



**RESPONSABILIDAD
INTERNACIONAL DEL
ESTADO ANFITRIÓN FRENTE
AL INVERSIONISTA
EXTRANJERO. CONDUCTA
ATRIBUIBLE AL ESTADO.¹
Ignacio Gómez-Palacio²**

I. ANTECEDENTES

Esta ponencia tiene como propósito reflexionar sobre la responsabilidad internacional del Estado.

A partir del surgimiento de los Estados soberanos e inclusive desde fechas anteriores, la responsabilidad internacional de los Estados es y ha sido un tema que concierne a la comunidad internacional en general.

¿Hasta dónde está el Estado obligado a responder de sus actos u omisiones, de actos u omisiones dentro de su territorio, de actos de sus funcionarios, de sus órganos y representantes, inclusive de actos de otros Estados? ¿Cuáles son las circunstancias excluyentes de responsabilidad? ¿Cuáles son las consecuencias legales de un hecho internacional ilícito? ¿Qué obligaciones de reparación surgen? ¿Cuáles

¹ Ponencia presentada por Ignacio Gómez-Palacio, para su ingreso como miembro de número a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (15. nov. 2005).

² Árbitro nacional e internacional. Profesor de Derecho en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Socio fundador de Gómez-Palacio y Asociados, S.C. Ex Consultor Senior de la ONU. Esta ponencia se basa en parte en el libro del autor, publicado en abril de 2006, por Editorial Porrúa, S. A., titulado: Derecho de los Negocios Internacionales.

son las consecuencias del incumplimiento por parte del Estado, de sus obligaciones contractuales internacionales?

Las cortes internacionales, los tribunales arbitrales y la doctrina en general se han preguntado y han aportado luces respecto a la responsabilidad del Estado, como es el caso de la propiedad de extranjeros en su territorio, las excepciones por causas de guerra o emergencias, los límites a la expropiación, la revocación de actos administrativos, etc. En este sentido se han establecido diferencias fundamentales entre las obligaciones internacionales y las internas.

El interés generalizado que ha provocado el tema se refleja en el hecho de haber sido seleccionado para estudio y codificación en la Liga de las Naciones. En la conferencia de 1930, fue apuntado como el tema principal de la misma.³

El tema, como asignatura de principal importancia, fue propuesto en la ONU por la Comisión de Derecho Internacional (*International Law Commission*-CDI/ILC-, establecida en 1948 por resolución de la Asamblea General).

El Proyecto de Artículos Relativos a la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionales Ilícitos (*Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* -Arts. R.E.), fue adoptado por la CDI/ILC el 9 de agosto de 2001, tras cerca de 40 años de labor.⁴ Su importancia se estima similar a la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁵

II. COMENTARIOS GENERALES A LOS ARTÍCULOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS INTERNACIONALES ILÍCITOS

³ Ver Rosenne, S., *League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (1925-1928)* New York, Oceana, 1972.

⁴ Los trabajos se iniciaron en 1956 bajo la dirección de F.V. García Amador (Cuba) en su calidad de Comisionado Especial (*Special Rapporteur*), quien fungió de 1955-1961. Lo siguieron Roberto Ago (1963-1979), Willen Riphagen (1979-1986), Gaetano Arangio-Ruiz (1987-1996) y James Crawford (1997-2001). La CDI/ILC se integra por 34 miembros procedentes de África, Asia, América y Europa, que sirven periodos de 5 años. Son elegidos de listas de expertos internacionalistas que proporcionan los países miembros.

⁵ Los Arts. R.E. fueron adoptados por consenso de los miembros de la CDI/ILC, pero no han sido votados. Los Arts. R.E. fueron enviados por la CDI/ILC a la Asamblea General de la ONU, con la petición de que eventualmente decida si los mismos deben ser emitidos como una convención internacional sobre responsabilidad del estado, a ser ratificada por los países miembros.

Esta ponencia seguirá de cerca a los referidos Artículos Relativos a la Responsabilidad de los Estados,⁶ en razón de considerar que recogen en buena parte las soluciones de connotados internacionalistas del momento, así como de gran parte de los países que integran el concierto de la comunidad internacional. Sobre éstos conviene comentar que:

1. Son un proyecto, cuya formalización (vía tratado, ley modelo, etc.) aún no se ha definido;
2. Han significado un esfuerzo enorme de análisis de laudos y sentencias internacionales, así como de identificación e interpretación del derecho internacional consuetudinario (DIC); sin embargo, debido a la efervescencia de la materia, para cuando fueron adoptados (2001) ya tenían cierto grado de obsolescencia; y
3. Se ha esgrimido la postura en el sentido de que se refieren a responsabilidad entre Estados y que por ende no resultan aplicables a la responsabilidad del Estado frente al inversionista extranjero.

Sobre el primer comentario se señala que el esfuerzo de la CDI/ILC no sólo ha sido laudable, sino de gran capacidad técnica y de exhaustivo estudio y dedicación, razones por las cuales los Arts. R.E., han sido citados y discutidos por tribunales arbitrales internacionales y la doctrina. Esto ha sido así, desde el Proyecto de Artículos de 1966, también debido al hecho de que en su hechura han participado representantes de diversos países, así como la alta calidad de sus miembros expertos internacionalistas.⁷

Respecto al segundo comentario, se puede citar como ejemplo el caso GAMI v. Estados Unidos Mexicanos, cuya fecha es posterior a los Artículos ya que data de 2004. En este caso el Tribunal identificó la actuación del Estado mexicano conforme con el derecho internacional (*pacta sunt servanda*) al encontrar que en la expropiación de ingenios llevados a cabo con base a una conducta selectiva (los “...que operaban en condiciones de insolvencia necesitaban de la participación pública en interés de la economía nacional en un sentido amplio”), el gobierno pudo haberse equivocado e inclusive haber sido torpe en “.... el análisis del criterio

⁶ Los Arts. R.E. se encuentran publicados en la página web de la ONU en varios idiomas que no incluye el español. La traducción de los textos que aquí se incluyen, fue realizada por el autor con base en la versión en idioma inglés.

⁷ Crawford, James. The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, U.K., 2002, p.11. En castellano: Artículos Relativos a la Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos. En lo sucesivo se hace referencia a ellos bajo “Arts. R.E. Comt” o por separado uno y el otro, ya que uno es el Artículo y otro su comentario. La referencia en idioma inglés es “ILC Comt”

relevante de la línea divisoria entre los candidatos y los no candidatos a expropiación. Pero la ineficiencia no es discriminación”, ya que el objetivo era “... asegurar que la industria azucarera esté en manos de empresas solventes”. El tribunal, al hacer la comparación de trato concluyó que existía una “buena razón” para expropiar, para hacer el distingo y por ende determinó la no existencia de discriminación.⁸

Desentrañar el DIC requiere de estudio y especial dedicación. Esto se da de manera ejemplar en el laudo definitivo emitido por el Tribunal Arbitral del caso Waste Management (2), que realiza un amplio análisis de decisiones arbitrales, quizás influenciado por la presencia como Árbitro Presidente de James Crawford (último de los Comisionados Especiales -*Special Rapporteur* de la CDI/ILC), a quien le tocó participar en la ardua tarea de descifrarlo para dejarlo plasmado en los Arts. R.E.

El tercer comentario se contesta al indicar, lo que posteriormente se señala con mayor amplitud, en el sentido de que la regla general de la responsabilidad del Estado, consignada en el Art. 1, no distingue al preceptuar: “Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste”. Adicionalmente, los comentarios a los Arts. R.E. indican que incluyen responsabilidad del Estado por actos civiles, comerciales y penales;⁹

Como un comentario adicional se señala que el término "wrongful act" en idioma inglés, ha sido traducido como "hecho ilícito", ya que conforme a la doctrina civilista general, el término genérico que abarca actos y omisiones es el "hecho jurídico". En el idioma inglés "act" incluye omisiones. La traducción entre "act" y "hecho" tiene concordancia con la traducción entre inglés y francés de "act" y "fait". En español y francés se da la equivalencia entre "hecho" y "fait". Respecto a la traducción de "wrongful" e "ilícito", se sigue la terminología utilizada con respecto a la responsabilidad civil y penal, por la realización de actos "ilícitos".¹⁰

Un ejemplo de responsabilidad del Estado por omisión se señaló en el caso Metalclad v. Estados Unidos Mexicanos, en el que el tribunal arbitral condenó a dicho gobierno “al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar ...[municipio del Estado de San Luis Potosí en México]... que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo...”.¹¹

⁸ GAMI Investments, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos, Laudo15.nov.2004, pr. 114.

⁹ “It is irrelevant for the purpose of attribution that the conduct of a State organ may be classified as ‘commercial’ or as ‘*acta iure gestionis*.’”. Arts. R.E., Art. 4, comt. 6.

¹⁰ En el mismo sentido, Id., Art. 1, comt. 8.

¹¹ Metalclad v. Estados Unidos Mexicanos, pr. 104.

Cabe señalar por último, que en el análisis de la política pública relacionada con la actuación y por ende la responsabilidad del Estado, resulta conveniente tomar en cuenta los objetivos de la convención específica, como sería en el caso del TLCAN, el Art. 102.

III. EL PUNTO DE PARTIDA.

El punto de partida de esta ponencia es el señalamiento en el sentido de que las reglas de responsabilidad de los Estados, como se indica en derecho internacional, son "reglas secundarias".

Su propósito no es establecer el contenido y alcance de la obligación internacional cuyo incumplimiento da origen a la responsabilidad del Estado. Ese es el propósito de la regla primaria.

Señala la CDI que las reglas de responsabilidad de los Estados se refieren a las "... condiciones generales de derecho internacional bajo las cuales se considera a un Estado responsable por la realización de actos u omisiones ilícitas y las consecuencias legales que de ello se derivan..."¹²

Si se asume la existencia de una obligación internacional primaria del Estado, como puede ser la de otorgar trato nacional a la IED, y surge la pregunta respecto a si el Estado ha cumplido con tal obligación, surgen diferentes cuestiones generales que deben considerarse, las que son precisamente el campo de las reglas secundarias. Ejemplos de éstas son:

- Determinar las circunstancias en las que la conducta sea atribuible a un Estado como sujeto de derecho internacional.
- Durante que período de tiempo se ha incumplido con una obligación internacional de un Estado.
- La relación legal que surge cuando el Estado realiza un hecho internacional ilícito, respecto a la cesación del hecho y la reparación del daño causado.¹³

IV. TEMAS BASE O FUNDAMENTALES.

¹² Arts. R.E., Comt. generales 1 y 2.

¹³ Id., comt. 3.

En esta ponencia haré referencia a la regla básica de responsabilidad, a los elementos del hecho internacional ilícito, a la calificación del hecho y a una sección del tema que se distingue y tiene una importancia fundamental. Me refiero a las reglas de atribución, es decir cuando se considera una conducta como atribuible al Estado.

Por razones de tiempo, no me referiré a otros temas de igual importancia como lo son: las excluyentes de responsabilidad o a la reparación del daño (restitución, (Chorzów Factory), compensación y satisfacción).

a) Regla básica

El Art. 1 de los Arts. R.E. señala el principio básico de responsabilidad de los Estados, como sigue:

Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste.

Este principio básico liga al hecho internacional ilícito con su consecuencia, i.e. la responsabilidad del Estado que lo realizó u omitió.

Esta responsabilidad, es primero frente a quien resulta agraviado, como puede ser el caso de un inversionista extranjero, pero inclusive, se ha mencionado que lo es también frente a la comunidad internacional. En ese sentido se pronunció la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction, al hacer referencia a obligaciones *erga omnes*:

Cuando un Estado admite inversiones extranjeras o a extranjeros, sean personas físicas o morales, en su territorio, está obligado a otorgarles la protección de la ley y asume obligaciones relacionadas con el trato que se les dará. Empero, estas obligaciones no son ni absolutas ni ilimitadas [unqualified]. En particular, debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado a favor de la comunidad internacional en su conjunto, y aquellas que surgen vis-à-vis otro Estado en materia de protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras son preocupación de todos los estados. En virtud de la importancia de los derechos involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés legal en su protección; son obligaciones *erga omnes*.¹⁴

¹⁴ Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Bélgica v. Reino de España) 1970, pr. 33.

b) Elementos del hecho internacional ilícito del Estado.

El Art. 2 de los Arts. R.E. indica:

Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Existe hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

(a) es atribuible según el derecho internacional al Estado; y

(b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Los dos elementos que aquí se identifican para considerar un hecho internacional ilícito del Estado, han sido aceptados desde tiempo atrás.¹⁵ Los comentarios de la CDI/ILC indican que la intencionalidad no debe de tomarse en cuenta ya que sólo importa el acto del Estado.¹⁶ En este sentido, el tribunal arbitral en el caso *Metalclad v. Estados Unidos Mexicanos* indicó que el mismo “...no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico...”.¹⁷

Un aspecto adicional de relevancia es el hecho de que en el segundo de los elementos no se señala que la violación es a una “norma” internacional, sino a un término más amplio que es el de “obligación” internacional.¹⁸

Loretta Ortiz Ahlf indica que el primero de los elementos señalados por el Art. 2 de los Arts. R.E. es “considerado como el elemento subjetivo del hecho ilícito” en tanto que el segundo es el elemento objetivo. Cita como antecedente el caso de *Dickson Car Wheel Company*, antes citado, que estableció: “para que un Estado incurra en responsabilidad es necesario que un acto ilícito internacional le

¹⁵ *Dickson Car Wheel Company v. Estados Unidos Mexicanos* (1931), Comisión Mixta de Reclamaciones México-EUA, R.I.A.A., vol. IV, pr. 678, y Arts. R.E., Art. 2, comt. 2 sobre otros casos relacionados.

¹⁶ Arts. R.E., Art. 2, comt. 10.

¹⁷ *Metalclad v. Estados Unidos Mexicanos*, pr. 111. En general, importa más el resultado que la intención detrás de éste, i.e. la realidad del hecho del Estado. En este sentido ver: Coe Jr., Jack y Rubins, Noah, *Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions*, *International Investment Law and Arbitration*, (Weiler, Todd, Editor), Cameron May Ltd., U.K., 2005, p. 615.

¹⁸ Arts. R.E., Art. 2, comt. 13.

sea imputado, esto es, que exista una violación de un deber impuesto por un estándar jurídico internacional”.¹⁹

c) Calificación del hecho internacional ilícito del Estado.

El Art. 3 de los Arts. R.E. indica:

Artículo 3. Calificación del hecho internacional ilícito del Estado. La calificación de un hecho internacional ilícito del Estado se rige por el derecho internacional. Tal calificación no resulta afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

Este es un principio fundamental que se hermana con el anterior que indica que la responsabilidad surge con motivo de la violación de una obligación internacional.

En este sentido, la violación y la calificación se rigen por el derecho internacional.

d) Conductas atribuibles a un Estado.

El jurista de derecho privado e inclusive aquel que dedica su atención al derecho interno, se sorprende por la siguiente regulación que en general, responsabiliza al Estado. Esta es una área ejemplo de la diferencia que existe entre el derecho interno y el derecho internacional, al grado de que como se verá más adelante, la calificación que de la conducta de un Estado haga el derecho interno, resulta irrelevante para el derecho internacional. Puede inclusive, el derecho interno calificar a un acto de Estado como *lícito* y ser *ilícito* para efectos del derecho internacional.

Se resalta que la conducta atribuible al Estado como sujeto de derecho internacional a efecto de determinar su responsabilidad internacional, debe juzgarse con base en derecho internacional y no con base en derecho interno. En este sentido, el Estado como sujeto de derecho internacional es responsable por la conducta de todos sus órganos, sin tomar en cuenta la subdivisión y facultades atribuidas a cada uno de los órganos que componen el Estado de conformidad con las disposiciones de derecho interno.²⁰

Los Arts. 4 a 11 de los Arts. R.E. señalan las conductas atribuibles a los Estados (es decir aquellas respecto de las cuales son responsables). Estas son:

¹⁹ Ortíz Ahlf, Loretta, Derecho Internacional Público, Oxford University Press, Tercera Edición, México, 2004, p.p. 146 y 147.

²⁰ Arts. R.E., (Crawford), pp. 92 y 93.

a) Conducta de los órganos del Estado. Bajo derecho internacional la conducta de los órganos legislativo, ejecutivo, judicial o de órganos que realicen otras funciones, independientemente de la posición o jerarquía que tengan dentro de la organización del Estado y ya sea que actúen como órganos del gobierno central o de una unidad territorial, son considerados como conducta del Estado. Dentro de la conducta de los órganos se incluye la conducta de cualquier persona o entidad que conforme al derecho interno del Estado tenga el estatus correspondiente.²¹

El tribunal arbitral del caso *Maffezini v. España*, analizó la naturaleza de la empresa por cuyos actos el demandante argüía que debía responder el gobierno de España. Se trataba de SODIGA (Sociedad Para el Desarrollo Industrial de Galicia). Inicialmente analizó la naturaleza de ésta para determinar si se trataba de una entidad pública o empresarial o un híbrido, identificando ésta como “la prueba estructural”, la que señaló:

“... es solamente uno de los elementos que se deben tomar en cuenta. Otros aspectos que considera el derecho internacional son, el particular, el control de la sociedad por el Estado o por entidades estatales y los objetivos y funciones para los cuales se creó esa sociedad”.²²

El propio tribunal hizo también un análisis desde el punto de vista funcional, indicando:

“SODIGA estaba en proceso de transformación de una entidad típicamente estatal a una orientada al mercado. Si bien en un comienzo varias de las funciones de SODIGA eran más bien de carácter gubernamental, actualmente deben considerarse de índole comercial. Pero, en el momento de la transición, en realidad sus funciones eran de ambos tipos, algunas consideradas funciones esencialmente gubernamentales y otras básicamente comerciales. Como ya se mencionó, ésta es la línea divisoria entre aquellos actos u omisiones que pueden imputarse al Estado español y aquellos que no pueden atribuirse a este último. En consecuencia, el Tribunal debe clasificar los diversos actos u omisiones que han dado origen a la presente controversia.”²³

Con base en lo anterior el tribunal *Maffezini* pasó a analizar cada uno de los hechos que dieron origen a la controversia, para determinar si cada acto era de naturaleza pública o privada, para después decidir sobre el incumplimiento de la obligación por parte del gobierno español del tratado base de la acción.

²¹ Arts. R.E., Art. 4.

²² *Maffezini v. el Reino de España*, Laudo de 13.noviembre.2000, 5 ICSID Reports 419, 432, pr. 50.

²³ Id. pr. 57.

El tribunal arbitral Waste Management (2) v. Estados Unidos Mexicanos analizó el caso de la responsabilidad del Estado mexicano por actos de un banco de desarrollo sobre el cual dicho gobierno tiene propiedad parcial y control sustancial (denominado Banobras). Al efecto señaló:

... el Tribunal duda acerca de si Banobras es un órgano del Estado mexicano según el significado del Artículo 4 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI. Las acciones de Banobras fueron divididas entre el sector público y el sector privado; el primero retuvo como mínimo el 66% de dichas acciones. El mero hecho de que una determinada entidad sea de propiedad o control mayoritario del Estado no la convierte *ipso facto* en un órgano estatal. Tampoco resulta claro que en sus transacciones con el Ayuntamiento[de Acapulco]... y el Estado... [de Guerrero]... en cuanto a la Línea de Crédito estuviese ejerciendo una autoridad gubernamental según el significado del artículo 5 de los mencionados Artículos. La ley Orgánica de 1986 que regula la actividad de Banobras le confiere una variedad de funciones, algunas claramente públicas, otras no tanto. Otra posibilidad es que Banobras, aun cuando no sea un órgano de México, estaba actuando ‘bajo la dirección o control de’ Guerrero o del Ayuntamiento al negarse a pagar a Acaverde [la demandante] de conformidad con el Título de Concesión: una vez más, la evidencia dista mucho de ser clara en este sentido. Sin embargo, a los propósitos del presente Laudo, se partirá de la premisa de que, de uno u otro modo, la conducta de Banobras era atribuible a México a los fines del TLCAN.²⁴

El tribunal fue parco. No desmenuzó el razonamiento que siguió, para llegar a la conclusión de considerar atribuible al Estado mexicano el comportamiento de Banobras, a pesar de haber expresado dudas al respecto, como se consigna en el párrafo precedente. Obviamente, debió pesar en su ánimo las características de propiedad parcial y control del gobierno, para partir “de la premisa” de atribuirle la conducta al Estado. Nótese que el Tribunal no indicó que Banobras era un órgano del Estado mexicano, simplemente señaló que su conducta era atribuible al Estado mexicano, lo que se liga con el siguiente concepto.²⁵

b) Conducta de personas o entidades que ejerzan autoridad gubernamental. La conducta de personas o entidades que no califiquen como

²⁴ Waste Management (2) Laudo de 30 de abril de 2004, pr. 75.

²⁵ Resulta interesante señalar que el profesor James Crawford, *Special Rapporteur*, de la CDI/ILC (1997-2001) antes mencionado fue árbitro en este caso. Es de lamentarse que la oportunidad de conocer los razonamientos de la CDI/ILC en América Latina a detalle, se desperdició. Hoy más que nunca, todo esfuerzo de difusión del derecho internacional en el área es bienvenido y necesario. Diría un anglo parlante “witty”: “it was a waste in the Waste M. case”.

órganos del Estado pero que tengan la capacidad conforme a la ley interna para ejercitar elementos de autoridad gubernamental, responsabilizan al Estado por su conducta bajo derecho internacional, siempre y cuando la persona o entidad actúe con dicha capacidad en el caso particular.²⁶

La CDI/ILC comenta al respecto:

El artículo pretende tomar en cuenta el fenómeno, crecientemente común, de entidades paraestatales, que ejercen elementos de autoridad gubernamental en lugar de los organismos estatales, así como situaciones en las que empresas anteriormente propiedad del Estado han sido privatizadas pero conservan ciertas funciones públicas o reguladoras.^{27 28}

Adicionalmente señala los ejemplos:

...en algunos países, pueden contratarse a empresas de seguridad privada para hacer las veces de guardias de prisiones y como tales pueden ejercer poderes públicos como los poderes de detención y disciplina en los términos de una sentencia judicial o de reglamentos carcelarios. Las líneas aéreas del sector privado o público pueden haber delegado en ellos ciertos poderes en relación con el control de inmigración o cuarentenas. En un caso ante el Iran-United States Claims Tribunal, una fundación autónoma establecida por el Estado poseía bienes para fines de beneficencia bajo control gubernamental estrecho; sus poderes incluían la identificación de bienes para su decomiso. Se sostuvo que se trataba de una entidad pública, no privada, y que por tanto caía dentro de la jurisdicción del tribunal; en relación con su administración de bienes presuntamente expropiados, en cualquier caso habría quedado cubierta por el Artículo 5.^{29 30}

²⁶ Arts. R.E., Art. 5.

²⁷ Arts. R.E., Art. 5, comt. 1.

²⁸ Traducción de Víctor Hermosillo (en lo sucesivo “Hermosillo”). A continuación la versión original: “The article is intended to take account of the increasingly common phenomenon of para-statal entities, which exercise elements of governmental authority in place of State organs, as well as situations where former State corporations have been privatized but retain certain public or regulatory functions.”

²⁹ Id., comt. 2. Cita caso: *Hyatt International Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1985) 9 *Iran-U.S.C.T.R.* 72, pp. 88-94.

³⁰ Traducción Hermosillo. A continuación la versión original: “... in some countries private security firms may be contracted to act as prison guards and in that capacity may exercise public powers such as powers of detention and discipline pursuant to a judicial sentence or to prison regulations. Private or State-owned airlines may have delegated to them certain powers in relation to immigration control or quarantine. In one case before the Iran-United States Claims Tribunal, an autonomous foundation established by the State held property for charitable purposes under close governmental control; its powers included the identification of property for seizure. It was held that it was a public and not private entity, and therefore within the Tribunal’s jurisdiction; with respect to its administration of allegedly expropriated property, it would in any event have been covered by article 5.”

La responsabilidad del Estado deriva de la autoridad gubernamental que ejerzan las referidas personas o entidades, por lo que elementos como propiedad o control del Estado, resultan irrelevantes; sin embargo la conducta debe consistir en el ejercicio de un acto de autoridad (*governmental activity*):

Si se le va a considerar como un acto del Estado para efectos de responsabilidad internacional, la conducta de una entidad debe referirse a un acto de autoridad [governmental activity] y no a un acto privado o mercantil que desarrolla la entidad. Por tanto, por ejemplo, a la conducta de una compañía ferroviaria a la que se le hayan concedido ciertos poderes policiales se le considerará como un acto del Estado conforme a derecho internacional si se refiere al ejercicio de tales poderes, pero no si se refiere a otras actividades (por ejemplo, la venta de boletos o la compra de equipo).^{31 32}

Comenta la CDI/ILC que este precepto (Art. 5) no tiene como propósito identificar lo que constituye un acto de autoridad, ya que:

Más allá de cierto límite, lo que se considera “gubernamental” depende de la sociedad en particular, su historia y sus tradiciones. Será de particular importancia no sólo el contenido de los poderes sino la forma en que se confieren en alguna entidad, el objeto para el que deban ejercerse y el grado al que la entidad es responsable ante el gobierno por su ejercicio. Estos son temas esenciales de la aplicación de una norma general a circunstancias diversas.^{33 34}

³¹ Id., comt. 5.

³² Traducción Hermsillo. A continuación la versión original: “If it is to be regarded as an act of the State for purposes of international responsibility, the conduct of an entity must accordingly concern governmental activity and not other private or commercial activity in which the entity may engage. Thus, for example, the conduct of a railway company to which certain police powers have been granted will be regarded as an act of the State under international law if it concerns the exercise of those powers, but not if it concerns other activities (e.g. the sale of tickets or the purchase of rolling-stock).”

³³ Id., comt. 6.

³⁴ Traducción Hermsillo. A continuación la versión original: “Beyond a certain limit, what is regarded as “governmental” depends on the particular society, its history and traditions. Of particular importance will be not just the content of the powers, but the way they are conferred on an entity, the purposes for which they are to be exercised and the extent to which the entity is accountable to government for their exercise. These are essentially questions of the application of a general standard to varied circumstances.”

Finalmente la CDI/ILC comenta que para efectos de este Art. 5, la calificación de la facultad para ejercer actos de autoridad, debe hacerse conforme a la legislación interna.³⁵ Otros casos recientes resultan interesantes. Uno de ellos es *Salini Costruttori v Marruecos*³⁶ en el que se alegó por el país, que no había recibido la notificación para el inicio del periodo de los 6 meses de enfriamiento, a la que obliga el BIT entre Italia y Marruecos. Esto en razón de que el aviso se le dio a la Société Nationale des Autoroutes du Maroc (ADM), con quien se firmó el contrato de obra, a pesar de que el Presidente de esta empresa es el Ministro de Infraestructura, ya que no se le notificó en su carácter de ministro, sino de presidente de AMD.

El tribunal sostuvo que la notificación se había dado, ya que no se puede sostener que la misma persona conozca y desconozca un hecho a la vez.

Para determinar si ADM era una entidad gubernamental, se hicieron dos pruebas, la estructural y la funcional.

Conforme a la primera se determinó que el tesoro de Marruecos y otras entidades públicas eran dueñas en conjunto del 89% de las acciones de ADM y controlaban el Consejo de Administración, el que a su vez controlaba la empresa. Por otro lado la actividad principal de ADM era “la construcción, mantenimiento y operación de carreteras grandes y rutas de comunicación que le entregara el Estado”. Conforme a ambas pruebas se determinó que ADM estaba bajo control estatal y por ende sus actos eran atribuibles al Estado. Se señaló que el mero hecho de que se tratara de una entidad legalmente diferente y separada del estado, no lleva a la conclusión de que sus actos no sean atribuibles al Estado.

Otros casos interesantes son los de *Tardex vs. Albania*³⁷ y *Salini v. Jordania*³⁸, que simplemente menciono. Cabe resaltar que en el segundo caso se utilizó la ley de Jordania para determinar si una entidad de Jordania era o no un órgano del Estado. Un último caso de interés es el que se resolvió como el primero con base en el *Energy Charter Treaty*³⁹.

³⁵ Id., comt. 7.

³⁶ Caso CIADI No. ARB/00/4.

³⁷ Caso CIADI No. ARB/94/2.

³⁸ Caso CIADI No. ARB/02/13.

³⁹ Wälde y Hobér, *The First Energy Charter Treaty Arbitral Award*, 22 *Journal of International Law* (2005), p83.

Por lo que toca al caso de los Estados/Federación, *Metalclad v. México*⁴⁰, *Tokios Tokelés v. Ucrania*⁴¹ y *Vivendi v. Argentina*⁴², son también recientes y de obligada consulta. En ellos el tema principal son actos municipales y estatales que se atribuyen a la federación. En el primer caso actos del Municipio de Guadalcázar, el segundo de funcionarios de Kiev y en el tercero de la Provincia de Tucumán.

c) Conducta de órganos, personas o entidades, que actúan en exceso de sus atribuciones o en contra de instrucciones. La conducta de un órgano o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones de poder público, a pesar de que se haya excedido en sus atribuciones o haya actuado en contra de las instrucciones recibidas.⁴³

El primero de los casos, es decir, cuando la conducta excede sus atribuciones, es lo que se conoce como conducta *ultra vires*. En ambos casos, ya sea por actos no autorizados o *ultra vires*, la CDI/ILC comenta que lo que esta norma trata de evitar es que el Estado se parapete para su defensa, en ley interna o en las limitaciones del poder o facultades específicas conferidas.⁴⁴

La formulación de esta disposición con la participación de varios países a través del tiempo, refleja los trabajos de la CDI/ILC con respecto a cada uno de los Arts. R.E. Dada la importancia de este Artículo, parece oportuno su transcripción, ya que en el devenir de los debates se puede encontrar información:

La regla evolucionó en respuesta a la necesidad de claridad y seguridad en las relaciones internacionales. No obstante declaraciones equívocas tempranas en la práctica diplomática y por parte de tribunales arbitrales, [en varios casos tempranos, la responsabilidad conforme a derecho internacional se atribuyó al Estado por concepto de la conducta de funcionarios, haciendo caso omiso de si los funcionarios se habían excedido en el ejercicio de sus facultades: véase, por ejemplo, *The “Only Son”*, Moore, *International Arbitrations*, volumen IV, páginas 3404, en las páginas 3404-3405, *The “William Lee”*, Moore, *International Arbitrations*, volumen IV, página 3405 (1863); *Donougho*, Moore, *International Arbitrations*, volumen III, página 3012 (1876). Cuando se examinó expresamente el tema, los tribunales no aplicaron consistentemente algún principio en particular:

⁴⁰ Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1.

⁴¹ Caso CIADI No. ARB/02/18.

⁴² Caso CIADI No. ARB (AF)/97/3 y la decisión del Comité de Anulación de 3.Julio.2002, publicada en 41 ILM (2002) p. 1135.

⁴³ Id., Art. 7.

⁴⁴ Id., Art 7, comt.2.

véase, por ejemplo, *Collector of Customs: Lewis's Case*, Moore, *International Arbitrations*, volumen III, página 3019, el caso *Gadino, R.I.A.A.*, volumen XV, página 414 (1901); Lacaze, de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, volumen II, página 290, en las páginas 297-298, *The "William Yeaton"*, Moore, *International Arbitrations*, volumen III, página 2944, en las páginas 2946 (1885). Nota a pie de página, fundamento del texto, incluida en *Arts. R.E., Art. 7, comt. 3*], la práctica del Estado vino a apoyar la proposición, articulada por el gobierno británico en respuesta a una petición italiana, de que a “todos los Gobiernos siempre se les debe considerar responsables por concepto de todos los actos cometidos por sus agentes en ejercicio de sus facultades oficiales” [Para contar con las opiniones de los gobiernos británico y español dadas en 1898 a petición de Italia en relación con una controversia con Perú, véase *Archivo del Ministero degli Affari esteri italiano*, serie política P, N° 43. Nota a pie de página, fundamento del texto, incluida en *Id.*, comt. 3]. Tal y como lo mencionó el gobierno español: “De no ser así, uno terminaría autorizando el abuso, puesto que en la mayoría de los casos no habría forma práctica de probar que el agente actuó o no actuó en cumplimiento de las órdenes recibidas” [Nota verbal del duque Almodóvar del Río, 4 de julio de 1898, *Ibidem*. Nota a pie de página, fundamento del texto, incluida en *Id.*, comt. 3]. En ese momento, los Estados Unidos apoyaron “una regla de derecho internacional que dispone que los soberanos no son responsables, en procedimientos diplomáticos, por concepto de daños y perjuicios ocasionados a un extranjero a consecuencia de la mala conducta de agentes que se desempeñan fuera no sólo del ámbito de sus facultades reales sino de sus facultades patentes” [El incidente de “*American Bible Society*”, declaración del Secretario de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos, 17 de agosto de 1885, Moore, *Digest*, volumen VI, página 743; “*Shine and Milligen*”, Hackworth, *Digest*, volumen V, página 575; “*Miller*”, Hackworth, *Digest*, volumen V, páginas 570-571. Nota a pie de página, fundamento del texto, incluida en *Id.*, comt. 3]. Es probable que las diferentes formulaciones tuviesen esencialmente los mismos efectos, puesto que los actos que caen fuera del ámbito de las facultades tanto reales como patentes no se llevarían a cabo “en ejercicio de... facultades oficiales”. En cualquier caso, a la fecha de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930, una mayoría de los Estados que respondieron a la petición del Comité Preparatorio de proporcionar información, claramente favorecía la formulación más amplia de la regla, disponiendo atribuciones para el Estado en el caso de “[a]ctos de funcionarios en el territorio

nacional en ejercicio de sus funciones [actes de fonction] pero excediéndose de sus facultades”.^{45 46}

Los comentarios de la CDI/ILC transcriben la regla definitiva de derecho internacional y el momento en el que surge (1929), en los siguientes términos:

Una formulación definitiva de la regla moderna se encuentra en el caso Caire. El caso se refería al asesinato de un francés por parte de dos oficiales mexicanos quienes, al no poder extorsionarlo, condujeron a Caire a las barracas locales y lo ultimaron a tiros. Las Comisiones sostuvieron... “que los dos oficiales, aunque se considere que actuaron fuera del ámbito de su competencia... y aunque sus superiores dieron una contraorden, han involucrado las responsabilidades de Estado, pues actuaron al amparo de su calidad de funcionarios y emplearon medios puestos a su disposición a consecuencia de tal calidad”^{47 48}

⁴⁵ Point V, No. 2(b), League of Nations, Conference for the Codification of International Law, Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee (Doc. C. 75.M.69.1929.V.), Vol. III, p. 74; and supplement to Vol. III (Doc. C.75(a).M.69(a).1929.V.), pp. 3 and 17. Nota de pie de página, fundamento del texto, incluida en Id., comt. 3.

⁴⁶ Traducción Hermsillo. A continuación la versión original: “The rule evolved in response to the need for clarity and security in international relations. Despite early equivocal statements in diplomatic practice and by arbitral tribunals,⁴⁶ State practice came to support the proposition, articulated by the British Government in response to an Italian request, that ‘all Governments should always be held responsible for all acts committed by their agents by virtue of their official capacity’.⁴⁶ As the Spanish Government pointed out: ‘If this were not the case, one would end by authorizing abuse, for in most cases there would be no practical way of proving that the agent had or had not acted on orders received’.⁴⁶ At this time the United States supported ‘a rule of international law that sovereigns are not liable, in diplomatic procedure, for damages to a foreigner when arising from the misconduct of agents acting out of the range not only of their real but of their apparent authority.’⁴⁶ It is probable that the different formulations had essentially the same effect, since acts falling outside the scope of both real and apparent authority would not be performed ‘by virtue of ... official capacity’. In any event, by the time of the Hague Codification Conference in 1930, a majority of States responding to the Preparatory Committee’s request for information were clearly in favour of the broadest formulation of the rule, providing for attribution to the State in the case of ‘[a]cts of officials in the national territory in their public capacity (actes de fonction) but exceeding their authority’.

⁴⁷ R.I.A.A., vol. V, p. 516(1929), at p. 531. For other statements of the rule see *Maal*, R.I.A.A., vol. X .p. 730 (1903), at pp. 732-733, *La Masica*, R.I.A.A., vol. XI, p. 549 (1916), at p. 560; *Youmans*, R.I.A.A., vol. IV. P. 110 (1916), at p. 116; *Mallén*, R.I.A.A., vol. IV, p. 173 (1925), at p. 177; *Stephens*, R.I.A.A., vol. IV, p. 265 (1927), at pp. 267-268; *Way*, R.I.A.A., vol. IV, p. 391 (1928), at pp. 400-01. The decision of The United States Court of Claims in *Royal Holland Lloyd v. United States*, 73 Ct. Cl. 722 (1931); A.D.P.CDI/ILC, vol. 6, p. 442 is also often cited. Nota de pie de página, fundamento del texto, incluida en Arts. R.E., Art. 7, comt. 5.

⁴⁸ Traducción Hermsillo. A continuación la versión original: “A definitive formulation of the modern rule is found in the Caire case. The case concerned the murder of a French national by two Mexican

El punto relevante es el de la conducta bajo cubierto (*under cover*) de su status oficial, lo que les permitió usar de medios y recursos a su disposición, precisamente en virtud de su status oficial. En este sentido la CDI/ILC confirma su postura al hacer referencia a actos de personas que actúan "bajo el manto de la autoridad gubernamental" (*cloaked with governmental authority*):

El punto medular que debe abordarse al determinar la atribución de la conducta no autorizada de organismos oficiales es si el organismo, en su conducta, actuó o no en su calidad oficial. Los casos en los que los funcionarios fungieron en su calidad oficial, aunque de manera ilegal o contraria a instrucciones, deben distinguirse de los casos en los que la conducta está tan alejada del ámbito de sus funciones oficiales que debiera considerarse similar a la de individuos privados, y no atribuirse al Estado. En palabras del Iran-United States Claims Tribunal, el tema a dilucidar es si los actos han sido "llevados a cabo por personas al amparo de sus facultades gubernamentales" [*Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1991) 27 Iran-U.S.C.T.R. 64, en la página 92. Nota a pie de página, fundamento del texto, incluida en Arts. R.E., Art. 7, comt. 7.^{49 50}

Queda entonces clara la no responsabilidad del Estado por hechos de sus funcionarios, cuando su conducta dista de estar conectada con sus funciones oficiales, constituyendo un acto privado.

Los casos frontera en donde "huele a un hecho por autoridad" tienen un grado de dificultad a determinarse caso por caso, pero la CDI/ILC indica que si el hecho es "sistemático o recurrente" al punto que el Estado lo conocía o debía conocer, entonces la responsabilidad del Estado es más clara.⁵¹

officers who, after failing to extort money, took Caire to the local barracks and shot him. The Commissions held... "that the two officers, even if they are deemed to have acted outside their competence. . . and even if their superiors countermanded an order, have involved the responsibility of the State, since they acted under cover of their status as officers and used means placed at their disposal on account of that status."

⁴⁹ *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1991) 27 Iran-U.S.C.T.R. 64, at p. 92. Nota de pie de página, fundamento del texto, incluida en Arts. R.E., Art. 7, comt. 7.

⁵⁰ Traducción Hermsillo. A continuación la versión original: "The central issue to be addressed in determining the applicability of article 7 to unauthorized conduct of official bodies is whether the conduct was performed by the body in an official capacity or not. Cases where officials acted in their capacity as such, albeit unlawfully or contrary to instructions, must be distinguished from cases where the conduct is so removed from the scope of their official functions that it should be assimilated to that of private individuals, not attributable to the State. In the words of the Iran-United States Claims Tribunal, the question is whether the conduct has been 'carried out by persons cloaked with governmental authority.'"

⁵¹ *Id.*, comt. 8.

d) Conducta dirigida o controlada por el Estado. El comportamiento de una persona o un grupo de personas, si de hecho actúa por instrucciones del Estado o bajo la dirección y control de éste.⁵²

En este caso no se trata del hecho previsto en el Art. 4 referente al comportamiento de órganos del Estado sino a la conducta de una persona o un grupo de personas que actúa por instrucciones o bajo la dirección y control de éste.⁵³ También difiere del hecho de personas que actúan en el ejercicio de autoridad gubernamental.

En este caso resulta relevante determinar en cada caso el grado de control por parte del Estado.⁵⁴

e) Conducta llevada a cabo en ausencia o por falta de autoridades oficiales. El comportamiento de una persona o un grupo de personas que actúe de hecho ejercitando elementos de poder público en ausencia o por falta de autoridades oficiales y en circunstancias que demanden el ejercicio de dichos elementos de autoridad.⁵⁵

El requerimiento en el sentido de “que demanden“ (*called for*) el ejercicio de los elementos de autoridad antes referidos, indica que el ejercicio era requerido, que se trataba de circunstancias excepcionales, aunque no necesariamente el comportamiento que se llevó a cabo específicamente en el hecho en cuestión.⁵⁶

Se reconoce en parte la vieja idea del *levée en masse*, es decir actos de defensa propia de la ciudadanía en ausencia del poder público.⁵⁷

f) Conducta de movimientos de insurrección. El comportamiento de (i) un movimiento de insurrección que se convierte en el nuevo gobierno, será considerado como un hecho del Estado bajo derecho internacional; y (ii) un movimiento, de insurrección o de otra naturaleza, sucesor en el establecimiento de un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio bajo su administración, será considerado como un hecho del nuevo Estado bajo

⁵² Id., Art. 8.

⁵³ El grupo de personas puede carecer o tener personalidad legal diferente, pero puede actuar *de facto*. Id., Art. 8, comt. 9.

⁵⁴ Id., comt. 5.

⁵⁵ Id., Art. 9.

⁵⁶ Id., Art. 9, comt. 6 y 1.

⁵⁷ Id., comt. 2.

derecho internacional. Lo anterior es sin perjuicio de que se atribuya al Estado cualquier conducta relacionada con dichos movimientos de conformidad con lo establecido en los Arts. 4 a 9 de los Arts. R.E.⁵⁸

Esta disposición reviste importancia en el área latinoamericana, por la presencia actual en diversos países como Perú, Colombia y México en los que existen movimientos de insurrección que ocupan parte del territorio nacional.

¿Queda el Estado colombiano obligado por la aprobación de una IED hecha por las fuerzas de insurrección del F.A.R.C.⁵⁹, en el que éste último hubiese adquirido obligaciones a cargo de Colombia?

La contestación de los Comentarios de la CDI/ILC indica, que si el movimiento de insurrección logra su propósito y derroca al Estado actual y se instala como el nuevo gobierno o forma un nuevo Estado dentro del territorio o en un territorio bajo su administración, “sería anómalo que el nuevo régimen o el nuevo Estado evitara su responsabilidad por la conducta que hubiese llevado a cabo”.⁶⁰

El Art. 10 de los Arts. R. E. reconoce el principio general en el sentido de que los actos cometidos por movimientos de insurrección, no obligan al Estado, lo que constituye un principio bien establecido de derecho internacional.⁶¹

Las circunstancias pueden ser muy variadas, tales como gobiernos de reconciliación nacional, en el que no por el hecho de buscar y lograr la paz se debe pagar el precio de la responsabilidad por actos de los diferentes movimientos de insurrección. La CDI/ILC refleja la variedad de casos, en el siguiente comentario:

Es difícil una definición integral de los tipos de grupos que abarca la expresión ‘movimiento insurrecto’, tal y como se emplea en el Artículo 10, a consecuencia de la amplia variedad de formas que pueden asumir los movimientos insurrectos en la práctica, conforme a si existe un descontento interno relativamente limitado, una situación de auténtica guerra civil, una lucha anticolonialista, actos de un frente de liberación nacional, movimientos revolucionarios o contrarrevolucionarios, etc., etc. Los movimientos insurrectos pueden tener su base en el territorio del Estado contra el que dirigen sus actos, o en el territorio de un

⁵⁸ Id., Art. 10.

⁵⁹ Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

⁶⁰ Arts. R.E., Art. 10, comt. 4.

⁶¹ Id., comt. 2 y 3.

tercer Estado. No obstante esta diversidad, el umbral para la aplicación de las leyes de conflicto armado consignadas en el Protocolo Adicional II de 1977 puede tomarse como guía [Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y en relación con la protección de víctimas de conflictos armados no internacionales (Protocolo II), 8 de junio de 1977, U.N.T.S., volumen 1125, página 609. Nota a pie de página, fundamento del texto, incluida en Arts. R.E., Art. 10, comt. 9]. El Artículo 1, párrafo 1, alude a “fuerzas armadas disidentes o demás grupos armados organizados que, bajo un mando responsable [responsible command], ejercen tal control sobre una parte del territorio [del Estado de que se trate] que les permite realizar operaciones militares sostenidas y concertadas e instrumentar este Protocolo”, y contrasta tales grupos con “situaciones de disturbios y tensiones internas, como son motines, actos de violencia aislados y esporádicos y demás actos de índole similar” (Artículo I, párrafo 2). Esta definición de ‘fuerzas armadas disidentes’ refleja, en el contexto de los Protocolos, la idea esencial de un movimiento insurrecto.⁶²

Respecto a decisiones arbitrales que han tomado posturas en estos casos, la CDI/ILC hace una interesante relación, que refiere casos de Latino América:

Los laudos arbitrales, junto con la práctica del Estado y la bibliografía [literature], indican una aceptación general de las dos reglas de atribución positiva del Artículo 10. Los laudos arbitrales internacionales, por ejemplo, los de las comisiones mixtas establecidas en relación con Venezuela (1903) y México (1920-1930), apoyan la atribución de la conducta de insurgentes cuando el movimiento logra alcanzar sus metas revolucionarias. Por

⁶² Traducción Hermosillo. A continuación la versión original: “A comprehensive definition of the types of groups encompassed by the term ‘insurrectional movement’ as used in article 10 is made difficult by the wide variety of forms which insurrectional movements may take in practice, according to whether there is relatively limited internal unrest, a genuine civil war situation, an anti-colonial struggle, the action of a national liberation front, revolutionary or counter-revolutionary movements and so on. Insurrectional movements may be based in the territory of the State against which the movement’s actions are directed, or on the territory of a third State. Despite this diversity, the threshold for the application of the laws of armed conflict contained in Additional Protocol II of 1977 may be taken as a guide. Article 1, paragraph 1 refers to ‘dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of [relevant State’s] territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol’, and it contrasts such groups with ‘situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar character’ (article I, para. 2). This definition of ‘dissident armed forces’ reflects, in the contest of the Protocols, the essential idea of an insurrectional movement”.

ejemplo, en la demanda de la Bolivar Railway Company, el principio se manifiesta en los términos siguientes:

‘La nación es responsable de las obligaciones de una revolución exitosa desde su inicio, puesto que en teoría representó ab initio una voluntad nacional cambiante, que cristalizó en el resultado finalmente exitoso’ [R.I.A.A., volumen IX, página 445 (1903), en la página 453. Véase también Puerto Cabello and Valencia Railway Company, R.I.A.A., volumen IX, página 510 (1903), en la página 513. Nota a pie de página, fundamento del texto, incluida en Arts. R.E., Art 10, comt. 12].⁶³ La Comisión Franco-Venezolana de Demandas Mixtas, en su resolución relacionada con la Compañía de Ferrocarriles Venezolanos Francesa [French Company of Venezuelan Railroads] hizo hincapié en que al Estado no se le puede declarar responsable de los actos de los revolucionarios a menos que la revolución haya tenido éxito, puesto que tales actos entonces implican la responsabilidad del Estado bajo la reglas de derecho público bien reconocidas [R.I.A.A., volumen X, página 285 (1902), en la página 354. Véase también el caso Dix, R.I.A.A., volumen IX, página 119 (1902). Nota a pie de página, fundamento del texto, incluida en Id., comt. 12].⁶⁴ En el caso Prinson, la Comisión Franco-Mexicana de Demandas dictaminó que... ‘si las lesiones se originaron, por ejemplo, de requisas o aportaciones forzosas exigidas... por los revolucionarios antes de su éxito final, o si fueron ocasionadas... por ofensas [offenses] cometidas por fuerzas revolucionarias exitosas, no puede negarse... la responsabilidad del Estado’ [R.I.A.A., volumen V, página 327 (1928), en la página 353. Nota a pie de página, fundamento del texto, incluida en Id., comt. 12].⁶⁵

⁶³ R.I.A.A., vol. IX, p. 445 (1903), at p. 453. See also *Puerto Cabello and Valencia Railway Company*, R.I.A.A., vol. IX, p. 510 (1903), at p. 513. Nota de pie de página, fundamento del texto, incluida en Arts. R.E., Art 10, comt. 12.

⁶⁴ R.I.A.A., vol. X, p. 285 (1902), at p. 354. See also *Dix* case, R.I.A.A., vol. IX, p. 119 (1902). Nota de pie de página, fundamento del texto, incluida en Id., comt. 12.

⁶⁵ Traducción Hermosillo. A continuación la versión original: “Arbitral decisions, together with State practice and the literature, indicate a general acceptance of the two positive attribution rules in article 10. The international arbitral decisions, e.g. those of the mixed commissions established in respect of Venezuela (1903) and Mexico (1920-1930), support the attribution of conduct by insurgents where the movement is successful in achieving its revolutionary aims. For example in the Bolivar Railway Company claim, the principle is stated in the following terms: ‘The nation is responsible for the obligations of a successful revolution from its beginning, because in theory, it represented ab initio a changing national will, crystallizing in the finally successful result.’⁶⁵ The French-Venezuelan Mixed Claims Commission in its decision concerning the French Company of Venezuelan Railroads emphasized that the State cannot be held responsible for the acts of revolutionaries ‘unless the revolution was successful’, since such acts then involve the responsibility of the State ‘under the well-recognized rules of public law’,⁶⁵ In the Prinson case, the French-Mexican Claims Commission ruled that... ‘if the injuries originated, for example, in requisitions or forced contributions demanded...

g) Conducta que el Estado reconoce y adopta como propia. El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de las conductas antes referidas, se considerará no obstante hecho de ese Estado de conformidad con el derecho internacional, en la medida en que el Estado reconozca y adopte esa conducta como propia.⁶⁶

El reconocimiento y adopción de la conducta del Estado, no requiere que ésta sea expresa o que conste en un documento. Un caso lo ejemplifica, señalado por la CDI/ILC, como sigue:

El caso del Personal Diplomático y Consular [United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran, I.C.J. Reports 1980, página 3. Nota a pie de página, fundamento del texto, incluida en Arts. R.E., 11, comt. 4] constituye otro ejemplo de la adopción ulterior de una conducta en particular por parte de un Estado. En este caso, la Corte⁶⁷ marcó una distinción clara entre la situación jurídica inmediatamente ulterior a la toma de la embajada de los Estados Unidos y de su personal por parte de los militantes, y la creada por un decreto del Estado Iraní que expresamente aprobó y mantuvo la situación. En palabras de la Corte: ‘La política anunciada por el Ayatola Jomeini, de mantener la ocupación de la Embajada y la detención de los miembros del personal como rehenes con el objeto de presionar al gobierno estadounidense fue cumplida por otras autoridades iraníes y reiterada por éstas de manera repetida en declaraciones hechas en diversos contextos. El resultado de esa política fue, fundamentalmente, el de transformar la naturaleza jurídica de la situación creada por la ocupación de la Embajada y la detención de su personal diplomático y consular como rehenes. La aprobación que dieron a estos hechos el Ayatola Jomeini y demás órganos del Estado iraní, y la decisión de perpetuarlos, tradujo la ocupación continua de la Embajada y la detención de los rehenes en actos de ese Estado’[Ibidem, en la página 35, párrafo 74. Nota de pie de página, fundamento del texto, incluida en Id. comt. 4].”⁶⁸

by revolutionaries before their final success, or if they were caused... by offenses committed by successful revolutionary forces, the responsibility of the State... cannot be denied.”

⁶⁶ Id., Art. 11.

⁶⁷ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, I.C.J. Reports* 1980, p. 3. Nota de pie de página, fundamento del texto, incluida en Arts. R.E., 11, comt. 4

⁶⁸ Traducción Hermosillo. A continuación la versión original: “.... The Diplomatic and Consular Staff case provides a further example of subsequent adoption by a State of particular conduct. There the Court drew a clear distinction between the legal situation immediately following the seizure of the United States

Como quedó arriba mencionado, aquí sólo hice referencia a algunos aspectos del tema; mayor amplitud logré, por razones de tiempo y espacio en mi próximo libro “Derecho de los Negocios Internacionales”, de próxima publicación; sin embargo me ha parecido relevante destacar en esta ponencia la importancia del estudio de la responsabilidad internacional del Estado, que día con día adquiere mayor importancia, por lo que invito a mis colegas a explorarlo y aportar, ya que con toda seguridad será materia de futuros conflictos y reclamaciones internacionales.

Un tema de especial relevancia y que también aquí dejo sin tratar es el relativo a la Cláusula Calvo, la que en México es de obligatoria celebración para inversionistas extranjeros con motivo de lo preceptuado en diversos ordenamientos, que incluyen a la Constitución Política y leyes secundarias.⁶⁹ Dado que el TLCAN en su Capítulo XI establece derechos a favor de la inversión extranjera, como es el trato nacional, surge la pregunta de si la Cláusula Calvo establece una excluyente de responsabilidad para el Estado mexicano, ya que el inversionista extranjero acepta ser tratado como nacional.

El concepto “trato nacional” entonces, se regula desde dos distintos puntos de vista: (1) en el TLCAN como un derecho a favor del inversionista extranjero; y (2) en la Cláusula Calvo como una obligación a cargo del inversionista extranjero. Lo anterior es digno de un análisis minucioso y detallado, en el que la solución de derecho internacional puede diferir de la que se adopte con base en el derecho interno. Conforme a éste último, la contestación puede ser diferente, debido a la jerarquía de leyes (y reciente jurisprudencia al respecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), sobre si la obligación de convenir la Cláusula Calvo se establece en ley o en la Constitución.

embassy and its personnel by the militants, and that created by a decree of the Iranian State which expressly approved and maintained the situation. In the words of the Court: ‘The policy thus announced by the Ayatollah Khomeini, of maintaining the occupation of the Embassy and the detention of its inmates as hostages for the purpose of exerting pressure on the United States Government was complied with by other Iranian authorities and endorsed by them repeatedly in statements made in various contexts. The result of that policy was fundamentally to transform the legal nature of the situation created by the occupation of the Embassy and the detention of its diplomatic and consular staff as hostages. The approval given to these facts by the Ayatollah Khomeini and other organs of the Iranian State, and the decision to perpetuate them, translated continuing occupation of the Embassy and detention of the hostages into acts of that State.’”

⁶⁹ Vg.: Art. 27 Fracción I de la Constitución y Art. 15 de la Ley de Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 1993.