



## Asamblea General

Distr.  
GENERAL

A/CN.4/490/Add.5  
22 de julio de 1998  
ESPAÑOL  
ORIGINAL: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL  
50º período de sesiones  
Ginebra, 20 de abril a 12 de junio de 1998  
Nueva York, 27 de julio a 14 de agosto de 1998

### PRIMER INFORME SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Preparado por el Sr. James Crawford, Relator Especial

#### Adición

#### ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS DE LA PRIMERA PARTE (EXCEPTO EL ARTÍCULO 19) ( <u>continuación</u> )		
C. Primera parte, Capítulo II: El "hecho del Estado" en el derecho internacional (artículos 5 a 15) . . . . .	144 - 286	4
1. Introducción . . . . .	144 - 159	4
a) Cuestiones de terminología . . . . .	150 - 151	5
b) Observaciones de los gobiernos sobre el capítulo II en su conjunto . . . . .	152 - 157	6
c) Principios básicos del concepto de atribución . . . . .	158 - 159	7

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
2. Examen de los artículos . . . . .	160 - 286	9
a) Artículo 5: Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos . . . . .	160 - 169	9
b) Artículo 6: No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado . . . . .	170 - 183	13
c) Artículo 7: Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público . . . . .	184 - 194	17
d) Artículo 8: Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado . . . . .	195 - 221	21
i) Personas que actuaban de hecho por cuenta del Estado . . . . .	198 - 216	22
ii) Agentes de hecho; el ejercicio de funciones estatales en ausencia del Estado . . . . .	217 - 221	31
e) Artículo 9: Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional . . . . .	222 - 234	33
f) Artículo 10: Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad . . . . .	235 - 243	39
g) Artículo 11: Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado . . . . .	244 - 248	42
h) Artículo 12: Comportamiento de órganos de otro Estado . . . . .	249 - 255	44

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
i) Artículo 13: Comportamiento de los órganos de una organización internacional . . . . .	256 - 262	48
j) Artículo 14: Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional/Artículo 15: Atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en un nuevo gobierno de un Estado o cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado . . . . .	263 - 280	50
k) Comportamiento que un Estado hace suyo ulteriormente . . . . .	281 - 286	57

II. EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS DE LA PRIMERA PARTE  
(EXCEPTO EL ARTÍCULO 19) (continuación)

C. Primera parte, Capítulo II: El "hecho del Estado" en el  
derecho internacional (artículos 5 a 15)

1. Introducción

144. En esta parte del informe se examina el capítulo II (artículos 5 a 15) del proyecto de artículos y se hacen algunas propuestas al respecto. En primer término, se tratan cuestiones de terminología, se reseñan las observaciones generales de los gobiernos sobre el capítulo II en su totalidad y se identifican algunos principios generales (véanse los párrs. 145 a 159). A continuación se examina cada uno de los artículos, teniendo en cuenta, en particular, los comentarios y las observaciones de los gobiernos, y se propone un artículo adicional (párrs. 160 a 286). Por último, se reproducen los artículos propuestos, junto con breves notas explicatorias (párr. 287).

145. En el capítulo II se definen las condiciones en las cuales el comportamiento (acciones u omisiones de personas o de otras entidades) puede atribuirse al Estado según el derecho internacional; esto ha sido ya especificado como requisito esencial para que un hecho del Estado sea internacionalmente ilícito con arreglo al apartado a) del artículo 3, y obviamente es crucial para la definición de la responsabilidad del Estado.

146. El capítulo II contiene 11 artículos divididos en tres grupos. En cinco de estos artículos se especifican las circunstancias en que el comportamiento es atribuible al Estado (artículos 5, 7, 8, 9 y 15). Estos artículos se aplican de manera alternativa, es decir, el comportamiento es atribuible al Estado si se satisfacen las condiciones estipuladas en cualquiera de ellos. Con respecto al primer grupo de artículos se hacen algunas aclaraciones, consignadas en los artículos 6 y 10. Por último, hay cuatro artículos en que se describen las circunstancias en que el comportamiento no es atribuible al Estado (artículos 11, 12, 13, 14). Ahora bien, con arreglo al apartado a) del artículo 3, para que haya responsabilidad del Estado es necesario que el comportamiento sea realmente atribuible a éste. En términos estrictos, no es preciso decir cuándo el comportamiento no es atribuible al Estado, salvo para crear una excepción a una de las cláusulas relativas a la atribución. En ninguno de los artículos "negativos" se crea esa excepción.

147. Hay un cierto grado de duplicación. El comportamiento de los órganos de otros Estados se trata en los artículos 9 y 12 (también se podría decir que el párrafo 1 del artículo 28 es una norma de atribución). Los artículos 9 y 13 se refieren al comportamiento de las organizaciones internacionales. En los artículos 14 y 15 se considera el comportamiento de los movimientos insurreccionales. Es preciso examinar la relación entre estas disposiciones.

148. Algunos de estos artículos han sido mencionados con frecuencia en decisiones judiciales y en diversas publicaciones. Además, se han hecho avances importantes en el derecho relativo a la atribución en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales internacionales, incluido el

Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos<sup>1</sup> y los diversos tribunales y comités de derechos humanos<sup>2</sup>. Estos avances deben tenerse debidamente en cuenta<sup>3</sup>.

149. Antes de pasar a los distintos artículos, es preciso mencionar varias cuestiones relacionadas con el capítulo II en su conjunto.

a) Cuestiones de terminología

150. Cuando propuso por primera vez este grupo de artículos, el Relator Especial, Sr. Ago, empleó el término "imputabilidad"<sup>4</sup>, que es también corriente en la doctrina. La Corte Internacional de Justicia ha utilizado el mismo término en casos posteriores<sup>5</sup>. Sin embargo, la propia Comisión prefirió el término "atribución" para evitar toda sugerencia de que el procedimiento jurídico por el cual se establece una conexión entre el comportamiento y el Estado era una "ficción"<sup>6</sup>. El Estado sólo puede actuar a través de las personas, ya sea que esas personas sean órganos o agentes o actúen de alguna otra manera por cuenta del Estado. Según las palabras de un autor: "La imputabilidad implica una ficción cuando no hay ninguna, y evoca la idea de una responsabilidad delegada cuando no puede haberla"<sup>7</sup>. Por estas razones, se sugiere que se mantenga el término "atribución".

---

<sup>1</sup> Véase una relación pormenorizada de las cuestiones de atribución ante el Tribunal de Reclamaciones en D. Caron, "The Basis of Responsibility: Attribution and other Trans-substantive Rules" en R.B. Lillich y D.B. Magraw, The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility (1998), págs. 109 a 184 (en adelante Caron). Véase también C.N. Brower y J.D. Brueschke, The Iran-United States Claims Tribunal (1998), págs. 442 a 456; G.H. Aldrich, The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal (1996), págs. 174 a 215; A. Avanessian, The Iran-United States Claims Tribunal in Action (1993), págs. 209 a 233.

<sup>2</sup> Examinados de manera útil por H. Dipla, La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme - problèmes d'imputation (1994) (en adelante Dipla).

<sup>3</sup> Véase una lista de las numerosas publicaciones sobre la atribución en la bibliografía infra.

<sup>4</sup> Véase su segundo informe, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970, vol. II, pág. 202.

<sup>5</sup> United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, I.C.J. Reports 1980, pág. 3, por ejemplo, pág. 29; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986, pág. 14, por ejemplo, pág. 51 (párr. 86). El Magistrado Ago fue miembro de la mayoría en ambas oportunidades.

<sup>6</sup> Véase Ago, tercer informe, Anuario ... 1971, vol. II (Primera parte), pág. 231.

<sup>7</sup> I, Brownlie, State Responsibility. Part I (1983), pág. 36.

151. En el título del capítulo II se ha encerrado entre comillas, sin mucho acierto, la frase "hecho del Estado"; esto también trae a la memoria el concepto de "acto del Estado" corriente en algunos sistemas jurídicos. Posiblemente habría sido preferible un título más informativo, como por ejemplo "Atribución del comportamiento al Estado en el derecho internacional"; esto habría tenido también la ventaja de corresponder exactamente a la redacción del apartado a) del artículo 3. Evidentemente, con arreglo al artículo 3, las normas de atribución se establecen para los fines del derecho relativo a la responsabilidad del Estado; existen reglas de atribución diferentes, por ejemplo, en el marco del derecho de los tratados<sup>8</sup>. Esto se indica con la frase "Para los fines de los presentes artículos" contenida en el artículo 5, y se refuerza en el comentario<sup>9</sup>.

b) Observaciones de los gobiernos sobre el capítulo II en su conjunto

152. Hay varias observaciones formuladas por los gobiernos que se refieren al equilibrio y la estructura del capítulo II en su conjunto.

153. Alemania expresa dudas "acerca de si este capítulo regula suficientemente los hechos de las personas físicas y jurídicas que, en el momento de infringir el derecho internacional, no actúan como órganos estatales aunque sí estén sometidas a la autoridad y el control del Estado ... es cada vez más frecuente que los Estados confíen a personas ajenas a los órganos del Estado actividades normalmente atribuibles a éste"<sup>10</sup>. Señala, no obstante, la flexibilidad que prevén los párrafos 2 y 8 en el artículo 7.

154. Es posible que Francia exprese una preocupación similar en su observación relativa al artículo 5, en el sentido de que "La expresión "órgano del Estado" es demasiado restrictiva. Sería más conveniente utilizar la expresión "todo órgano o agente del Estado". La misma observación es válida en relación con los artículos 6, 7, 9, 10, 12 y 13"<sup>11</sup>.

155. Mongolia manifiesta también ...

"ciertas dudas en cuanto a la inclusión de los hechos de las personas físicas que, al momento de cometer una violación del derecho internacional, no actúan como representantes del Estado pero que, no obstante, actúan bajo la autoridad y el control del Estado. Al respecto, se debería mencionar la

---

<sup>8</sup> Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, artículos 7, 8, 46, 47, 50, y 51. De la misma manera, la identificación de los órganos o instituciones del Estado para los fines de la responsabilidad del Estado no es necesariamente idéntica en el marco de la inmunidad de los Estados extranjeros. Para esto último, véase el proyecto de artículos de la Comisión sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes (1991), apartado b) del párrafo 1 del artículo 2, y el comentario: Anuario... 1991, vol. II (Segunda parte), págs. 15 a 20.

<sup>9</sup> Comentario a la Primera parte, capítulo II, párr. 5.

<sup>10</sup> A/CN.4/448, págs. 35 y 36.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

tendencia en pro de una mayor comprensión de que, en el derecho internacional consuetudinario, según se aplica a la protección ambiental, el Estado es responsable de sus propias actividades y de las de las personas, ya sean individuos o empresas privadas o públicas, siempre que sus actividades se encuentren bajo la jurisdicción o el control del Estado<sup>12</sup>."

156. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte propone "que la Comisión examine la posibilidad de elaborar un criterio efectivo de las funciones "gubernamentales" para su incorporación" en este capítulo. Señala, en particular, el caso de los órganos religiosos que pueden ejercer cierto grado de autoridad estatal (por ejemplo, para castigar a las personas por violaciones de las leyes religiosas), aunque no formen parte de la estructura gubernamental misma<sup>13</sup>.

157. Como cuestión de redacción, Suiza y los Estados Unidos cuestionan la conveniencia de una técnica en que se especifican en primer término los hechos atribuibles (artículos 5 a 10) y a continuación los hechos que no lo son (artículos 11 a 14): en su opinión, esto crea una complejidad excesiva<sup>14</sup>. En sus observaciones de 1981, la República Federal de Alemania propuso asimismo la consolidación de los elementos útiles de los artículos 11 a 14 en las disposiciones positivas del capítulo II<sup>15</sup>.

c) Principios básicos del concepto de atribución

158. Antes de examinar los distintos artículos del capítulo II, cabe recordar los principios en que se basa el concepto de atribución:

Responsabilidad limitada del Estado. En el derecho internacional, el que ocurra un hecho en el territorio de un Estado, o en algún otro sitio bajo su jurisdicción, no constituye base suficiente para atribuir ese hecho al Estado o para hacerle responsable del daño causado<sup>16</sup>. Un Estado no es un asegurador respecto de los perjuicios ocurridos en su territorio; sólo es responsable si el comportamiento en cuestión a) es atribuible a él, y b) entraña un quebrantamiento de una obligación internacional del Estado para con otras personas o entidades perjudicadas por ese comportamiento (véase el artículo 3).

Distinción entre el sector público y el sector no público. Por lo tanto, las normas de atribución tienen importancia crucial para establecer una distinción entre el "sector público" y el "sector no público" para los fines de la responsabilidad. Sin embargo, se plantea inmediatamente una dificultad: el

---

<sup>12</sup> *Ibíd.*, págs. 40 y 41.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, pág. 36.

<sup>14</sup> Véase Suiza, *ibíd.*, pág. 37; Estados Unidos, *ibíd.*, pág. 41.

<sup>15</sup> Anuario ... 1981, vol. II (Primera parte), pág. 80.

<sup>16</sup> Como señaló la Corte Internacional en el Corfu Channel Case, I.C.J. Reports 1949, pág. 4, pág. 18. Véase el párr. 253 infra.

derecho internacional no determina las estructuras específicas de gobierno dentro de los Estados<sup>17</sup>. Muchas actividades llevadas a cabo por los gobiernos podrían encomendarse al sector privado, y la demarcación entre el sector estatal y el sector privado varía continuamente a lo largo del tiempo y de un país a otro. A falta de una fórmula establecida para las prerrogativas del poder público, el derecho internacional tiene que aceptar, en general, los sistemas adoptados efectivamente por los Estados, y el concepto de atribución consiste así fundamentalmente en una remisión a las instituciones o los órganos estatales existentes en los diferentes Estados<sup>18</sup>.

La "unidad del Estado". Por otra parte, el derecho internacional no hace ninguna distinción entre los distintos componentes del Estado para los fines del derecho de la responsabilidad, aunque el propio Estado la haga, por ejemplo, al tratar a los diferentes órganos como personas jurídicas diferentes con arreglo a su propio derecho. El principio internacional pertinente es el de la "unidad del Estado"<sup>19</sup>. A este respecto, el proceso de atribución es un proceso autónomo en el derecho internacional, conforme se estipula en el artículo 4<sup>20</sup>.

Lex specialis. Los principios de atribución en el derecho internacional no son, con todo, supremos. Los Estados pueden establecer de común acuerdo principios diferentes para regir sus relaciones, y el principio de la lex specialis se aplica en consecuencia al capítulo II en su totalidad<sup>21</sup>.

Distinción entre la atribución y el quebrantamiento de una obligación. Según el artículo 3, para que haya responsabilidad del Estado es preciso que el comportamiento sea atribuible al Estado y constituya una violación de una obligación internacional del Estado. El hecho de que el comportamiento sea atribuible al Estado nada dice acerca de la legalidad o ilegalidad de ese comportamiento, y las normas de atribución no deben formularse en términos que den a entender otra cosa. Pero el efecto acumulativo de los principios de

---

<sup>17</sup> La principal excepción a esta generalización se encuentra en la esfera de la administración de justicia, especialmente la justicia penal. Tanto en las normas internacionales sobre derechos humanos como en la institución más antigua de la protección diplomática se exige que haya tribunales independientes establecidos por ley y que actúen de acuerdo con ciertas normas mínimas.

<sup>18</sup> Sin embargo, esto no limita el alcance de las obligaciones que puede asumir el Estado, incluidas las obligaciones relacionadas con el "sector no público". Véase, por ejemplo, X and Y v The Netherlands, European Court of Human Rights (ECHR), ser. A, vol. 91 (1985).

<sup>19</sup> Conforme lo señalado por Chile en sus observaciones del 9 de octubre de 1979: Anuario ... 1980, vol. II (Primera parte), pág. 100.

<sup>20</sup> Véase el comentario al capítulo II, párr. 10 ("La autonomía de la atribución de un hecho a un Estado en el plano del derecho internacional es totalmente independiente respecto de la atribución en el plano del derecho interno").

<sup>21</sup> Véase el párr. 27 supra, donde se sugiere que el artículo 37 (lex specialis) se haga aplicable a la totalidad del proyecto de artículos.

atribución hace esencial que se especifique en cada caso el fundamento preciso de toda reclamación. Por ejemplo, un Estado puede no ser responsable de los actos de los particulares que se apoderan de una embajada, pero sí es ciertamente responsable si no adopta todas las medidas necesarias para proteger a la embajada de ese apoderamiento o para retomar el control de ella. A ese respecto, puede haber un vínculo estrecho entre los fundamentos de la atribución y la norma primaria particular que se dice que ha sido violada, aunque los dos elementos sean analíticamente diferentes.

159. En resumen, la atribución es una condición necesaria para la responsabilidad del Estado. Un Estado no es responsable del comportamiento de que se trate a menos que ese comportamiento sea atribuible a él con arreglo por lo menos a uno de los principios de "atribución positiva". Estos principios son acumulativos, pero son también limitantes. A falta de un compromiso o garantía específico (que sería *lex specialis*), un Estado no es responsable del comportamiento de personas o entidades en ninguna de las circunstancias no previstas en los artículos 5, 7, 8, 9 o 15. En muchos casos, será evidente desde un principio que el Estado está implicado, por ejemplo, cuando el perjuicio se desprende directamente de una ley, una decisión del gobierno o una determinación judicial. Pero cuando hay dudas, corresponderá al demandante demostrar la atribución, de conformidad con la norma aplicable para las pruebas, de la misma manera que deberá demostrar que ha habido incumplimiento de una obligación<sup>22</sup>. Esto se desprende ya de las disposiciones del artículo 3.

## 2. Examen de los artículos

### a) Artículo 5: Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos

160. El artículo 5 contiene lo que cabría llamar la norma "primaria" de la atribución:

Para los fines de los presentes artículos, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad.

161. El artículo 5 debe leerse de manera sistemática, en el contexto de la totalidad de los artículos del capítulo II. El artículo 6 estipula claramente que los órganos del Estado pueden pertenecer al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, que sus funciones pueden tener carácter internacional o puramente interno y que pueden estar situados en cualquier nivel del gobierno, es decir, se trate de los órganos más altos del Estado o de los más subordinados. En el artículo 10 se indica que un órgano

---

<sup>22</sup> Esto ha sido reafirmado repetidamente. Véase, por ejemplo, Yeager v Islamic Republic of Iran (1987), 17, Iran-United States Claims Tribunal 92, págs. 101 y 102: "a fin de atribuir un hecho al Estado, es necesario identificar con certeza razonable los protagonistas y su vinculación con el Estado".

puede actuar en su capacidad de tal aunque "se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad".

162. En el comentario al artículo 5 no se hace ningún intento de definir "órgano", aunque es evidente que el término se usa en su sentido más amplio para referirse a una persona o una entidad que forma parte del gobierno y desempeña funciones oficiales de cualquier tipo que sea y a cualquier nivel. La amplitud del concepto se destaca aún más en el artículo 6. Sin embargo, en el comentario se distingue entre "órganos" y "agentes", en razón de que ...

"se ha convenido en no emplear en la redacción del artículo más que el término "órgano" y no el término doble "órgano y agente". El término "agente" parece designar en inglés sobre todo a una persona que actúa por cuenta del Estado más bien que a una persona que tiene una verdadera condición de órgano. En otro artículo del presente capítulo se tratará de las acciones u omisiones de esas personas."<sup>23</sup>

El artículo 8 trata de los "agentes", aunque en él no se emplea ese término.

#### Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 5

163. Como se ha señalado, Francia sugiere que se utilice en el artículo 5 y en todas partes la expresión "todo órgano o agente del Estado"<sup>24</sup>.

164. El Reino Unido opina que en este artículo aparentemente se da un peso excesivo al derecho interno del Estado:

"Si ese propio derecho designa al órgano como órgano del Estado, convendría que el derecho internacional adoptara una posición análoga. Sin embargo, si el derecho interno de un Estado no considera que un órgano forma parte del Estado, ello no significa necesariamente que los hechos del órgano no sean atribuibles al Estado. El derecho interno no puede tener efecto determinativo en este contexto: la atribución es una cuestión del derecho internacional."<sup>25</sup>

165. Los Estados Unidos de América expresan firmemente la misma opinión. Señalan un posible conflicto a este respecto entre los artículos 4 y 5, y opinan que:

"la laguna del derecho interno que existe en el artículo 5 crea efectivamente la posibilidad de que un Estado que haya cometido un hecho ilícito invoque como defensa el derecho interno. Según esa norma, es posible que conforme al derecho de un Estado el comportamiento de los órganos del Estado sea atribuible al Estado, mientras que en otros Estados

---

<sup>23</sup> Comentario al artículo 5, párr. 13.

<sup>24</sup> A/CN.4/488, pág. 38.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, pág. 37.

el comportamiento de entidades idénticas no lo sea. La determinación de si una entidad dada es un órgano del Estado debe resultar de una investigación objetiva."<sup>26</sup>

Los Estados Unidos señalan también que:

"la condición de que el órgano del Estado "en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad" no está debidamente definida. La referencia a la "calidad" puede interpretarse en el sentido de que permite a un Estado infractor discutir su responsabilidad alegando que aunque el órgano del Estado haya cometido el hecho ilícito, actuó fuera de su ámbito de competencia. Esta lectura socavaría el principio de que la responsabilidad de los hechos de los órganos del Estado se rige por el derecho internacional."<sup>27</sup>

El significado de la expresión "haya actuado en esa calidad" se examina en el contexto del artículo 10<sup>28</sup>.

#### El término "órgano"

166. En el caso de una entidad "corporativa" como el Estado, es útil distinguir entre los órganos del Estado (personas o entidades que forman parte de la estructura del Estado y cuyo comportamiento es así atribuible al Estado) y los agentes. Como se explica en el comentario, los "agentes" se definen para este fin como las personas o entidades que actúan de hecho por cuenta del Estado en razón de un mandato o directriz dada por un órgano estatal o (posiblemente), que se considera que actúan por cuenta del Estado en razón del control que ejerce sobre ellas ese órgano. El artículo 8 se ocupa de esta última categoría<sup>29</sup>. Hay diferencias de fondo entre los dos casos. Por ejemplo, los hechos no autorizados de los órganos deben atribuirse al Estado para los fines de la responsabilidad<sup>30</sup>, en tanto que es posible que se apliquen otras consideraciones a los hechos no autorizados de los agentes: esta distinción se hace en el artículo 10. Así pues, aunque está de acuerdo con la observación del Gobierno de Francia en el sentido de que el proyecto de artículos debe incluir tanto la situación de los "órganos" como la de los "agentes", el Relator Especial cree que debe mantenerse la distinción entre las dos categorías hecha en los artículos 5 y 8.

#### La referencia al "derecho interno"

167. Como han señalado varios gobiernos, la remisión que se hace en el artículo 5 al derecho interno del Estado para determinar si una persona o

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*, pág. 35.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pág. 35.

<sup>28</sup> Véanse los párrs. 238 a 243 *infra*.

<sup>29</sup> Véanse los párrs. 198 a 216 *infra*.

<sup>30</sup> Véase la cuestión de los actos ultra vires de personas que actúan en virtud de sus funciones oficiales en los párrs. 238 a 243 *infra*.

entidad debe clasificarse como órgano plantea un problema. El artículo 5 se refiere a "todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado". No cabe duda de que el derecho interno puede ser muy pertinente para la cuestión de determinar si una persona o entidad es un "órgano", pero se plantean varias dificultades si se considera que el derecho interno por sí solo es determinante a este respecto. En primer lugar, el estatuto de las entidades gubernamentales en muchos sistemas está determinado no sólo por la ley sino también por la práctica y el uso establecido; referirse a la ley únicamente puede ser muy problemático<sup>31</sup>. En segundo lugar, es posible que en el derecho interno no se clasifiquen exhaustivamente, o en modo alguno, las entidades que tienen la condición de "órgano". En esos casos, si bien las facultades de una entidad y su relación con otras instituciones con arreglo al derecho interno son pertinentes para su clasificación como "órgano", el derecho interno no lleva a cabo por sí mismo la tarea de clasificación. En tercer lugar, incluso si lo hace, lo hará para sus propios fines, y no hay ninguna seguridad de que el término "órgano" utilizado en el derecho interno tenga el significado amplio que tiene en el artículo 5. Por ejemplo, en algunos sistemas jurídicos el término "gobierno" tiene un significado preciso; se refiere solamente a los órganos del nivel más alto, como el Jefe de Estado y el Gabinete Ministerial. En otros sistemas, la policía tiene un estatuto especial, independiente del ejecutivo. Esto no puede significar que para los fines del derecho internacional no sean órganos del Estado<sup>32</sup>. En el comentario al artículo 5 se acepta este punto y se señala que la referencia al derecho interno se hace "a reserva de los distintos significados que puede tener el término "órgano", especialmente en el marco del derecho público interno de los distintos sistemas jurídicos"<sup>33</sup>. En la mayoría de los sistemas jurídicos, la única clasificación de los órganos es para los fines del "derecho público interno".

El requisito de que el órgano "en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad"

168. El artículo 5 termina con la frase "siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad". La frase "haya actuado en esa calidad" se examina en el contexto del artículo 10<sup>34</sup>. Con sujeción a ese punto, no hay ninguna dificultad con el concepto de que una persona o entidad pueda actuar en varias calidades, de las que no todas entrañan el comportamiento de un "órgano" del Estado. Un caso evidente, por ejemplo, es el del Jefe de Estado que puede

---

<sup>31</sup> Véase I. Brownlie, State Responsibility. Part I (1983), pág. 136 (en que se cita el caso del Comisionado Metropolitano de Policía del Reino Unido).

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, Case No. VI ZR 267/76 (Church of Scientology Case), NJW 1979, pág. 1101; 65, International Law Reports, 193, (República Federal de Alemania, Corte Constitucional Federal); Propend Finance Pty Ltd v Sing (1997), 111, International Law Reports, 611, (Inglaterra, Tribunal de Apelaciones). Estos eran casos de inmunidad del Estado, pero el mismo principio debe aplicarse también en el ámbito de la responsabilidad del Estado.

<sup>33</sup> Comentario al artículo 5, párr. 13.

<sup>34</sup> Véanse los párrs. 235 a 243 infra.

actuar en su calidad de particular<sup>35</sup>; también puede hacerlo un agente diplomático<sup>36</sup>. Pero la redacción de la disposición parece sugerir que el demandante tiene la obligación especial de demostrar, además del hecho de que el comportamiento era el de un órgano, que éste actuaba en calidad oficial. Habría sido preferible una frase más neutra.

169. Antes de llegar a una conclusión sobre el artículo 5, es preciso examinar el artículo 6, con el cual está estrechamente vinculado.

b) Artículo 6: No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado

170. El artículo 6 dice:

El comportamiento de un órgano del Estado se considerará un hecho de ese Estado según el derecho internacional, tanto si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado.

171. Esta no es tanto una norma de atribución como una explicación del alcance del artículo 5. Como se señala en el comentario, en el siglo XIX había incertidumbre respecto de cada una de las cuestiones que se abordan en el artículo 6, pero ello se resolvió de manera concluyente a través de la práctica de los Estados y las opiniones judiciales. El artículo 6 es en cierto sentido un recordatorio de esas controversias de antaño pero, como podrá verse, han surgido en su lugar varias cuestiones nuevas<sup>37</sup>.

Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 6

172. La única observación formulada hasta el momento es la de Francia, que acepta plenamente el principio en que se basa el artículo 6, pero señala que ...

"la distinción que establece entre las funciones de carácter internacional y de carácter interno resulta ambigua. Por otra parte, sería preferible substituir la expresión "pertenece al poder constitucional, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder" por "ejerce funciones constitucionales, legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole".<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Como reconoció la Comisión en el proyecto de artículos sobre las inmunidades de los Estados y de sus bienes, artículo 2 1) b) v) y comentario: Anuario ... 1991, vol. II (Segunda parte), págs. 18 y 19.

<sup>36</sup> Véase la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, artículo 39, párr. 2.

<sup>37</sup> Véase el comentario al artículo 6, párr. 16.

<sup>38</sup> A/CN.4/488, pág. 37.

Cuestiones sustantivas planteadas por el artículo 6

173. El artículo 6 tiene tres elementos, que es preciso considerar uno por uno.

- i) "Si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder"

174. Tal como sugiere el Gobierno de Francia, parecería mejor no referirse al poder legislativo, judicial, etc. del gobierno sino a esas funciones, que se distribuyen de manera muy diferente en los distintos sistemas nacionales. Sin embargo, esa observación plantea una cuestión de fondo. ¿Tiene esa frase la intención de establecer una limitación, es decir, limitar la responsabilidad del Estado a los casos en que se ejercen las prerrogativas del poder público? Por lo menos un comentarista ha opinado que el texto y el comentario existentes, como mínimo, dejan en duda la cuestión<sup>39</sup>. Es evidente que es preciso aclarar las dudas sobre una cuestión tan fundamental como ésta.

175. En cuanto a la interpretación del texto existente, el Relator Especial considera que la posición es clara. Siempre que un órgano del Estado actúe en esta calidad (y no en una calidad ajena puramente privada), todo su comportamiento es atribuible al Estado. Esto es lo que dice a primera vista el artículo 5, y la referencia a los distintos "poderes" del gobierno en el artículo 6 no tiene de ninguna manera por fin limitar el alcance del artículo 5.

176. En lo que respecta a la cuestión de si debe limitarse así el artículo 5, la posición también parece clara. Es verdad que en los últimos 20 años se han establecido distinciones entre las diferentes categorizaciones del comportamiento del Estado, mediante una referencia a términos como acta iure gestionis y acta iure imperii, en el contexto de la inmunidad de los Estados de la jurisdicción de los tribunales nacionales<sup>40</sup>. Pero esto es totalmente diferente de la cuestión de la responsabilidad de los Estados, y no hay fundamento alguno para el concepto de que un Estado puede evadir la responsabilidad por uno de sus propios actos aduciendo no que el acto fue cometido por un particular sino que habría podido ser cometido por un particular, es decir, que fue un acto iure gestionis. Así pues, por ejemplo, un Estado no podría negarse a emplear personas de una raza o religión determinada, o negarse a emplear mujeres, en desafío de sus obligaciones internacionales con respecto a la no discriminación. Tampoco podría negarse a comprar bienes de nacionales de un Estado determinado ni a pagar deudas contraídas con esos nacionales, en violación de un tratado bilateral de comercio o de inversión o de un compromiso comercial multilateral. El hecho de que en cada uno de estos casos el comportamiento en cuestión pueda clasificarse como acta iure gestionis no tiene pertinencia.

---

<sup>39</sup> L. Condorelli, "L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances" (1984), 189, Recueil des cours, 9, págs. 66 a 76.

<sup>40</sup> Se ha señalado con frecuencia que los distintos sistemas jurídicos interpretan y aplican esas distinciones en forma diferente, y que el consenso internacional tiene un alcance limitado. Véase, por ejemplo, M. Cosnard, La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats (1996).

177. Esta es la posición adoptada en la mayor parte de la doctrina moderna<sup>41</sup> y por los tribunales que han examinado la cuestión. Por ejemplo, el Alcalde de Palermo confiscó y trató de administrar una planta industrial a fin de mantener el empleo local; se aceptó sin cuestionamiento que ese hecho era atribuible al Estado de Italia, cualquiera fuera su clasificación<sup>42</sup>. La jurisprudencia de los órganos de derechos humanos es igualmente clara y se refleja en el siguiente pasaje del asunto Swedish Engine-drivers' Union Case:

"En ninguna parte se hace en la Convención una distinción expresa entre las funciones de un Estado contratante como detentador del poder público y sus responsabilidades como empleador. El artículo II no es una excepción a este respecto. Es más, al final del párrafo 2 se indica claramente que el Estado está obligado a respetar la libertad de reunión y asociación de sus empleados, con sujeción a la posible imposición de "restricciones legítimas" en el caso de los miembros de sus fuerzas armadas, su fuerza de policía o su administración. En consecuencia, el artículo II es obligatorio para el "Estado como empleador", ya sea que la relación de este último con sus empleados se rija por el derecho público o privado. En consecuencia, el Tribunal no se siente obligado a tener en cuenta la circunstancia de que por lo menos algunas de las reclamaciones del demandante parecen estar dirigidas a la vez contra la Oficina y el Estado sueco como detentador del poder público. Tampoco considera que deba pronunciarse sobre la aplicabilidad del artículo II, ya sea directa o indirecta, a las relaciones entre particulares stricto sensu."<sup>43</sup>

178. Ahora bien, cabe hacer varias aclaraciones. En primer lugar, el carácter de un hecho puede ser pertinente, entre otras cosas, para decidir si un órgano o un funcionario del Estado ha actuado en su calidad de tal o como persona o entidad particular<sup>44</sup>. En segundo lugar, debe tenerse siempre presente la distinción entre atribución y quebrantamiento. La razón por la cual un Estado por lo general no es responsable internacionalmente de las acciones de "derecho privado" de sus órganos (por ejemplo, el incumplimiento de un contrato comercial formalizado por el Estado) no tiene nada que ver con la atribución; ocurre simplemente que el incumplimiento de un contrato no es una violación del derecho internacional sino de la legislación nacional aplicable. En tercer lugar, este debate se refiere solamente al comportamiento de los órganos del Estado en el sentido del artículo 5. La posición de entidades separadas o de empresas estatales es diferente y se examina más adelante.

ii) "Si sus funciones tienen un carácter internacional o interno"

179. Esta salvedad es innecesaria. No cabe ninguna duda de que la responsabilidad del Estado queda comprometida, ya sea que los hechos sean de

---

<sup>41</sup> Véase, en particular, Condorelli, loc. cit. Véase además Dipla, págs. 40 a 45, y las fuentes citadas.

<sup>42</sup> Asunto ELSI (United States v Italy), I.C.J. Reports 1989, pág. 15.

<sup>43</sup> ECHR, ser. A, vol. 20, pág. 14. En el mismo sentido, Schmidt & Dahlström, ECHR, ser. A, vol. 21, pág. 15.

<sup>44</sup> Véase el párr. 168 supra.

"carácter internacional o interno". Además, la frase parece sugerir una distinción demasiado categórica entre el ámbito "internacional" e "interno". Bastará con indicar esto en el comentario.

- iii) "Cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado"

180. Es fundamental para la idea de la responsabilidad del Estado que el comportamiento de cualquier órgano del sistema de gobierno, desde el Jefe de Estado para abajo, sea atribuible al Estado, siempre que el órgano actúe en su calidad de tal. Como se indica en el comentario ...

"Después de la segunda guerra mundial, las Comisiones de Conciliación Italia/Estados Unidos de América, Italia/Francia e Italia/Reino Unido, instituidas en virtud del artículo 83 del Tratado de Paz del 10 de febrero de 1947, tuvieron que examinar con frecuencia el comportamiento de órganos subalternos del Estado (por ejemplo, depositarios de bienes embargados, síndicos y agentes de policía) y siempre estuvieron de acuerdo en tratar los actos culpables de esas personas como hechos atribuibles al Estado."<sup>45</sup>

Así pues, la situación no deja lugar a dudas y ha sido confirmada en decisiones más recientes. Por ejemplo, en el caso ELSI (United States of America v Italy) no se puso en tela de juicio que los actos de un funcionario local, el Alcalde de Palermo, fueran atribuibles al Estado italiano<sup>46</sup>.

181. En cuanto a la frase, "cualquiera que sea su posición, superior o subordinada", esto parecería excluir a los órganos "intermedios" y los órganos que a causa de su independencia no cabría calificar de subalternos (por ejemplo, los tribunales penales). Sería preferible la expresión "cualquiera que sea la posición que tenga en la organización del Estado".

#### Ubicación del artículo 6

182. Es evidente que debe conservarse la parte sustantiva del artículo 6. Dado que constituye una aclaración del término "órgano" utilizado en el artículo 5 y no una norma de atribución separada, podría incluirse en la redacción del propio artículo 5. Esto tendría la ventaja de permitir que se presentaran las tres normas principales de atribución en los artículos 5, 7 y 8, sin interrupción.

#### Conclusiones sobre los artículos 5 y 6

183. Por estas razones, los artículos 5 y 6 deberían combinarse en un solo artículo, con las distintas enmiendas de menor alcance indicadas. Además, para aumentar la coherencia de esta disposición con el artículo 4, debería eliminarse la referencia al derecho interno. El comentario debería explicar la pertinencia del derecho interno para determinar si una persona o entidad es un "órgano"

---

<sup>45</sup> Comentario al artículo 6, párr. 14, y decisiones citadas en la nota 31.

<sup>46</sup> I.C.J. Reports 1989, pág. 15, pág. 52 (párr. 75).

para los fines de proyecto de artículos, y la falta de pertinencia de la clasificación de sus funciones una vez que se ha determinado que un órgano actúa como tal<sup>47</sup>.

c) Artículo 7: Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público

184. Como indica su título, el artículo 7 se ocupa de "otras entidades", a saber, entidades que no son órganos en el sentido del artículo 5, pero que no obstante ejercen prerrogativas del poder público. Dispone que:

1. Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad pública territorial de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad.

2. Se considerará igualmente hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial pero que esté facultada por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, ese órgano haya actuado en esa calidad.

185. En el comentario al artículo 7 se señala que el principio de atribución debe aplicarse a todas las entidades que ejercen prerrogativas del poder público "tanto cuando el fundamento de su existencia separada es el medio local o territorial en que actúan (como ocurre en el caso de los municipios, provincias, regiones, cantones, Estados miembros de un Estado federal, etc.), como cuando ese fundamento es más bien la especialidad de las funciones que ejercen (como puede ocurrir en el supuesto de un banco de emisión, una empresa de transporte facultada para el ejercicio de poderes de policía, etc.)"<sup>48</sup>. La intención del artículo 7 es incluir ambas categorías.

186. En cuanto al párrafo 1, el comentario se centra en las unidades que integran los Estados federales. Se afirma "el principio de la responsabilidad internacional del Estado federal por el comportamiento de los órganos de los Estados miembros que violan una obligación internacional del Estado federal, incluso cuando se trata de situaciones en que el derecho interno no ofrece al Estado federal el medio de obligar a los órganos de los Estados miembros a que respeten sus propias obligaciones internacionales"<sup>49</sup>. Sólo cuando la obligación de que se trate recae en la unidad integrante, a diferencia del Estado federal, se plantea la cuestión de la atribución a esa unidad por separado<sup>50</sup>.

187. En relación con el párrafo 2, en el comentario se señala que tiene su origen en los trabajos de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930,

---

<sup>47</sup> Véase el texto de la disposición propuesta en el párr. 287 infra.

<sup>48</sup> Comentario al artículo 7, párr. 2.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, párr. 5, y véanse las fuentes citadas en los párrs. 5 a 9.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, párr. 10.

donde se hacía referencia a las "instituciones autónomas, siempre que éstas ejerzan funciones públicas de carácter legislativo o administrativo"<sup>51</sup>. Se señala también la proliferación de esas instituciones y la dificultad de definir las de manera que no sea por referencia a la delegación por ley de las prerrogativas del poder público:

"El hecho de que la entidad pueda definirse como pública o privada ..., el hecho de que haya una participación más o menos amplia del Estado en su capital o, de manera más general, en la propiedad de sus bienes, de que esté sujeta o no al control del Estado o de que lo esté en mayor o menor grado ... no parecen criterios decisivos a los efectos de atribuir o no al Estado un comportamiento de sus órganos ... [L]a solución más apropiada es la de referirse al auténtico rasgo común de esas entidades, que es el estar facultadas, aunque sea sólo con carácter excepcional y limitado, para ejercer determinadas funciones que se relacionan con las que normalmente ejercen los órganos del Estado ... Así, por ejemplo, el comportamiento de un órgano de una empresa de ferrocarriles al que se le han otorgado ciertas facultades de policía se considerará como un hecho del Estado según el derecho internacional si entra en el marco del ejercicio de esas facultades."<sup>52</sup>

El término "entidad" se eligió por tener "una acepción suficientemente amplia para englobar realidades tan diferentes como las entidades públicas territoriales, los establecimientos públicos, las entidades "paraestatales", las diversas instituciones públicas e incluso, en casos especiales, las sociedades de derecho privado"<sup>53</sup>.

#### Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 7

188. Francia cuestiona el concepto de "entidad pública territorial" y opina que se debería mencionar expresamente el caso del Estado federado<sup>54</sup>.

189. El Reino Unido pide una orientación más clara sobre el fenómeno cada vez más común de las entidades paraestatales (por ejemplo, las empresas privadas de seguridad que actúan como agentes de policía de ferrocarriles o como guardianes de cárceles). Otro ejemplo es el de las antiguas empresas estatales que han sido privatizadas pero que pueden conservar algunas funciones públicas o regulatorias<sup>55</sup>. El Reino Unido pide que se aclare el concepto de "poder público". De manera análoga, Alemania opina que es posible que el capítulo II "no tenga en cuenta suficientemente el hecho de que es cada vez más frecuente

---

<sup>51</sup> *Ibíd.*, párr. 15, en que se cita la Base de Discusión No. 23 del Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930 (Anuario... 1965, vol. II, pág. 223, documento A/CN.4/96, anexo 2), pág. 92.

<sup>52</sup> Comentario al artículo 7, párr. 18.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, párr. 19.

<sup>54</sup> A/CN.4/488, pág. 38.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, pág. 43.

que los Estados confíen a personas ajenas a los órganos del Estado actividades normalmente atribuibles a éste"<sup>56</sup>.

"Entidades públicas territoriales"

190. La primera cuestión que plantea el artículo 7 es la referencia específica que en él se hace a las "entidades públicas territoriales", que abarca una amplia gama de unidades administrativas territoriales. La dificultad fundamental fue analizada por Checoslovaquia en sus observaciones del 24 de julio de 1981, como sigue:

"La organización interna de un Estado no está sometida al derecho internacional, sino que se rige por su derecho nacional ... Este hecho se refleja como es debido en los artículos 5 y 6. Por lo que respecta a los hechos de órganos de entidades de la división territorial de los Estados, debe considerarse que esos órganos forman parte de la estructura del Estado. En consecuencia, los hechos de los órganos de ese tipo deben estar ya comprendidos en las disposiciones de los artículos 5 y 6. Teniendo esto en cuenta, la disposición del párrafo 1 del artículo 7 parece ser superflua, por lo menos en lo que respecta a las entidades de la división territorial de un Estado carentes de personalidad internacional."<sup>57</sup>

El actual Relator Especial está de acuerdo con este análisis. Como se indica claramente en los comentarios a los artículos 5 y 6, esos artículos tenían por fin abarcar los órganos gubernamentales, superiores, autónomos o subordinados, ya sea que estuvieran ubicados en la capital o en otras partes, y cualquiera fuera el alcance de su jurisdicción dentro del Estado. Sobre esa base, es evidente que las unidades gubernamentales locales y regionales ya están incluidas en esos artículos, cualquiera sea su designación o condición con arreglo al derecho constitucional del Estado de que se trate. Es erróneo tratarlas como "entidades separadas de la estructura estatal propiamente dicha"<sup>58</sup>. El Estado en su conjunto no debe equipararse al gobierno central. Además, las unidades gubernamentales locales o regionales son como los órganos del gobierno central y no como las "entidades" a que alude el párrafo 2 del artículo 7, en el sentido de que todo su comportamiento en calidad de tales es atribuible al Estado, y no sólo el que entraña el ejercicio de las "prerrogativas del poder público" en un sentido más estrecho<sup>59</sup>. En el comentario al artículo 7 se acepta expresamente el principio establecido de que el Estado federal es en su estructura un Estado como cualquier otro, y que no puede basarse en el carácter federal o descentralizado de su constitución para limitar el alcance de sus responsabilidades internacionales<sup>60</sup>. La identificación separada de las "entidades públicas territoriales" es incompatible con ese principio.

---

<sup>56</sup> *Ibíd.*, pág. 36.

<sup>57</sup> Anuario ... 1981, vol. II (Primera parte), pág. 84.

<sup>58</sup> Comentario al artículo 7, párr. 17.

<sup>59</sup> Véanse los párrs. 168 y 174 a 178 supra.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, párr. 5; párr. 186 supra.

191. Esta conclusión no se ve afectada por el hecho de que las unidades federales u otras unidades territoriales de un Estado tienen una personalidad jurídica separada con arreglo al derecho de ese Estado. Esto se aplica en el caso de muchos de los órganos mencionados en el artículo 5: por ejemplo, es corriente que los departamentos centrales del gobierno tengan una personalidad jurídica separada, pero ello no afecta al principio de la "unidad del Estado" para los fines del derecho internacional, como señaló el Árbitro Dupuy en su laudo preliminar en el arbitraje de Texaco<sup>61</sup>. No cabe duda de que esta posición puede ser diferente en los casos excepcionales en que las unidades que componen un Estado federal ejercen ciertas competencias internacionales limitadas, por ejemplo, para los fines de formalizar tratados sobre cuestiones locales. En la medida en que esos tratados no comprometen a la federación como tal sino sólo a las unidades locales, no puede plantearse ninguna cuestión de responsabilidad estatal en el sentido del proyecto de artículos. En la medida en que comprometen a la federación, deben aplicarse las normas de atribución corrientes enunciadas en el artículo 5. En consecuencia, se recomienda que se eliminen el párrafo 1 del artículo 7 y la referencia a las entidades públicas territoriales en el párrafo 2 del artículo 7<sup>62</sup>. En el comentario al artículo 5 debe indicarse claramente que se consideran órganos del Estado los órganos de las unidades gubernamentales locales y regionales del Estado, cualquiera sea su designación.

#### Entidades "paraestatales" que ejercen funciones públicas

192. La posición es diferente en lo que respecta al párrafo 2. El número de entidades "paraestatales" que desempeñan funciones gubernamentales está aumentando, y es preciso abordar la cuestión en el proyecto de artículos. Por las razones indicadas en el comentario y afirmadas en varias observaciones de gobiernos, es preciso conservar este aspecto del artículo 7. Se desprende claramente del comentario que el artículo 7 pretende abarcar a personas tales como los guardias de seguridad privados que actúan como guardianes de cárceles, en la medida en que ejercen funciones públicas, como la facultad de detener y de disciplinar en cumplimiento de una sentencia judicial o de reglamentaciones penitenciarias<sup>63</sup>. Así se tienen en cuenta las preocupaciones del Reino Unido

---

<sup>61</sup> (1975) 53, International Law Reports, 389, pág. 415 (párr. 23). Véase el párr. 158 supra.

<sup>62</sup> Esto es coherente con la posición adoptada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y con los textos sobre Estados federales en el derecho internacional: véanse, por ejemplo, L. Wildhaber, Treaty-Making Power and Constitution (1971), Part II; I. Bernier, International Legal Aspects of Federalism (1973); H. Michelmann and P. Soldatos (recop.), Federalism and International Relations: The Role of Subnational Units (1990); B. Opeskin and D.R. Rothwell, International Law and Australian Federalism (1997).

<sup>63</sup> Véase también Barthold v Federal Republic of Germany, ECHR, ser. A, vol. 90 (1985), pág. 21 (normas de asociaciones profesionales a las que se atribuye fuerza de ley).

antes mencionadas<sup>64</sup>, aunque no cabe duda de que el comentario podría proporcionar más ejemplos, y ejemplos más recientes<sup>65</sup>.

193. Es muy diferente tratar de determinar con precisión el alcance de las "prerrogativas del poder público" para este fin, y es muy cuestionable que se deba intentar esto en el artículo 7. Más allá de cierto límite, lo que se considera "poder público" depende de la sociedad de que se trate, su historia y sus tradiciones. Es particularmente importante no sólo el contenido de las facultades sino la forma en que se confieren a una entidad, los propósitos para los cuales han de ejercerse y la medida en que la entidad debe rendir cuenta de su ejercicio al gobierno. El comentario podría proporcionar orientación sobre esas cuestiones, pero éstas son básicamente cuestiones de aplicación de una norma general a circunstancias particulares y muy diversas. Corresponde al demandante demostrar que el perjuicio efectivamente emana del ejercicio de esas facultades: la redacción de la disposición pertinente contenida en el párrafo 2 debería conservarse, contrariamente a lo que ocurre con la redacción ya propuesta para el artículo 5<sup>66</sup>.

#### Conclusión sobre el artículo 7

194. Por estas razones, se recomienda que se eliminen las referencias a las "entidades públicas territoriales" en el artículo 7 y en otros lugares, pero que se conserve la parte sustantiva del párrafo 2 del artículo 7<sup>67</sup>.

d) Artículo 8: Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado

195. A diferencia de los artículos 5 y 7, que tratan de los órganos estatales o de otras entidades que ejercen prerrogativas del poder público, el artículo 8 se ocupa de otros casos en que personas o grupos han actuado de hecho "por cuenta" del Estado. El artículo dice:

Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si:

a) Consta que esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado; o

b) Esa persona o ese grupo de personas ejercía de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas.

---

<sup>64</sup> Véase el párr. 189 supra.

<sup>65</sup> Un ejemplo más reciente de una entidad perteneciente a la categoría de "entidades separadas" con arreglo al párrafo 2 del artículo 7, es la "Foundation for the Oppressed": véase Hyatt International Corporation v Iran (1985), 9, Iran-United States Claims Tribunal, 72.

<sup>66</sup> Véase el párr. 168 supra.

<sup>67</sup> Se proponen algunas enmiendas menores a la redacción del párrafo 2: véase el párr. 287 para el texto propuesto y las notas.

Comentarios de los gobiernos sobre el artículo 8

196. Aunque son pocos los gobiernos que formularon observaciones sobre el artículo 8 propiamente dicho, varias observaciones generales se referían al problema de la responsabilidad del Estado por los hechos de personas o entidades que no están formalmente dentro de la estructura estatal. Alemania, Mongolia y el Reino Unido opinaron que en el proyecto de artículos se debía adoptar un criterio más amplio con respecto a esta categoría<sup>68</sup>. Por su parte, los Estados Unidos estuvieron "de acuerdo en el elemento básico ... [del artículo 8] según el cual puede existir de facto una relación entre una persona y un Estado, incluso si es difícil determinar la existencia de una relación jurídica precisa"<sup>69</sup>.

197. Al igual que el artículo 7, el artículo 8 se ocupa de dos casos diferentes. En primer lugar, el párrafo a) del artículo 8 alude a las personas o los grupos de personas que actuaban de hecho por cuenta del Estado. El párrafo b) del artículo 8 trata del caso mucho más infrecuente de las personas o los grupos de personas no autorizadas de hecho por el Estado pero que actuaban "justificadamente" en ausencia de las autoridades. Es preciso examinar los dos casos por separado.

i) Personas que actuaban de hecho por cuenta del Estado

198. Como se señala en el comentario, la atribución al Estado de un comportamiento ordenado o autorizado de hecho por él es "prácticamente incontestable"<sup>70</sup>. En esos casos, no importa si la persona o personas en cuestión son particulares, ni tampoco si el comportamiento entraña o no una actividad "del poder público". También se señala claramente que el término "personas" se aplica a las entidades, tengan o no personería jurídica separada<sup>71</sup>.

199. En la redacción del apartado a) del artículo 8 se añadieron las palabras "consta que". Según el comentario, esto se hizo porque ...

"en cada caso concreto en que se trata de establecer una responsabilidad internacional del Estado, debe efectivamente probarse que la persona o el grupo de personas han sido verdaderamente encargados por órganos del Estado de desempeñar una determinada función o de ejecutar una determinada tarea, que han realizado un trabajo por instigación de esos órganos."<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Véanse los párrs. 153, 155 y 156 supra.

<sup>69</sup> A/CN.4/448, pág. 40.

<sup>70</sup> Comentario al artículo 8, párr. 7, en que se citan, entre otras cosas, los casos Zafiro y Stephens: United Nations Reports of International Arbitral Awards, vol. VI, pág. 160; ibíd., vol. IV, pág. 267.

<sup>71</sup> Comentario al artículo 8, párr. 1.

<sup>72</sup> Ibíd., párr. 8.

Ahora bien, el demandante tiene que demostrar siempre que se han cumplido las condiciones para que haya responsabilidad del Estado<sup>73</sup>. ¿Por qué, en los casos en que la responsabilidad está basada en una autorización o instrucción efectiva, debería esta carga ser más onerosa que en otros? Se sugiere que se elimine esa frase.

#### La pertinencia del control del Estado

200. En el pasaje que acaba de citarse, las frases "verdaderamente encargados" y "por instigación de esos órganos" implican conjuntamente que el apartado a) del artículo 8 se limita a los casos de una orden o una instrucción efectiva, es decir, a casos de verdadera actuación como agentes. En otras partes, el comentario es más equívoco. Por ejemplo, el comentario al artículo 11 dice lo siguiente:

"Cuando se comprueba que ese gobierno alienta e incluso procura promover la organización de esos grupos [de oposición armada], que los ayuda financieramente, los adiestra, los arma, coordina su acción con la de sus propias fuerzas con miras a posibles operaciones, etc., tales grupos dejan de ser particulares desde el punto de vista del derecho internacional. Pasan a ser entidades que actúan de consuno con el Estado y con su instigación, que cumplen misiones autorizadas e incluso asignadas a ellos por el Estado. Entran entonces en la categoría de esas personas o grupos vinculados de hecho, si no formalmente, con la organización del Estado, a los que se suele denominar "órganos de hecho" y que se han analizado en el apartado a) del artículo 8 del presente proyecto."<sup>74</sup>

Las palabras "procura promover" y "coordina" son menos enfáticas que las palabras "encarga" o "instiga", y se plantea así la cuestión de si el control de hecho de un Estado sobre de una persona o un grupo de personas debería considerarse como base clara para la atribución. De lo contrario, tal vez sea necesario reconsiderar la redacción del apartado a) del artículo 8. En el lenguaje corriente, se puede decir que una persona actúa "por cuenta" de otra sin ninguna instrucción o mandato real de esta última. Ésta no es una simple cuestión de redacción, sino de fondo. ¿En qué medida debe limitarse la actuación como agente de hecho a los casos de actuación expresa como agente?

#### El caso de Nicaragua

201. Esta fue una de las cuestiones principales en el Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)<sup>75</sup>. ¿Era el comportamiento de los contras como tal atribuible a los Estados Unidos, de modo que podía considerarse que los Estados Unidos eran responsables en general de ese comportamiento? La Corte analizó la cuestión casi exclusivamente en el marco del concepto de "control". Sostuvo, por una parte, que los ataques individuales de los operativos nicaragüenses (los llamados "UCLA") eran atribuibles a los Estados Unidos en razón de la

---

<sup>73</sup> Véase el párr. 159 supra.

<sup>74</sup> Comentario al artículo 11, párr. 32.

<sup>75</sup> I.C.J. Reports 1986, pág. 14.

"planificación, dirección y apoyo" de agentes de los Estados Unidos<sup>76</sup>. Pero a continuación examinó y rechazó la acusación más amplia de Nicaragua de que todo el comportamiento de los contras era atribuible a los Estados Unidos en razón de su control sobre ellos. Llegó así a la siguiente conclusión:

"Pese a los considerables subsidios y otro apoyo proporcionados por 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 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 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."<sup>77</sup>

Así pues, aunque se consideró que los Estados Unidos eran responsables de su propio apoyo a los contras, solamente en unos pocos casos individuales se consideró que las acciones de los propios contras eran atribuibles a los Estados Unidos.

202. Es pertinente citar los comentarios del Magistrado Ago sobre estas cuestiones. Refiriéndose al artículo 11 del proyecto de artículos, manifestó en su opinión concurrente que ...

"sería ... incompatible con los principios que rigen la cuestión considerar a los miembros de las fuerzas de los contras como personas o grupos que actuaban en nombre o por cuenta de los Estados Unidos de América. Solamente en los casos en que ciertos miembros de [los contras] hubieran recibido órdenes expresas de las autoridades de los Estados Unidos de cometer un acto determinado o de realizar una tarea determinada de algún tipo por cuenta de los Estados Unidos sería posible considerarlos así. Sólo en esos casos el derecho internacional reconoce, como rara excepción a la norma, que el comportamiento de personas que no son agentes ni órganos del Estado, ni miembros del aparato estatal aunque sea en la acepción más amplia de ese término, pueden considerarse hechos del Estado."<sup>78</sup>

El Magistrado Ago criticó a continuación el uso por la Corte del término "control". A su juicio, "las situaciones que pueden considerarse correctamente casos de responsabilidad indirecta son aquellas en que un Estado que, en algunas circunstancias, ejerce control sobre las acciones de otro puede ser considerado

---

<sup>76</sup> *Ibíd.*, pág. 51.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, págs. 62, 64 y 65 (subrayado en este documento).

<sup>78</sup> *Ibíd.*, págs. 188 y 189.

responsable de un hecho internacionalmente ilícito cometido por ese segundo Estado e imputable a él"<sup>79</sup>. Según esta opinión, el criterio del control es pertinente en las relaciones interestatales (de hecho, cabe observar que en el artículo 28 se utiliza la expresión "poder de dirección o de control"). Pero no es un criterio para atribuir al Estado el comportamiento de entidades no estatales.

203. Aunque no hubo desacuerdo entre el Magistrado Ago y la mayoría de los miembros de la Corte en cuanto al resultado, sí hubo una diferencia de enfoque. La Corte estaba dispuesta a considerar a los Estados Unidos responsables del comportamiento de los contras en el curso de operaciones específicas respecto de las cuales se había demostrado que los Estados Unidos ejercían un "control efectivo", en tanto que el Magistrado Ago exigía nada menos que una autorización específica del propio acto ilícito. Por otra parte, todos convinieron en que una situación general de dependencia y apoyo eran insuficientes para justificar la atribución.

#### El caso Tadic

204. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia debió enfrentar un problema aparentemente análogo en el asunto Prosecutor v Tadic<sup>80</sup>. La cuestión consistía en determinar si la ley aplicable en una acusación relativa a crímenes de guerra era la ley de los conflictos armados internacionales o internos. Eso dependía a su vez de si las víctimas de los supuestos crímenes estaban en el momento en cuestión "en poder de una Parte en conflicto ... de la cual no sean súbditas" con arreglo al significado del artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949. Si no lo estaban, el comportamiento del acusado debía juzgarse solamente con arreglo al artículo 3 común de los Convenios de 1949.

205. De acuerdo con la mayoría de la Sala, la Corte había establecido en el caso de Nicaragua "un umbral particularmente alto para determinar el grado de control necesario"<sup>81</sup>. Tras señalar las diferencias entre los dos casos, la Corte planteó la cuestión en los términos siguientes: "si, incluso si por un lado había habido una relación de gran dependencia, había por otro una relación de control tal que, en el caso en cuestión, los actos de la VRS ... pueden atribuirse al Gobierno de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)"<sup>82</sup>. Llegó a la conclusión siguiente:

"En resumen, no hay pruebas en las que esta Sala pueda basarse para llegar con certeza a la conclusión de que las fuerzas armadas de la República Srpska, y la República Srpska en su totalidad, eran algo más que meros aliados, si bien aliados muy dependientes, del Gobierno de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en el plan de este último de crear una Gran Serbia con los restos de la ex Yugoslavia. La participación continua e indirecta del Gobierno de la República Federal de Yugoslavia

---

<sup>79</sup> *Ibíd.*, pág. 189, nota 1 (subrayado en el original).

<sup>80</sup> (1997) 112 International Law Reports, 1.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, pág. 190 (párr. 585, Magistrados Stephen y Vohrah).

<sup>82</sup> *Ibíd.*, pág. 191, párr. 588.

(Serbia y Montenegro) en el conflicto armado en la República de Bosnia y Herzegovina, sin la capacidad de imputar los hechos de las fuerzas armadas de la República Srpska al Gobierno de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), da lugar a cuestiones de responsabilidad del Estado que están más allá del alcance y los cuestionamientos del presente caso."<sup>83</sup>

Esta conclusión tuvo consecuencias directas para la inocencia del acusado en relación con acusaciones que dependían de la determinación de que el conflicto armado era un conflicto internacional.

206. La Magistrada McDonald tuvo una posición disidente sobre este punto, básicamente por tres razones. Como cuestión de derecho, la mayoría había interpretado el análisis aplicado en el caso Nicaragua de manera demasiado estricta. De hecho, la Magistrada estuvo en desacuerdo con respecto a las inferencias que debían extraerse de las pruebas (incluido el hecho de que todos los miembros de las fuerzas armadas de la República Srpska seguían siendo pagados y armados por la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). Pero, en particular, en su opinión ...

"Al importar el criterio del control efectivo, formulado para determinar la imputabilidad del Estado en el caso Nicaragua, a fin de decidir si una víctima es una persona protegida y definir la índole de un conflicto armado, la mayoría ha ampliado el alcance de la conclusión en el caso Nicaragua de manera incompatible con el derecho internacional humanitario."<sup>84</sup>

207. La decisión está en proceso de apelación y sería inapropiado expresar una opinión al respecto. Sin embargo, sí se puede decir es que tanto la mayoría como la minoría interpretó el caso Nicaragua en el sentido de que permitía que la atribución se basara en el ejercicio del mando y el control en el marco de una operación determinada y que ni la una ni la otra fue tan lejos como el Magistrado Ago al exigir una instrucción u "orden específica".

#### La jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos

208. El Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos también ha tenido que ocuparse de este problema, aunque es preciso analizar los casos con cuidado, dado que su jurisdicción abarca explícitamente las reclamaciones contractuales contra una "entidad controlada por" cualquiera de las partes contratantes. En estos casos, el Tribunal ha actuado como representante del tribunal nacional pertinente y no se han planteado cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado. En particular, el hecho de que la República Islámica del Irán hubiera garantizado el pago de indemnizaciones con cargo al fondo fiduciario no significaba necesariamente que fuera responsable de las indemnizaciones propiamente dichas<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> *Ibíd.*, pág. 200, párr. 606.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, pág. 270 (Magistrada McDonald, en su opinión disidente).

<sup>85</sup> El Tribunal explicó la distinción en el asunto Starrett Housing Corporation v Government of the Islamic Republic of Iran, (1983), 4, Iran-United States Claims Tribunal, 122, pág. 143; véase también Caron, págs. 112 a 119.

209. La cuestión de la responsabilidad de un Estado con respecto a las empresas bajo su control plantea problemas especiales y se examina más adelante. Pasando a la cuestión de la calidad de "agente" que se trata en el apartado a) del artículo 8, el Tribunal ha aplicado un análisis amplio del carácter de facto de entidades como los "Komitehs" o Guardias Revolucionarios en el período anterior a su incorporación como órganos del Estado. Por ejemplo, en Yeager v Islamic Republic of Iran, el Tribunal declaró lo siguiente:

"Aunque hay algunas dudas en cuanto a si los "Komitehs" o "Guardias" revolucionarios podían considerarse "órganos" del Gobierno del Irán, dado que no estaban formalmente reconocidos como tales durante el período pertinente a este caso, la atribución de hechos al Estado no se limita a los hechos de órganos formalmente reconocidos con arreglo al derecho interno. Si no fuera así, un Estado podría evadir su responsabilidad en el derecho internacional invocando simplemente su derecho interno. Se acepta generalmente en el derecho internacional que un Estado también es responsable de las acciones de las personas si se demuestra que esas personas actuaban de hecho por cuenta del Estado. Véase el apartado a) del artículo 8 del proyecto de la CDI ..."<sup>86</sup>

#### El caso Loizidou

210. La relación entre el control de un Estado sobre una situación y su responsabilidad respecto de esa situación se planteó también ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Loizidou v Turkey. La cuestión consistía en determinar si Turquía podía considerarse responsable de denegar al demandante el acceso a sus bienes en la parte septentrional de Chipre como resultado de la división de Chipre y la consiguiente restricción de la libertad de circulación. El Tribunal declaró lo siguiente:

"No es necesario determinar, como han sugerido el demandante y el Gobierno de Chipre, si Turquía ejerce realmente un control minucioso de las políticas y las acciones de las autoridades de la "TRNC". Se desprende claramente del número considerable de efectivos en servicio activo en la parte septentrional de Chipre ... que su ejército ejerce un control general efectivo sobre esa parte de la isla. Ese control, según las pruebas pertinentes y las circunstancias del caso, entraña la responsabilidad de Turquía por las políticas y las acciones de la "TRNC" ... Los afectados por estas políticas y acciones están entonces dentro de la "jurisdicción" de Turquía para los fines del artículo 1 de la Convención. Por lo tanto, su obligación de asegurar al demandante los derechos y libertades establecidos en la Convención se extiende a la parte septentrional de Chipre."<sup>87</sup>

El Tribunal basó así la responsabilidad de Turquía por la denegación al demandante del derecho de acceso a sus bienes, en contravención del artículo 1

---

<sup>86</sup> (1987), 17, Iran-United States Claims Tribunal, 92, pág. 103, y véase el pasaje íntegro en las págs. 103 a 105. Cabe señalar que había en ese caso pruebas de que órganos del Estado habían alentado el comportamiento de que se trataba, pero no pruebas relativas a instrucciones o directrices.

<sup>87</sup> ECHR, ser. A, vol. 707 (1996), párr. 56.

del Protocolo 1, en una evaluación global del "control" de Turquía sobre la isla, evaluación basada en el número de efectivos turcos en el terreno y en la ilegitimidad de la "TRNC". En efecto, el Tribunal sostuvo:

"De conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional que rige la responsabilidad de los Estados, puede haber también responsabilidad de una Parte contratante cuando, como resultado de una acción militar - legítima o ilegítima - esa Parte ejerce un control efectivo sobre una zona fuera de su territorio nacional. La obligación de garantizar, en esa zona, los derechos y libertades establecidos en la Convención se desprenden del hecho de ese control, ya sea que éste se ejerza directamente, a través de sus fuerzas armadas, o a través de una administración local subordinada."<sup>88</sup>

211. Este enfoque "global" fue criticado en la opinión disidente del Magistrado Bernhardt, quien dijo:

"La presencia de tropas turcas en la parte septentrional de Chipre es uno de los elementos de una serie de acontecimientos y de una situación extremadamente complejas. Como ya se explicó y se decidió en el fallo Loizidou sobre las objeciones preliminares ... Turquía puede ser considerada responsable de las acciones concretas llevadas a cabo por tropas u oficiales turcos en la parte septentrional de Chipre. Pero en este caso nos enfrentamos con una situación especial, a saber, la existencia de una frontera de facto, protegida por fuerzas bajo el mando de las Naciones Unidas, que hace imposible que los grecochipriotas visiten sus hogares o sus propiedades en la parte septentrional de la isla o permanezcan en ellos. La presencia de tropas turcas y el apoyo de Turquía a la "TRNC" son factores importantes en la situación existente, pero no me parece que puedo basar un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exclusivamente en el supuesto de que la presencia turca es ilegítima y que Turquía es, en consecuencia, responsable prácticamente de todo lo que ocurre en la parte septentrional de Chipre."<sup>89</sup>

El caso está en una zona gris entre cuestiones de atribución y de causalidad; esto último se tratará al examinar la segunda parte del proyecto de artículos, en especial el artículo 44. Pero cabe señalar, en primer término, que la mayoría de los miembros del Tribunal consideró que estaba aplicando principios de "imputabilidad"<sup>90</sup> y, en segundo lugar, que los Magistrados no se basaron exclusivamente en el carácter ilegítimo del control de Turquía sobre la parte septentrional de Chipre<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> *Ibíd.*, párr. 52, refiriéndose a su decisión sobre las objeciones preliminares: ECHR, ser. A, vol. 310 (1995), párr. 62.

<sup>89</sup> ECHR, ser. A, vol. 707 (1996), opinión disidente del Magistrado Bernhardt, párr. 3.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, párr. 52.

<sup>91</sup> La falta de un estatuto internacional separado de la "TRNC" era no obstante pertinente, dado que privaba a Turquía de la justificación de basar su ocupación en el consentimiento de esta última. En efecto, se consideró a la

Comportamiento de las empresas de propiedad estatal

212. Se plantean cuestiones conexas con respecto al comportamiento de compañías o empresas de propiedad estatal o bajo control estatal. Si esas empresas actúan de manera incompatible con las obligaciones internacionales del Estado interesado, ¿es su conducta atribuible a ese Estado? Al examinar esta cuestión es necesario recordar, de conformidad con la declaración de la Corte Internacional en el caso Barcelona Traction, que el derecho internacional reconoce en general el carácter separado de las empresas al nivel nacional, excepto en los casos especiales en que el "velo empresarial" es simplemente un recurso o un instrumento para el fraude<sup>92</sup>.

213. Es evidente que el hecho de que el Estado cree inicialmente una empresa estatal (ya sea por ley especial o de conformidad con la legislación general) no constituye base suficiente para atribuir al Estado el comportamiento ulterior de esa entidad<sup>93</sup>. Dado que las empresas, aunque sean de propiedad del Estado (y estén en ese sentido sujetas a su control) se consideran entidades separadas, a primera vista su comportamiento en la realización de sus actividades no es atribuible al Estado, a menos que ejerzan prerrogativas del poder público, como se señala en el párrafo 2 del artículo 7. Esta fue la posición adoptada, por ejemplo, en relación con la expropiación de bienes por una empresa 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 empresa esa expropiación<sup>94</sup>. Por otra parte, cuando ha habido pruebas de que la empresa ejerce prerrogativas del poder público<sup>95</sup> o de que el Estado utiliza su propio interés de propiedad o de control de la empresa específicamente con el fin de

---

"TRNC" un órgano subordinado de Turquía y, en este sentido, hubo consideraciones de legalidad que influyeron en la decisión sobre la atribución.

<sup>92</sup> I.C.J. Reports 1970, pág. 3.

<sup>93</sup> Por ejemplo, los consejos de trabajadores considerados en el asunto Schering Corporation v Islamic Republic of Iran (1984), 5, Iran-United States Claims Tribunal, 361; Otis Elevator v Islamic Republic of Iran (1987), 14, Iran-United States Claims Tribunal, 283; Eastman Kodak Co v Islamic Republic of Iran (1987), 17, Iran-United States Claims Tribunal, 153; examinados por Aldrich, págs. 204 a 206; Caron, págs. 134 a 135.

<sup>94</sup> SEDCO Inc v National Iranian Oil Co (1987), 15, Iran-United States Claims Tribunal, 23. Véase también International Technical Products Corp. v Islamic Republic of Iran (1985), 9, Iran-United States Claims Tribunal, 206, (acciones del Banco Tejarat, un banco nacionalizado, no atribuibles al Irán); Flexi-Van Leasing v Islamic Republic of Iran (1986), 12, Iran-United States Claims Tribunal, 335, pág. 349 (las responsabilidades contractuales de las empresas nacionalizadas no son atribuibles al Irán en ausencia de pruebas de "órdenes, directrices, recomendaciones o instrucciones del... Gobierno"). Véase el análisis de Caron, págs. 163 a 175.

<sup>95</sup> Phillips Petroleum Co v. Islamic Republic of Iran (1989), 21, Iran-United States Claims Tribunal, 79; Petrolane Inc v Government of the Islamic Republic of Iran (1991), 27, Iran-United States Claims Tribunal, 64.

lograr un resultado determinado<sup>96</sup>, el comportamiento en cuestión se ha atribuido al Estado.

214. La distinción señalada en el párrafo anterior parece defendible<sup>97</sup>. La consecuencia de la atribución es la agrupación de todos los hechos de que se trata y su conexión con el Estado como entidad del derecho internacional para los fines de la responsabilidad del Estado. Pero esto no significa que las diferencias (incluidas las relativas al estatuto jurídico interno) entre las entidades de que se trata no sean pertinentes para decidir si el comportamiento debe ser atribuible. Es aquí donde debe tenerse en cuenta el enfoque de la personalidad de las empresas establecido por el Tribunal en el caso Barcelona Traction. Ese enfoque, aunque no forma parte en sí mismo del derecho relativo a la atribución, es un factor que debe aplicarse en el proceso de atribución. En consecuencia, la ampliación del apartado a) del artículo 8 para incluir casos de acciones realizadas bajo la dirección y el control de un Estado no tendría el efecto de hacer que todo el comportamiento de las empresas estatales fuera atribuible al Estado para los fines del derecho internacional.

#### El problema ante la Comisión

215. Se trata de determinar si el apartado a) del artículo 8, además de abarcar los casos en que existe una autorización o instrucción efectiva, debe hacerse extensivo a aquéllos en que las operaciones o actividades específicas se llevan a cabo de hecho bajo la dirección y el control del Estado. El texto actual ("actuaba de hecho por cuenta de ese Estado") no es del todo claro sobre ese punto, pero el Magistrado Ago parece haber considerado que se limitaba a casos de instrucciones expresas<sup>98</sup>. La dificultad radica en que en muchas operaciones, en particular las que serían claramente ilícitas si se atribuyeran al Estado, la existencia de instrucciones expresas será muy difícil de demostrar.

216. Se podría aducir que la cuestión planteada en el caso Nicaragua se refería específicamente al alcance de la obligación de un Estado de controlar fuerzas irregulares o auxiliares que actuaban bajo sus auspicios, y que se trata o bien de una cuestión relativa al contenido de la norma primaria pertinente o, alternativamente, de una lex specialis consuetudinaria en ese contexto concreto. Sea como fuere, la cuestión de la dirección y el control de un Estado como base para la atribución sí se plantea en términos generales, y en el caso Nicaragua

---

<sup>96</sup> Foremost Tehran Inc v Islamic Republic of Iran (1986), 10, Iran-United States Claims Tribunal, 228; American Bell International v Islamic Republic of Iran (1986), 12, Iran-United States Claims Tribunal, 170.

<sup>97</sup> Véase también Herzberg contra la Sociedad Finlandesa de Radiodifusión (SFR) No. R.14/61 (1982), en A/37/40, anexo XIV, párr. 9.1 (decisión discrecional de un ejecutivo de la Finnish Broadcasting Co. de no difundir un programa determinado; comportamiento atribuible a Finlandia en razón de su interés mayoritario (90%) en la SFR, pero también sobre la base de que la SFR estaba bajo el "control gubernamental": párr. 9.1). Véase también Application 4125/69. X v Ireland (1971), 14, ECHR Yearbook, 198 (Irish Electricity Supply Board); Young, James and Webster v United Kingdom, ECHR, ser A, vol. 44 (1981) (British Rail).

<sup>98</sup> Véase el párr. 202.

la Corte parece haberla considerado como una cuestión de principio general. Además, no resulta claro por qué el comportamiento de fuerzas armadas auxiliares en operaciones bajo la dirección y el control específicos de un Estado debería ser atribuible al Estado, pero no debería serlo un comportamiento análogo bajo la dirección y el control del Estado en otras esferas. La posición adoptada por la mayoría de los miembros de la Corte en Nicaragua no fue objeto de una opinión disidente específica en ese caso, ni tampoco ha sido criticada por ser excesivamente amplia en decisiones posteriores o en la doctrina<sup>99</sup>. Por todas estas razones, es la opinión provisional del Relator Especial que el apartado a) del artículo 8 debe aclararse, que es conveniente atribuir al Estado las acciones específicas llevadas a cabo bajo su dirección y control, y que debe añadirse una formulación apropiada en ese sentido. En el texto y en el comentario debe indicarse claramente que el comportamiento debe ser atribuible al Estado sólo si el Estado ha dirigido y controlado la operación específica y el comportamiento contra el cual se ha presentado una reclamación formaba parte necesaria, integral o deliberada de esa operación. El principio no debe hacerse extensivo al comportamiento asociado con una operación sólo de manera incidental o periférica o al comportamiento que escapaba a la dirección y el control del Estado<sup>100</sup>.

ii) Agentes de hecho; el ejercicio de funciones estatales en ausencia del Estado

217. Según el apartado b) del artículo 8, es atribuible al Estado el comportamiento de una persona o grupo de personas que "ejercía de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas". En el comentario se señala que las situaciones previstas en el apartado b) sólo ocurren en casos excepcionales, como los de revolución, conflicto armado u ocupación extranjera, en que las autoridades regulares son disueltas o sojuzgadas o son en ese momento inoperantes. Se estipula que la atribución al Estado

"no puede ser admitida más que en casos verdaderamente excepcionales ... [A] este respecto ... deben reunirse las condiciones siguientes: en primer lugar, es preciso que el comportamiento de la persona o del grupo de personas esté relacionado efectivamente con el ejercicio de prerrogativas del poder público. En segundo lugar, es preciso que el comportamiento haya sido adoptado dada la ausencia de autoridades oficiales ... y, además, en

---

<sup>99</sup> Véase, por ejemplo, P-M Eisemann, "L'arrêt de la CIJ du 27 juin 1986 (fond) dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci" (1986), 32, Annuaire Français de Droit International 153, págs. 79 y 180; J Verhoeven, "Le droit, le juge et la violence. Les arrêts Nicaragua c. Etats Unis" (1987), 91, RGDIP 1159, págs. 1230 a 1232; C Lang, L'affaire Nicaragua/Etats Unis devant la Cour Internationale de Justice (1990), págs. 216 a 222.

<sup>100</sup> Véase el texto propuesto del apartado a) del artículo 8 en el párr. 287 infra.

circunstancias que justificaran el ejercicio de estas prerrogativas por particulares." <sup>101</sup>

#### Comentarios de los gobiernos

218. En su comentario del 11 de enero de 1980, el Canadá reservó su posición con respecto al apartado b) del artículo 8, aduciendo que podría ser preferible una redacción más restrictiva <sup>102</sup>. No ha habido comentarios más recientes.

#### El principio fundamental

219. El principio en que se basa el apartado b) del artículo 8 está relacionado en cierta medida con el antiguo concepto del levantamiento en masa, es decir, la legítima defensa de los ciudadanos en ausencia de fuerzas regulares que se reconoce como tal en el artículo 2 del Reglamento de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y en el apartado 6 del párrafo A del artículo 4 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato a los prisioneros de guerra <sup>103</sup>. Pero hay algunos casos dentro del ámbito de la responsabilidad del Estado propiamente dicha. Así pues, el Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos consideró que la posición de los o "Komitehs" o Guardias Revolucionarios inmediatamente después de la revolución en la República Islámica del Irán estaba potencialmente comprendida en el alcance del apartado b) del artículo 8. El caso Yeager v Islamic Republic of Iran se refería, entre otras cosas, al desempeño de funciones de inmigración, aduanas y otras funciones similares en el aeropuerto de Teherán inmediatamente después de la revolución. El Tribunal sostuvo que su comportamiento era atribuible al Irán en razón de que, si no estaban realmente autorizados por el Gobierno, los Guardias

"por lo menos ejercían algunas de las prerrogativas 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." <sup>104</sup>

#### La formulación del principio

220. Hay en consecuencia algunos argumentos a favor del principio enunciado en el apartado b) del artículo 8, que se aplicaría en casos excepcionales. Sin embargo, su redacción es algo paradójica, pues implica que el comportamiento que puede dar lugar a la responsabilidad del Estado está no obstante justificado. Cabría objetar que si el comportamiento era ilícito no puede haber estado

---

<sup>101</sup> Comentario al artículo 8, párr. 11. Más adelante en el comentario se distingue el gobierno de facto de un Estado, en cuyo caso el comportamiento de sus órganos se contempla en el artículo 5 y no en el apartado b) del artículo 8. Véase *ibíd*, párr. 12, en que se cita el Tinoco Arbitration (1923), 1, Reports of International Arbitral Awards, 24.

<sup>102</sup> Anuario... 1980, vol. II (Primera parte), pág. 94.

<sup>103</sup> Citado en el comentario al artículo 8, párr. 9, nota 593.

<sup>104</sup> (1987), 17, Iran-United States Claims Tribunal, 92, pág. 104.

justificado, de modo que nunca podrían darse las circunstancias requeridas para que haya responsabilidad con arreglo al apartado b). Tal vez haya sido ésa la razón por la cual el Tribunal en el caso Yeager no empleó la propia formulación del párrafo en el pronunciamiento que acaba de citarse. El comentario al apartado b) del artículo 8 capta algo mejor la idea de que es preciso que las circunstancias hayan justificado el intento de ejercer funciones de policía u otras funciones en ausencia de una autoridad constituida, y no los acontecimientos reales tales como se produjeron. Convendría reforzar esta idea en el comentario haciendo referencia a casos como el de Yeager.

221. Se recomienda que se mantenga el apartado b) del artículo 8. Por las razones dadas, las palabras "que justificaban" deberían reemplazarse por las palabras "que requerían", indicando así que se requería el ejercicio de algunas prerrogativas del poder público, pero no necesariamente el comportamiento en cuestión.

- e) Artículo 9: Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional

222. El artículo 9 dispone lo siguiente:

Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano que haya sido puesto a su disposición por otro Estado o por una organización internacional, siempre que ese órgano haya actuado en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado a la disposición del cual se encuentre.

223. En el comentario al artículo 9 se subraya que se trata de la situación limitada y precisa de órganos de un Estado (o una organización internacional) que de hecho han sido "prestados" a otro Estado<sup>105</sup>. El concepto de un órgano "puesto a ... disposición" del Estado beneficiario es muy preciso, e implica que el órgano "extranjero" actúa con el consentimiento, bajo la autoridad y para los fines del Estado beneficiario. No se trata aquí de expertos de otro Estado o de una organización internacional que asesoran a un gobierno, ni de funcionarios asignados a otro Estado<sup>106</sup>. Queda excluido también el caso de los órganos estatales enviados a otro Estado para los fines del primer Estado, o incluso con objetivos compartidos, pero que retienen su propia autonomía y estatuto, como, por ejemplo, las misiones de enlace militares o culturales<sup>107</sup> y las

---

<sup>105</sup> En el comentario se señala (párr. 6) que los casos de territorios dependientes como los "protectorados internacionales" no están comprendidos en el alcance del artículo 9, y esto es evidentemente correcto. Por ejemplo, en United States Nationals in Morocco, I.C.J. Reports 1952, pág. 176, quedó en claro que la responsabilidad de Francia, actuando tanto en nombre propio como por cuenta de Marruecos, estaba comprometida. Los Estados Unidos habían planteado una objeción preliminar a fin de obtener aclaraciones sobre este punto; la retiraron una vez obtenida la aclaración. Véase US Nationals in Morocco, Pleadings, vol. 1, pág. 235; I.C.J. Reports 1951, pág. 109.

<sup>106</sup> Comentario al artículo 9, párr. 2.

<sup>107</sup> *Ibíd.*, párr. 7.

organizaciones extranjeras de asistencia o de socorro. Un ejemplo concreto de un organismo "prestado" es el Privy Council del Reino Unido, que ha actuado como tribunal supremo de apelaciones para varios Estados independientes del Commonwealth<sup>108</sup>. Desempeñan una función análoga algunos tribunales supremos de apelaciones que actúan con arreglo a tratados<sup>109</sup>. En el comentario se cita el caso Chevreau como ejemplo de la forma de "responsabilidad transferida" que se prevé en el artículo 9. En ese caso, un cónsul británico en Persia, en su calidad de encargado temporal del Consulado de Francia, recibió pero perdió luego algunos papeles que se le habían confiado. En una reclamación planteada por 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"<sup>110</sup>. Este era un asunto que concernía al Estado que enviaba al funcionario y al Estado beneficiario, y quedó implícito en la conclusión del Árbitro que los términos convenidos con arreglo a las cuales había actuado el cónsul británico no contenían ninguna disposición por la que se asignaba la responsabilidad por sus actos. Más importante es determinar contra cuál de los dos Estados podría o debería reclamar un tercer Estado. De conformidad con el artículo 9, la respuesta es el Estado beneficiario, siempre que los actos de que se trate se hayan realizado por cuenta de ese Estado<sup>111</sup>.

#### Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 9

224. En el contexto del párrafo 2 del artículo 7, el Reino Unido pide aclaraciones sobre la situación con respecto a las acciones de organizaciones internacionales o de sus órganos (como la Comisión Europea). En particular, pide

"una clara indicación en los Comentarios de que esos artículos del proyecto no tienen por objeto tratar la cuestión de la responsabilidad de los Estados miembros por hechos de organizaciones internacionales (incluidas las acciones militares emprendidas con los auspicios de organizaciones internacionales o regionales). Se trata de una cuestión compleja, y no resulta claro que convenga que todas las organizaciones internacionales tengan la misma posición. El tema de la responsabilidad por hechos de organizaciones internacionales debe tratarse a fondo y por separado."<sup>112</sup>

Esto plantea también la cuestión de la remisión obligatoria a los tribunales de otro Estado (por ejemplo, con arreglo a la Convención de Bruselas), a un órgano

---

<sup>108</sup> *Ibíd.*, párr. 10. Este es un buen ejemplo de un caso en que la convención y la práctica determinan el estatuto en que actúa un órgano: véase el párr. 167 *supra*.

<sup>109</sup> Por ejemplo, el acuerdo de 1976 entre Nauru y Australia, agregado como anexo a la Nauru (High Court Appeals) Act 1976 (Cth).

<sup>110</sup> United Nations Reports of International Arbitral Awards (1931), 1117, pág. 1141, citado en el comentario al artículo 9, párr. 13.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, párr. 17.

<sup>112</sup> A/CN.4/488, pág. 40.

internacional (por ejemplo, un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)). En ese caso, ¿está el Estado remitente exento de responsabilidad, sea cual fuere el resultado después de la remisión del caso? Una vez más, en opinión del Reino Unido, el asunto debería por lo menos tratarse en el comentario<sup>113</sup>.

225. El Gobierno de Uzbekistán también opina que debe abordarse la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales por sus actos ilícitos, pero en un instrumento separado<sup>114</sup>.

¿Cuándo están los órganos de un Estado "puestos a ... disposición" de otro Estado?

226. El artículo 9 se ocupa de una cuestión sumamente precisa, lo cual se desprende claramente de la definición de la frase clave "puestos a su disposición". Según el comentario, esto

"no sólo quiere decir que tal órgano debe estar encargado de funciones propias del Estado a cuya disposición se encuentra. Esta condición requiere también que, al cumplir las funciones del Estado beneficiario que le han sido confiadas, el órgano actúe en coordinación con los órganos de ese Estado, bajo la dirección y control exclusivos de éste y no ateniéndose a instrucciones procedentes del Estado que le ha enviado."<sup>115</sup>

En comparación con el número de casos de actividades de cooperación de los Estados en esferas como la defensa mutua, la ayuda y el desarrollo, ésta ha de ser una situación poco corriente, aunque no desconocida.

227. La Comisión Europea de Derechos Humanos tuvo que examinar esta cuestión en dos casos relativos al ejercicio por la policía suiza en Liechtenstein de funciones "delegadas"<sup>116</sup>. En ese momento, Liechtenstein no era parte en la Convención Europea, de modo que si el comportamiento de que se trataba hubiera sido atribuible solamente a Liechtenstein, no podría haber habido una violación de la Convención. La Comisión halló admisible el caso, en razón de que con arreglo al tratado de 1923 que regía las relaciones entre Suiza y Liechtenstein, Suiza ejercía su propia jurisdicción aduanera y de inmigración en Liechtenstein, aunque con su consentimiento y en beneficio de ambas partes. Los funcionarios del caso se regían exclusivamente por la ley suiza y se consideraba que ejercían prerrogativas del poder público de Suiza. En ese sentido, no habían sido "puestos a ... disposición" del Estado receptor.

---

<sup>113</sup> *Ibíd.*, pág. 42.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, pág. 30.

<sup>115</sup> Comentario al artículo 9, párr. 5.

<sup>116</sup> Application Nos 7289/75, 7349/76, X and Y v Switzerland (1983), 20, ECHR Yearbook, 402-406, examinado por Dipla, págs. 52 y 53.

228. La Comisión Europea y el Tribunal de Derechos Humanos debieron encarar problemas análogos en un caso relativo a Andorra<sup>117</sup>. En un momento en que Andorra no era parte en la Convención Europea, dos personas fueron juzgadas y condenadas a penas de prisión prolongadas por el Tribunal de Corts de Andorra. Decidieron cumplir su pena en Francia e iniciaron actuaciones con arreglo a la Convención contra Francia y España aduciendo que esos Estados eran responsables de deficiencias en la organización de los tribunales de Andorra, y que Francia era responsable de su detención arbitraria, no autorizada por ninguna ley francesa<sup>118</sup>.

229. El Tribunal hizo una distinción entre el proceso judicial original y la detención ulterior en Francia. El primero era un procedimiento de Andorra, que no entrañaba el ejercicio de prerrogativas del poder público de Francia ni de España. Había jueces franceses y españoles en los tribunales de Andorra, pero para esos fines adquirirían la nacionalidad de Andorra; estaban asignados formalmente y, en su calidad de nacionales de Andorra, no eran responsables ante los gobiernos que los asignaban ni estaban bajo su control<sup>119</sup>. En cuanto a la detención de los funcionarios en Francia, Francia adujo que "la costumbre internacional, como también el derecho interno de Francia y Andorra, que aplicaban esa costumbre, constituían un fundamento jurídico adecuado". Por un pequeño margen, el Tribunal aceptó esa opinión y rechazó la reclamación. Señaló que imponer a Francia la responsabilidad de asegurar que el fallo original fuera compatible con la Convención "iría en contra de ... la tendencia actual hacia el fortalecimiento de la cooperación internacional en la administración de justicia"; en consecuencia, la única obligación de Francia consistía en no participar en una "patente denegación de justicia", de lo que no había pruebas suficientes en este caso. Así pues, la mayoría hizo una distinción entre los hechos de los funcionarios franceses y españoles (incluidos los Copríncipes) en su calidad de órganos de Andorra, y las acciones de Francia para dar efecto a los fallos de Andorra: sólo esto último daba lugar a la responsabilidad de Francia<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> Los Copríncipes de Andorra son el Presidente de Francia y el Obispo de Urgel de España. Véase J. Crawford, "The International Legal Status of the Valleys of Andorra" (1977), 55, Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques, 259; J. Duursma, Fragmentation and the International Relations of Micro-States (1996), págs. 316 a 373.

<sup>118</sup> Drodz and Janousek v France and Spain, ECHR, ser A, vol. 359 (1992); Duursma, págs. 331 a 333.

<sup>119</sup> Ser A., vol. 359, pág. 96. El Tribunal señaló que "la asignación de magistrados o su puesta a disposición de tribunales extranjeros se practica entre Estados miembros del Consejo de Europa, como demuestra la presencia de juristas austríacos y suizos en Liechtenstein": *ibíd.*

<sup>120</sup> *Ibíd.*, párr. 110. Sobre este punto, el Tribunal estuvo muy dividido (12-11). La minoría se negó a aceptar que hubiera "una barrera impenetrable entre la entidad de Andorra y los Estados a que pertenecen los dos Copríncipes, cuando en muchos aspectos (de los que el cumplimiento de las sentencias judiciales era un ejemplo más), esos Estados participaban en su administración: *ibíd.* (opinión disidente conjunta, Magistrados Pettiti, Valticos, Lopes Rocha, Walsh y Spielmann).

230. Otro ejemplo de un órgano "prestado" 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<sup>121</sup>. Se planteó la cuestión de determinar si el Auditor General estaba obligado a hacer públicos ciertos documentos de las Islas Cook adquiridos a raíz del ejercicio de sus funciones, o si esos documentos estaban protegidos por la inmunidad soberana. El Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelandia denegó la inmunidad, pero encaró no obstante 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 función<sup>122</sup>.

#### Los órganos de organizaciones internacionales como órganos de los Estados

231. Es posible encontrar ejemplos de órganos del Estado "puestos a ... disposición" de otro Estado en el sentido del artículo 9. Es más difícil hallar ejemplos convincentes de esa práctica en el caso de las organizaciones internacionales. No cabe duda de que un órgano de una organización internacional puede desempeñar funciones del poder público para los Estados o en relación con ellos de conformidad con facultades "delegadas" o incluso en razón de la autoridad de la propia organización<sup>123</sup>. Pero esto no significa necesariamente que haya sido "prestada" a los Estados interesados, ni que esos Estados sean responsables de su comportamiento. Parece evidente, por ejemplo, que los distintos órganos de la Comisión Europea que actúan en el territorio de los Estados miembros conservan su carácter comunitario y no están comprendidos en el alcance del artículo 9. Según la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas, ninguna operación de las Naciones Unidas, ya sea en el campo de la asistencia técnica, el mantenimiento de la paz, la supervisión de elecciones o en cualquier otro, entrañaría el "préstamo" de un órgano a un Estado. En todos los casos, el órgano de las Naciones Unidas conservaría su identidad separada y su estructura de mando. Un posible ejemplo de un órgano comprendido en el alcance del artículo 9 es el Alto Representante nombrado de conformidad con el anexo 10 del Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina, de 14 de diciembre de 1995<sup>124</sup>. Pese a la manera más bien reservada en que se define el mandato del Alto Representante en el artículo II del anexo 10, no cabe duda de que el Alto Representante ejerce prerrogativas del

---

<sup>121</sup> Durante un tiempo, el Auditor General a su vez delegó la función de auditoría en una empresa privada.

<sup>122</sup> Comptroller and Auditor-General v Davidson (1996), 104, International Law Reports, 526, págs. 536 y 537 (Cooke, P.), págs. 569, 574 a 576 (Richardson, J.). Se denegó una apelación al Privy Council basada en otros fundamentos: [1996], 3 WLR 859, 108, International Law Reports, 622.

<sup>123</sup> Por ejemplo, los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda desempeñaron funciones de investigación y otras funciones en varios Estados que no se limitaban a los territorios sobre los cuales ejercían una jurisdicción substantiva. La Comisión Europea puede imponer sanciones y castigos por ciertas violaciones del derecho de la Unión Europea, incluso a empresas extranjeras.

<sup>124</sup> (1996) 35 ILM, 75.

poder público en Bosnia y en Herzegovina. Sin embargo, no es del todo claro cuál es, en última instancia, la entidad responsable de su actuación<sup>125</sup>.

232. Como muestra este ejemplo, puede que no quede claro si una persona que ejerce prerrogativas del poder público lo hace por cuenta de una organización internacional o de un grupo de Estados, y en este último caso, cómo ha de establecerse la relación entre la responsabilidad de los Estados y su responsabilidad individual<sup>126</sup>. Este último problema se examina en detalle en el contexto del capítulo IV de la primera parte.

#### Conclusión provisional

233. Al examinar el artículo 9, conviene distinguir entre los órganos de los Estados y los de las organizaciones internacionales. Aunque es posible que sólo raramente el órgano de un Estado sea "puesto a ... disposición" de otro para ejercer prerrogativas del poder público de éste último, esos casos ocurren, como muestran los ejemplos de acuerdos de cooperación relativos a la jurisdicción de los tribunales supremos de apelación. Así pues, las decisiones en apelación del Privy Council solicitadas por un Estado independiente del Commonwealth comprometerán la responsabilidad de este último, pero no la del Reino Unido. Por esas razones, se recomienda provisionalmente que se mantenga el artículo 9 en cuanto se aplica a los órganos del Estado. No obstante, es posible que sea necesario volver a examinar esta recomendación a la luz del examen de algunas cuestiones más amplias relativas a la responsabilidad por actividades conjuntas de los Estados que plantean, entre otros, los artículos 27 y 28.

234. En lo que respecta a las organizaciones internacionales, la posición es más difícil. Hay pocos casos convincentes (si los hay) en que un órgano de una

---

<sup>125</sup> El Alto Representante fue "designado" por un "Consejo de Aplicación del Acuerdo de Paz" y aprobado por el Consejo de Seguridad de conformidad con el anexo 10 del Acuerdo: véase 35 ILM, págs. 228 y 229. Según el artículo V del anexo 10, el Alto Representante es "la autoridad máxima en el teatro de operaciones en lo tocante a la interpretación del presente Acuerdo sobre el cumplimiento de los aspectos civiles del arreglo de paz". Véase también la resolución 1031 (1995) del Consejo de Seguridad, de 15 de diciembre de 1995, párrs. 26 y 27. El hecho de que el artículo 9 del proyecto de artículos se aplique al Alto Representante depende, entre otras cosas, de si el Consejo de Aplicación del Acuerdo de Paz reúne la condiciones para ser considerado "una organización internacional". Una analogía más antigua y menos equívoca era la del Alto Comisionado de la Ciudad Libre de Danzig, nombrado por el Consejo de la Sociedad de las Naciones y responsable ante él. Véase Treatment of Polish Nationals in the Danzig Territory, PCIJ, Ser. A/B No. 44 (1932).

<sup>126</sup> Un buen ejemplo del problema es la cuestión de la responsabilidad del Estado por la acción cuatripartita en Alemania, que fue examinada en diferentes oportunidades por la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra. Todos llegaron a la misma conclusión, a saber, que el Estado demandado no era responsable en esas actuaciones. Véase Application 6231/73, Hess v United Kingdom (1975) 2 DR 72, pág. 74; Case No. 2 BvR 419/80 Rudolf Hess Case (1980) BVerfGE 55, pág. 349; 90, International Law Reports, 386; Trawnik v Lennox [1985], 2, All ER 368.

organización internacional es "puesto a ... disposición" de los Estados en sentido del artículo 9. Esos casos sin duda darán lugar a cuestiones más amplias relativas a la posible responsabilidad de los Estados miembros, así como del Estado beneficiario, por el comportamiento del órgano. Estas cuestiones también están implícitas en el artículo 13 del proyecto de artículos, que se examina más adelante<sup>127</sup>. Sin embargo, en todo caso, las dificultades planteadas en el artículo 9 en relación con las organizaciones internacionales tienen más peso que la limitada aclaración que ofrece ese artículo. Se recomienda que se elimine la referencia a las organizaciones internacionales en el artículo 9.

- f) Artículo 10: Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad

235. El artículo 10 trata de la importante cuestión de los actos no autorizados o ultra vires. Dispone lo siguiente:

"El comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad pública territorial o de una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público, cuando tal órgano ha actuado en esa calidad, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional aunque, en el caso de que se trate, el órgano se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad."

236. El comentario al artículo 10 contiene una descripción útil de la evolución de la norma moderna; en él se afirma categóricamente que "esta norma no admite excepción, ni siquiera en caso de incompetencia manifiesta del órgano autor de los actos puestos en entredicho, o de que los otros órganos del Estado hayan desautorizado el comportamiento del órgano culpable"<sup>128</sup>. A continuación se examina el problema central de distinguir, por una parte, los casos en que los funcionarios han actuado en su calidad de tales, aunque en forma ilícita o contraviniendo instrucciones, y, por otra, aquéllos en que su comportamiento está tan lejos del ámbito de sus funciones oficiales que debería asimilarse al de las personas privadas y no atribuirse al Estado. Este problema se examina más abajo.

---

<sup>127</sup> Véanse los párrs. 256 a 262 infra.

<sup>128</sup> Comentario al artículo 10, párr. 1.

Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 10

237. Ningún gobierno ha formulado observaciones sobre el artículo 10, lo cual parece reflejar el acuerdo prácticamente universal con la norma moderna. Ciertamente, de conformidad con el artículo 4, difícilmente podría ocurrir lo contrario.

El artículo 10 y el problema de distinguir el comportamiento oficial del "privado"

238. El principio enunciado en el artículo 10 no se cuestiona y es evidente que debe retenerse<sup>129</sup>. Como se ha señalado, se plantea no obstante el problema de distinguir el comportamiento ultra vires de funcionarios del que está totalmente fuera del ámbito de toda capacidad oficial y debe asimilarse al comportamiento privado. Actualmente, ese problema se omite en el proyecto de artículos<sup>130</sup>. Los artículos 5 y 7 exigen ambos que el órgano o la entidad haya actuado "en esa capacidad ... en el caso de que se trate", pero no ofrecen ninguna otra definición del concepto de "capacidad". La frase vuelve a utilizarse en el artículo 10 sin más aclaración.

239. La cuestión ha sido examinada extensamente en laudos arbitrales y en la doctrina<sup>131</sup>. En su comentario al artículo 10, la Comisión cita, con aparente aprobación, el artículo siguiente aprobado en la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930:

"Asimismo, un Estado es responsable internacionalmente si un extranjero sufre daños como resultado de hechos no autorizados de sus funcionarios,

---

<sup>129</sup> Por ejemplo, está confirmado en el artículo 91 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (Protocolo I), aprobado en 1977, que dispone que: "La Parte en conflicto ... será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas". Esto incluiría los actos cometidos contraviniendo 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": Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Commentary on the Additional Protocols (1987), págs. 1051 a 1053. Véase también el asunto Velásquez Rodríguez, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, No. 4 (1989), párr. 170; 95, International Law Reports, 232, pág. 296: "Esa conclusión [relativa a la violación de la Convención] es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno".

<sup>130</sup> Como señala Brownlie, State Responsibility. Part I (1983), págs. 147 y 148.

<sup>131</sup> Véase *ibíd.*, págs. 145 a 150.

cometidos al amparo de su carácter oficial, si esos hechos contravienen las obligaciones internacionales del Estado."<sup>132</sup>

Esta formulación está basada en la decisión de la Comisión de Reclamaciones Francia/México, en el caso Caire, citada también aprobatoriamente en el comentario como "una formulación precisa, detallada y virtualmente definitiva de los principios aplicables"<sup>133</sup>. El caso Caire trata del asesinato de un nacional francés por dos oficiales mejicanos que, ante la negativa de la víctima de entregarles una suma de dinero que le pedían, condujeron al Sr. Caire al cuartel de la localidad y lo fusilaron. La Comisión falló:

"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 que los dos oficiales se habían "valido de su calidad oficial"<sup>134</sup>.

240. En la primera etapa de la labor de la Comisión sobre este tema, el Relator Especial, Sr. García Amador, propuso la formulación siguiente:

"también habrá lugar a la imputación cuando el órgano o funcionario haya actuado excediendo su competencia, pero al amparo de su posición oficial."<sup>135</sup>

241. El problema se ha planteado una y otra vez. Por ejemplo, en Yeager v Islamic Republic of Iran, el demandante afirmó que un agente de Irán Air le había exigido ilícitamente el pago de una suma adicional para emitir un pasaje aéreo pagado de antemano, y que los Guardias Revolucionarios "que desempeñaban las funciones de funcionarios de aduanas, inmigración y seguridad" lo habían asaltado en el aeropuerto. Irán Air era una aerolínea de propiedad del Estado, en tanto que en el momento en que ocurrió el incidente los Guardias Revolucionarios no habían sido incorporados oficialmente como órgano del Estado. No obstante, el Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos hizo una distinción entre los dos casos y declaró que la República Islámica del Irán no era responsable del acto aparentemente aislado del agente de Irán Air, pero sí

---

<sup>132</sup> Sociedad de las Naciones, Acts of the Conference for the Codification of International Law, celebrada en La Haya del 13 de marzo al 12 de abril de 1930, Vol. IV, Minutes of the Third Committee (documento C.351c)M.145c).1930.V), pág. 238 (subrayado en este documento), citado en el comentario al artículo 10, párr. 9.

<sup>133</sup> Comentario al artículo 10, párr. 14.

<sup>134</sup> Naciones Unidas, (1929), 5, Reports of International Arbitral Awards, págs. 529 y sig.

<sup>135</sup> Anuario ... 1961, vol. II, documento A/CN.4/134 y Add. 1, pág. 53, párr. 2 del artículo 12.

del robo perpetrado por los Guardias Revolucionarios<sup>136</sup>. En otro caso, el Tribunal planteó la cuestión sobre la base de si se había demostrado que el acto había sido cometido por personas amparándose en el poder público"<sup>137</sup>.

242. El problema de distinguir entre el comportamiento no autorizado pero "oficial" por un lado y el comportamiento "privado" por otro puede evitarse si existen pruebas de que el comportamiento que es objeto de la reclamación es sistemático o reiterado, de modo que el Estado tenía conocimiento de ello, o debía haberlo tenido, y debía haber tomado medidas para impedirlo. Sin embargo, sigue siendo necesario establecer una distinción entre las dos situaciones en casos individuales de atropellos cometidos por personas que son funcionarios oficiales, y la distinción hecha en las fuentes arriba mencionadas parece razonable. Según el comentario ...

"En el plano del derecho internacional, el Estado debe reconocer que es él quien actúa cada vez que personas [o grupos de personas] a las que ha encargado que actuaran en su nombre en un determinado sector de actividad parecen actuar efectivamente en su nombre."<sup>138</sup>

243. Queda por decidir si la formulación de los artículos 5, 7 y 10 debería modificarse para reflejar más claramente el principio de "capacidad aparente" mencionado en el comentario y en los distintos casos. Por un lado, parece difícil afirmar que un funcionario de aduanas que actúa de manera inaceptable e ilícita y en beneficio propio, pero en ejercicio de sus funciones oficiales y valiéndose de las prerrogativas de su cargo, está actuando en su "calidad" de órgano público. Sería entonces aconsejable que en el artículo 10 se utilizara la formulación "cuando tal órgano ha actuado en esa capacidad o amparándose en ella" u otra frase análoga. Por otro lado, en el artículo 10 ya se indica claramente que el concepto de "capacidad oficial" es bien preciso, y el comentario a dicho artículo podría reforzarse con el mismo fin. Con respecto a esta cuestión se ha logrado un delicado equilibrio, pero la falta de observaciones o propuestas de cambios por parte de los gobiernos tal vez incline la balanza a favor del texto existente. No obstante, se propone que se enmiende la última frase del artículo 10 para que diga "aunque, en el caso de que se trate, el órgano o la entidad se haya excedido en su competencia o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad". Esta frase es más clara y además es compatible con la propuesta ya formulada de suprimir la referencia al derecho interno en el artículo 5<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> (1987), 17, Iran-United States Claims Tribunal, 92.

<sup>137</sup> Petrolane Inc. v Islamic Republic of Iran (1991), 27, Iran-United States Claims Tribunal, 64, pág. 92.

<sup>138</sup> Comentario al artículo 10, párr. 17.

<sup>139</sup> Véase el párr. 167 supra.

g) Artículo 11: Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado

244. El artículo 11 es el primero de los artículos de "atribución negativa", a los que ya se ha hecho referencia<sup>140</sup>. Dispone que:

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado.

2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas a que se refiere dicho párrafo, deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

245. Según el comentario, el artículo 11 "confirma las reglas definidas en los artículos precedentes" y lo hace "en forma negativa"<sup>141</sup>. Si bien "los actos de personas privadas o de personas que actúan, en la ocasión de que se trata, con carácter privado no pueden en ningún caso atribuirse al Estado", esta conclusión rigurosamente negativa "no significa que el Estado no pueda ser responsable de esos actos, por ejemplo, si los órganos del Estado no cumplen con la obligación de impedir actos privados de algún modo. Es más, "frecuentemente" los Estados han sido considerados responsables de esos actos<sup>142</sup>. Seguidamente figura un análisis útil de la práctica anterior y, en particular, del asunto Tellini de 1923, por el que se estableció definitivamente la norma moderna<sup>143</sup>. En el comentario se llega a la conclusión siguiente:

"a) según los criterios que se han afirmado progresivamente en las relaciones jurídicas internacionales, el hecho de una persona privada que no actúa por cuenta del Estado no puede atribuirse al Estado y no puede, como tal, comprometer la responsabilidad del Estado; esta conclusión es válida sean cuales fueren las circunstancias en las que actúe la persona privada y sean cuales fueren los intereses afectados por su comportamiento; b) si a veces invoca una responsabilidad internacional del Estado con ocasión de actos de personas privadas, esta responsabilidad tiene únicamente como base el comportamiento internacionalmente ilícito observado por órganos del Estado en relación con los actos de la persona privada. La Comisión opina que la norma que se deduce de la aplicación de los criterios arriba resumidos responde perfectamente a las necesidades de la vida internacional actual y que no hay necesidad de modificarla."<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> Véase el párr. 146 supra.

<sup>141</sup> Comentario al artículo 11, párr. 1.

<sup>142</sup> Ibíd., párrs. 3 a 5.

<sup>143</sup> Informe de la Comisión de Juristas, Sociedad de las Naciones, Official Journal, quinto año, No. 4 (abril de 1924), pág. 524, aprobado por unanimidad por el Consejo de la Sociedad de las Naciones el 13 de marzo de 1924: ibíd., pág. 524.

<sup>144</sup> Comentario al artículo 11, párr. 35.

Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 11

246. Los Estados Unidos opinan que el artículo 11 "no añade nada al proyecto ... La duplicación de las normas plantea para un tribunal el problema adicional, además de potencialmente complicado, de qué norma aplicar en una situación dada y de si las normas difieren en su aplicación. Se debería suprimir el artículo 11"<sup>145</sup>. Chile expresó dudas análogas en sus observaciones de 1979; señaló que el artículo 11 era de "una claridad casi pedagógica" y opinó que "bien pudo haberse refundido con el apartado a) del artículo 8"<sup>146</sup>.

Dificultad planteada por el artículo 11

247. Como indican estas observaciones, el artículo 11 plantea una dificultad. Por un lado, refleja el resultado de un cambio gradual importante del derecho internacional general por el cual se ha ido abandonando el concepto de "responsabilidad delegada" del Estado por los hechos de sus nacionales en favor de una clara distinción de principio entre el sector estatal y el que no lo es. También proporciona a los Estados la seguridad aparente de que no se los considerará responsables de los actos de personas privadas. Por otro, como cuestión de derecho, y en el contexto del proyecto de artículos en conjunto, esta seguridad es ilusoria, porque el artículo 11 no tiene ningún contenido autónomo. El artículo sólo dice que el comportamiento de personas o grupos privados no puede atribuirse al Estado a menos que ese comportamiento sea imputable de conformidad con otras disposiciones del capítulo II. Este es un argumento circular y además posiblemente engañoso, porque en cualquier caso de daños causados por personas privadas, tiende a centrar la atención en lo que no corresponde. En esos casos, no se trata de determinar si los hechos de las personas privadas en su calidad de tales pueden atribuirse al Estado (la respuesta es negativa), sino hasta qué punto tiene el Estado la obligación de impedir esos hechos o de responder cuando se cometen. En pocas palabras, el artículo 11 no sólo no es una norma de atribución; ni siquiera desde el punto de vista de la carga de la prueba tiene el más mínimo efecto en la aplicación de las demás disposiciones del capítulo II que son normas de atribución. Si, de conformidad con cualquiera de esas disposiciones, el comportamiento puede atribuirse al Estado, el artículo 11 no tiene entonces ninguna aplicación. Si, por el contrario, ese comportamiento no es atribuible al Estado, el artículo 11 no tiene efecto alguno. No existe una tercera posibilidad.

Conclusión preliminar

248. Por las razones expuestas, el Relator Especial propone provisionalmente que se suprima el artículo 11. Sin embargo, se plantea el problema de que su eliminación pueda implicar, a contrario, una regresión a los conceptos ya desacreditados de "responsabilidad delegada" respecto de los hechos de personas privadas, y de que ello pueda suscitar preocupación en algunos Estados. En buena medida, esto puede evitarse mediante una referencia apropiada, en el comentario, a otros artículos de la segunda parte (deberían conservarse los

---

<sup>145</sup> A/CN.4/488, pág. 40.

<sup>146</sup> Anuario ... 1980, vol. II (Primera parte), pág. 102.

elementos sustantivos del comentario al artículo 11). No obstante, se sugiere también que se incluya una formulación apropiada en un nuevo artículo que tenga en cuenta cualquier otra cuestión que surja al respecto<sup>147</sup>.

h) Artículo 12: Comportamiento de órganos de otro Estado

249. El artículo 12 dispone lo siguiente:

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento que haya observado en su territorio, o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción, un órgano de otro Estado que actúa en esa calidad.
2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el previsto en dicho párrafo, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

250. En el comentario al artículo 12 se reseñan los numerosos casos en que los órganos de un Estado actúan en calidad de tales en el territorio de otro Estado, y como ejemplo de los problemas resultantes de esos hechos se mencionan varios incidentes ocurridos en el decenio de 1950 en los que estuvo involucrada la ex Unión Soviética de una manera u otra<sup>148</sup>. Se señala, sin embargo, que en ninguno de esos incidentes el mero hecho de que ocurrieran en el territorio de un Estado se consideró base suficiente para atribuir la responsabilidad a ese Estado. Es sorprendente que en el comentario no se haga mención del asunto del estrecho de Corfú.

Observaciones de los gobiernos sobre el artículo 12

251. No se formuló ninguna observación sobre el artículo 12 propiamente dicho<sup>149</sup>.

Contexto del artículo 12

252. El artículo 12 debe examinarse a la luz de las disposiciones del capítulo IV de la primera parte, que trata del caso en que un Estado está involucrado en el comportamiento internacionalmente ilícito de otro Estado. El artículo 27 trata de la ayuda o asistencia de un Estado para la perpetración de un hecho

---

<sup>147</sup> Véase el párr. 286 infra.

<sup>148</sup> Estos incidentes fueron los siguientes: reclamaciones de la Unión Soviética contra la República Federal de Alemania por las sondas meteorológicas lanzadas en su territorio por los Estados Unidos, que inadvertidamente habían atravesado la frontera, y una protesta dirigida a Austria por la República Federal de Alemania por la presencia del Ministro de Relaciones Exteriores de Austria durante un discurso pronunciado por el Sr. Jruschov en el curso del cual éste había hecho comentarios que la República Federal de Alemania consideró ofensivos: véase el comentario al artículo 12, párrs. 6 y 7.

<sup>149</sup> Para las observaciones generales sobre la cuestión de las cláusulas de "atribución negativa", véase el párr. 157 supra.

internacionalmente ilícito de otro Estado. El artículo 28 trata de las situaciones en que un Estado está sometido al "poder de dirección o de control" de otro al cometer un hecho ilícito, y de las situaciones de coerción propiamente dichas. En comparación con el artículo 12, es mucho más probable que estos casos den lugar a reclamaciones de responsabilidad; es más, es difícil determinar sobre qué base el mero hecho de que un Estado actúe en el territorio de otro pueda por sí solo dar lugar a la responsabilidad de este último<sup>150</sup>. Dicho de otro modo, el problema que plantea el artículo 12 (al igual que el artículo 11) es que se refiere a un problema inexistente, cuando sí existe un problema real al cual no hace referencia.

#### Territorio y responsabilidad

253. En síntesis, los hechos cometidos por un Estado en el territorio de otro, como tales y por sí mismos, no son base suficiente para atribuir esos hechos a éste último. La fuente principal es la decisión de la Corte Internacional en el asunto del estrecho de Corfú. En ese caso, se habían emplazado minas en el estrecho, en aguas territoriales de Albania, pero no se demostró que Albania fuera efectivamente responsable de haberlas colocado<sup>151</sup>. Había que determinar si Albania era responsable de los daños causados a los buques británicos que habían embestido esas minas. La Corte declaró:

"Es evidente que no se puede afirmar que el Gobierno de Albania tuviera conocimiento de la presencia de las minas por el solo hecho de que las minas descubiertas en aguas territoriales de Albania causaron las explosiones de las que fueron víctimas los buques de guerra británicos. Como muestra la práctica internacional, es cierto que se puede pedir una explicación al Estado en cuyo territorio o en cuyas aguas haya ocurrido un hecho contrario al derecho internacional. También es cierto que ese Estado no puede hacer caso omiso de esa petición limitándose a responder que no tiene conocimiento de las circunstancias del hecho ni de sus autores. Hasta cierto punto, el Estado puede verse obligado a dar detalles del uso que haya hecho de los medios de información e investigación de que dispone. Pero no se puede concluir, a partir del mero hecho de que un Estado ejerce control sobre su territorio y sus aguas, que ese Estado forzosamente tenía conocimiento - o debería haberlo tenido - de todo hecho ilícito perpetrado en él, ni tampoco que necesariamente tenía conocimiento - o debería haberlo tenido - de los autores. Este hecho, por sí solo e independientemente de otras circunstancias, no justifica la responsabilidad prima facie ni el traspaso de la carga de la prueba."<sup>152</sup>

La Corte procedió a declarar a Albania plenamente responsable de los daños, aduciendo que Albania tenía conocimiento, o debería haberlo tenido, de la

---

<sup>150</sup> El artículo 9, que se examina en los párrafos 222 a 234 *supra*, se refiere al caso especial en que el órgano de un Estado queda a disposición de otro Estado. La existencia de la cláusula especial en el artículo 9 implica claramente que el artículo 12 es innecesario.

<sup>151</sup> En realidad, como se sospechó en aquel momento, habían sido colocadas por Yugoslavia.

<sup>152</sup> I.C.J. Reports 1949, pág. 4, pág. 18 (subrayado en este documento).

existencia de las minas pero no advirtió al Reino Unido: su obligación de advertirle estaba fundada, entre otras cosas, en "la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para hechos contrarios a los derechos de otros Estados"<sup>153</sup>. En resumen, la Corte afirmó que:

El Estado territorial podía ser responsable del comportamiento de otro Estado en su territorio, aunque no se hubiera demostrado que había estado involucrado en ese comportamiento;

La mera comisión de un hecho ilícito en el territorio de un Estado no implicaba, sin embargo, responsabilidad prima facie, ni daba lugar siquiera al traspaso de la carga de la prueba; pero

Como cuestión de fondo, la comisión de un hecho ilícito en el territorio de un Estado era pertinente para la responsabilidad, porque ningún Estado debía permitir a sabiendas que se utilizara su territorio para hechos contrarios a los derechos de otros Estados,

Desde el punto de vista de la prueba, la localización del hecho era pertinente por cuanto que, sin desplazar la carga de la prueba, podía proporcionar una base para inferir que el Estado territorial tenía conocimiento de la situación y había permitido que ocurriera o que continuara.

254. En comparación con estas conclusiones, se puede considerar que el contenido del artículo 12 plantea dificultades. Por un lado, alude a un hecho más que sabido: la localización del comportamiento ilícito en el territorio de un Estado no es base suficiente para la atribución de responsabilidad<sup>154</sup>. Si es esto todo lo que dice el artículo 12, su utilidad es muy limitada, ya que nadie parece pensar lo contrario. Pero se plantea un problema, ya que el artículo 12 podría interpretarse en el sentido de que implica que la localización del comportamiento del Estado B en el territorio del Estado A no es pertinente desde el punto de vista jurídico en lo que concierne a la responsabilidad del Estado A, y esto indudablemente no es cierto. En el caso del estrecho de Corfú, la Corte consideró que el lugar del hecho era sumamente pertinente.

---

<sup>153</sup> *Ibíd.*, pág. 22.

<sup>154</sup> Tampoco es una base necesaria: un Estado puede ser responsable de su comportamiento en la ocupación o administración de facto de un territorio que no sea el suyo. Como afirmó la Corte en su Opinión sobre Namibia, "el control físico de un territorio, y no la soberanía o la legitimidad de su título, es la base de la responsabilidad del Estado en lo que respecta a actos que afectan a otros Estados": I.C.J. Reports 1971, pág. 16, pág. 54. Más arriba en el mismo párrafo, la Corte se había referido a la cuestión de la responsabilidad del Estado; la referencia a "liability" en la versión inglesa puede haber sido un lapso. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado categóricamente el mismo principio en Loizidou v Turkey (Preliminary Objections), ECHR, serie A, vol. 310 (1995), párr. 62; Loizidou v Turkey (Merits), ECHR, serie A, vol. 707 (1996), párr. 52. Así pues, incluso desde que se propuso el artículo 12, se ha debilitado aún más el vínculo entre territorialidad y responsabilidad.

### Recomendación

255. El artículo 12 alude a la cuestión mucho más amplia del comportamiento combinado de los Estados, asunto que se trata en cierta medida en el capítulo IV y que puede requerir un análisis más detallado. No obstante, esencialmente por las mismas razones que las aducidas respecto del artículo 11, es poco o nada lo que añade el artículo 12 sobre el derecho de la atribución<sup>155</sup> y tiene además las desventajas que se examinan más arriba. Por lo tanto, se recomienda que se suprima. Algunos elementos del comentario pueden incluirse en el relativo al artículo 9.

i) Artículo 13: Comportamiento de los órganos de una organización internacional

256. El artículo 13 dispone lo siguiente:

No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una organización internacional que actúe en esa calidad por el solo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción.

257. En el comentario se señala que, a diferencia de los Estados, las organizaciones internacionales carecen de territorio y siempre actúan en el territorio de un Estado, por lo general (aunque no necesariamente en todos los casos) con el consentimiento de ese Estado<sup>156</sup>. Se pasa revista a los pocos ejemplos de reclamaciones de los Estados contra organizaciones internacionales y se señala que en ningún caso se ha opinado que el Estado anfitrión es responsable de los hechos de que se trate<sup>157</sup>. Se subraya que "la responsabilidad de las organizaciones internacionales se rige por reglas que no son necesariamente las mismas que las que se aplican a la responsabilidad de los Estados" y que no se tiene intención alguna de tratar ese tema, o el tema de responsabilidad de los Estados miembros por los actos de organizaciones internacionales<sup>158</sup>. Se explica que en el artículo 13 no se repite la cláusula de salvaguardia contenida en los otros tres artículos de atribución negativa, debido a que la Comisión se muestra reacia a "introducir en el proyecto cualquier disposición que pudiera sugerir la idea de una supeditación de la acción de una organización internacional al poder de control del Estado en cuyo territorio esa organización haya de actuar"<sup>159</sup>. Al mismo tiempo, se señala que en ciertas circunstancias un Estado podría llegar a ser responsable del comportamiento de una organización internacional en su territorio, por ejemplo, como resultado de una acción conjunta con esa organización.

---

<sup>155</sup> Es significativo que los dos precedentes del artículo 12 citados en el comentario (párr. 8) no son normas de atribución sino normas primarias.

<sup>156</sup> Comentario al artículo 13, párr. 2.

<sup>157</sup> *Ibíd.*, párrs. 3 y 4.

<sup>158</sup> *Ibíd.*, 8 y 9.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, párr. 13.

Observaciones de los gobiernos al artículo 13

258. Como se ha señalado, varios gobiernos formularon observaciones acerca de la atribución de hechos de las organizaciones internacionales en el contexto del artículo 9. No se formuló ninguna observación concreta sobre el artículo 13.

Responsabilidad de los Estados por el comportamiento de organizaciones internacionales

259. Aparte del problema de las cláusulas de "atribución negativa", ya examinadas, el artículo 13 plantea varias dificultades:

a) No pertinencia de la localización

260. Con respecto al problema de la localización del comportamiento, corresponde hacer una observación análoga a la formulada acerca del artículo 12, pero el problema de una implicación a contrario que podría desprenderse de la fraseología del artículo 13 es más grave. Como ya se ha visto, el hecho de que un Estado actúe en el territorio de otro es pertinente desde el punto de vista jurídico, aunque de ningún modo suficiente por sí solo para dar lugar a la responsabilidad de éste último<sup>160</sup>. Pero las organizaciones internacionales siempre actúan, por así decirlo, en el territorio de un Estado "extranjero". Incluso en relación con el Estado anfitrión, con el cual tiene un vínculo especial, una organización internacional continúa siendo una entidad totalmente separada desde el punto de vista jurídico, y no se puede esperar que el Estado anfitrión asuma ninguna responsabilidad especial por su comportamiento o sus deudas. Además, como se señala en el comentario, existe el principio de la independencia de las organizaciones internacionales, que es diferente y muy posiblemente más sólido que la posición a que dan lugar los hechos de un Estado en el territorio de otro<sup>161</sup>. Por estas razones, el hecho de que una organización internacional haya actuado en el territorio de un Estado parecería ser totalmente neutro en lo que se refiere a la responsabilidad de ese Estado, según el derecho internacional, por los hechos de la organización. Pero si es así, es sumamente extraño que en el artículo 13 se señale expresamente ese factor neutro como base para la no atribución.

b) El problema de fondo

261. En lo que respecta a la atribución a los Estados del comportamiento de las organizaciones internacionales, se plantea una cuestión más amplia que ha adquirido mucha más importancia desde que se aprobó el artículo 13, habida cuenta, entre otras cosas, de las controversias relativas al Consejo

---

<sup>160</sup> Véase un análisis del Corfu Channel Case en el párr. 253 supra.

<sup>161</sup> Por ejemplo, el principio de la inmunidad de una organización internacional con respecto a la jurisdicción de los tribunales de un Estado territorial es más amplio que el de la inmunidad de un Estado extranjero. Posiblemente esto sea en parte resultado de un accidente histórico, pero al menos en parte refleja una diferencia funcional entre los Estados y las organizaciones internacionales.

Internacional del Estaño<sup>162</sup> y la Organización Árabe para la Industrialización<sup>163</sup>. El estudio más detallado de ese problema, que tiene estos hechos en cuenta, es el del Institut de Droit International, que emitió una resolución cuidadosamente redactada en 1995<sup>164</sup>. En esa resolución no se menciona la ubicación de la organización o de sus actividades como factor pertinente para determinar la responsabilidad del Estado por su comportamiento. Es más, el artículo 6 de dicha resolución, en el que se enumeran varios factores que no deben tenerse en cuenta con ese fin, no se menciona la localización territorial. Es evidente que se consideró carente de toda pertinencia.

#### Recomendación

262. La responsabilidad de los Estados por los hechos de las organizaciones internacionales debe tratarse separadamente, en el contexto de la gama más amplia de cuestiones relativas a la responsabilidad por los hechos de las organizaciones internacionales. Como elemento del derecho de atribución, el artículo 13 plantea cuestiones delicadas a contrario sin resolverlas en modo alguno. Por lo tanto, debería suprimirse. En su lugar debería incluirse una cláusula de salvaguardia para reservar toda cuestión relativa a la responsabilidad, con arreglo al derecho internacional, de una organización internacional o de cualquier Estado por el comportamiento de una organización internacional<sup>165</sup>. Algunos elementos del comentario al artículo 13 pueden incluirse en el comentario a esa cláusula.

- j) Artículo 14: Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional/Artículo 15: Atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en un nuevo gobierno de un Estado o cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado

263. La posición de los "movimientos insurreccionales" se trata en dos artículos, lo cual refleja la considerable importancia histórica del problema y el gran volumen de jurisprudencia arbitral existente. El artículo 14 es la cláusula de atribución "negativa", y el artículo 15, la de atribución positiva. Conviene considerarlos conjuntamente.

---

<sup>162</sup> JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry [1990] 2 AC 418 (Inglaterra, Cámara de los Loes), 81, International Law Reports, 669; Maclaine Watson & Co Ltd v Council and Commission of the European Communities [1990] 1 ECR, 1797 (ECJ).

<sup>163</sup> Westland Helicopters Ltd v Arab Organization for Industrialization (laudo de la CCI, 1985), 80, International Law Reports, 595; Arab Organization for Industrialization v Westland Helicopters Ltd (1988), 80, International Law Reports, 622 (Suiza, Corte Suprema Federal); Westland Helicopters Ltd v Arab Organization for Industrialization [1995] QB 282; 108, International Law Reports, 564 (Inglaterra, Corte Superior).

<sup>164</sup> (1996) 66-II Annuaire de l'Institut de Droit International 444. Véanse los trabajos preparatorios en (1995) 66-I Annuaire de l'Institut de Droit International, 251.

<sup>165</sup> En relación con la recomendación paralela de suprimir referencias a las organizaciones internacionales en el artículo 9, véase el párr. 234 supra.

264. El artículo 14 dispone que:

1. No se considerará hecho del estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional establecido en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio bajo su administración.
2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el del órgano del movimiento insurreccional, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.
3. Asimismo, el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución del comportamiento del órgano del movimiento insurreccional a ese movimiento en todos los casos en que tal atribución pueda hacerse según el derecho internacional.

265. El artículo 15 estipula lo siguiente:

1. El hecho de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno de un Estado se considerará hecho de ese Estado. No obstante, tal atribución se entenderá sin perjuicio de la atribución a ese Estado de un comportamiento que antes hubiera sido considerado hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.
2. El hecho de un movimiento insurreccional cuya acción dé lugar a la creación de un nuevo Estado en una parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio bajo su administración se considerará hecho de ese nuevo Estado.

266. En su comentario al artículo 14, la Comisión señala que, una vez que un movimiento insurreccional organizado comienza a existir en forma autónoma, rara vez se imputará la responsabilidad al Estado, ya que para entonces los actos de ese movimiento "escapan totalmente a su control"<sup>166</sup>. Tras analizar la extensa jurisprudencia arbitral<sup>167</sup>, la práctica diplomática<sup>168</sup> y la doctrina<sup>169</sup>, declara firmemente que el Estado en cuyo territorio exista un movimiento insurreccional no es responsable del comportamiento de este último, salvo en circunstancias muy especiales en que el Estado debiera haber actuado para impedir los daños. Esa norma se enuncia en forma categórica; en particular, se niega que el Estado sea responsable de "los actos corrientes de administración

---

<sup>166</sup> Comentario al artículo 14, párr. 4.

<sup>167</sup> *Ibíd.*, párrs. 12 a 18.

<sup>168</sup> *Ibíd.*, párrs. 19 a 23.

<sup>169</sup> *Ibíd.*, párrs. 24 a 27.

que los órganos del movimiento insurreccional hubieran realizado en la parte del territorio estatal sujeto a su control" o esté obligado a respetar esos actos<sup>170</sup>. En cambio, sí es posible que el propio movimiento insurreccional sea considerado responsable de sus propios actos<sup>171</sup>.

267. En el comentario se explican las dos normas enunciadas en el artículo 15 sobre la base de la continuidad orgánica de un movimiento insurreccional que logra derrocar al gobierno anterior del Estado o incluso constituir un nuevo Estado en parte de su territorio<sup>172</sup>. Esto no tiene nada que ver con la sucesión de los Estados; en el primer caso no hay sucesión y en el segundo se aplica la norma de la continuidad, independientemente de que el Estado predecesor sea responsable o no del comportamiento mismo (según el artículo 14, prácticamente nunca lo es)<sup>173</sup>. Así pues, no está claro cuál es la base sistemática o estructural de la responsabilidad, pero por lo menos la jurisprudencia y la doctrina anteriores apoyan firmemente las dos normas enunciadas en el artículo 15<sup>174</sup>.

268. Al formular la norma de la "atribución negativa" en el artículo 14 y la norma positiva en el artículo 15, la Comisión no hizo "distingos entre diferentes categorías de movimientos insurreccionales sobre la base de su eventual "legitimidad" o de la ilicitud eventual de su instalación en el poder, no obstante la importancia que tales distingos puedan tener en otros contextos"<sup>175</sup>.

#### Observaciones de los gobiernos sobre los artículos 14 y 15

269. Austria señala:

"El tema del comportamiento de los órganos de un movimiento insurreccional, a que se refieren los artículos 14 y 15, plantea dudas importantes y requiere un examen más detenido. Se trata particularmente del párrafo 2

---

<sup>170</sup> *Ibíd.*, párr. 26.

<sup>171</sup> *Ibíd.*, párr. 28, en relación con algunos precedentes más antiguos.

<sup>172</sup> Comentario al artículo 15, párrs. 2 a 6. Si bien se menciona la continuidad orgánica como justificación, también se dice que la norma se aplica "al caso de un gobierno de coalición constituido tras un acuerdo entre las autoridades "legítimas" y los jefes del movimiento insurreccional": *ibíd.*, párr. 17. Es dudoso hasta qué punto se debería aplicar este principio en el caso de gobiernos de reconciliación nacional. No se debería considerar a un Estado responsable de los actos de un movimiento de oposición violento sólo porque, en pro de un arreglo de paz global, algunos elementos de la oposición se incorporaran en un gobierno reconstituido. En este sentido, es necesario hacer algunas salvedades en el comentario.

<sup>173</sup> *Ibíd.*, párr. 8.

<sup>174</sup> *Ibíd.*, párrs. 9 a 16. Sólo se cita un ejemplo de la práctica posterior a 1930. Véase un análisis de la doctrina y los intentos de codificación en *ibíd.*, párrs. 18 y 19.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, párr. 20.

del artículo 14 y del párrafo 1 del artículo 15. La relación entre la primera y la segunda oración del párrafo 1 del artículo 15 debería examinarse nuevamente teniendo en cuenta, por ejemplo, la experiencia adquirida en Europa oriental desde la desaparición del telón de acero y otros casos de agitación social."<sup>176</sup>

En una observación anterior, Austria había señalado que el artículo 14 no trataba expresamente del "caso de un movimiento insurreccional, reconocido por Estados extranjeros como gobierno local de facto, que no logra en última instancia establecerse en ninguna de las formas previstas en el artículo 15, sino que es derrotado por las autoridades centrales", y había pedido una aclaración<sup>177</sup>.

270. Francia propone, para el artículo 14, una nueva formulación por la que se establecería una presunción de responsabilidad con la posibilidad de exoneración en caso de fuerza mayor, etc.; también propone que se supriman los párrafos 2 y 3, cuyo texto es "especialmente oscuro". Propone, pues, una formulación totalmente nueva:

"El comportamiento de un órgano o un integrante de un movimiento insurreccional en el territorio de un Estado o en cualquier otro espacio sujeto a su jurisdicción no se considerará hecho de ese Estado:

a) cuando [éste] demuestre que el comportamiento es imputable a ese movimiento insurreccional; y

b) cuando [éste] demuestre que había ejercido regularmente las atribuciones correspondientes a su jurisdicción territorial en los territorios y espacios correspondientes."<sup>178</sup>

271. El Reino Unido señala lo siguiente:

"Sería conveniente que los nuevos gobiernos no pudieran eludir la responsabilidad internacional que les incumbe por los hechos que los llevan al poder, sobre todo habida cuenta de la gran probabilidad que existe, en los casos de insurrección, de que haya Estados y nacionales extranjeros lesionados. Por otra parte, podría interpretarse que el conferir a los movimientos insurreccionales triunfantes el derecho ... de desviarse de las obligaciones jurídicas que tienen hacia su Estado nacional promueve el incumplimiento de esas obligaciones en un momento decisivo para el Estado en cuestión, e incluso estimula la intervención de terceros Estados en sus asuntos internos. Por consiguiente, sería preferible, por razones de estabilidad, adoptar la postura de que sólo el gobierno titular puede dar el consentimiento para desviarse de las obligaciones jurídicas ..."<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> A/CN.4/488, págs. 45 y 46.

<sup>177</sup> Anuario ... 1980, vol. II (Primera parte), pág. 97.

<sup>178</sup> A/CN.4/488, pág. 45.

<sup>179</sup> A/CN.4/488, pág. 84.

Esta observación no se refiere tanto al artículo 15 como a la cuestión de si el consentimiento dado por un movimiento insurreccional puede obligar al Estado, para los fines del artículo 30, o en qué circunstancias. Por lo tanto, esta cuestión se tratará al examinar ese artículo.

Definición de "movimiento insurreccional"

272. En el comentario no se intenta en modo alguno definir "movimiento insurreccional" por cuanto esto pertenece más bien a los capítulos del derecho internacional que versan sobre la personalidad y no tanto la responsabilidad<sup>180</sup>. Sin embargo, sí se señala que se tiene la intención de abarcar a los movimientos insurreccionales, ya sean que estén basados en el territorio del Estado "objetivo" o el territorio de un tercer Estado<sup>181</sup>. Corresponde hacer varias observaciones al respecto.

273. En primer lugar, los movimientos insurreccionales considerados en los casos anteriores no eran de ningún modo de un nivel que les podría haber permitido a todos adquirir la personalidad internacional como beligerantes, y los hechos ulteriores han sido de poca utilidad para confirmar el concepto de la personalidad jurídica de las fuerzas beligerantes en general. Por ejemplo, el reconocimiento de la beligerancia en los conflictos armados internos ha caído prácticamente en desuso. En su lugar, puede servir de guía el umbral para la aplicación de las normas relativas a los conflictos armados contenidas en el Protocolo II de 1977. El párrafo 1 del artículo 1 se refiere a "fuerzas armadas disidentes o grupos armados 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 distingue claramente las acciones de esos grupos de "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" parecería reflejar, en el contexto de los Protocolos, la idea esencial de un "movimiento insurreccional", pero incluso si un movimiento poseyera claramente todas las características enumeradas en el párrafo 2 del artículo 1, no se consideraría necesariamente que tuviera personalidad jurídica internacional. Además, si el fundamento de la norma de atribución enunciada en el artículo 15 es la continuidad institucional y la responsabilidad continua de las entidades de que se trate con respecto a sus propios actos mientras pertenezcan a la oposición armada, no hay razón por la que esa norma deba aplicarse sólo a situaciones en que se reconoce la personalidad jurídica del movimiento insurreccional.

274. En segundo lugar, los Protocolos de 1977 hacen una distinción clarísima entre los grupos "disidentes" a los que se aplica el Protocolo II y los movimientos de liberación nacional a los que se refiere el Protocolo I. Éstos se definen en el párrafo 4 del artículo 1 como movimientos dedicados a la lucha

---

<sup>180</sup> Comentario al artículo 14, párr. 5.

<sup>181</sup> Comentario al artículo 15, párr. 29.

legítima por la libre determinación<sup>182</sup>. Se ha formulado la objeción de que ni el artículo 14 ni el artículo 15 hacen una distinción entre los dos casos, pero para los fines de las normas de atribución, no es evidente que esa distinción sea necesaria<sup>183</sup>. El hecho de saber si un comportamiento determinado puede atribuirse a un Estado o a otra entidad y de saber si ha habido incumplimiento de una obligación son cuestiones diferentes, y las distinciones entre los Protocolos I y II pueden ser pertinentes para lo segundo<sup>184</sup>. Pero esto no proporciona ninguna justificación para tratar de manera diferente las distintas categorías de movimientos insurreccionales para los fines del capítulo II. Por estas razones, no debería tener pertinencia para la aplicación de las normas enunciadas en los artículos 14 y 15 el hecho de saber si el movimiento insurreccional tiene personalidad jurídica internacional, y en qué medida.

#### Normas sustantivas reflejadas en los artículos 14 y 15

275. En lo que respecta al fondo de las normas enunciadas en los dos artículos, cabe señalar en primer término que el párrafo 3 del artículo 14 trata de la responsabilidad internacional de los movimientos de liberación que, ex hypothesi, no son Estados. Por lo tanto, esta cuestión está fuera del alcance del proyecto de artículos y debería omitirse. Ciertamente, cabe contemplar la responsabilidad de esos movimientos, por ejemplo, en el caso de violaciones del derecho internacional humanitario, pero esto puede hacerse en el comentario.

276. Como muestran las fuentes citadas en el comentario, el principio básico enunciado en el artículo 14 está bien establecido. Es cierto que sigue existiendo la posibilidad de que el Estado sea considerado responsable en forma independiente de los hechos de los movimientos insurreccionales, pero, evidentemente, esto sería cierto de todos modos, ya que los artículos "de atribución positiva" tienen un efecto acumulativo; por lo tanto, no hay necesidad de decirlo expresamente en el párrafo 2 del artículo 14<sup>185</sup>. Así pues, el párrafo 1 del artículo 14 quedaría aislado como cláusula de "atribución negativa". Por las razones ya expuestas, estas disposiciones no son ni necesarias ni deseables en el contexto del artículo 3 y el capítulo II<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> Véase, en general, H. Wilson, International Law and the Use of Force by National Liberation Movements (1988)

<sup>183</sup> Véase H. Atlam, "National Liberation Movements and International Responsibility" en B. Simma y S. Spinedi (recop.), United Nations Codification of State Responsibility (1987), 35.

<sup>184</sup> Según el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo I, los movimientos de liberación nacional están sometidos a normas de conducta y responsabilidad más estrictas que las fuerzas armadas disidentes a las que alude el párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo II.

<sup>185</sup> En la versión del artículo 14 que propone Francia (párr. 270 supra) no se tiene en cuenta la distinción entre la atribución y el incumplimiento de una obligación, y aparentemente se especifica una norma primaria. Sin embargo, como se observará, la estructura propuesta por Francia se ha adoptado en parte en el artículo 15: véase el párr. 280 infra.

<sup>186</sup> Véanse los párrs. 146 y 157 supra.

277. Las pocas decisiones judiciales relativas a las cuestiones planteadas en el artículo 15 son contradictorias. En el caso Minister of Defense, Namibia v Mwandighi, la Corte Suprema de Namibia tuvo que interpretar una disposición de la nueva Constitución por la que se aceptaba la responsabilidad por "todo lo que hubiera hecho" el Gobierno sudafricano anterior. Se trataba de determinar si Namibia era responsable de los delitos cometidos por las fuerzas armadas sudafricanas. La Corte dio una respuesta afirmativa, basándose en la presunción de que el derecho adquirido del demandante al pago de daños en actuaciones pendientes - derecho que existía inmediatamente antes de la independencia - no debía anularse, sobre todo teniendo en cuenta la nueva política de continuidad general del Estado. En el marco de una decisión basada esencialmente en la interpretación de la Constitución de Namibia, la Corte expresó no obstante la opinión de que, según el artículo 15, "el nuevo Gobierno hereda la responsabilidad de los hechos cometidos por los antiguos órganos del Estado"<sup>187</sup>. Cabe señalar, con todo respeto, que esto equivale a confundir las situaciones abarcadas por los párrafos 1 y 2. Namibia, como nuevo Estado creado como resultado, entre otras cosas, de las acciones de la SWAPO, un movimiento de liberación nacional reconocido, no era responsable del comportamiento de Sudáfrica con respecto a su territorio. El hecho de que asumiera esa responsabilidad demuestra su interés en la protección de los derechos individuales, pero los principios del artículo 15 no lo exigían.

278. Al otro extremo figura una decisión de la Corte Suprema de Uganda en el asunto 44123 Ontario Ltd v Crispus Kiyonga. Este caso trataba de un contrato firmado por una empresa canadiense con el Movimiento de Resistencia Nacional en una época en que este último era un "movimiento insurreccional"; posteriormente llegó al poder pero negó su responsabilidad de ejecutar el resto del contrato, aunque reintegró a la empresa una importante garantía de cumplimiento. Sin hacer ninguna referencia al derecho internacional o al artículo 15, la Corte rechazó la demanda. Declaró, entre otras cosas, que "en el momento de firmarse el contrato, la República de Uganda tenía un gobierno bien establecido y por lo tanto no puede haber habido dos gobiernos en lucha por el poder cuyos hechos deban reconocerse como válidos"<sup>188</sup>.

### Conclusión

279. A pesar de incongruencias como éstas, cabe señalar que las dos normas de atribución positiva contenidas en el artículo 15 parecen ser aceptadas y establecer un justo equilibrio al nivel de la atribución, en lo que respecta a los intereses en conflicto. Es cierto que persisten ciertas dificultades de racionalización, pero hasta el momento no se ha sugerido, ni en las observaciones de los gobiernos ni en la doctrina, que se supriman las normas sustantivas: más bien se ha propuesto que se refuercen. No obstante, cabe recalcar que las normas de atribución en el derecho de la responsabilidad del

---

<sup>187</sup> 1992 (2) SA 355, págs. 359 y 360; 91, International Law Reports, 341, pág. 361.

<sup>188</sup> (1992) 11 Kampala LR 14, pág. 20; 103, International Law Reports, 259, pág. 266. Cabe señalar que el Gobierno había invocado varios otros medios de defensa potencialmente admisibles según la correspondiente ley del contrato.

Estado tienen una función limitada, sin perjuicio de las cuestiones relativas a la validez y novación de los contratos de acuerdo con la ley pertinente, o de cualquier cuestión relativa a la sucesión de los Estados<sup>189</sup>.

280. Por lo tanto, se sugiere que los principios esenciales enunciados en el párrafo 1 del artículo 14 y los párrafos 1 y 2 del artículo 15 se combinen en un solo artículo. Pese a las dificultades que plantean las cláusulas de atribución negativa autónomas, parece aconsejable enunciar el artículo 15 como norma negativa, con sujeción a ciertas excepciones: así se evita el problema de la circularidad y se dan ciertas seguridades a los gobiernos de que no serán considerados responsables en general de los hechos de los grupos insurreccionales<sup>190</sup>.

k) Comportamiento que un Estado hace suyo posteriormente

281. En todos los fundamentos de la atribución comprendidos en el capítulo II (con la excepción del comportamiento de los movimientos insurreccionales previsto en el artículo 15) se parte del supuesto de que la condición de la persona o la estructura como órgano del Estado, o su mandato de actuar por cuenta del Estado, queda establecido en el momento en que ocurre el hecho presuntamente ilícito. Pero esto no es un requisito necesario de la responsabilidad. Un Estado podría hacer suyo o ratificar posteriormente un comportamiento que de otro modo no se le atribuiría; en ese caso, no hay ninguna razón para que no se lo considere responsable de ese comportamiento. El hecho de hacer propio un comportamiento o de ratificarlo puede ser explícito o inferirse del comportamiento del Estado de que se trate. Esta posibilidad adicional debe examinarse.

Lighthouses Arbitration

282. Esta cuestión efectivamente se planteó en decisiones judiciales y en la práctica estatal anterior a la aprobación del capítulo II. Por ejemplo, en el arbitraje arriba mencionado, un tribunal arbitral declaró que Grecia era responsable de la violación de un acuerdo de concesión iniciada por Creta en una época en que ésta era un territorio autónomo del imperio otomano, en parte debido a que "Grecia había hecho suya esa violación como si se hubiera tratado de una operación corriente y ... finalmente la había mantenido, incluso después de adquirir la soberanía territorial sobre la isla ..." <sup>191</sup>. El hecho de que éste fuera un caso de sucesión de los Estados no era accidental. Según un punto de vista compartido por muchos, un nuevo Estado no hereda, en general, la

---

<sup>189</sup> La reserva expresada por la Corte Internacional con respecto a los actos corrientes de administración de Sudáfrica en su Opinión sobre Namibia puede plantear cuestiones relativas a la sucesión de los Estados, I.C.J. Reports 1971, pág. 16, párr. 125.

<sup>190</sup> Para la formulación propuesta, véanse el párr. 287 y las notas infra.

<sup>191</sup> (1956), 12, United Nations Reports of International Arbitral Awards 160, pág. 198; 23, International Law Reports, 81, pág. 92.

responsabilidad estatal del Estado predecesor con respecto a su territorio<sup>192</sup>. Pero si el Estado sucesor, ante la continuación de un comportamiento ilícito en su territorio, apoya y continúa esa situación, se puede inferir fácilmente que ha asumido la responsabilidad de ese comportamiento ilícito.

#### El asunto del personal diplomático y consular

283. También se llegó a la misma conclusión, fuera del contexto de la sucesión de los Estados, en el asunto United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran<sup>193</sup>. En ese caso, la Corte estableció una clara distinción entre la situación jurídica existente inmediatamente después de que los militantes se apoderaron de la embajada de los Estados Unidos y de su personal, y la creada por un decreto del Estado iraní por el que se aprobaba expresamente y se mantenía la situación resultante de la acción de los militantes. Según la Corte:

"La política, anunciada por el ayatollah Khomeini, 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 Khomeini y otros órganos del Estado iraní aprobaran estos hechos y decidieran perpetuarlos convirtió a la ocupación de la embajada y la detención de los rehenes en hechos de ese Estado. Los militantes, autores de la invasión y carceleros de los rehenes, se habían convertido en agentes del Estado iraní, de cuyos hechos el propio Estado era internacionalmente responsable. El 6 de mayo de 1980, el Ministro de Relaciones Exteriores, Sr. Ghotbzadeh, declaró en una entrevista por televisión que la ocupación de la embajada de los Estados Unidos había sido "un acto de nuestra nación ..."<sup>194</sup>

No se desprende claramente de este pasaje si el efecto de la "aprobación" del comportamiento de los militantes tenía simplemente un efecto prospectivo o el efecto de que el Estado del Irán fuera responsable de todo el proceso de ocupación de la embajada y detención de su personal ab initio. En realidad, no tuvo mucha importancia qué posición se adoptó, ya que el Irán fue declarado responsable en relación con el período anterior a la ocupación de la embajada con un fundamento jurídico diferente, a saber, su incapacidad de adoptar medidas suficientes para impedir la ocupación o ponerle fin de inmediato<sup>195</sup>. No obstante, pueden haber circunstancias en que no podría haber existido esa responsabilidad previa, por ejemplo, cuando el Estado de que se tratara hiciera

---

<sup>192</sup> Véase D.P. O'Connell, State Succession in Municipal and International Law (1967), vol. 1, pág. 482.

<sup>193</sup> I.C.J. Reports 1980, pág. 3.

<sup>194</sup> Ibíd., pág. 35, párr. 74.

<sup>195</sup> Ibíd., págs. 31 y 33.

suyo el comportamiento ilícito en cuanto tuviera conocimiento de él, o en cuanto asumiera control del territorio en cuestión. Si se hace propio ese comportamiento de manera inequívoca e incondicional (como en la declaración del Ministro de Relaciones Exteriores del Irán, citado por la Corte en el pasaje que figura más arriba), hay buenas razones para darle efecto retroactivo, cosa que la Corte hizo en el Lighthouse Arbitration<sup>196</sup>. Esto ha tenido la consecuencia deseable de permitir que el Estado lesionado obtenga una indemnización con respecto a la totalidad de la operación o el hecho. También es compatible con la posición establecida por el artículo 15 con respecto a los movimientos insurreccionales.

### Recomendación

284. Por estas razones, el proyecto de artículos debería contener una disposición que estipulara que el comportamiento que no se puede atribuir a un Estado de alguna otra forma es atribuible a ese Estado si posteriormente éste hace suyo ese comportamiento, y en la medida en que lo haga. Al formular esta disposición, es necesario distinguir entre la mera aprobación de una situación y el hecho de hacerla propia. En las controversias internacionales, los Estados pueden adoptar posiciones sobre el carácter deseable de un comportamiento determinado, posiciones que pueden equivaler a "aprobación" o "apoyo" en términos generales pero que claramente no entrañan ninguna presunción de responsabilidad. En el asunto del personal diplomático y consular, la Corte empleó frase tales como "aprobación", "apoyo" "la aprobación oficial del Gobierno", "la decisión de perpetuar [la situación]", y en ese contexto, estos términos fueron suficientes para los fines que se perseguían. Sin embargo, como criterio general, el concepto de "aprobación" o "apoyo" es demasiado amplio. Así pues, para los fines del artículo 27 ("Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito") es evidente que la mera aprobación o el apoyo del comportamiento ilícito de un Estado por parte de otro no es suficiente para atribuir la responsabilidad a este último. Se sugiere que en la disposición propuesta se utilice la expresión "hacer propio" que ya aparece en la doctrina<sup>197</sup> y que entraña la idea de que el Estado efectivamente reconoce el comportamiento como propio<sup>198</sup>. En el comentario se debería indicar claramente que el hecho de hacer propio el comportamiento o de reconocerlo debe ser inequívoco<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> (1956), 12, Reports of International Arbitral Awards 160, págs. 197 y 198; 23, International Law Reports, 81, págs. 91 y 92.

<sup>197</sup> Véase, por ejemplo, I. Brownlie, State Responsibility. Part I (1983) págs. 157 y 158, 161.

<sup>198</sup> Si bien a veces se usa el término "ratificación" en este contexto, debe evitarse debido a sus connotaciones formales en el derecho de los tratados y en el derecho constitucional de muchos Estados. En el contexto de la responsabilidad de los Estados, el hecho de hacer propio un comportamiento puede no ser formal e inferirse del comportamiento.

<sup>199</sup> Por esa razón, en el Lighthouses Arbitration, no se consideró a Grecia responsable de la violación de los derechos del demandante, atribuible al Gobierno autónomo de Creta, aun cuando Grecia había indicado previamente que estaba dispuesta a pagar una indemnización: (1956), 12, Reports of

285. Cabe recalcar que la norma propuesta es sólo una norma de atribución. Con respecto al comportamiento que un Estado ha hecho suyo, siempre será necesario considerar si ese comportamiento contraviene las obligaciones internacionales de ese Estado en el momento que corresponda. La cuestión de la complicidad de un Estado en el comportamiento ilícito de otro se trata en el capítulo IV de la primera parte. A los efectos de determinar que un Estado ha hecho suyo un comportamiento dado, las obligaciones internacionales de ese Estado deberían ser el criterio para determinar si ese comportamiento es ilícito. El comportamiento puede haber sido lícito en lo que respecta al autor inicial, o el autor puede haber sido una persona privada cuyo comportamiento no está en absoluto regido directamente por el derecho internacional. De igual modo, un Estado que hace suyo o reconoce como propio un comportamiento que es lícito desde el punto de vista de sus propias obligaciones internacionales no asumiría por ello la responsabilidad del comportamiento ilícito de ninguna otra persona o entidad. En esos casos, tendría que ir más lejos y asumir claramente la responsabilidad de pagar una indemnización.

286. En cuanto a la ubicación del artículo propuesto, como se trata de un fundamento complementario de la responsabilidad, se sugiere que se incluya como artículo 15 bis. En ese artículo se puede aclarar que, salvo en el caso en que un Estado haga suyo un comportamiento, o de otros casos abarcados por los artículos precedentes, el comportamiento no puede atribuirse al Estado; esto se puede reforzar debidamente en el comentario. De este modo, el artículo 15 bis propuesto también puede cumplir la función del antiguo artículo 11<sup>200</sup>.

-----

---

International Arbitral Awards 160, pág. 196; 23, International Law Reports, 81, pág. 89.

<sup>200</sup> Véanse los párrs. 244 a 248 supra, donde se propone que se suprima el artículo 11.