58. En términos generales, encuentra el artículo aceptable en su forma actual. Le preocupa un tanto, no obstante, la tendencia que ha observado durante el debate a utilizar los términos «órgano» y «agente» como si fueran más o menos indistintos. El empleo de la palabra «agente» en el contexto actual sólo puede dar lugar a dificultades innecesarias. Ese término puede utilizarse para referirse a una persona que tiene la calidad de representante del Estado, pero también puede emplearse en su sentido más ordinario de persona que actúa como agente en un caso concreto.

59. El artículo 5, más o menos tal como está redactado, expresa en forma satisfactoria una de las principales normas en la materia. Se refiere a la atribución al Estado del comportamiento de una persona o de un grupo de personas que se consideran órganos del Estado. Elude el problema de las personas que no tienen la calidad de órganos del Estado, aunque puedan considerarse sus agentes, problema que se trata en el artículo 8.

60. Una decisión judicial dictada recientemente en el Reino Unido en relación con la New Brunswick Development Corporation [4] puede servir para esclarecer la distinción entre un órgano y un agente. Esta sociedad no es en modo alguno un órgano del Gobierno de la Provincia canadiense de New Brunswick, pero participó en la negociación de ciertos contratos en nombre de dicho Gobierno. Al ser demandada como consecuencia de actos realizados en relación con esos contratos, la sociedad alegó la inmunidad de soberanía. El tribunal, aunque no consideró que la sociedad era un órgano del Gobierno, declaró que había actuado como agente de éste en ciertas cuestiones concretas y que, en la medida en que había actuado como agente, tenía derecho a la protección de la inmunidad soberana. Este fallo, por supuesto, se dictó con arreglo al derecho interno y más que a la responsabilidad de los Estados se refiere a la inmunidad soberana, pero el asunto puede servir para ilustrar las dificultades que podrían surgir si en el presente proyecto se introdujera el término «agente» como equivalente de «órgano».

61. Se abstendrá de discutir otras cuestiones de estilo, que ha de examinar el Comité de Redacción, pero desea referirse al problema de los títulos. El título del capítulo II, con las palabras «hecho del Estado» entre comillas, es poco elegante. Sugiere que se redacte de nuevo de modo que mencione la atribución de hechos al Estado. Ha de reflejar también la idea de que el capítulo estudia la atribución de hechos al Estado en virtud del derecho internacional.

62. En el título del artículo 5, sugiere que se supriman las palabras «sujeto de derecho internacional», que no reflejan ninguna parte del contenido del artículo en sí y que, en cambio, contienen un elemento de definición del término «Estado», definición que la Comisión no trata de dar en el presente proyecto.

63. Personalmente, no es partidario de que haya títulos de artículos en una convención internacional y vio con agrado que en la Conferencia de Viena de 1961 se suprimieron los de la Convención sobre relaciones diplomáticas. La Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, sin embargo, sí tiene títulos en cada uno de sus artículos y ha servido de modelo para otras convenciones. A su juicio, un título no debe constituir más que una indicación del contenido del artículo y no debe perseguir en modo alguno efectos legislativos.

64. El Sr. RAMANGASOAVINA espera que la Comisión podrá examinar todo el proyecto de artículos en su corriente período de sesiones, ya que el tema no solamente es importante, sino que además lleva mucho tiempo en su programa.

65. En general, le parece satisfactorio el artículo 5. Es la continuación lógica del capítulo I. Quizá la expresión «A los fines de los presentes artículos» no sea indispensable, pero tiene la ventaja de mostrar que el artículo 5 es una disposición clave que condiciona las que le siguen. De ahí que estas disposiciones deban examinarse como un todo.

66. El artículo 5 enuncia el principio de que los hechos de los órganos de un Estado dan lugar a la responsabilidad de éste. Los artículos 6 a 10 prevén diversos supuestos que dimanan del artículo 5.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1213.ª SESIÓN

Jueves 24 de mayo de 1973, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Jorge CASTAÑEDA

más tarde: Sr. Mustafa Kamil YASSEEN

Presentes: Sr. Ago, Sr. Bartoš, Sr. Bilge, Sr. Elias, Sr. Hambro, Sr. Kearney, Sr. Pinto, Sr. Ramangasoavina, Sr. Reuter, Sr. Sette Câmara, Sr. Tammes, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Ustor, Sir Francis Vallat.

Bienvenida al Sr. Pinto

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Pinto, que ha sido elegido miembro de la Comisión para cubrir una de las vacantes imprevistas que se han producido desde el último período de sesiones.

2. El Sr. PINTO da las gracias a los miembros de la Comisión por haberlo elegido.

Responsabilidad de los Estados

(A/CN.4/217 y Add.1; A/CN.4/233; A/CN.4/246 y Add.1 a 3; A/CN.4/264 y Add.1)

[Tema 2 del programa]
(reanudación del debate de la sesión anterior)

ARTÍCULO 5 (Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de hechos de sus propios órganos) *(continuación)*

3. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del artículo 5 cuyo texto figura en el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/246/Add.1).

[4] [1971] 2 All ER 593.

4. El Sr. KEARNEY se congratula de que Sir Francis Vallat apoye su sugerencia de que se abrevien los títulos de los artículos No hay duda de que sería menester simplificar el título del artículo 5.

5. En cuanto al fondo, entiende el orador que este artículo versa sobre un problema relativamente sencillo. El Estado es una entidad abstracta que sólo puede actuar por conducto de una o varias persones. La finalidad del artículo 5 es enunciar, del modo más claro posible, que cuando unos particulares actúan en nombre de un Estado, hay hecho del Estado.

6. Esta tesis ha sido muy bien expuesta por el Relator Especial en su comentario, en el que hace un detenido examen de la cuestión y proporciona muchos ejemplos pertinentes.

7. Hay un punto, sin embargo, mencionado ya por el Sr. Ushakov y algunos otros miembros, que merece atención: el texto del artículo 5 se presta a una confusión posible entre el comportamiento de un órgano del Estado y el comportamiento de las personas que constituyen ese órgano. Hay una diferencia muy real entre un tribunal de justicia y los magistrados que lo componen o entre un parlamento y los miembros del parlamento. Para poner más claramente de relieve esta diferencia, el Sr. Kearney sugiere que se modifique el artículo 5 para que diga: «Se considera comportamiento del Estado en el plano del derecho internacional el comportamiento de una o de varias personas que, según el ordenamiento jurídico interno de ese Estado, están facultadas para actuar en nombre o por cuenta de los órganos del Estado y que, en el caso considerado, actúan en tal calidad.»

8. El Sr. USTOR dice que apoya sin reservas la tesis del Relator Especial, expresada en el artículo 5, pero ha de hacer algunas sugerencias con respecto a la redacción que están muy ligadas al contenido del artículo. Como señaló el Sr. Reuter, ambos aspectos son íntimamente conexos.

9. Sus sugerencias responden en cierto modo a la estrecha relación existente entre el artículo 5 y el artículo 10 (A/CN.4/264), que a su vez está ligado a otros artículos del proyecto. Como las ideas enunciadas en aquellos dos artículos son complementarias, los términos empleados en ambos deben concordar.

10. Por ejemplo, el artículo 5 se refiere al comportamiento de «una persona o de un grupo de personas», mientas que el artículo 10 se refiere al comportamiento de «un órgano del Estado». En la nueva redacción porpuesta por el Sr. Kearney, se utilizan las palabras «de una o de varias personas», en lugar de «una persona o de un grupo de personas». El Relator Especial ha empleado la expresión «grupo de personas» para referirse a un grupo organizado con alguna especie de existencia independiente. Podrá tener o no la condición de entidad jurídica en un sistema jurídico determinado, pero seguirá siendo un «grupo de personas». En Hungría, se considera que un ministerio tiene una capacidad jurídica independiente del Estado, lo que no ocurría en el pasado.

11. En el caso del artículo 5, la dificultad puede vencerse omitiendo toda referencia a personas o grupos de personas; sólo los hechos o el comportamiento de un órgano del Estado serían mencionados, como en el texto actual del artículo 10. Sugiere pues que el artículo 5 se redacte en los términos siguientes: «Los hechos de los órganos del Estado se considerarán hechos del Estado en derecho internacional.»

12. El párrafo 1 del artículo 10 sería entonces redactado de nuevo para decir que la norma del artículo 5 es aplicable tanto si el órgano ha actuado dentro de los límites de su competencia según el derecho interno como si ha rebasado tal competencia o violado disposiciones de ese derecho. Tal cláusula iría seguida de la excepción que ahora figura en el párrafo 2 del artículo 10, relativa a un comportamiento que fuera «totalmente ajeno a las funciones específicas del órgano». En este caso sería adecuado referirse al comportamiento «de una o de varias personas», puesto que tal comportamiento no tendría relación alguna con las funciones propias del órgano.

13. El Sr. TSURUOKA se adhiere a las felicitaciones al Relator Especial y acepta el texto propuesto para el artículo 5. Apoya el principio enunciado en tal artículo, pero subraya que se refiere únicamente a los casos normales, es decir, los más frecuentes. Además, es este carácter de normalidad el que justifica el lugar de esta disposición al comienzo del capítulo II.

14. En aras de la claridad, y para subrayar el carácter normal del caso previsto, quizá convendría introducir en el artículo 5 la idea de omisión. Es cierto que el término «comportamiento» puede interpretarse en el sentido de abarcar tanto las acciones como las omisiones, pero sería útil decirlo explícitamente.

15. Análogamente, el texto del artículo sería más fácilmente comprensible si se simplificara un poco y si, después de las palabras «actúan en tal calidad», se añadieran las palabras «y dentro de los límites de su competencia». El artículo diría lo siguiente: «Se considera hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de ese Estado, según su derecho interno, que actúa en tal calidad y dentro de los límites de su competencia.»

16. Hace constar el orador su esperanza de que la Comisión podrá proseguir su examen del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en el actual período de sesiones.

17. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra como miembro de la Comisión, se manifiesta plenamente de acuerdo con el razonamiento en que se apoya el principio enunciado en el artículo 5 y, en lo fundamental, también con la formulación del artículo. El debate ha mostrado que hay unanimidad virtual en apoyo de ese principio; las propuestas formuladas se refieren principalmente a la redacción.

18. Sostiene firmemente la opinión de que el artículo 5 ha de limitarse a la atribución jurídica de los hechos de órganos del Estado. El artículo tiene un alcance mucho más limitado que las amplias normas que figuran en el artículo 1 y en el apartado *b* del artículo 2.

19. Como el Sr. Reuter, opina que las palabras del texto inglés «*possess the status of organs*» reflejan la situación real de un modo más adecuado que las empleadas en los textos francés y español. El órgano es una entidad abstracta; los hechos de una persona se atribuyen al Estado

cuando esa persona posee la condición de órgano del Estado y actúa en tal calidad. Por ejemplo, un ministro, como jefe titular de su ministerio, actúa en nombre de éste; el jefe titular puede cambiar, pero el órgano permanece. A este respecto, la redacción sugerida por el Sr. Kearney: «... están facultadas para actuar en nombre o por cuenta de ...», parece proporcionar solución satisfactoria a un difícil problema de redacción.

20. El Sr. AGO (Relator Especial), respondiendo a las observaciones que ha suscitado el artículo 5, dice que este amplio debate ha servido para señalar a la atención de los miembros de la Comisión la interdependencia de los artículos 5 a 13. Aunque no puede examinarse el artículo 5 sin dar una ojeada a las disposiciones siguientes, sería prematuro, como ha sugerido el Sr. Ustor, analizar estas disposiciones antes de que hayan sido debidamente sometidas a debate y presentadas por su autor. En lo que se refiere al artículo 10, en particular, el Relator Especial expondrá los motivos que le han inducido a darle esa redacción y mostrará cómo esta disposición entraña cierto grado de desarrollo progresivo del derecho internacional.

21. Varios miembros de la Comisión han comprendido perfectamente uno de los aspectos esenciales de las consideraciones preliminares del Relator Especial, a saber, que es menester atenerse a la realidad más que a la teoría. Las teorías son muy valiosas, pero encierran un peligro cierto cuando se llega, por predilección hacia una determinada teoría, a pretender que la realidad debería ajustarse a ella. Algunos autores han llegado a argüir que determinada práctica contradecía la lógica.

22. Sin embargo, todas las teorías encierran parte de verdad, y sólo después de estudiarlas ha podido el Relator Especial proponer el método pragmático que recomienda. Por ejemplo, la teoría tradicional ya no es aceptable cuando pretende que todo hecho que no es atribuible al Estado según el derecho interno no puede atribuírsele en derecho internacional; no obstante, esa teoría tiene la virtud de subrayar que la organización del Estado incumbe al derecho interno. Lo mismo cabe decir de la teoría que reivindica para el derecho internacional el monopolio de la atribución de un hecho a un Estado en el plano internacional; esta teoría deja de ser aceptable cuando llega a la conclusión de que es el derecho internacional el que determina y rige la organización del Estado. Análogamente, la teoría monista invoca acertadamente la primacía de la atribución efectuada en virtud del derecho internacional, pero yerra cuando pretende que el Estado se organiza en virtud de una delegación del derecho internacional. Consiguientemente, estas teorías deben tomarse como orientación tan sólo en la medida en que constituyen una interpretación exacta de la realidad y jamás debe olvidarse que la práctica es el factor decisivo.

23. Como el Sr. Bartoš y, en especial, el Sr. Elias han señalado, el Estado determina su organización en virtud de su soberanía. Por lo general, esto no afecta al derecho internacional. Sin embargo, el derecho internacional presupone esa organización estatal y, en ocasiones, se sirve de ella, en especial a los efectos de atribuir un hecho a un Estado como sujeto de derecho internacional. Con frecuencia esa atribución no difiere en derecho interno y en derecho internacional, pero no siempre ocurre así.

24. Por lo que respecta a las observaciones del Sr. Hambro, el Relator Especial puntualiza que, al afirmar que el derecho internacional presupone la organización del Estado, determinada según su derecho interno, no pretende que no haya lugar en derecho internacional a interpretar o aplicar el derecho interno. Por el contrario, resulta claro del artículo 5 que el derecho internacional se funda ante todo en el ordenamiento jurídico interno del Estado para determinar qué hechos pueden serle atribuidos, y es evidente que dicho principio obliga a examinar el derecho interno, a interpretarlo y a aplicarlo. Pero esto no significa que el derecho internacional haga suyas las normas del derecho interno.

25. El criterio en que se basa el derecho internacional al tomar en consideración la organización interna del Estado es ante todo la exigencia de claridad y seguridad de las relaciones internacionales. Todo Estado ha de poder saber cuándo los hechos de otro Estado pueden ser atribuidos a éste; también es menester prevenir las escapatorias.

26. Para expresar todas estas ideas, es necesario proceder paso a paso y elaborar una serie de artículos que se complementen. A tal efecto, debe adoptarse el método pragmático, pero cabe que en algunos aspectos la Comisión estime conveniente proponer que los Estados modifiquen determinadas prácticas, apoyándose en una tendencia con preferencia a otra. Por consiguiente, importa descubrir la tendencia principal de la práctica internacional y, a ser posible, aclararla.

27. Por lo que respecta al artículo 5, el Sr. Sette Câmara ha expresado dudas sobre la necesidad de mantener las palabras «A los fines de los presentes artículos». El Relator Especial desearía mantener dicha fórmula, no sólo porque ha sido utilizada ya por la Comisión en otros instrumentos jurídicos, sino también para mostrar que el artículo 5 se refiere a la determinación de los hechos del Estado desde el punto de vista de la responsabilidad internacional. Desde este punto de vista, los hechos que se consideran hechos del Estado son mucho más abundantes que en otras esferas, especialmente en materia de celebración de tratados.

28. Para atender a una observación del Sr. Reuter, que ha señalado que el vínculo entre el artículo 5 y las disposiciones que vienen a continuación y lo completan se desprende de la utilización de la palabra «también», el Relator Especial estima que sería posible insertar la expresión «ante todo» o «en primer lugar» en el artículo 5, para mostrar que dicha disposición no es absoluta ni exclusiva y está completada por las disposiciones que siguen.

29. Queda claramente entendido, como ha señalado el Sr. Ushakov, que el capítulo II se refiere únicamente a la atribución de un hecho a un Estado, sin calificar por el momento tal hecho de lícito o ilícito. Esta operación tiene lugar más adelante. Sin embargo, debe observarse que la atribución de que se trata es normativa y no consiste en establecer un mero nexo de causalidad, ya que consiste siempre en atribuir a un Estado los hechos de personas naturales. Este carácter normativo se deriva del empleo de la expresión «derecho internacional» en el texto del

artículo 5, pero deberían introducirse precisiones a este respecto en el comentario.

30. En cuanto al concepto de órgano, afecta a toda la teoría de la organización del Estado. Para el Relator Especial, un órgano es siempre un instrumento capaz de actuar, mientras que el Estado no puede hacerlo; un órgano está compuesto necesariamente de personas. El Sr. Ushakov teme que si se sigue a Georges Scelle, para quien el Estado no existe, se llegue a la conclusión de que no puede haber responsabilidad del Estado, sino sólo responsabilidad de personas naturales. Es evidente que una teoría de este género es totalmente ajena al presente proyecto. Por otra parte, el Sr. Kearney y el Presidente han expresado dudas en lo que se refiere a la utilización del término «órgano», porque en su opinión un órgano es algo abstracto. A juicio del Relator Especial, en cambio, todo órgano es en última instancia nada más que un ser humano o una colectividad de seres humanos. La persona que actúa por cuenta del Estado es un órgano; cuando ella actúa, es el Estado el que actúa.

31. Esta divergencia de opiniones refleja las diversas concepciones de los miembros de la Comisión acerca de los conceptos más familiares. Con ánimo de avenencia, el Relator Especial sugiere, aunque lamentándolo, que la Comisión, mediante la elección de los términos empleados, evite definir lo que es un órgano del Estado. Por consiguiente, acepta la idea expresada por el Sr. Ustor. Sin embargo, convendría precisar en la fórmula propuesta por el Sr. Ustor que solamente se hace referencia a los órganos considerados como tales según el ordenamiento jurídico interno.

32. Teniendo en cuenta la advertencia hecha por Sir Francis Vallat contra el empleo de determinados términos [1], el Relator Especial hace notar, con respecto a la utilización de la palabra «órgano», que personas naturales, sin ser órganos del Estado, pueden en algunos casos ser calificadas excepcionalmente de órganos o de órganos de hecho. Pero la Comisión no tiene por qué entrar ahora en esos detalles.

33. En cuanto al texto propuesto por el Sr. Kearney, el Relator Especial piensa que sería mejor descartarlo para no hacer más hondas las divergencias teóricas en el seno de la Comisión. Estima preferible referirse a los órganos del Estado más bien que a las personas.

34. Por lo que respecta a los títulos del capítulo II y del artículo 5, el Relator Especial insiste en que se mantenga la expresión «hecho del Estado», que muestra claramente que el Estado ha actuado, que ha realizado una acción o una omisión. Queda por encontrar una fórmula equivalente para la versión inglesa.

35. En respuesta a una observación del Sr. Tsuruoka, señala el Sr. Ago que el concepto de comportamiento ha sido definido en el apartado *a* del artículo 2 como «una acción u omisión». Esta definición es válida para el proyecto en su conjunto y no hay motivo para introducir la palabra «omisión» en el artículo 5.

36. Muchos miembros de la Comisión han expresado la esperanza de que pueda continuar la discusión del proyecto de artículos en el actual período de sesiones. El Sr. Ago lo celebraría personalmente, pero debe recordarse que la Comisión ha decidido dedicar la mayoría del período de sesiones a tres temas. Además, ni siquiera tres semanas serían suficientes para un examen a fondo de todo el capítulo II. Quizá sea preciso explicar a la Asamblea General que la Comisión estima inoportuno someterle fragmentariamente el proyecto de artículos para su examen. Si la Asamblea General examinara unos pocos artículos que sólo pueden entenderse plenamente en función de otras disposiciones, ello conduciría probablemente a discusiones estériles. Sería preferible informar a la Asamblea General de los progresos de la labor de la Comisión sobre este tema y presentar el texto completo de los artículos del capítulo II el año próximo. Para ello, la Comisión tendrá que dedicar seis semanas en 1974 al tema de la responsabilidad de los Estados.

37. El Sr. USHAKOV agradece al Relator Especial los esfuerzos que ha realizado para conciliar los diferentes puntos de vista expresados. Personalmente, considera que la atribución de un hecho a un Estado es un acto jurídico, ya que no sólo entraña la atribución de un comportamiento, sino que está siempre ligada a la calificación. Sin embargo, si se toma por separado, esa atribución no es exclusivamente jurídica, considerada únicamente desde el punto de vista del comportamiento.

38. El PRESIDENTE sugiere que se remita el artículo 5 al Comité de Redacción para que lo examine a la luz del debate.

Así queda acordado [2].

El Sr. Yasseen, Primer Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

ARTÍCULO 6

39.

Artículo 6

No pertinencia de la posición del órgano en la distribución de poderes y en la jerarquía interna

La pertenencia de un órgano del Estado al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otra clase de poder, la naturaleza internacional o interna de sus funciones y su posición superior o subordinada en la jerarquía de la organización del Estado no se considerarán pertinentes a los fines de la consideración del comportamiento de ese órgano como hecho del Estado en el plano del derecho internacional.

40. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar el artículo 6 de su proyecto (A/CN.4/246/Add.2).

41. El Sr. AGO (Relator Especial) dice que la Comisión ha reconocido, al examinar el artículo 5, que el principio que enuncia dicho artículo no es ni absoluto ni exclusivo. Ahora tiene que determinar si hay excepciones a ese principio, es decir, establecer si hay órganos cuyo comportamiento puede no ser considerado como hecho del Estado.

42. En el pasado, la tendencia de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina era considerar que solamente los órganos encargados de las relaciones exteriores podían cometer actos que pudieran considerarse como hechos del Estado generadores de responsabilidad internacional. Sin embargo, en una época más reciente se advirtió que

[1] Véase la sesión anterior, párrs. 58 y ss.

[2] Véase la reanudación del debate en la 1226.ª sesión, párr. 7.

esa concepción era inadmisible y que la actuación de órganos encargados de actividades internas también podía dar lugar a responsabilidad internacional. Según otra tendencia, también generalmente abandonada en la actualidad, sólo deberían tomarse en consideración, a los efectos de atribución al Estado desde el punto de vista internacional, los actos de órganos distintos de los legislativos y judiciales. La soberanía del Estado y la primacía del derecho interno supuestamente justificaban la impunidad de los órganos legislativos, y la independencia del poder judicial la de los órganos judiciales. Por último, algunos autores y algunos árbitros establecían una distinción entre el comportamiento de los órganos superiores y el de los órganos subalternos.

43. Lo primero que hay que decidir, por tanto, es si sólo el comportamiento de los órganos de ciertos sectores del Estado puede constituir un hecho que entrañe una responsabilidad internacional. La práctica y la doctrina muestran que no es así y que el comportamiento de todos los órganos del Estado —constituyentes, legislativos, ejecutivos, judiciales y de otro tipo— puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

44. Por ejemplo, si un Estado no adopta determinada legislación, habiéndose comprometido a ello mediante tratado, es evidente que esta omisión constituirá un hecho internacionalmente ilícito capaz de entrañar su responsabilidad internacional. Además, los actos de órganos legislativos pueden dar lugar a responsabilidad por otro motivo; las normas del derecho internacional a menudo imponen obligaciones sin afirmar expresamente que haya que adoptar medidas legislativas para ejecutarlas, pero la falta de tales medidas hace imposible la ejecución de la obligación y, por lo tanto, da lugar a que el Estado cometa un hecho internacionalmente ilícito. En cuanto al poder judicial, muchos autores han de mostrado ampliamente que los actos de sus órganos pueden entrañar la responsabilidad internacional del Estado. El principio de la unidad del Estado, en otras palabras, el principio de que no hay que hacer ninguna distinción entre las diferentes ramas del poder cuando se trata de considerar el comportamiento de un órgano como hecho del Estado desde el punto de vista del derecho internacional, está firmemente establecido por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los Estados, como se desprende de la lectura de los párrafos 145 a 149 del tercer informe del Relator Especial.

45. Queda por ver si cabe establecer una distinción entre órganos «superiores» y órganos «subalternos» a los efectos de la atribución al Estado de comportamientos que puedan entrañar una responsabilidad internacional, de conformidad con una teoría, de la que Borchard fue el principal defensor, generalmente abandonada en la actualidad. Esta teoría se basaba en gran medida en una confusión con el funcionamiento de la norma del agotamiento de los recursos internos, según la cual no hay violación de una obligación internacional mientras quede, en el plano interno, un órgano capaz de obtener su ejecución. Ciertamente, no se califica definitivamente un hecho de internacionalmente ilícito en tanto que no se hayan agotado los recursos internos, pero desde el principio se considera el hecho como un hecho del Estado. En efecto: suponiendo que la acción u omisión del órgano subalterno sea confirmada en todos los grados sucesivos y que, en definitiva, sea preciso declarar que el Estado ha realizado un hecho internacionalmente ilícito, no será la decisión del órgano más alto la que confiera al hecho su carácter ilícito, sino el conjunto de los comportamientos de los distintos órganos a partir del comportamiento del órgano subalterno.

46. La confusión se debe a que se plantea el problema, no en términos de atribución al Estado del comportamiento del órgano, como habría que hacerlo, sino directamente en términos de responsabilidad. En términos de atribución, la acción u omisión de un órgano subalterno es un hecho del Estado. Además, como puede verse en los párrafos 153 a 160 del tercer informe del Relator Especial, la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina ya no establecen ninguna distinción basada en el rango jerárquico de los diversos órganos del Estado a efectos de atribuir un comportamiento al Estado. De no ser así, la Comisión habría de emprender una labor de desarrollo progresivo del derecho internacional adoptando una posición contraria a ese criterio.

47. Por último, ni que decir tiene que no cabe hacer ninguna distinción entre los funcionarios de un Estado según el lugar en que se desarrollan sus actividades o según el carácter permanente o temporal, remunerado u honorífico, de sus funciones.

48. El Sr. KEARNEY dice que no puede haber duda acerca del fondo del artículo 6, tal como lo formula el Relator Especial, a no ser que se invoque la teoría del fallecido Profesor Borchard, que parace ya generalmente abandonada hace algún tiempo.

49. No obstante, el artículo suscita algunos problemas de redacción, especialmente para los países de *common law*, por estar redactado como una norma de administración de la prueba más que como norma directa o positiva. Aparte de esto, el único problema real es si los tres puntos de vista desde los cuales se considera al órgano del Estado en el artículo son suficientemente exhaustivos. A su juicio, las categorías que enumera el Relator Especial son suficientemente representativas de la totalidad del poder gubernamental.

50. Propone que el artículo 6 se modifique como sigue:

La acción u omisión de cualquier órgano del Estado constituye un comportamiento del Estado según el derecho internacional:

a) Ya ejerza ese órgano un poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o cualquier otro poder gubernamental;

b) Ya sean sus actividades de carácter interno o internacional;

c) Cualquiera que sea la posición del órgano en la estructura del Estado.

51. El Sr. USHAKOV, volviendo sobre el artículo 5, dice que los órganos, como las personas que los forman, pueden cambiar o desaparecer, pero que sus hechos permanecen. Quizá el Comité de Redacción deba tratar de expresar esta idea empleando para designar las personas la fórmula: «son, o eran, órganos».

52. En cuanto al artículo 6, aprueba el empleo de las palabras «o a otra clase de poder», pero se pregunta si no sería mejor expresar la idea —que quizás no sea evidente en las otras posibilidades que abarcan estas palabras— de que se trata del ejercicio del poder público.

53. En la versión francesa, sería mejor mencionar el «*caractère*» internacional o interno de las funciones en vez de la «*nature*». Es inútil, por otra parte, hacer esa distinción, a veces difícil de establecer, entre funciones internacionales e internas; por ello, quizá fuera mejor decir simplemente: «independientemente del carácter de sus funciones».

54. El Sr. RAMANGASOAVINA aprueba el artículo 6 en cuanto al fondo. En cuanto a la forma, sería más lógico invertir el orden de las distintas partes de la frase en la versión francesa y decir: «*Aux fins de la considération du comportement d'un organe comme un fait de l'Etat sur le plan du droit international, ledit organe peut appartenir indifféremment au pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, ses fonctions être de caractère international ou interne, et sa position supérieure ou subordonnée dans la hiérarchie de l'organisation de l'Etat*». Tal formulación sería más directa que el texto actual. Incumbirá al Comité de Redacción armonizar las versiones en los demás idiomas.

55. El Sr. HAMBRO está de acuerdo con casi todo lo dicho por el Relator Especial al presentar el artículo 6. Está también de acuerdo con mucho de lo que ha dicho el Sr. Kearney, aunque se inclina a pensar que la modificación propuesta por éste peca por exceso de simplificación.

56. Espera que en el comentario al artículo se mencionará, en provecho del lector en general, lo dicho por el Relator Especial acerca de los recursos internos en relación con la cuestión de si un órgano ocupa una posición superior o subalterna en la jerarquía del Estado.

57. El Sr. SETTE CÂMARA está de acuerdo con el contenido del artículo 6 tal como lo ha presentado el Relator Especial, puesto que enuncia el principio de la unidad del Estado con respecto a su responsabilidad internacional.

58. No obstante, por lo que respecta a la redacción, pone en tela de juicio el empleo de la palabra «poder» en la expresión «poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otra clase de poder». Como las constituciones de la mayoría de los Estados se basan todavía en la concepción de Montesquieu de la estructura tripartita del Estado, ¿es posible hablar de «poder constituyente»? El poder constituyente, por supuesto, es en un momento determinado la base misma de un Estado, pero una vez que la constitución ha entrado en vigor, ese poder se convierte en el poder legislativo.

59. No cabe duda de que las ramas legislativa, ejecutiva y judicial de un Estado pueden cometer hechos internacionalmente ilícitos, pero a veces tales hechos son cometidos por una de ellas contra la voluntad de otra. Por ejemplo, el poder ejecutivo de su propio país quiso en cierta ocasión cumplir una obligación internacional, pero no pudo hacerlo por oposición del Tribunal Supremo.

60. En su opinión, es claro que no tiene importancia el que las funciones del órgano sean de carácter interno o internacional. Tampoco la tiene el que ocupe una posición superior o subalterna en la jerarquía del Estado, puesto que a veces un empleado subalterno, como un funcionario de aduanas, puede cometer un hecho internacionalmente ilícito de carácter grave.

61. Sugiere que la Comisión apruebe provisionalmente el artículo 6 y lo remita al Comité de Redacción.

62. El PRESIDENTE*, hablando como miembro de la Comisión, dice que si no fuera por las diferencias de opinión sobre algunos puntos de detalle, cabría pensar que el artículo 6 es superfluo y que habría bastado un comentario más completo del artículo 5. Pero en vista de las diferencias de opinión a que ha dado origen en ciertas épocas la aplicación de la norma que figura en el artículo 5, es preferible mantener el artículo 6.

63. Todo lo que dice el artículo 6 es correcto. Es indispensable prever, utilizando las palabras «o a otra clase de poder», la posible existencia de otros poderes aparte del constituyente, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, que pudieran ser establecidos por las constituciones de determinados países. Es útil mencionar el poder constituyente, puesto que el derecho positivo reconoce actualmente que la constitución forma parte integrante del derecho interno de un Estado, cuya responsabilidad puede verse comprometida si una disposición de su constitución es contraria a una obligación internacional. Es útil también mencionar el poder judicial, pues, aunque se hable de la independencia de los tribunales, existe una abundante jurisprudencia en la que la denegación de justicia aparece como una causa de responsabilidad del Estado. Por último, ha de especificarse claramente, como se hace en el artículo 6, que el carácter internacional o interno de las funciones del órgano y su situación en la jerarquía no desempeñan ningún papel en la atribución de un hecho al Estado. La teoría de Borchard es inaceptable y, además, incompatible con la norma del artículo 5.

64. Por consiguiente, el Sr. Yasseen aprueba el contenido del artículo 6 y deja al Comité de Redacción el cuidado de revisar su texto.

65. El Sr. ELIAS conviene con otros oradores que le han precedido en que el contenido del artículo 6 es aceptable. Estima sin embargo, como el Sr. Kearney, que debería modificarse su enunciado de modo que se evitara enumerar primero las tres características del órgano del Estado para concluir después que ninguna de ellas es pertinente. No recuerda ningún proyecto de convención en que se haya enunciado una norma jurídica de esta manera.

66. Propone que se modifique el texto del artículo 6 para que diga:

> La atribución a un Estado del hecho internacionalmente ilícito de uno de sus órganos no resultará afectada por:
>
> *a)* La pertenencia del órgano al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder;
>
> *b)* El carácter internacional o interno de sus funciones; o
>
> *c)* Su posición superior o subordinada dentro del Estado.

67. Este enunciado permitiría eludir el empleo, en la versión inglesa, de la expresión «*act of the State*», que los países de *common law* podrían encontrar de difícil aceptación. Permitiría asimismo omitir la referencia a la «jerarquía» y quizás podría hallarse otra palabra para sustituir el término «poder».

* Sr. Yasseen.

68. El PRESIDENTE sugiere que se remita el artículo 6 al Comité de Redacción, en la inteligencia de que el Relator Especial contestará en una sesión ulterior a las diversas objeciones planteadas y que sus observaciones se transmitirán al Comité de Redacción.

Así queda acordado [3].

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

[3] Véase la reanudación del debate en la 1215.ª sesión, párr. 3.

1214.ª SESIÓN

Viernes 25 de mayo de 1973, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Mustafa Kamil YASSEEN

Presentes: Sr. Bartoš, Sr. Bilge, Sr. Elias, Sr. Hambro, Sr. Kearney, Sr. Pinto, Sr. Ramangasoavina, Sr. Sette Câmara, Sr. Tammes, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Ustor, Sir Francis Vallat.

Cláusula de la nación más favorecida

(A/CN.4/213; A/CN.4/228 y Add.1; A/CN.4/257 y Add.1; A/CN.4/266)

[Tema 6 del programa]

EXPOSICIÓN INTRODUCTORIA DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar sus informes tercero y cuarto sobre la cláusula de la nación más favorecida (A/CN.4/257 y Add.1; A/CN. 4/266).

2. El Sr. USTOR (Relator Especial) dice que la idea de que la Comisión estudiara la cláusula de la nación más favorecida surgió en 1964 durante el debate dedicado al derecho de los tratados en el 16.º período de sesiones. El Sr. Jiménez de Aréchaga propuso entonces que se introdujera en el proyecto sobre el derecho de los tratados una disposición relativa a la cláusula de la nación más favorecida para exceptuar formalmente esta cláusula de la aplicación de los artículos relativos a los efectos de los tratados respecto de terceros Estados [1]. Aun reconociendo la importancia de no prejuzgar en modo alguno la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, la Comisión estimó que los artículos sobre el derecho de los tratados no afectaban en absoluto a esas cláusulas y por ello decidió que no era necesario incluir en el proyecto una cláusula de salvaguardia de la índole propuesta [2].

3. En su 19.º período de sesiones, celebrado en 1967, después de completar los artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión tomó nota de que varios representantes en la Sexta Comisión, durante el vigésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, habían insistido en que la Comisión se ocupase de la cláusula como un aspecto del derecho general de los tratados. Por consiguiente, la Comisión decidió incluir en su programa el tema de la cláusula de la nación más favorecida en el derecho de los tratados y nombró Relator Especial al Sr. Ustor [3].

4. En 1968, en el 20.º período de sesiones de la Comisión, el Relator Especial presentó un documento de trabajo [4], en el que enumeraba los problemas que se planteaban y señalaba la importancia de la cláusula de la nación más favorecida en los tratados de comercio y su utilización en otros tratados.

5. La Comisión celebró después un debate general sobre el tema y dio al Relator Especial ciertas instrucciones que se resumen en el informe sobre la labor realizada en su 20.º período de sesiones en los términos siguientes: «Aunque reconoció la importancia fundamental de la función de la cláusula de la nación más favorecida en la esfera del comercio internacional, la Comisión pidió al Relator Especial que no limitara sus estudios a dicha esfera sino que explorara también los principales campos de aplicación de la cláusula. La Comisión considera que debe centrar su atención en la naturaleza jurídica de la cláusula y en las condiciones jurídicas que rigen su aplicación. Su intención es aclarar el alcance y efectos de la cláusula como institución jurídica, en el contexto de todos los aspectos de su aplicación práctica. A tal efecto, la Comisión desea basar sus estudios en los fundamentos más amplios posibles, sin entrar por ello en materias que escapan a su competencia.» A la luz de estas consideraciones, la Comisión encomendó al Relator Especial que «celebrara consultas, por intermedio de la Secretaría, con todas las organizaciones y organismos interesados que puedan tener particular experiencia en la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida» [5].

6. La Comisión decidió también abreviar el título del tema, que pasó a ser «Cláusula de la nación más favorecida» [6].

7. En el 21.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1969, el Relator presentó su primer informe (A/CN.4/213) [7], que contiene una breve historia de la cláusula de la nación más favorecida hasta la segunda guerra mundial, prestando especial atención a los trabajos sobre la cláusula emprendidos por la Sociedad de las Naciones o con sus auspicios. Después de estudiar brevemente el informe, la Comisión aceptó la sugerencia del Relator Especial de que preparase otro informe con un análisis de tres asuntos de los que se había ocupado la Corte Internacional de Justicia y que habían sido considerados por algunos autores como la *sedes materiae* para los problemas de la cláusula de la nación más favorecida. Estos asuntos son: el *Asunto de la Anglo-Iranian Oil Company (competencia)*, el *Asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* y el *Asunto Ambatielos*. La Comisión pidió también al Relator Especial que resumiera en su próximo

[1] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1964*, vol. I, págs. 191 a 197.

[2] *Op. cit.*, vol. II, pág. 170, párr. 21.

[3] *Op. cit., 1967*, vol. II, pág. 384, párr. 48.

[4] *Op. cit., 1968*, vol. II, pág. 161.

[5] *Ibid.*, págs. 217 y 218, párrs. 93 y 94.

[6] *Op. cit., 1968*, vol. I, págs. 279 y 280, párrs. 7 a 12.

[7] *Op. cit., 1969*, vol. II, pág. 165.