerpo jurídico fragmentado en lo que se refiere a principios básicos y la necesidad es sin duda alguna uno de dichos principios básicos”³⁴. El tribunal, al decidir que la crisis invocada no cumplía con los requisitos de derecho consuetudinario previstos en el artículo 25, concluyó también que no había necesidad de realizar un examen judicial adicional en virtud del artículo XI habida cuenta de que ese artículo no preveía al respecto condiciones distintas de las del derecho consuetudinario³⁵.

²⁸ *Ibid.*, párr. 348.

²⁹ *Ibid.*, párr. 353.

³⁰ *Ibid.*, párr. 354.

³¹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 7.

³² *Sempra Energy International*, citado en la nota 25 *supra*, párr. 355.

³³ *Ibid.*, párr. 375.

³⁴ *Ibid.*, párr. 378.

³⁵ *Ibid.*, párr. 388.

Artículo 27**Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud**

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio del CIADI)

27. En su laudo de 2007, el tribunal de arbitraje constituido para conocer del caso *Sempra Energy International c. la República Argentina* señaló que las partes no discrepaban acerca del requisito de la temporalidad establecido en el apartado a) del artículo 27, aunque “la constante prórroga de la emergencia [...] no parec[ía] poder reconciliarse fácilmente con el requisito de la temporalidad”. A su vez ello daba lugar a “incertidumbre en cuanto a cuáles serán las consecuencias jurídicas del término de la vigencia de la Ley de emergencia”³⁶, que se relacionaba con la aplicación del apartado b) del artículo 27. En cuanto a la interpretación del apartado b) propuesta por el demandado en el sentido de que el artículo 27 solo exigiría el pago de indemnización por los daños y perjuicios que surgieran una vez terminada la emergencia, y no por aquellos que tuvieran lugar durante el período de emergencia, el tribunal sostuvo lo siguiente:

“Si bien [el artículo 27] no especifica las circunstancias en las que debe pagarse dicha indemnización debido a la diversidad de hipótesis posibles, también se ha considerado que ésta es una materia que debe acordarse con la parte afectada. El artículo no excluye por consiguiente la posibilidad de un eventual pago de indemnización por hechos anteriores. Los Acuerdos alcanzados en 2007 entre la demandada y las licenciatarias parecerían confirmar esta interpretación [...]”³⁷

Segunda parte**Contenido de la responsabilidad internacional del Estado****Capítulo I****Principios generales****Artículo 31****Reparación**

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio del CIADI)

28. El tribunal de arbitraje constituido para conocer del caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. la República Argentina*, tras haber concluido previamente que la Argentina había incumplido sus obligaciones derivadas del tratado bilateral de inversiones entre los Estados Unidos y la República Argentina de 1991³⁸, procedió a examinar en su laudo de 2007 el tipo de reparación aplicable. El tribunal afirmó que estaba de acuerdo con las demandantes

³⁶ *Ibid.*, párr. 392.

³⁷ *Ibid.*, párr. 394 (se omite la nota).

³⁸ Véase CIADI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. la República Argentina*, caso núm. ARB/02/1, decisión sobre responsabilidad de 3 de octubre de 2006 (analizada en el documento A/62/62, párr. 96).

en que “el parámetro apropiado según el derecho internacional es la indemnización ‘integral’, según surge de lo dispuesto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Factory at Chorzów* y codificado en el artículo 31 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional”³⁹.

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

29. En su laudo de 2007, el tribunal constituido para conocer del caso *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* consideró que el artículo 31 contenía una norma aplicable conforme al derecho internacional consuetudinario⁴⁰.

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio del CIADI)

30. En su laudo de 2008, el tribunal que conoció del caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. la República Unida de Tanzania* citó la definición del término “perjuicio” contemplada en el artículo 31, párrafo 2 (“[...] todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”) para respaldar su afirmación de que solamente existirá derecho a indemnización por cualquier violación del tratado sobre inversiones entre el Reino Unido y la República Unida de Tanzania, ya sea en el contexto de una expropiación ilícita o por la infracción de cualquier otra disposición del tratado, cuando exista un vínculo causal suficiente entre la infracción efectiva y la pérdida sufrida⁴¹. A continuación, el tribunal procedió a citar *in extenso* extractos del comentario del artículo 31, en los que se describe el vínculo que debe existir entre el hecho ilícito y el perjuicio para que surja la obligación de reparación (en este caso, en forma de indemnización)⁴², y concluyó que para que sea estimada su reclamación de indemnización, el demandante tiene que demostrar que se redujo o desapareció el valor de su inversión y que los hechos que denuncia fueron la *causa real e inmediata* de dicha reducción o desaparición del valor⁴³. El tribunal también aprovechó la ocasión para referirse a la definición de “perjuicio” del párrafo 2 para respaldar su opinión de que es insuficiente afirmar que simplemente porque se haya producido una “expropiación” o una conducta injusta o inicua tiene que haberse causado necesariamente un “perjuicio” que sirva de fundamento para una reclamación de indemnización. La cuestión de si un hecho ilícito concreto realizado por el demandado ha “causado un perjuicio” que puede servir de base para ese tipo de reclamación debe ser analizada teniendo en cuenta el “perjuicio” concreto con respecto al cual realmente reclama daños el demandante⁴⁴.

³⁹ Ibid., laudo de 25 de julio de 2007, párr. 31.

⁴⁰ *Archer Daniels Midland Company*, citado en la nota 4 *supra*, laudo de 21 de noviembre de 2007, párr. 275.

⁴¹ *Biwater Gauff*, citado en la nota 6 *supra*, párrs. 779 y 783.

⁴² Ibid., párr. 785, donde se citan extractos del párrafo 10 del comentario del artículo 31.

⁴³ Ibid., párr. 787, sin cursiva en el original.

⁴⁴ Ibid., párr. 804 y nota 369 (se omiten las notas), en cursiva en el original.

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio del CIADI)

31. En su laudo de 2008, el tribunal constituido para conocer del caso *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. la República del Ecuador* se remitió al artículo 31, que, en su opinión, “codificó” el principio de una indemnización “integral”, tal y como había establecido previamente la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa *Fábrica de Chorzów*⁴⁵. El tribunal no veía “razón alguna por la cual no [hubiera] de aplicarse esa disposición, por analogía, a un arbitraje entre un inversionista y el Estado”⁴⁶.

Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía

32. En sus laudos definitivos de 2009 sobre las *Reclamaciones por daños de Etiopía* y las *Reclamaciones por daños de Eritrea*, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía recordó que una versión anterior de los artículos sobre la responsabilidad del Estado había incluido la precisión de que “en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”, que también se contenía en el artículo 1, párrafo 2, de los dos Pactos de Derechos Humanos⁴⁷. Asimismo, dicha Comisión de Reclamaciones observó que el principio establecido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa *Fábrica de Chorzów*, según el cual la finalidad de la indemnización que debe pagar el Estado responsable es “eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si no se hubiese cometido ese acto”, se contenía en el artículo 31 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado⁴⁸.

Artículo 33

Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

33. En su laudo de 2007, el tribunal constituido para conocer del caso *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, tras haber afirmado que el capítulo XI del TLCAN tiene carácter

⁴⁵ *Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, 1928, CPJI, Serie A, núm. 17, pág. 21.

⁴⁶ CIADI, *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. la República del Ecuador*, caso núm. ARB/04/19, laudo de 18 de agosto de 2008, párr. 468.

⁴⁷ Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Ethiopia's Damages Claims*, laudo definitivo de 17 de agosto de 2009, párr. 19, y Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Eritrea's Damages Claims*, laudo definitivo de 17 de agosto de 2009, párr. 19, referencia a la disposición predecesora del artículo 31, es decir, el proyecto de artículo 42 [6 bis], párrafo 3, aprobado por la Comisión en primera lectura en su 48º período de sesiones, celebrado en 1996. La disposición fue eliminada en segunda lectura en el 52º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2000. Véase el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2000, vol. II, segunda parte, párrs. 79, 100 y 101. No obstante, se mantuvo una referencia a la precisión, tal y como se contiene en el artículo 1, párrafo 2, de los dos Pactos de Derechos Humanos, en el comentario del artículo 50, párrafo 7. Véase también el análisis que se realiza más adelante con respecto al artículo 56.

⁴⁸ *Ibid.*, *Ethiopia's Damages Claims*, párr. 24, y *Eritrea's Damages Claims*, párr. 24, donde se cita la causa *Factory at Chorzów*, citada a su vez en la nota 45, pág. 47.

de *lex specialis* en relación con los artículos sobre la responsabilidad del Estado⁴⁹, señaló que dicho capítulo XI incluye la posibilidad de que demandantes del sector privado (que sean nacionales de un Estado miembro del TLCAN) invoquen en un arbitraje internacional la responsabilidad de otro Estado miembro de dicho Tratado. Por consiguiente, “las disposiciones especiales del capítulo XI fijan qué personas o entidades distintas de los Estados pueden invocar responsabilidad por propia cuenta, y en qué medida”. Para respaldar esta última afirmación, el tribunal citó el artículo 33, párrafo 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, que establece que las normas consuetudinarias sobre la materia que en ellos se contienen se aplican “[...] sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”. Por consiguiente, en opinión del Tribunal:

“El derecho internacional consuetudinario —de acuerdo con el cual tan sólo los Estados soberanos pueden invocar la responsabilidad de otro Estado— no afecta por lo tanto el derecho de agentes distintos de un Estado en virtud de tratados especiales para invocar la responsabilidad del Estado. Esta regla no sólo es válida en el contexto de la protección de las inversiones, sino también en materia de derechos humanos y protección del medio ambiente⁵⁰.”

Capítulo II

Reparación del perjuicio

Artículo 34

Formas de reparación

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio del CIADI)

34. En su laudo de 2008, el tribunal constituido para conocer del caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. la República Unida de Tanzania*, en el contexto del análisis del artículo 2 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, afirmó que cuando se hubiera producido una situación de interferencia sustancial en los derechos de un inversor, de un modo que fuera equiparable a una expropiación, podría haber lugar a un recurso de carácter no indemnizatorio por la expropiación (por ejemplo, una reparación en forma de desagravio, declaración o restitución)⁵¹.

Corte de Justicia del Caribe

35. En la causa *Trinidad Cement Limited y TCL Guyana Incorporated c. Guyana*, la Corte de Justicia del Caribe se refirió a un pasaje incluido en el comentario de los artículos sobre la responsabilidad del Estado en el que se confirma que “de conformidad con el artículo 34, la función de la indemnización es esencialmente compensatoria⁵².”

⁴⁹ Véase el artículo 55 *infra*.

⁵⁰ *Archer Daniels Midland Company*, citado en la nota 4 *supra*, párr. 118.

⁵¹ *Biwater Gauff*, citado en la nota 6 *supra*, párr. 466. Véase el artículo 2.

⁵² Corte de Justicia del Caribe, *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v. The State of the Co-Operative Republic of Guyana*, causa núm. [2009] CCJ 5 (OJ), sentencia de 20 de agosto de 2009, párr. 38, referencia al párrafo 5 del comentario introductorio de la segunda parte, capítulo III. Véase la segunda parte, capítulo III, *infra*.

Corte Internacional de Justicia

36. En su fallo de 2010 sobre la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay*, la Corte Internacional de Justicia, citando, entre otros, los artículos sobre la responsabilidad del Estado, recordó que el derecho internacional consuetudinario contempla la restitución como una forma de reparación del perjuicio causado consistente en restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito. Asimismo, la Corte recordó que cuando la restitución sea materialmente imposible o entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con el beneficio que se derivaría de ella, la reparación adoptará la forma de indemnización o de satisfacción o incluso de ambas⁵³.

Artículo 35
Restitución

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

37. En la causa *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza (No. 2)*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió al artículo 35 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado indicando que reflejan los “principios de derecho internacional”. El Tribunal aludió a las condiciones contenidas en la disposición, es decir, que la obligación de efectuar la restitución estaba sujeta al hecho de que dicha restitución no fuera “materialmente imposible” y no entrañara “una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización”, lo cual interpretó en el sentido de que si bien la restitución es la norma, pueden existir circunstancias en las que el Estado responsable quede exento, total o parcialmente, de esa obligación, siempre y cuando pueda demostrar que se dan dichas circunstancias⁵⁴.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

38. En la causa *Guiso-Gallisay c. Italia*, que trataba sobre una supuesta expropiación ilícita, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos citó el artículo 35 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado (que consideraba una norma de derecho internacional aplicable) como una reiteración del principio de *restitutio in integrum*⁵⁵.

Artículo 36
Indemnización

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio del CIADI)

39. En su laudo de 2007, el tribunal de arbitraje constituido para conocer del caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. la República Argentina* aplicó el artículo 36 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado al

⁵³ Corte Internacional de Justicia, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo de 20 de abril de 2010, párr. 273.

⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)*, causa núm. 32772/02, sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 86.

⁵⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Guiso-Gallisay v. Italy*, causa núm. 58858/00, sentencia (satisfacción equitativa), 22 de diciembre de 2009, párr. 53.

determinar la pérdida soportada por el inversor⁵⁶. El tribunal recordó que el párrafo correspondiente del comentario del artículo 36 indicaba que la indemnización tenía por función “resarcir las *pérdidas efectivas sufridas como resultado* del acto internacionalmente ilícito”⁵⁷, y declaró que

“en consecuencia, la cuestión que debe tratar el Tribunal es la de la identificación de los ‘*daños efectivamente*’ sufridos por el inversor ‘*como resultado*’ de la conducta de la Argentina. La pregunta gira en torno a la ‘*causalidad*’: ¿qué perdió el inversor a causa de los actos ilícitos?”⁵⁸

El tribunal también se refirió a los artículos sobre la responsabilidad del Estado en su examen de una reclamación por lucro cesante. De nuevo recordó los extractos correspondientes del comentario al afirmar que

“por una cuestión de principios, es necesario trazar en este punto la distinción entre las pérdidas acumuladas y las pérdidas de ganancias futuras. Por lo general, los tribunales fallan en función de las primeras, mientras que las segundas sólo han sido otorgadas cuando ‘*un flujo anticipado de ingresos reúne atributos suficientes para considerarse un interés jurídicamente protegido en un grado de certidumbre suficiente para resultar indemnizable*’. O bien, según consta en el proyecto de artículos, ‘*en tanto esté establecida*’. En este aspecto la pregunta gira en torno a la ‘*certidumbre*’. ‘*Los tribunales son reacios a ordenar una indemnización por reclamos que contienen elementos inherentemente especulativos*’.”⁵⁹

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio del CIADI)

40. El tribunal de arbitraje constituido para conocer del caso *Sempra Energy International c. la República Argentina* se refirió en su laudo de 2007 a la precisión del artículo 36, párrafo 2, de que la indemnización está destinada a cubrir todo “daño evaluable en dinero, incluido el lucro cesante en la medida en que éste se haya acreditado”, como un reflejo del “estándar adecuado de reparación en derecho internacional” en ausencia de restitución o de renegociación de contratos de común acuerdo o de otros mecanismos de reparación⁶⁰.

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

41. En su laudo de 2007, el tribunal constituido para conocer del caso *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* se refirió al artículo 36 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado para respaldar su afirmación según la cual

“la indemnización abarca tanto el daño emergente (*damnum emergens*) como el lucro cesante (*lucrum cessans*). Todo daño directo deberá indemnizarse. Además, en el segundo párrafo del artículo 36 se reconoce que en algunos

⁵⁶ CIADI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. la República Argentina*, caso núm. ARB/02/1, laudo de 25 de julio de 2007, párrs. 41 a 43.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 43. Referencia al párrafo 4 del comentario del artículo 36, en cursiva en el laudo.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 45, en cursiva en el original.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 51 (se omiten las notas). Referencias al artículo 36, párrafo 2, y al párrafo 27 del comentario del artículo 36, en cursiva en el laudo.

⁶⁰ *Sempra Energy International*, citado en la nota 25 *supra*, párr. 401.

casos corresponde otorgar indemnización por el lucro cesante para reflejar una norma aplicable conforme al derecho internacional consuetudinario.”⁶¹

El Tribunal continuó señalando lo siguiente:

“Conforme a los principios de derecho internacional, procede la indemnización por daños si entre el acto ilícito y el daño causado existe un vínculo directo lo suficientemente claro para generar la obligación de indemnizar. Aun cuando se compruebe que se ha producido una violación, es necesario determinar la existencia de un daño y calcular luego su magnitud en términos monetarios. El Tribunal debe asegurarse de que la reparación pretendida, es decir, los daños reclamados, es adecuada por tratarse de una consecuencia directa del hecho ilícito y de que puede determinarse el alcance del daño en términos monetarios.”⁶²

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Convenio del CIADI)

42. En su laudo de 2008, el tribunal de arbitraje constituido para conocer del caso *Desert Line Projects LLC c. la República del Yemen*, al considerar una reclamación de daños inmateriales (“daños morales”), citó el comentario del artículo 36 para respaldar su conclusión de que incluso aunque los tratados de inversiones tengan como objetivo principal la protección de la propiedad y de valores económicos, no excluyen como tales que una parte, en circunstancias excepcionales, pueda solicitar una indemnización por daños morales. En general, en la mayoría de los sistemas jurídicos también se acepta la posibilidad de resarcir los daños morales, además de los puramente económicos. No hay razón alguna para excluirlas. Como se afirmó en el caso relativo al *Lusitania*, los daños inmateriales pueden ser “muy reales, y el mero hecho de que sean difíciles de medir o estimar con criterios monetarios no los hace menos reales ni constituye un motivo que impida que la persona lesionada sea indemnizada”⁶³.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

43. En la causa *Guiso-Gallisay c. Italia*, que trataba sobre una supuesta expropiación ilícita, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos citó el artículo 36 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado como reflejo de la norma de derecho internacional aplicable a dicha causa⁶⁴.

⁶¹ *Archer Daniels Midland Company*, citado en la nota 4 *supra*, párr. 281.

⁶² *Ibid.*, párr. 282.

⁶³ CIADI, *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, caso núm. ARB/05/17, laudo de 6 de febrero de 2008, párr. 289, en cursiva en el original, donde se cita la referencia al caso relativo al *Lusitania*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VII, pág. 32 (1923), que figura en el párrafo 16 del comentario del artículo 36.

⁶⁴ *Guiso-Gallisay*, citada en la nota 55 *supra*, párr. 54.

Capítulo III

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

Corte de Justicia del Caribe

44. En la causa *Trinidad Cement Limited y TCL Guyana Incorporated c. Guyana*, la Corte de Justicia del Caribe, al considerar la cuestión de la aceptación de la indemnización punitiva o ejemplarizante en derecho internacional, citó el siguiente pasaje del comentario general del capítulo III:

“El otorgamiento de una indemnización punitiva no se reconoce en el derecho internacional ni siquiera en relación con violaciones graves de obligaciones que dimanen de normas imperativas.”⁶⁵

El Tribunal afirmó a continuación que no tenía la convicción de poder otorgar la indemnización ejemplarizante y que en esta causa no la concedería⁶⁶.

Tercera parte

Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado

Capítulo II

Contramedidas

Artículo 49

Objeto y límites de las contramedidas

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

45. En su laudo de 2007, el tribunal constituido para conocer del caso *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* se refirió al artículo 49 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado en los siguientes términos:

“El Tribunal toma como fuente de autoridad en materia de derecho internacional consuetudinario sobre contramedidas, la posición de la Corte Internacional de Justicia [en la causa *Gabčíkovo-Nagymaros*], confirmada por el proyecto de artículos de la CDI.”⁶⁷

Una de las cuestiones que se planteó ante el Tribunal era decidir si un impuesto había sido aprobado por México “con el objeto de inducir” a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones del TLCAN, tal y como exige el artículo 49 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Tras haber analizado los hechos, el tribunal afirmó que no era este el caso y, por tanto, el impuesto no era una

⁶⁵ *Trinidad Cement Limited*, citada en la nota 52 *supra*, párr. 38, donde se cita el párrafo 5 del comentario introductorio de la segunda parte, capítulo III.

⁶⁶ *Trinidad Cement Limited*, párr. 40.

⁶⁷ *Archer Daniels Midland Company*, citado en la nota 4 *supra*, párr. 125.

contramedida válida en el sentido del artículo 49 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado⁶⁸.

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el TLCAN y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

46. En su decisión sobre responsabilidad de 2008, la defensa presentada por el demandado ante el tribunal constituido para conocer del caso *Corn Products International Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* consistió en alegar que la aplicación por su parte de un impuesto, que, en opinión del Tribunal, violaba sus obligaciones derivadas del TLCAN, estaba justificada como una contramedida lícita en respuesta a una violación cometida previamente por el Estado de nacionalidad del demandante, los Estados Unidos. Una de las cuestiones centrales que tuvo que examinar el tribunal fue si el régimen de contramedidas conforme a los artículos sobre la responsabilidad del Estado era aplicable a las reclamaciones de inversores particulares en virtud del capítulo XI del TLCAN. El tribunal adoptó la posición de que, tal y como se ponía de manifiesto en el comentario del artículo 49 (que citó *in extenso*), “es un atributo firmemente establecido del derecho referente a las contramedidas que toda contramedida debe dirigirse contra el Estado que haya cometido el hecho ilícito anterior”⁶⁹. Asimismo, el tribunal observó la distinción, efectuada en los párrafos 4 y 5 del comentario del artículo 49, entre una contramedida que extingue o afecta de otro modo a los “derechos” en contraposición a los “intereses” de un tercero y afirmó lo siguiente:

“Una contramedida no puede extinguir ni afectar de otro modo a los *derechos* de una parte distinta del Estado responsable del hecho ilícito anterior. Por otra parte, puede afectar a los *intereses* de esa parte.”⁷⁰

La cuestión consistía entonces en establecer “si un inversionista, en la acepción dada a ese término por el artículo 1101 del TLCAN, tiene derechos propios, distintos de los del Estado de su nacionalidad, o sólo meros intereses. En el primer caso, una contramedida adoptada por México en respuesta a un hecho ilícito de los Estados Unidos no excluirá la ilicitud en lo que respecta [al inversionista], aunque la excluya en relación con los Estados Unidos”⁷¹. Posteriormente, el tribunal afirmó que el TLCAN confería a los inversores derechos sustantivos independientes y distintos de los del Estado del que son nacionales y, por tanto, una medida tomada claramente contra los Estados Unidos no podía privar a los inversores de dichos derechos, de forma que no podía alegarse como una circunstancia que excluyese la ilicitud en relación con la violación de los derechos del inversor⁷². El tribunal examinó a continuación la cuestión de si se habían cumplido los requisitos de una contramedida lícita, como la que el demandado invocaba en su apoyo. En particular, el requisito de una violación anterior del derecho internacional, que consideraba como una “precondición absoluta del derecho de adoptar contramedidas”, tal y como se indica, entre otras disposiciones, en el artículo 49, párrafo 1, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado (que citó junto con la correspondiente

⁶⁸ *Ibid.*, párrs. 134 a 151.

⁶⁹ *Corn Products International Inc.*, citado en la nota 5 *supra*, párr. 163.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 164, en cursiva en el original.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 165.

⁷² *Ibid.*, párrs. 167 y 176.

frase del comentario⁷³). El tribunal consideró que “no [estaba] facultado a dispensar del cumplimiento de un prerequisite fundamental de este tipo”⁷⁴. La dificultad para la que se enfrentaba el tribunal consistía en que carecía de jurisdicción para determinar si las alegaciones del demandado contra los Estados Unidos, que servían de base para defender la licitud de sus propias contramedidas, eran fundadas o no, ya que los Estados Unidos no eran parte en el procedimiento. Por tanto, no podía admitir la defensa del demandado, puesto que este no había probado uno de los requisitos de validez de las contramedidas⁷⁵. El tribunal citó, entre otros, el siguiente extracto del comentario del artículo 49:

“Un Estado que recurre a la aplicación de contramedidas sobre la base de su evaluación unilateral de la situación lo hace por su cuenta y riesgo y puede incurrir en responsabilidad por su propio comportamiento ilícito en caso de que la evaluación sea incorrecta.”⁷⁶

Arbitrajes conforme al párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC y el párrafo 11 del artículo 4 y el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC

47. En dos decisiones adoptadas en 2009, el árbitro del asunto *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso al arbitraje*, examinó la referencia a las “contramedidas apropiadas” conforme al artículo 4, párrafo 10 (y, aparte, conforme al artículo 7, párrafo 10), del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) y afirmó, entre otras cosas, lo siguiente:

“4.40 Observamos que el término ‘contramedidas’ es el término general utilizado por la CDI, en el contexto de su proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, para designar las medidas temporales que pueden tomar los Estados lesionados en respuesta a la violación de obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional.

4.41 Estamos de acuerdo en que este término, tal como se entiende en el derecho internacional público, puede ser útil para entender cómo se utiliza ese mismo término en el Acuerdo SMC. De hecho, constatamos que, en el Acuerdo SMC, el término ‘contramedidas’ designa medidas de la misma naturaleza que las contramedidas que se definen en el proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado.

4.42 En esta etapa de nuestro análisis, constatamos por tanto que el término ‘contramedidas’ caracteriza básicamente la naturaleza de las medidas que han de ser autorizadas, es decir, las medidas temporales que de otra manera serían contrarias a las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC y que se toman en respuesta a la violación de una obligación prevista en el Acuerdo SMC. Ello es también compatible con el sentido de este término en el derecho

⁷³ Párrafo 2: “Un requisito previo fundamental para que una contramedida sea legítima es la existencia de un hecho internacionalmente ilícito que ha perjudicado al Estado que adopta la contramedida”.

⁷⁴ *Corn Products International Inc.*, citado en la nota 5 *supra*, párrs. 185 a 187.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 189.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 187, donde se cita el párrafo 3 del comentario del artículo 49 (se omite la nota).

internacional público, reflejado en los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado.”⁷⁷

El árbitro, al afirmar que “el hecho de que las contramedidas [...] sirvan para inducir al cumplimiento no ofrece en sí y de por sí indicaciones específicas sobre el nivel de las contramedidas que pueden ser permisibles [...]”, observó que “esta distinción se encuentra también en las normas generales del derecho internacional, reflejadas en los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado”. A continuación, recordó que “el artículo 49 de esos artículos establece como único objeto lícito de las contramedidas ‘inducir a cumplir las obligaciones’, mientras que otra disposición, el artículo 51, aborda la cuestión del nivel admisible de las contramedidas, que se define en relación con la proporcionalidad al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción”⁷⁸.

Artículo 50

Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

Tribunal de arbitraje internacional (constituido con arreglo al anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982)

48. En su laudo de 2007 sobre el caso *Guyana c. Suriname*, el tribunal de arbitraje constituido para conocer del mismo, tras afirmar que determinadas actuaciones militares realizadas por Suriname constituían una amenaza del uso de la fuerza que suponía una violación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional general, tuvo que examinar la alegación presentada por Suriname según la cual las medidas eran, no obstante, contramedidas lícitas, puesto que se habían adoptado en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito de Guyana. El tribunal afirmó que es un principio generalmente reconocido del derecho internacional que las contramedidas no pueden implicar el uso de la fuerza y a continuación señaló lo siguiente:

“Esto se refleja en el artículo 50.1 a) del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado, que establece que las contramedidas no afectarán a ‘la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, establecida en la Carta de las Naciones Unidas’. Tal como se menciona en el comentario del referido proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, este principio es coherente con la jurisprudencia de los órganos judiciales internacionales. También se contiene en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que, en opinión de la Corte

⁷⁷ OMC, *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC*, asunto núm. WT/DS267/ARB/1, decisión del árbitro de 31 de agosto de 2009, párrs. 4.40 a 4.42 (se omiten las notas), y *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC*, asunto núm. WT/DS267/ARB/2, decisión del árbitro de 31 de agosto de 2009, párrs. 4.30 a 4.32 (se omiten las notas). Véase también el análisis que se realiza más adelante con respecto al artículo 55.

⁷⁸ *Ibid.*, párrs. 4.113 y 4.61, respectivamente.

Internacional de Justicia, es una indicación de la *opinio juris* de los Estados acerca del derecho internacional consuetudinario sobre la cuestión.”⁷⁹

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el TLCAN y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

49. El tribunal constituido para conocer del caso *Corn Products International Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, en su decisión sobre responsabilidad de 2008, se remitió al artículo 50 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado para extraer la conclusión de que las decisiones dictadas en contra del demandado por un grupo especial y un órgano de apelación de la OMC no le impedían alegar en su defensa que se trataba de contramedidas en el caso de supuestas violaciones de obligaciones derivadas del TLCAN⁸⁰.

Artículo 51 Proporcionalidad

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

50. En su laudo de 2007, el tribunal constituido para conocer del caso *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* se refirió al artículo 51 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado recordando que, en virtud del requisito de proporcionalidad, las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos de que se trate⁸¹. También se hizo alusión al párrafo 7 del comentario del artículo 51, que indica lo siguiente:

“7) La proporcionalidad se refiere a la relación entre el hecho internacionalmente ilícito y la contramedida. En algunos aspectos la proporcionalidad está vinculada al requisito del propósito enunciado en el artículo 49: puede considerarse que una medida claramente desproporcionada no haya sido necesaria para inducir al Estado responsable a cumplir con sus obligaciones pero que haya tenido una finalidad punitiva y estar fuera del propósito de las contramedidas enunciado en el artículo 49.”⁸²

En este caso, el tribunal concluyó que el objetivo de México de asegurar el cumplimiento por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones en virtud de los capítulos VII y XX del TLCAN podría haberse alcanzado con otras medidas que no menoscabaran las normas de protección de las inversiones. En consecuencia, el tribunal declaró que un impuesto aplicado por México claramente con el fin de asegurar dicho cumplimiento no respetaba el requisito de proporcionalidad necesario para determinar la validez de las contramedidas de conformidad con el derecho internacional consuetudinario⁸³.

⁷⁹ *Guyana v. Suriname*, citado en la nota 19 *supra*, párr. 446 (se omiten las notas).

⁸⁰ *Corn Products International Inc.*, citado en la nota 5 *supra*, párr. 158. Véase el artículo 22 *supra*.

⁸¹ *Archer Daniels Midland Company*, citado en la nota 4, párr. 152.

⁸² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, volumen II (segunda parte), pág. 135.

⁸³ *Archer Daniels Midland Company*, citado en la nota 4 *supra*, párr. 160.

Arbitrajes conforme al párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC y el párrafo 11 del artículo 4 y el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC

51. En dos decisiones adoptadas en 2009, el árbitro del asunto *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso al arbitraje*, se refirió al artículo 51 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado señalando que los artículos establecen una distinción general entre el objeto de las contramedidas y el nivel admisible de las mismas⁸⁴.

Artículo 52

Condiciones del recurso a las contramedidas

Órgano de Apelación de la OMC

52. En su informe de 2008, el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas* desestimó la alegación de las Comunidades Europeas según la cual la posición de éstas era coherente con el enfoque del artículo 52, párrafo 3, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, que exige que las contramedidas se suspendan si el hecho internacionalmente ilícito ha cesado y la controversia está sometida a un tribunal facultado para dictar decisiones vinculantes para las partes⁸⁵.

Artículo 53

Terminación de las contramedidas

Órgano de Apelación de la OMC

53. En su informe de 2008, el Órgano de Apelación de la OMC en el asunto *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas* concluyó que

“[...] El Artículo 53 establece que se pondrá fin a las contramedidas tan pronto como el Estado ‘haya cumplido sus obligaciones’ en relación con el hecho internacionalmente ilícito. Por consiguiente, los principios pertinentes del derecho internacional, reflejados en los artículos sobre responsabilidad del Estado, respaldan la tesis de que las contramedidas pueden mantenerse hasta el momento en que el Estado responsable haya puesto fin al hecho ilícito dando pleno cumplimiento a sus obligaciones.”⁸⁶

⁸⁴ *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC*, párr. 4.113, y *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC*, párr. 4.61, citados en la nota 77 *supra*. Véase también el examen realizado con respecto al artículo 49 *supra*.

⁸⁵ Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*, asunto núm. AB-2008-5, informe del Órgano de Apelación de 14 de noviembre de 2008, párr. 382 (“los artículos sobre responsabilidad del Estado no respaldan la posición de las Comunidades Europeas”). Véase el artículo 53 *infra*. Véase también Órgano de Apelación de la OMC, *Canadá – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*, asunto núm. AB-2008-6, informe del Órgano de Apelación de 14 de noviembre de 2008, párr. 382.

⁸⁶ *Ibid.*

Cuarta parte

Disposiciones generales

Artículo 55

Lex specialis

Tribunal de arbitraje internacional (según lo previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI)

54. En su laudo de 2007, el tribunal constituido para conocer del caso *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos* examinó la cuestión de la relación entre los artículos sobre la responsabilidad del Estado y el TLCAN. Recordó que

“[las disposiciones del proyecto de] artículos de la CDI pueden ser derogadas por tratado, como se reconoce expresamente en el artículo 55 con respecto a la *Lex specialis*. [...] En consecuencia, el derecho internacional consuetudinario no afecta las condiciones para la existencia de un incumplimiento de las obligaciones de protección de la inversión en virtud del TLCAN, puesto que esta cuestión se rige concretamente por el capítulo XI [del TLCAN].”⁸⁷

Además, el tribunal señaló que

“según el derecho internacional consuetudinario, las disposiciones del proyecto de artículos de la CDI no se aplican a cuestiones que están específicamente regidas por la *Lex specialis* —es decir, por el capítulo XI del TLCAN en el presente caso.”⁸⁸

Sin embargo, a pesar de sus conclusiones en relación con el capítulo XI del TLCAN, el tribunal añadió a continuación que “el derecho internacional consuetudinario sigue rigiendo todas las cuestiones no abarcadas por el capítulo XI” y que “en el contexto del capítulo XI, el derecho internacional consuetudinario —plasmado en el proyecto de artículos de la CDI— por lo tanto se aplica sólo de manera residual o supletoria”. Así lo confirmaba el artículo 1131, párrafo 1, del TLCAN, que establece el mandato del tribunal de “[decidir] las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con [el TLCAN] y con las reglas aplicables del derecho internacional”⁸⁹. Esta última conclusión de que se debían seguir aplicando los artículos sobre la responsabilidad del Estado estaba relacionada con el tratamiento de la cuestión de las contramedidas por parte del tribunal. Este afirmó que “en el capítulo XI no se dispone ni se prohíbe específicamente el uso de contramedidas. Por lo tanto, la cuestión de si el demandado puede valerse de la defensa basada en las contramedidas no es una cuestión relativa a la *Lex specialis*, sino al derecho internacional consuetudinario”. Puesto que, aparte de la situación especial contemplada en el artículo 2019 del TLCAN, no existe ninguna disposición con respecto a las contramedidas, el tribunal concluyó que “el régimen accesorio del derecho internacional consuetudinario se aplica a la presente situación”⁹⁰.

⁸⁷ *Archer Daniels Midland Company*, citado en la nota 4 *supra*, párr. 116.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 118.

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 119.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 122.

Arbitrajes conforme al párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC y el párrafo 11 del artículo 4 y el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC

55. En dos decisiones adoptadas en 2009, el árbitro del asunto *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso al arbitraje*, señaló que “conforme a sus propios términos, los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado no están destinados a prevalecer sobre ninguna disposición específica relacionada con las esferas de las que se ocupa que esté contenida en instrumentos jurídicos específicos” y citó el siguiente pasaje del comentario de la tercera parte, capítulo II (“Contramedidas”) de los artículos sobre la responsabilidad del Estado:

“Como ocurre con otros capítulos de los presentes artículos, las disposiciones sobre las contramedidas tienen carácter residual y pueden ser excluidas o modificadas por una norma especial en contrario (véase el artículo 55). Así, una disposición de un tratado que excluya la suspensión de la ejecución de una obligación en cualquier circunstancia excluirá la aplicación de contramedidas en lo que respecta a la ejecución de la obligación. Lo mismo sucede con el régimen para la solución de controversias al que deben recurrir los Estados caso de haberlas, especialmente si (como ocurre con el sistema de solución de diferencias de la OMC) requiere una autorización para tomar medidas del tipo de las contramedidas en respuesta a una violación probada.”⁹¹

Artículo 56

Cuestiones de responsabilidad del Estado no reguladas en los presentes artículos

Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía

56. En su laudo definitivo de 2009 sobre las *Reclamaciones por daños de Etiopía*, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía señaló que la magnitud de las reclamaciones de las partes suscitaba cuestiones que podían revestir gran importancia y que suponían el solapamiento de las normas sobre la responsabilidad del Estado y las relativas a los derechos humanos. La Comisión recordó que una versión anterior de los artículos sobre la responsabilidad del Estado había incluido la precisión de que “en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”, que se contenía en el artículo 1, párrafo 2, de los dos Pactos de Derechos Humanos⁹². La Comisión de Reclamaciones confirmó a continuación que, si bien dicha precisión no estaba incluida en el texto del año 2001, ello no alteraba la norma jurídica fundamental sobre derechos humanos contenida en el artículo 1.2 de los Pactos, que incuestionablemente se aplica a las partes⁹³.

⁹¹ *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC*, nota 129, y *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC*, nota 69, citados en la nota 77 *supra*, donde se cita el párrafo 9 del comentario introductorio de la tercera parte, capítulo II.

⁹² Véase el artículo 31 *supra*.

⁹³ *Ethiopia’s Damages Claims*, párr. 19, y *Eritrea’s Damages Claims*, párr. 19, citados en la nota 47 *supra*.