DOCUMENTO A/CN.4/246 Y ADD.1 A 3

Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial

El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional

[*Texto original en francés*]
[*5 de marzo, 7 de abril, 28 de abril y de 18 de mayo de 1971*]

ÍNDICE

		Párrafos	*Página*
INTRODUCCIÓN		1-29	213
Capítulo			
I.	PRINCIPIOS GENERALES	30-105	219
1.	Principio que atribuye una responsabilidad a todo hecho internacionalmente ilícito del Estado	30-48	219
	Artículo 1	48	228
2.	Condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito	49-75	228
	Artículo 2	75	239
3.	Sujetos capaces de realizar hechos internacionalmente ilícitos	76-85	239
	Artículo 3	85	242
4.	No pertinencia del derecho interno para calificar un hecho de internacionalmente ilícito	86-105	242
	Artículo 4	105	250
II.	EL « HECHO DEL ESTADO » SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL	106-214	250
1.	Consideraciones preliminares	106-121	250
2.	Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de los hechos de sus propios órganos	122-135	256
	Artículo 5	135	261
3.	No pertinencia de la posición del órgano en la distribución de poderes y en la jerarquía interna	136-162	261
	Artículo 6	162	274
4.	Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de los hechos de órganos de instituciones públicas distintas	163-185	274
	Artículo 7	185	284
5.	Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de los hechos de particulares que ejerzan efectivamente funciones públicas o que actúen efectivamente por cuenta del Estado	186-197	284
	Artículo 8	197	289
6.	Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de los hechos de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional	198-214	289
	Artículo 9	214	296

Introducción

1. Al presentar a la Comisión de Derecho Internacional, en su 21.º período de sesiones [1], su primer informe sobre la responsabilidad internacional de los Estados, en el que se hacía una reseña histórica de la obra realizada hasta la fecha en lo que respecta a la codificación de este tema [2], el Relator Especial señaló su propósito de hacer una síntesis de la obra realizada en este campo para que la Comisión pudiera estudiar el pasado y basarse en él en sus trabajos futuros. Ello tenía por objeto, especialmente, evitar en lo futuro los errores que en el pasado habían puesto obstáculos a la codificación de ese capítulo del derecho internacional.

2. En este contexto, el Relator Especial procuró especialmente ilustrar algunas de las dificultades más graves con que se tropezaba al abordar la responsabilidad internacional y poner de manifiesto las causas de esas dificultades, infiriéndolas de un examen de las diversas tentativas de codificación realizadas hasta la fecha bajo los auspicios de organismos oficiales, y especialmente de la Sociedad de las Naciones y de las Naciones Unidas. Tras ese análisis, el Relator Especial recordó las ideas que orientaron a la Comisión de Derecho Internacional desde que decidió reanudar con nuevos criterios el examen de la cuestión de la responsabilidad, después de quedar persuadida de la esterilidad de sus esfuerzos anteriores. En particular, el Relator Especial resumió las conclusiones metodológicas a que llegaron la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados, creada en 1962, y después la propia Comisión en sus períodos de sesiones 15.º (1963) y 19.º (1967), conclusiones que han servido de fundamento para dar nuevo impulso a la obra de codificación y para tratar de que se traduzca en resultados positivos, de conformidad con las recomendaciones formuladas por la Asamblea General en sus resoluciones 1765 (XVII), 1902 (XVIII), 2045 (XX), 2167 (XXI), 2272 (XXII) y 2400 (XXIII).

3. Después de esa presentación, la Comisión de Derecho Internacional procedió a un debate a fondo del primer informe del Relator Especial en sus 1011.ª, 1012.ª, 1013.ª y 1036.ª sesiones. En los debates participaron todos los miembros de la Comisión que asistían a su 21.º período de sesiones. Respondiendo a las diversas intervenciones y para cerrar los debates, el Relator Especial hizo una síntesis de los mismos, en la que pudo comprobar la existencia de gran unidad de pareceres en el seno de la Comisión en cuanto a la manera más apropiada de continuar los trabajos sobre la responsabilidad de los Estados, así como acerca de los criterios que debían informar la elaboración de las diferentes partes del proyecto de artículos que la Comisión se proponía preparar. Las conclusiones de la Comisión a este respecto fueron recogidas posteriormente en capítulo IV de su informe sobre la labor realizada en su 21.º período de sesiones, capítulo dedicado precisamente a la responsabilidad de los Estados [3]. Los criterios definidos por la Comisión pueden resumirse en los puntos siguientes.

4. De conformidad con el sistema seguido constantemente para todos los temas cuya codificación había abordado, la Comisión se proponía limitar por el momento su examen de la responsabilidad internacional a las cuestiones de la responsabilidad de los Estados. No por ello subestimaba la importancia de las cuestiones referentes a la responsabilidad de los sujetos del derecho internacional de naturaleza no estatal, pero la exigencia primordial de asegurar la claridad del examen iniciado y el carácter orgánico de su proyecto obligaban, evidentemente, a aplazar el examen de esas otras cuestiones.

5. Aun reconociendo la importancia, al lado de las cuestiones que plantea la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, de los problemas que crea la responsabilidad derivada de ciertas actividades lícitas, y en especial de ciertas actividades en los ámbitos espacial y nuclear, entre otros, la Comisión consideraba que esa segunda categoría de problemas no podía ser abordada al mismo tiempo que la primera. El fundamento totalmente distinto de la llamada responsabilidad por riesgo —según la mayoría de los miembros de la Comisión—, la naturaleza diferente de las normas que la determinaban, así como de su contenido y de las formas que podía adoptar, hacían que el examen simultáneo de ambas materias dificultara la comprensión de cada una de ellas. En consecuencia, a la Comisión le pareció que debía proceder, en primer lugar, a estudiar la responsabilidad de los Estados derivada de hechos ilícitos internacionales, y se propuso examinar por separado la responsabilidad derivada de hechos lícitos tan pronto como lo permitieran los progresos realizados en el estudio de su programa.

6. La Comisión manifestó que, en general, estaba de acuerdo en reconocer la necesidad de centrar su estudio en la determinación de los principios que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales, manteniendo una rigurosa distinción entre esa labor y la de definir las normas que imponen a los Estados las obligaciones cuya violación puede ser fuente de responsabilidad. Al estimar la gravedad de un hecho internacionalmente ilícito, y como criterio para determinar las consecuencias que deben serle atribuidas, probablemente deberían considerarse las diversas categorías de obligaciones impuestas a los Estados en el derecho internacional y especialmente la distinción

[1] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. I, págs. 111 y ss., 1011.ª sesión, párrs. 2 y ss.

[2] *Ibid.*, vol. II, pág. 130, documento A/CN.4/217 y Add.1. El Relator Especial había presentado también, anexos a su informe, los textos más importantes elaborados en el transcurso de esa obra anterior de codificación. Un anexo suplementario ha sido publicado con la signatura A/CN.4/217/Add.2 y se reproduce en este volumen, pág. 205.

Además se habían sometido a la consideración de la Comisión dos documentos publicados por la Secretaría en 1964 y actualizados por suplementos publicados en 1969 : *a)* Resumen de los debates de los distintos órganos de las Naciones Unidas y de las decisiones adoptadas (*ibid.*, *1964*, vol. II, pág. 121, documento A/CN.4/165) y suplemento (*ibid.*, *1969*, vol. II, pág. 119, documento A/CN.4/209); *b)* Repertorio de decisiones de tribunales internacionales relacionadas con la responsabilidad de los Estados (*ibid.*, *1964*, vol. II, pág. 129, documento A/CN.4/169) y suplemento (*ibid.*, *1969*, vol. II, pág. 105, documento A/CN.4/208).

[3] *Ibid.*, págs. 244 y 245, documento A/7610/Rev.1, párrs. 80 a 84.

entre esas obligaciones según su importancia para la comunidad internacional. Pero no por ello debería perderse de vista el hecho esencial de que una cosa es definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta y otra muy distinta es determinar si se ha infringido esa obligación y cuáles deben ser las consecuencias de tal infracción. Unicamente este segundo aspecto forma parte del ámbito de la responsabilidad; cualquier confusión al respecto sería un obstáculo que podría frustrar una vez más las esperanzas de codificar la materia.

7. El estudio de la responsabilidad internacional de los Estados que iba a realizar la Comisión comprendía dos grandes fases perfectamente diferenciadas; la primera de ellas se refería al origen de la responsabilidad internacional, y la segunda al contenido de esa responsabilidad. En primer lugar, se trataba de determinar los datos y las circunstancias que permiten comprobar la existencia de un hecho ilícito internacional que es imputable a un Estado y que da origen, en cuanto tal, a responsabilidad internacional. En segundo término, se trataba de determinar las consecuencias que el derecho internacional atribuye a un hecho ilícito internacional en las diferentes hipótesis, a fin de definir, sobre esa base, el contenido, las formas y los grados de responsabilidad. Una vez realizado este doble trabajo esencial, la Comisión podría pronunciarse sobre la conveniencia de incluir en el mismo contexto una tercera parte en la que se examinarían ciertos problemas relacionados con la forma de dar efectividad a la responsabilidad internacional del Estado, así como con la solución de las controversias originadas por la aplicación de las normas sobre la responsabilidad.

8. Las conclusiones a que había llegado la Comisión en su período de sesiones de 1969 fueron favorablemente acogidas en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General [4]. El plan de conjunto para el estudio del tema, las etapas sucesivas de cumplimiento de ese plan y los criterios que había que seguir en las diferentes partes del proyecto que se elaboraría, tal como habían sido fijados por la Comisión, recibieron la aprobación general de los miembros de la Sexta Comisión. Después del informe de ésta, la Asamblea General, en su resolución 2501 (XXIV), de 12 de noviembre de 1969, recordando también su resolución 2400 (XXIII), anteriormente aprobada sobre la materia, recomendó a la Comisión de Derecho Internacional que « continúe la labor sobre la responsabilidad de los Estados ».

9. Sobre la base de las directrices señaladas por la Comisión de Derecho Internacional y las recomendaciones de la Asamblea General, el Relator Especial comenzó, por orden, el examen de las diversas y numerosas cuestiones que plantea el tema en conjunto. Presentó a la Comisión, en su 22.º período de sesiones, un segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, titulado « Origen de la responsabilidad internacional » [5]. Ese informe se presentó a la Comisión en las 1074.ª y 1075.ª sesiones [6]. Al mismo tiempo, el Relator Especial presentó un cuestionario en el que enumeraban determinadas cuestiones sobre las cuales deseaba conocer previamente las opiniones de los miembros de la Comisión a fin de proseguir su trabajo. La Comisión, en vista de la escasez del tiempo de que disponía, no pudo proceder sino a un debate general del informe, a los efectos de un primer examen de conjunto, reservándose para el 23.º período de sesiones una discusión más detallada de los distintos puntos. La discusión tuvo lugar en las 1075.ª, 1076.ª, 1079.ª y 1080.ª sesiones. En la 1081.ª sesión, el Relator Especial trató de diversas cuestiones planteadas durante el debate y resumió las conclusiones fundamentales que se derivaban del estudio de conjunto realizado por la Comisión. Las conclusiones de la Comisión se enunciaron en el capítulo IV del informe sobre los trabajos de su 22.º período de sesiones [7]. A su vez, esas conclusiones fueron consideradas aceptables, en general, durante el debate que tuvo lugar en la Sexta Comisión en el vigésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General. El debate se resumió en el informe de la Sexta Comisión [8].

10. El segundo informe del Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, contenía ante todo, en su introducción, un plan de trabajo detallado para la primera fase del estudio que debía realizarse sobre la materia : la fase que debe centrarse en el examen de las condiciones subjetivas y objetivas de la existencia de un hecho ilícito internacional. En ese marco, la primera tarea, aparentemente limitada en su objetivo, pero singularmente delicada debido a las numerosas implicaciones posibles, consistía en formular los principios generales básicos. Una vez establecidos esos principios se trataba de examinar en general las cuestiones relativas a la atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, del comportamiento (acción u omisión), en circunstancias determinadas, de ciertas personas, grupos o entidades, cuestiones que a menudo se designan con el término general de imputabilidad. Se trataba también de determinar en qué condiciones la acción u omisión así atribuida al Estado podría considerarse constitutiva de una infracción de una obligación jurídica internacional y reunir los elementos constitutivos de un hecho ilícito internacional que, en cuanto tal, acarreara la responsabilidad del Estado en el plano internacional. A todo eso debería seguir el examen de las cuestiones que se plantean a propósito de las diferentes circunstancias cuya presencia puede excluir eventualmente la ilicitud del comportamiento atribuido al Estado : fuerza mayor o caso fortuito, consentimiento del Estado perjudicado, ejercicio legítimo de una sanción, legítima defensa, estado de necesidad, etc. Después de esto se estaría en condiciones de pasar

[4] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 1103.ª a 1111.ª y 1119.ª, e *ibid., Anexos*, temas 86 y 94 *b* del programa, documento A/7746, párrs. 86 a 89.

[5] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970*, vol. II, pág. 189, documento A/CN.4/233.

[6] *Ibid.*, vol. I, págs. 176 y ss.

[7] *Ibid.*, vol. II, págs. 330 y ss., documento A/8010/Rev.1, párrs. 64 a 83.

[8] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones, Anexos*, tema 84 del programa, documento A/8147, párrs. 98 a 107.

a la segunda fase de los trabajos, referente al contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional.

11. El plan de trabajo esbozado fue aprobado, en conjunto, por la Comisión, que se mostró también partidaria, en principio, de tratar en primer lugar las cuestiones más generales para ir pasando luego, gradualmente, de lo general a lo particular. Todo ello sin excluir, por supuesto, la posibilidad de que en el proyecto figuraran también normas de carácter muy general, como en el caso de otros proyectos aprobados por la Comisión. Las consideraciones de la Comisión al respecto encontraron una acogida favorable entre ciertos miembros de la Sexta Comisión que tomaron parte en el debate sobre la responsabilidad de los Estados. El Relator Especial se siente, pues, alentado a atenerse, en la redacción de los informes que se propone presentar sucesivamente sobre la materia, al plan de trabajo esbozado más arriba.

12. La introducción del segundo informe se refería luego a ciertos aspectos metodológicos, respecto de los cuales el Relator Especial estaba particularmente deseoso de obtener el asentimiento de la Comisión a fin de continuar su trabajo. El Relator Especial recordaba que, en conformidad con las decisiones adoptadas en el 21.º período de sesiones, sus informes sobre la materia serían redactados con el propósito de que sirvieran de base para que la Comisión preparara un proyecto de artículos, con miras a la posible conclusión de un convenio internacional de codificación. Después, el Relator Especial proponía que se aprobaran al menos en una primera etapa del trabajo sobre la responsabilidad, ciertos criterios que se aplicarían, a modo de ensayo, a los primeros temas que tratara. Esos criterios consistirían, en general, en hacer que precediera a la presentación de cada proyecto de artículo una exposición completa del razonamiento que había llevado a proponer tal o cual disposición, así como datos prácticos y teóricos en que se apoyaba la argumentación. Se indicarían, en forma más precisa, respecto de cada uno de los puntos sucesivamente sometidos a estudio, las distintas cuestiones planteadas, y se recordarían los puntos de vista divergentes que se hubiesen manifestado sobre el particular y las soluciones que se les hubiese dado en la práctica de las relaciones internacionales. Por consiguiente, se haría referencia con prioridad a los asuntos más importantes que se hubieran presentado en la práctica diplomática y en la jurisprudencia internacional.

13. Como subrayó en sus intervenciones en la Comisión, el Relator Especial prefería un método esencialmente inductivo, más que la deducción a partir de premisas teóricas, siempre que el examen de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia permitiera seguir tal método. Sin embargo, no dejaba de señalar que los precedentes proporcionados por la práctica y la jurisprudencia no se repartían de una manera igual en los diversos temas : en algunos de ellos se caracterizaban por una gran abundancia, en tanto que en otros eran escasos. El Relator Especial recordaba asimismo la necesidad de tener especialmente en cuenta, a pesar del recargo de trabajo que esto significaba, un número considerable de opiniones de la doctrina. El tema de la responsabilidad internacional, especialmente algunos de sus aspectos, es uno de los que han dado lugar a una elaboración doctrinal más intensa [9] y, a veces, es indispensable despejar previamente el terreno de ciertas controversias y también de ciertas complicaciones que se han arraigado artificialmente en la polémica teórica, si se quiere plantear en términos simples y claros los problemas que deben resolverse. Al mismo tiempo, un examen amplio de las diversas tendencias, y sobre todo de las más modernas, responde a la doble exigencia de reconocer y armonizar los criterios seguidos en los diversos sistemas jurídicos y de descubrir también, entre esas tendencias, las que cuentan con el apoyo de la mayoría de los autores frente a las que son más bien expresión de un punto de vista aislado.

14. Durante el examen del informe, los miembros de la Comisión de Derecho Internacional manifestaron su acuerdo con los criterios metodológicos propuestos. Por su parte, el informe de la Sexta Comisión destacó, que, en el seno de ésta, ciertos representantes decidieron pronunciarse expresamente a favor del método esencialmente inductivo preferido por el Relator Especial y se congratularon de que éste hubiera sido alentado a seguir aplicando el sistema consistente en hacer que todo proposición de una fórmula fuera precedida de la exposición completa de los argumentos a favor y de una larga lista de precedentes ofrecidos por la práctica y la jurisprudencia, así como de diversas opiniones de la doctrina. El Relator Especial tiene la intención, pues, de atenerse, a título experimental, a los criterios aprobados hasta ahora.

15. La introducción del segundo informe contenía también otras observaciones de orden general. Se señalaba en ella que los aspectos de la responsabilidad son muy diferentes de los de otros temas que hasta ahora han sido objeto de la obra de codificación de la Comisión. Esta se ha dedicado normalmente, en sus anteriores trabajos, a definir las normas jurídicas internacionales que en alguno de los sectores de las relaciones interestatales imponen a los Estados determinadas obligaciones y que en cierto modo podrían calificarse de « primarias ». Esta calificación se entiende en contraposición a las demás normas, que abarcan precisamente el ámbito de la responsabilidad y que podrían ser calificadas de « secundarias », por cuanto tienen por objeto determinar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas « primarias ». Ahora bien, la definición de las normas de la primera categoría obliga, con frecuencia, a formular gran número de artículos que no siempre exigen comentarios muy extensos. Por el contrario, en lo que atañe a la responsabilidad hay un número relativamente pequeño de principios que muchas veces tienen que ser for-

[9] El Relator Especial indicaba que, para no recargar demasiado los informes, se limitaría, cuando fuera posible, a recordar las opiniones de los autores, muy numerosos, que habían abordado concretamente los temas en cuestión. Además, se proponía proporcionar a la Comisión un documento separado en el que se incluiría una bibliografía, actualizada y lo más completa posible, sobre la responsabilidad internacional.

mulados de manera muy sintética. Pero la brevedad posible de la fórmula dista de ser un indicio de la sencillez de la materia. Antes bien, cada aspecto plantea a veces gran número de complejas cuestiones que deben ser examinadas en su totalidad, ya que influyen en la fórmula que ha de emplearse. Por consiguiente debe ser motivo de sorpresa el que la presentación de nu reducido número de artículos de sólo algunas líneas vaya precedida de gran número de páginas en las que se aborde toda una serie de problemas. Esas observaciones también encontraron plena acogida entre los miembros de la Comisión.

16. Para completar la serie de cuestiones metodológicas examinadas por la Comisión de Derecho Internacional, debe señalarse que ésta convino en que la responsabilidad internacional era uno de los temas en que el desarrollo progresivo del derecho podría desempeñar un papel especialmente importante, sobre todo —como había puesto de relieve el Relator Especial— en lo que atañe al contenido y a los grados de la responsabilidad. Algunos miembros de la Sexta Comisión también manifestaron su acuerdo con lo anterior. Sin embargo, cabe señalar que la Comisión de Derecho Internacional indicó expresamente que, en su opinión, la importancia relativa del desarrollo progresivo y de la codificación de principios ya admitidos no podía fijarse conforme a un plan establecido de antemano; tenía que aparecer en términos concretos de soluciones pragmáticas adoptadas para diferentes puntos.

17. En lo que se refiere a los problemas de fondo, tratados en el segundo informe en relación con la definición de las reglas generales básicas en materia de responsabilidad de los Estados, la discusión que tuvo lugar en el seno de la Comisión se centró en el examen de las cuestiones sustantivas planteadas por el Relator Especial en su cuestionario. Este debate destacó los puntos de vista y las preocupaciones respectivas de los miembros de la Comisión, y mostró que, en principio, estaban de acuerdo con ciertas soluciones sugeridas por el Relator Especial. Esto, por supuesto, habida cuenta de que el debate no podía ser sino general y somero, y de que ciertos miembros subrayaron que expresaban sus opiniones sobre ciertos puntos con carácter meramente provisional.

18. A sugerencia de algunos de sus miembros, la Comisión debatió brevemente, en ese contexto, la conveniencia de iniciar el proyecto con un artículo de definiciones o con un artículo indicativo de las materias que quedaban excluidas de su alcance. Sin embargo, la Comisión estimó preferible aplazar hasta más adelante toda decisión sobre este punto. Una vez que se hubieran alcanzado soluciones a los diferentes problemas en una etapa más avanzada sería más fácil ver si tales cláusulas preliminares eran o no necesarias en la estructura general del proyecto. El Relator Especial se abstendrá, en consecuencia, de presentar proyectos de cláusulas de esta naturaleza en su presente informe.

19. La Comisión de Derecho Internacional apreció el hecho de que el Relator Especial hubiera aprovechado la ocasión, especialmente delicada, de la búsqueda de una definición de la regla general, que representa el punto de partida y la base de todo el proyecto, para adoptar una actitud más flexible sobre las posibles soluciones de determinados problemas relativos al contenido de la responsabilidad internacional. Por consiguiente, esa flexibilidad se mantendrá en el presente informe, que debe contener la totalidad del examen de la materia. Sin embargo, los miembros de la Comisión también estuvieron de acuerdo con el Relator Especial en reconocer la necesidad de evitar, al definir las reglas iniciales, el empleo de fórmulas que prejuzgasen soluciones que habrían de adoptarse más adelante, cuando se tratara de determinar el contenido y los grados de responsabilidad. En consecuencia, seguirá basándose, en cuanto a la primera parte del plan general del estudio sobre la materia, en un concepto general de la responsabilidad internacional, entendiendo por este término el conjunto de relaciones jurídicas a que puede dar origen, en las diferentes hipótesis, un hecho ilícito internacional cometido por un Estado. Corresponderá posteriormente a la Comisión determinar si tales relaciones pueden surgir entre ese Estado y un Estado lesionado en sus propios derechos o entre el Estado lesionado y otros sujetos de derecho internacional, o quizás incluso con la comunidad internacional en su conjunto [10].

20. La Comisión de Derecho Internacional convino también en reconocer la necesidad de adoptar, al definir el principio general que relaciona una responsabilidad con todo hecho internacional ilícito, una fórmula que no prejuzgase la existencia de una responsabilidad por hechos lícitos. En esta oportunidad, algunos miembros de la Comisión insistieron en que se estudiase también este otro tema y alguno sugirió que, llegado el caso, se incluyese en el proyecto un artículo inicial que indicara las dos fuentes posibles de responsabilidad internacional. Esas ideas también encontraron acogida entre algunos miembros de la Sexta Comisión, que adujeron nuevos ejemplos de casos en los cuales, en su opinión, la responsabilidad se vincula a actividades lícitas, o a actividades que se encuentran en una situación intermedia entre la licitud y la ilicitud. Sin embargo, el Relator Especial, al igual que otros varios miembros de las dos Comisiones, mantiene la opinión de que es preferible atenerse al criterio ya aceptado de no incluir en un mismo y solo proyecto dos materias que, pese a ciertas similitudes y características comunes, son claramente distintas. El hecho de haber tenido que afrontar los riesgos eventuales del ejercicio de una actividad legítima y de tener que hacer frente a las consecuencias —no necesariamente limitadas a una indemnización— que implica la violación de una obligación jurídica, no son situaciones comparables. No es sino la pobreza relativa del lenguaje jurídico lo que hace que se use generalmente la misma expresión para designar tanto a una como a otra. Esas observaciones

[10] Varios miembros de la Comisión de Derecho Internacional expresaron una opinión en este sentido. Al contrario, en el seno de la Sexta Comisión, ciertos miembros se pronunciaron a favor de una concepción clásica y manifestaron su preocupación por la tendencia a permitir que Estados que no han sido directamente perjudicados por un hecho ilícito invoquen la responsabilidad internacional del Estado autor de ese hecho.

no impiden, por cierto, que la Comisión, si lo estima oportuno, se ocupe también de estudiar esta otra forma de responsabilidad, que constituye en realidad una garantía frente a los riesgos de determinadas actividades lícitas. Podría realizar este estudio después de terminar el examen de la responsabilidad por hechos ilícitos, o simultáneamente, pero por separado. Por consiguiente, el Relator Especial no cree que deba alejarse de los criterios aprobados al comienzo sobre el particular por la Comisión. Solamente para evitar cualquier equívoco, cree oportuno acoger la sugerencia hecha por algunos miembros de la Comisión y modificar el título (« Origen de la responsabilidad internacional ») que había dado, en su segundo informe, a la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. En consecuencia, el presente informe se titula : « El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional ». En el caso de que, para mayor claridad, la Comisión desee que se indique el tema en general en forma más precisa, el Relator Especial sugeriría darle el siguiente título : « La responsabilidad de los Estados por hechos internacionales ilícitos ».

21. En el curso del debate sobre los diversos temas del cuestionario presentado por el Relator Especial en el 22.º período de sesiones [11], la Comisión de Derecho Internacional examinó una serie de cuestiones que han de tenerse en cuenta para definir las reglas generales básicas relativas a la responsabilidad de los Estados. En este contexto, trató el problema de la responsabilidad eventual de un Estado por un hecho ilícito de otro Estado, el lugar que ocuparía en el proyecto sobre la responsabilidad por hechos ilícitos internacionales el concepto de abuso del derecho, la oportunidad o inoportunidad de tener en cuenta en la definición buscada la distinción entre acción y omisión o también la distinción entre el hecho ilícito internacional de mera conducta y el hecho ilícito de acontecimiento así como el posible examen del elemento económico del daño en la determinación de las condiciones de existencia de un hecho ilícito internacional. La Comisión también tuvo en cuenta ciertos problemas de terminología vinculados a la necesidad de verter a diversas lenguas el concepto para el cual el Relator Especial propuso el empleo, en francés, de las expresiones « fait illicite international » o « fait internationalement illicite ». La Comisión buscó especialmente el término capaz de dar de la manera más apropiada, libre de todo equívoco, esta idea de la vinculación al Estado de un comportamiento determinado que representa el elemento subjetivo del hecho ilícito internacional. Al reelaborar el material que era objeto de las secciones I y II del capítulo primero de su segundo informe, el Relator Especial se inspiró para cada una de esas cuestiones en las opiniones que prevalecieron en la Comisión. Se encontrarán esas diversas cuestiones y los puntos de vista de la Comisión en los lugares correspondientes del presente informe.

[11] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970*, vol. I, pág. 167, 1074.ª sesión, párr. 1.

22. En su segundo informe, el Relator Especial había tratado en último lugar lo que varios autores llaman la « capacidad » de los Estados para cometer hechos internacionalmente ilícitos y los límites posibles que esa « capacidad » podría tener en circunstancias determinadas. Al respecto, la Comisión estuvo de acuerdo con el Relator Especial en que tal concepto no tenía nada que ver con la capacidad para celebrar tratados o, de un modo más general, con la capacidad de obrar internacionalmente. Como algunos miembros de la Comisión se manifestaron reacios al empleo del término mismo de « capacidad », que podría ocasionar equívocos, el Relator Especial se dedicó a estudiar la posibilidad de utilizar una fórmula distinta. Por consiguiente, en el presente informe se propone una nueva fórmula.

23. Al final del examen del segundo informe, la Comisión invitó al Relator Especial a proseguir el estudio del tema y la preparación del proyecto de artículos. Quedó, pues, entendido que, en su tercer informe, el Relator Especial englobaría ante todo la parte que se examinó provisionalmente en el 22.º período de sesiones, revisada a la luz del debate que tuvo lugar y de las conclusiones sumarias a que se llegó. A continuación, el nuevo informe haría un análisis detallado de las diferentes condiciones que deben reunirse para que un hecho internacionalmente ilícito pueda ser atribuido a un Estado como acción que da origen a una responsabilidad internacional.

24. El capítulo primero del presente informe vuelve a abordar, pues, la materia que figuraba en el capítulo primero del segundo informe, elaborándola de nuevo en la forma que se indica. La sección 1 se destina a la definición del principio que atribuye una responsabilidad a todo hecho internacionalmente ilícito del Estado; en la sección 2 se estudia la determinación del principio relativo a las condiciones de existencia de un hecho ilícito según el derecho internacional, en tanto que en la sección 3 se trata de fijar el principio de que todo Estado sea susceptible de ser considerado, en el plano internacional, como autor de un hecho ilícito que entraña responsabilidad. A esas tres secciones el Relator Especial les ha agregado una cuarta, relativa al principio en virtud del cual no cabe invocar las disposiciones del derecho interno de un Estado para impedir que un hecho de dicho Estado sea calificado de ilícito por el derecho internacional.

25. La determinación de los principios generales básicos está así completa, y en el capítulo II se procede al examen detallado de las condiciones en que debe considerarse, en el plano jurídico internacional, que el comportamiento de una persona o de un grupo de personas determinadas constituye un « hecho del Estado ». La sección 1 de este capítulo contiene las consideraciones preliminares, con las que se busca despejar el terreno de ciertas dificultades, debidas esencialmente a premisas incorrectas, y reivindicar la autonomía del derecho internacional en la materia. Después, el análisis contenido en ese mismo capítulo se dedica primero a establecer cuáles son las personas o los grupos de personas

cuya conducta puede considerarse como imputable al Estado en el plano internacional. Todo esto forma parte del presente informe. En la continuación del capítulo II, que aparecerá en un próximo informe, se determinará cuáles son, entre las diversas conductas de las personas o de los grupos indicados, las que deben atribuirse concretamente al Estado. En tercer y último lugar, se examinará el punto de vista negativo, indicándose las categorías de personas o grupos cuya conducta no puede considerarse como conducta estatal, y se analiza cuál puede ser, desde el punto de vista internacional, la situación del Estado en relación con tales conductas.

26. En el marco del primer grupo de problemas, la sección 2 del capítulo II define, por consiguiente, la regla que representa, en esta esfera, el punto de partida : aquella en virtud de la cual una acción u omisión puede examinarse para los fines de imputarla al Estado en cuanto hecho internacionalmente ilícito, si la ha realizado una persona o un grupo de personas que, en el ordenamiento jurídico del Estado, tenía la calidad de órgano de este último y que, en este caso, actuó en calidad de tal. En la sección 3 se plantea la cuestión de saber si, con la regla así definida, debe o no distinguirse según que el órgano en cuestión pertenezca a una u otra de las grandes ramas del aparato del Estado, o según que sus funciones tengan que ver con las relaciones internacionales o se desarrollen en un marco puramente interno, o según que esas mismas funciones tengan un carácter superior o subordinado. En la sección 4 se examina el problema posterior de saber si cabe o no hacer entrar en juego, a fines de imputación al Estado —sujeto del derecho internacional—, a la acción u omisión de personas o grupos que, en el orden jurídico interno, no tienen propiamente la calidad de órganos del Estado, sino que son órganos de instituciones públicas diferentes : instituciones públicas nacionales autónomas o colectividades públicas territoriales (Estados miembros de un Estado federal, cantones, regiones, departamentos, ayuntamientos, administraciones autónomas de ciertos territorios o de territorios dependientes, etc.). La sección 5 trata de la posibilidad de que se considere imputable al Estado, también con el fin de establecer su responsabilidad internacional, el comportamiento de personas o grupos que, aun estando desprovistos formalmente de la calidad de órganos, han actuado de hecho en tal calidad (órganos de hecho, auxiliares del Estado, particulares que ejercen ocasionalmente funciones públicas, etc.). Por último, la sección 6 considera el problema específico de la posibilidad de imputar al Estado la acción u omisión de un órgano puesto a disposición de ese Estado por otro Estado o por una organización internacional.

27. El segundo grupo de cuestiones se analizará en una séptima sección del capítulo II. Allí se examinará esencialmente el punto muy debatido de la imputación al Estado de la conducta de un órgano que ha actuado excediéndose en su competencia o violando instrucciones recibidas, y las posibles limitaciones de tal imputación.

28. El tercer grupo de problemas se tratará en una octava sección, también del capítulo II, en la que será excluida en principio la posibilidad de atribuir al Estado, en el plano internacional, las acciones de particulares que actúan como tales, y se examinará después en qué sentido cabe considerar que existe un hecho internacionalmente ilícito del Estado con motivo de ciertos comportamientos de particulares. En ese mismo contexto se tratará, en una sección separada, de la exclusión en principio de la posibilidad de atribuir al Estado las acciones u omisiones de personas que actúan en calidad de órganos de movimientos de insurrección dirigidos contra ese Estado, así como de las limitaciones de tal exclusión. También se examinará el problema de la posible atribución del comportamiento de tales personas al movimiento de insurrección mismo como sujeto de derecho internacional distinto.

29. Llegados a esa etapa, podrá estimarse que se ha concluido el examen de las condiciones que permiten considerar que un comportamiento determinado es un « hecho del Estado ». Se tratará entonces de pasar, en otro capítulo, dedicado a « la infracción » según el derecho internacional, al examen de los diferentes aspectos de lo que se ha llamado el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito : el incumplimiento de una obligación internacional. En primer lugar se tratará de precisar que la fuente de la obligación jurídica internacional infringida (consuetudinaria, convencional u otra) no influye en la determinación de que la infracción constituye un hecho internacionalmente ilícito. Se tratará luego de definir los aspectos de la infracción de una obligación de comportamiento y la diferencia que hay que trazar, en ese contexto, entre los casos en que el fin especialmente perseguido por la obligación en cuestión es un comportamiento determinado como tal y los casos en que la obligación no exige sino velar porque un acontecimiento determinado no se produzca. Más adelante se tratarán las características que reviste la infracción cuando la obligación infringida es de las que exigen, en general, obtener un resultado determinado, sin precisar los medios por los cuales debe obtenerse ese resultado. En ese contexto, se examinará también el valor del requisito de agotamiento de los recursos internos para que se realice la violación de una obligación internacional relativa al trato de los particulares. Por último, se examinará el problema de determinar el *tempus commissi delicti* en relación con los supuestos en que el incumplimiento de una obligación internacional tiene carácter de permanencia o es resultado de comportamientos distintos y sucesivos. Una vez resueltos todos esos puntos, todavía habrá que examinar ciertos problemas especiales : el de la posibilidad de que se impute paralelamente un hecho internacionalmente ilícito a más de un Estado, con motivo de una misma y única situación concreta, y el de la posibilidad de hacer responsable a un Estado, en ciertas circunstancias, de un hecho cometido por otro Estado. Después de esto, el examen detallado de las diversas circunstancias que excluyen la ilicitud permitirá completar la primera parte del estudio de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

CAPÍTULO PRIMERO

Principios generales

1. PRINCIPIO QUE ATRIBUYE UNA RESPONSABILIDAD A TODO HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DEL ESTADO

30. Uno de los principios más profundamente arraigados de la doctrina de derecho internacional, uno de los mejor confirmados por la práctica de los Estados y por la jurisprudencia, es el principio de que todo comportamiento de un Estado calificado por el derecho internacional de hecho jurídicamente ilícito entraña, en derecho internacional, una responsabilidad de dicho Estado. En otros términos, cada vez que un Estado se hace culpable respecto de otro Estado de un hecho ilícito internacional, la responsabilidad internacional —como recordó la Corte Permanente de Justicia Internacional en su sentencia en el *Asunto de los Fosfatos de Marruecos* [12] se establece « directamente en el plano de las relaciones entre esos Estados ». Y ningún Estado, según los términos empleados por la Comisión de Conciliación italo-norteamericana instituida en cumplimiento del artículo 83 del Tratado de Paz de 10 de febrero de 1947 [13], « puede escapar a la responsabilidad que nace del ejercicio de una acción ilícita desde el punto de vista de los principios generales del derecho internacional » [14].

31. A veces los teóricos se han empeñado en buscar una justificación a la existencia de este principio fundamental y, en la mayoría de los casos, han creído hallar esa justificación en la existencia misma de un orden jurídico internacional y en el carácter *jurídico* de las obligaciones que dicho orden impone a los sujetos [15]. En efecto, es evidente que si se quisiera, como hicieron en otros tiempos algunos partidarios del estatismo absoluto, negar la idea de la responsabilidad de los Estados por ser supuestamente contradictoria con la idea de la soberanía, habría necesariamente que negar la existencia del orden jurídico internacional. El Gobierno suizo lo indicó en su respuesta al punto II de la solicitud de información dirigida a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia para la codificación del derecho internacional de 1930 :

> El fundamento mismo de la responsabilidad recíproca de los Estados radica en la propia existencia de un orden jurídico internacional y en la necesidad en que los Estados se encuentran de *observar* ciertas reglas de conducta en sus relaciones mutuas [16].

Otros prefieren pensar que la responsabilidad de los Estados se basaría en el orden internacional, en que los Estados se reconocen mutuamente como soberanos. La regla que la establece sería, pues, el corolario necesario de la igualdad de los Estados [17]. Sin embargo, esas diferencias de opinión apenas tienen escasa importancia. El principio fundamental que se analiza no necesita de justificación alguna ni es preciso establecerlo por deducción a partir de otros principios. En efecto, a pesar de algunas variaciones de formulación, está expresamente reconocido o por lo menos se presupone claramente en la práctica unánime [18] y también, por lo demás, en la unanimidad de los autores.

32. En lo que respecta a la significación y al alcance de la correlación así establecida entre hecho ilícito y responsabilidad, ya Grocio había observado que en el

---

[12] Affaire des phosphates du Maroc (exceptions préliminaires), 14 de junio de 1938 (*C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 74, pág. 28).

[13] Véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 49, pág. 50.

[14] Affaire Armstrong Cork Company [Asunto de la Armstrong Cork Company], 22 de octubre de 1953 [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 65.V.4), pág. 163].

[15] Véase, entre los autores de obras ya clásicas en la materia, D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilitá dello Stato nel diritto internazionale*, Florencia, Lumachi, 1902, reimpresa en *Scritti di diritto internazionale pubblico, Padua*, CEDAM, 1956, vol. II, t. 1, págs. 25 y 62, y *Corso di diritto internazionale*, Padua, CEDAM, 1955, 4.ª ed., vol. I, pág. 384; P. Schoen, « Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, J. U. Kern's (Max Müller), 1917, Suplemento 2 al tomo X, pág. 16; K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, primera parte, págs. 4 y ss.

Entre las afirmaciones recientes de este principio se debe recordar la muy eficaz de A. Verdross, en *Völkerrecht*, 5.ª ed., Viena, Springer, 1964, pág. 373 [para una versión española de la 4.ª ed. alemana, véase *Derecho Internacional Público*, Madrid, Aguilar, 1967, pág. 297] : « Eine Leugnung dieses Grundsatzes würde das VR zerstören, da mit der Verneinung der Verantwortlichkeit für begangenes Unrecht auch die Pflicht der Staaten, sich völkerrechtsgemäss zu verhalten, aufgehoben würde. » [La negación de ese principio reduciría a la nada el derecho internacional, ya que al negar la responsabilidad por hechos ilícitos se negaría también la obligación de los Estados de comportarse conforme al derecho internacional.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

[16] Véase Sociedad de las Naciones, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C. 75.M.69.1929, V), pág. 24. La respuesta del Gobierno suizo se basaba en una cita de Anzilotti.

[17] Así Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visserriana*, Leiden, Brill, 1924, t. II, pág. 90. Véase también C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, Nueva York, New York University Press, 1928, págs. 5 y 6.

La idea de que la base jurídica de la responsabilidad internacional se encuentra en « el reconocimiento de una unidad política como miembro de la comunidad de derecho internacional » se había enunciado en el punto II de la solicitud de información enviada a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de 1930. Sin embargo, algunos gobiernos expresaron críticas en relación con esta idea [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 20 a 24].

[18] La convicción de que existe una regla general que vincula una responsabilidad a todo hecho ilícito internacional de un Estado estaba claramente expresada en el punto II de la solicitud de información ya citada del Comité Preparatorio de la Conferencia de 1930, y se desprende de la generalidad de las respuestas dadas por los gobiernos. Por otra parte, la Tercera Comisión de la Conferencia oprobó por unanimidad el artículo 1, en virtud del cual :

> « Todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado por parte de sus órganos, que cause un daño a la persona o los bienes de un extranjero dentro del territorio de ese Estado, entraña la responsabilidad internacional de éste. » (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 3.)

Entre los proyectos de codificación preparados por instituciones privadas, en el elaborado en 1961 por la Universidad de Harvard se indica, como « principio fundamental » en materia de responsabilidad de los Estados, la regla (artículo primero) de que « un Estado será *internacionalmente responsable* de todo acto u omisión que, según el derecho internacional, sean ilícitos » [subraya el Relator Especial] (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, pág. 148, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII).

derecho de gentes también el *maleficium* es una fuente autónoma de obligaciones jurídicas [19]. Traducido a la técnica jurídica moderna, esto equivale a decir que los hechos internacionalmente ilícitos de los Estados crean relaciones jurídicas internacionales nuevas, caracterizadas por situaciones jurídicas subjetivas distintas en relación con las que existían antes de que se produjeran los hechos de que se trata. El carácter de novedad de las relaciones jurídicas interestatales que se establecen como consecuencia de un hecho ilícito internacional ha sido destacado tanto por juristas que ya se consideran clásicos [20] como por los autores de obras recientemente publicadas [21].

33. Este reconocimiento unánime del principio no impide que se manifiesten serias divergencias sobre la definición de las relaciones jurídicas que nacen de un hecho ilícito internacional y de las situaciones jurídicas que intervienen en esas relaciones. Una concepción que se puede considerar como clásica en la doctrina del derecho internacional y que parte de ciertas premisas teóricas, aunque puede encontrar sólido apoyo en la jurisprudencia y en la práctica de los Estados, describe las relaciones jurídicas que nacen de un hecho ilícito internacional en una sola y única forma : la de una relación bilateral de naturaleza obligatoria que se instaura entre el Estado autor del hecho de que se trata y el Estado perjudicado, relación que opone, correlativamente, la obligación del primero de reparar —en el sentido amplio de este término, desde luego— al derecho subjetivo del segundo de exigir tal reparación [22].

[19] Véase H. Grocio, *De Jure Belli ac Paris Libri Tres*, Amsterdam, MDCCXX, lib. II, cap. XVII, págs. 462 y ss.

[20] Véase D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale (op. cit.)*, pág. 385 : « Al fatto illecito, cioè, in generale parlando, alla violazione di un dovere internazionale, si collega cosí il sorgere di un nuovo rapporto giuridico, tra lo Stato al quale è imputabile il fatto di cui si trata [. . .] e lo Stato verso cui sussisteva il dovere inadempiuto. » [Al hecho ilícito, es decir, hablando en términos generales, a la violación de una obligación internacional, corresponde así la aparición de una nueva relación jurídica entre el Estado al que es imputable el hecho de que se trata [. . .] y el Estado para con el que existía la obligación incumplida.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

[21] Véase W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1964, t. 1, pág. 499 : « Völkerrechtliche Unrechtsfolgen in Gestalt der Entstehung neuer konkreter Rechtspflichten, die durchweg den Völkerrechtsverletzer direkt oder indirekt schlechter stellen sollen, als dies vorher der Fall war, liegen durchweg vor [. . .]. » [No cabe duda de que las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito que revisten la forma de aparición de obligaciones jurídicas nuevas tienden siempre, directa o indirectamente, a colocar al autor de la violación del derecho internacional en una situación más desfavorable que la que existía anteriormente (. . .).] G. I. Tunkin, *Droit international public — Problèmes théoriques*, París, Pédone, 1965, pág. 220 : « La violation par l'Etat du droit international engendre certains rapports juridiques. » [La violación del derecho internacional por el Estado engendra ciertas relaciones jurídicas.], y *Teoria mezhdunarodnogo prava*, Moscú, 1970, pág. 470 : « Narushenie gosudartsvom mezhdunarodnogo prava porozhdaet opredelennye pravavoye otnoshenia. » [La violación del derecho internacional por el Estado origina la definición de relaciones jurídicas.] E. Jiménez de Aréchaga, *International Responsibility — Manual of Public International Law*, editado por Sørensen, Londres, 1968, N.° 9, pág. 533 : « Whenever a duty established by any rule of international law has been breached by act or omission, a new legal relationship automatically comes into existence. » [Siempre que, por acción o por omisión, se incumple una obligación establecida por cualquier regla de derecho internacional, aparece automáticamente una nueva relación jurídica.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

Las « relaciones jurídicas » que se establecen cuando hay responsabilidad internacional se mencionan también en : Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *Kurs mezhdunarodnogo prava* [Curso de derecho internacional], redacción general por F. I. Kojevnikov *et. al.*, Moscú, Nauka, 1969, t. V : *Osnovnye instituy otrasli sovremennogo mezhdunarodnogo prava* [Instituciones y ramas principales del derecho internacional contemporáneo], pág. 426.

[22] El artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que sobre este punto reproduce sin modificaciones la disposición correspondiente del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, dispone que la Corte puede tener competencia, respecto de un hecho ilícito internacional, únicamente para comprobar la realidad de tal hecho y para determinar la naturaleza y la magnitud de la reparación debida. Basándose en ello, la Corte Permanente de Justicia Internacional estimó que el comportamiento ilícito desde el punto de vista del derecho internacional imponía al Estado el deber de reparar el daño causado, y esto ya en su sentencia N.° 1, de 17 de agosto de 1923, relativa al Affaire du vapeur *Wimbledon* [Asunto del vapor *Wimbledon*] (*C.P.J.I.*, serie A, N.° 1, págs. 30 y 33). La misma Corte definió ulteriormente su actitud de principio al respecto en sus fallos N.° 8 (compétence) [competencia], de 26 de julio de 1927, y N.° 13 (fond) [fondo], de 13 de septembre de 1928, sobre el Affaire relative à l'usine de Chorzów [Asunto relativo a la fábrica de Chorzów] (*C.P.J.I.*, serie A, N.° 9, pág. 21, y N.° 17, pág. 29). En la segunda de esas sentencias indicó que « c'est un principe de droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer [. . .] » [es un principio de derecho internacional, e incluso una concepción general del derecho, que toda violación de un compromiso entraña la obligación de reparar . . .]. La Corte Internacional de Justicia reafirmó expresamente, en su opinión consultiva de 11 de abril de 1949 sobre la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies [Reparación de los perjuicios sufridos al servicio de las Naciones Unidas] (*C.I.J. Recueil 1949*, pág. 184), el principio enunciado por la Corte Permanente, y también lo aplicó en su sentencia de 9 de abril de 1949 en el Affaire du détroit de Corfou [Asunto del Estrecho de Corfú] (*ibid.*, pág. 23).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia arbitral, se ha enunciado muchas veces la idea de que todo comportamiento internacionalmente ilícito hace nacer de manera uniforme una relación jurídica entre el Estado culpable y el Estado perjudicado, relación caracterizada por el derecho de este último a pedir una reparación adecuada. Baste recordar al respecto el informe del árbitro Huber, de 1.° de mayo de 1925, en el Affaire des réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc [Asunto de las reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos] [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta : 1949.V.1), pág. 641] y la decisión ya citada, de 22 de octubre de 1953, de la Comisión de Conciliación italo-norteamericana en el Affaire Armstrong Cork Company [Asunto de la Armstrong Cork Company [*ibid.*, vol. XIV (N.° de venta : 65.V.4), pág. 163], donde, citando la opinión de Strupp, la Comisión caracterizó a las acciones ilícitas como « produisant la responsabilité de ceux qui les accomplissent et autorisant l'Etat qui a subi ou dont les sujets ont subi un dommage à demander réparation » [hacen que incurran en responsabilidad quienes las realizan y autorizan al Estado que ha sufrido daños o cuyos nacionales han sufrido daños a pedir una reparación].

En cuanto a la práctica de los Estados, hay que señalar ante todo que en el artículo 3 del Cuarto Convenio de la Haya de 1907 sobre las leyes y las costumbres de la guerra terrestre se disponía que el beligerante que violase las disposiciones del Reglamento sería « obligado a indemnizar, si procede ». El artículo 12 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato de los prisioneros de guerra (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, pág. 147; para una versión española, véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10.ª ed., Ginebra, 1953, pág. 163) prevé la responsabilidad del Estado, pero no indica cómo se traduce tal responsabilidad. También cabe recordar una vez más, en relación con el sector particular de la responsabilidad internacional por daños a los extranjeros, el consentimiento general

(Continúa en la página siguiente.)

En una sociedad como la sociedad internacional, en la que las relaciones entre los Estados y la sociedad como tal no son relaciones jurídicamente organizadas, el nacimiento de una relación obligatoria de esa índole sería el único efecto que podría tener el hecho ilícito [23].

34. Al adoptarse esa posición, no se admite la posibilidad de sanciones verdaderas que el propio Estado perjudicado, o en su caso un tercero, tendría la facultad de aplicar al Estado autor del delito. Las medidas coercitivas aplicadas como consecuencia de un hecho ilícito sólo se admiten en cuanto medio de ejecución forzosa encaminado, como tal, a asegurar por la coacción el cumplimiento de las obligaciones del Estado recalcitrante, pero no en cuanto sanción en el sentido propio de este término, es decir, con finalidad represiva [24]. En consecuencia, la responsabilidad internacional se caracterizará por la unidad de la relación jurídica que se deriva del hecho ilícito [25], relación obligatoria en la que a aspectos de naturaleza restitutoria o compensatoria podrían sumarse aspectos punitivos, sin que, no obstante, esa distinción sea fácil ni revista otro interés que el meramente teórico [26].

35. Otra concepción, expuesta por algunos autores con un fundamento esencialmente teórico, llega a una posición casi diametralmente opuesta a la que se acaba de describir, a pesar de que también mantiene, aun cuando de un modo enteramente distinto, la idea de una relación jurídica única que se derivaría del hecho ilícito y entraría así en la noción de responsabilidad. Partiendo de la idea del orden jurídico como orden coercitivo, esa concepción ve precisamente en un acto de coacción no sólo la única forma posible de sanción, sino también la única consecuencia jurídica derivada directamente del hecho ilícito. Por otra parte, la obligación de reparar no sería, en ningún sistema jurídico, más que un deber subsidiario insertado entre el hecho ilícito y la aplicación de la medida de coacción, en derecho interno por la ley y en derecho internacional por un posible acuerdo entre el Estado culpable y el Estado perjudicado. El derecho internacional general

(Continuación de la nota 22.)

expresado en el punto II de la solicitud de información dirigida a los Estados por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación de 1930, según la cual « todo Estado que incumpliese esta obligación [. . .] incurriría en responsabilidad y debería reparación en la forma que pudiera ser apropiada » [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion . . . (op. cit.)*, págs. 20 y ss.; y *Supplément au tome III* (C.75(a).M.69(a).1929.V), págs. 2 y 6]. Según el artículo 3 aprobado en primera lectura por la Tercera Comisión de la Conferencia, « la responsabilidad internacional del Estado supone el deber de reparar el daño causado . . . *(Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 3.)

Sin embargo, se debe observar que, aunque la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados permiten sin ninguna duda llegar a la conclusión de que el derecho internacional general hace nacer del hecho ilícito internacional la obligación del Estado culpable de reparar, se exageraría la significación de esa jurisprudencia y de esa práctica si se quisiera sacar de ellas también la conclusión de que el nacimiento de tal obligación sería necesariamente la única consecuencia atribuida por el derecho internacional general al hecho internacionalmente ilícito. En realidad, esa idea tiene su origen en una concepción determinada del orden jurídico en general y del orden jurídico internacional en particular.

[23] Es la conocida posición de Anzilotti [*Teoria generale . . . (op. cit.)*, págs. 62 y ss., 81 y 82; *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*, París, Pédone, 1906, reimpresa en *Scritti . . . (op. cit.)*, pág. 161; *Corso . . . (op. cit.)*, págs. 385 y 386]. Se defiende una teoría análoga en obras específicamente consagradas a la materia aunque en parte ya un poco anticuadas (P. Schoen, *op. cit.*, págs. 22, 122 y 123; K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch . . . (op. cit.)*, pág. 217; Ch. de Visscher, *op. cit.*, págs. 115 y 116; C. Eagleton, *op. cit.*, pág. 182; R. Laïs, « Die Rechtsfolgen völkerrechtlicher Delikte », Institut für internationales Recht an der Universität Kiel, *Erste Reihe Vorträge und Einzelschriften*, Berlín, Stilke, 1932, Heft 18, págs. 19 y 20; etc.). También se encuentra tal teoría, con las diferencias normales de autor a autor, en tratados y monografías recientemente publicados, como los de G. Schwarzenberger, *International Law*, 3.ª ed., Londres, Stevens, vol. 1, págs. 568 y ss; de A. Schüle, « Völkerrechtliches Delikt », *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2.ª ed., Berlín, de Gruyter, 1960, t. I, págs. 337 y ss; de D. P. O'Connell, *International Law*, Londres, Stevens, 1965, vol. II, págs. 1019 y ss.; y de E. Jiménez de Aréchaga, *Internacional Responsibility . . . (op. cit.)*, págs. 533, 564 y ss.

[24] De aquí que los partidarios de esta concepción, cuando estudian, por ejemplo, en el derecho internacional general una institución como las represalias — pacíficas o armadas — tiendan a ver en ellas no ya una forma de sanción que en calidad de tal puede tener una finalidad propia de castigo y de represión, como sin embargo lo indica tan bien el término inglés « retaliation », sino únicamente un medio de coacción utilizado para obtener la ejecución o el restablecimiento del derecho vulnerado o también la reparación del perjuicio sufrido. Véase, por ejemplo K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch . . . (op. cit.)*, págs. 195 y ss., y *Eléments du droit international public: universel, européen et américain*, París, Editions internationales, 1930, vol. I, pág. 345; Ch. de Visscher, *op. cit.*, pág. 117; y G. Balladore Pallieri, « Gli effetti dell'atto illecito internazionale », *Rivista di Diritto Pubblico — La Giustizia Amministrativa*, Roma, enero 1931-IX, fasc. 1, págs. 64 y ss.

[25] P. Reuter (« Principes de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961-II*, Leiden, Sijthoff, 1962, t. 103, págs. 584 y ss.) pone bien de relieve este aspecto de la teoría que él llama de la unidad del régimen de la responsabilidad. Para él, « la inexistencia de una distinción entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil no es en derecho internacional más que la consecuencia de la falta de una autoridad que tenga por función defender los intereses comunes ».

[26] La unidad de la teoría que considera el nacimiento de una relación obligatoria como la única consecuencia del hecho ilícito internacional no se ve afectada por la circunstancia de que algunos autores hablen de un aspecto penal de la responsabilidad en relación con los caracteres particulares que reviste a veces el contenido de la obligación que debe cumplir el Estado autor del comportamiento ilícito, aspecto al que se denomina « satisfacción » (véase, por ejemplo, G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7.ª ed., Padua, CEDAM, 1967, págs. 357 y 358; Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, París, Pédone, 1953, págs. 344 y ss.; P. Reuter, *La responsabilité internationale*, París, 1956-1957, págs. 191 y 192). En realidad, en ese caso se emplea un término diferente para distinguir una forma de reparación moral de una reparación de contenido esencialmente económico. A este respecto, véase P.-A. Bisonnette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international* (tesis presentada a la Universidad de Ginebra), 1952.

Tampoco afecta a la unidad de esa teoría el que ciertos autores afirmen, no sin fuerte oposición, que es posible que la obligación que se impone al Estado culpable de un hecho ilícito comprenda también lo que se llama *penal damages*. Con esta expresión se quiere poner de relieve el carácter de verdadera y propia pena pecuniaria que parecen tener algunas indemnizaciones pedidas y a veces concedidas. Entre los autores que comparten esa idea, véase J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, Stanford (Calif.), Stanford University Press, 1926, págs. 267 y ss.; E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* o *The Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1928, pág. 419; C. Eagleton, « Measure of Damages in International Law », *Yale Law Journal*, New Haven (Conn.),

(Continúa en la página siguiente.)

no vincularía, pues, al hecho ilícito, el nacimiento de ninguna relación de índole obligatoria entre el Estado culpable y el Estado perjudicado, pero autorizaría a este último a reaccionar frente al hecho ilícito del primero aplicándole una sanción, en el sentido propio de este término [27].

36. Finalmente, existe una tercera concepción que, sin aceptar ninguna de las posiciones extremas, reconoce lo que cada una de ellas tiene de fundado, y al propio tiempo pone de relieve que sólo describen parcial e incompletamente las consecuencias del hecho ilícito tal como se manifiestan en la realidad de la vida internacional. Por tanto, esta concepción se aleja de las dos precedentes para poner de manifiesto que, en todo sistema jurídico, el hecho ilícito puede dar lugar no a un tipo único de relaciones jurídicas, sino a una duplicidad de relaciones caracterizadas por las diferentes situaciones jurídicas de los sujetos que intervienen en ellas. Por lo que respecta en particular al ordenamiento jurídico internacional, éste atribuye también, en principio, al hecho ilícito internacional consecuencias del mismo tipo que las que el ordenamiento jurídico interno atribuye en general a los hechos de esa naturaleza. Se trata de consecuencias distintas que, según los casos, o bien confieren al sujeto cuyos derechos han sido violados por el hecho ilícito la facultad de exigir de su autor una reparación, en el sentido lato del término, o bien atribuyen a ese mismo sujeto o en su caso a un tercero la facultad de imponer una sanción al autor de un hecho ilícito. En el primer caso, el autor del hecho ilícito *debe* actuar para borrar las consecuencias de éste; en el segundo caso, el sujeto perjudicado por el hecho ilícito *puede* actuar para castigar al autor, ya que por « sanción » se entiende aquí la aplicación de una medida que, sin constituir necesariamente un acto coercitivo ni implicar forzosamente el uso de la fuerza, se caracteriza, sin embargo, porque su finalidad, al menos en parte, es infligir un castigo. Esa finalidad no se identifica, por tanto, con la tentativa de imponer coercitivamente el cumplimiento de la obligación o la restitución del derecho infringido o la indemnización por los perjuicios ocasionados [28].

(Continuación de la nota 26.)

vol. XXXIX, noviembre 1929, N.º 1, págs. 61 y ss., y « International Organization and the Law of Responsibility », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1950-I*, París, Sirey, 1951, t. 76, págs. 379 y 380; Briggs, « The Punitive Nature of Damages in International Law and State Responsibility ... », *Essays in Political Science in honour of W. W. Willoughby*, Oxford, 1937, págs. 339 y ss.; L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8.ª ed. (Lauterpacht), Londres, Longmans, Green and Co, 1955, vol. I, págs. 354 y 355 [*Tratado de Derecho Internacional Público* (Lauterpacht), traducción española de la 8.ª edición inglesa, Barcelona, Bosch, 1961, t. I, vol. 1, págs. 371 y 375]; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Ginebra, Librairie de l'Université, Georg et Cie, 1954, t. II, pág. 81; D. P. O'Connell, *op. cit.*, págs. 1205 y ss. La idea de atribuir a estas formas de daños una « finalidad francamente represiva » y un carácter de pena fue adoptada por F. V. García Amador en su primer informe a la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, págs. 180 y ss., documento A/CN.4/96, párrs. 49 y ss.), en su curso « State Responsibility : Some New Problems » (*Recueil des cours . . ., 1958-II*, Leiden, Sijthoff, 1959, t. 94, págs. 396 y 397) y en su sexto informe a la Comisión (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1961*, vol. II, págs. 38 y ss., documento A/CN.4/134 y Add.1, párrs. 140 y ss.). C. Th. Eustathiades, en lo que concierne a los denominados « punitive damages », adopta una posición crítica aunque bastante matizada (« Les sujets du droit international et la responsabilité internationale — Nouvelles tendances », *Recueil des cours . . ., 1953-III*, Leiden, Sijthoff, 1955, t. 84, págs. 434 y 435). En cuanto a la tesis de que el derecho internacional no admite « penal damages », véase B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, págs. 234 y 235.

[27] Esta tesis ha sido desarrollada progresivamente por H. Kelsen : « Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, Springer, 1932, vol. XII, Heft 1, págs. 545 y 546 y 568 y 569; *Principles of International Law*, 2.ª ed. Nueva York, Holt, Reinehart and Winston, 1966, págs. 18 y 19; y « Théorie du droit international public », *Recueil des cours . . ., 1953-III*, Leiden, Sijthoff, 1955, t. 84, págs. 19 y ss. y 29 y ss. Las sanciones previstas por el derecho internacional clásico son, según Kelsen, las represalias y la guerra; al aplicarlas el Estado perjudicado actúa como órgano de una comunidad internacional descentralizada. En cambio la Carta de las Naciones Unidas, a juicio de Kelsen, atribuye el monopolio de la fuerza a la Organización. Las ideas de Kelsen han sido recogidas por A. Carlebach (*Le problème de la faute et sa place dans la norme du droit international*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, págs. 2 y ss.). P. Guggenheim (*op. cit.*, pág. 63) se pronuncia asimismo en principio en el mismo sentido, pero ciñéndose mucho más a la realidad. Para él también, la obligación de reparar no es la « sanción » del delito y no es tampoco la consecuencia prevista por el derecho internacional general para un hecho ilícito. La reparación sería una obligación que habría de convenirse en un tratado particular. Sin embargo, separándose en este punto de la opinión de Kelsen, Guggenheim considera obligatorio que el Estado presente su reclamación antes de recurrir a medidas coercitivas como la guerra o las represalias. Hay que señalar también que para ese autor, los actos coercitivos del derecho internacional no podrían ser considerados como « penas » en el sentido del derecho penal, porque para ello les falta el carácter « retributivo y preventivo » y porque no se distinguen de la ejecución forzosa (*ibid.*, pág. 83). En este contexto, véase también A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans and Green, 1938, págs. 17 y ss., 571 y 577 y ss.

[28] Sobre la existencia en el derecho internacional de sanciones propiamente dichas (entendiendo por éstas los actos represivos de carácter indudablemente penal), véase en especial R. Ago « Le délit international », *Recueil des cours ... 1939-II*, París, Sirey, 1947, t. 68, págs. 527 y ss.; L. Oppenheim, *op. cit.*, págs. 356 y ss.; C. Th. Eustathiades, « Les sujets . . . », *Recueil des cours . . .* (*op. cit.*), págs. 442 y ss., 448 y 449 : G. Morelli, *op. cit.*, pág. 363; W. Wengler, *op. cit.*, págs. 551 y 552.

La ciencia soviética moderna del derecho internacional (véase A. N. Trainin, *Zachita mira i borba s prestupleniami protiv chelovechestva* [Defensa de la paz y lucha contra los actos criminales cometidos contra la humanidad], Moscú, Instituto de Derecho Vychinsky de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, 1956, págs. 41 y ss.; G. I. Tunkin, *Droit international . . . (op. cit.)*, págs. 202 y ss., « Alcuni nuovi problemi della responsabilitá dello Stato nel diritto internazionale », Instituto di Diritto Internazionale e Straniero della Universitá di Milano, *Communicazioni e Studi*, Milán, Giuffrè, 1963, t. XI [1960-1962], págs. 16 y ss., y *Teoria . . . (op. cit.)*, págs. 447 y ss.; e Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, págs. 424 y ss.) critica vigorosamente la concepción de una responsabilidad penal de los Estados tal como ha sido expuesta por algunos autores (Pella, Donnedieu de Vabres, etc.). Sin embargo, esta crítica va dirigida sobre todo contra el trasplante demasiado fácil al derecho internacional de ideas e instituciones características del derecho interno y, todavía más, contra ciertas tendencias a la creación de órganos supranacionales de « justicia internacional ». En cambio, no pretende en absoluto negar la existencia, en derecho internacional, de sanciones que tienen carácter represivo y, por consiguiente, punitivo. Los autores soviéticos [véase G. I. Tunkin, *Droit international . . . (op. cit.)*, págs. 224 y ss., « Alcuni nuovi problemi . . . » *(op. cit.)*, págs. 476 y ss. y *Teoria . . . (op. cit.)*, págs. 476 y ss.; e Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, págs. 412 y ss., y especial-

(Continúa en la página siguiente.)

37. Es evidente, por tanto, que para los que adoptan esta concepción es correcto calificar de « derecho subjetivo » la situación jurídica particular del sujeto perjudicado que consiste en la posibilidad legítima de exigir una reparación, dado que tal situación jurídica es lógicamente paralela a la obligación impuesta al autor del hecho ilícito. No ocurre lo mismo, en cambio, en el caso de la otra situación jurídica que consiste en la posibilidad legítima de aplicar una sanción y que podría ser calificada más bien de « facultad jurídica ». En el primer caso, la comisión del hecho ilícito instituye una nueva relación jurídica de carácter obligatorio; en el segundo caso, se trata también de una nueva relación, pero su naturaleza es evidentemente distinta. Así pues, siempre que se habla del hecho ilícito internacional como de un hecho que da lugar jurídicamente a una responsabilidad internacional, se debe entender por el término sintético de responsabilidad (dentro de esta posición doctrinal) la situación en que se halla un sujeto de derecho internacional frente al derecho de otro sujeto a exigirle una reparación o frente a la facultad de otro sujeto de imponerle una sanción, todo ello en el sentido que acaba de darse a estos términos [29].

38. La posición de principio que acaba de mencionarse se reduce en definitiva a acercar la reacción del orden jurídico internacional ante la comisión de un hecho ilícito a la reacción de los demás órdenes jurídicos, pero reconociendo que en el derecho internacional no se ha establecido como en el derecho interno una distinción clara entre los actos de coacción según que su finalidad sea imponer una sanción propiamente dicha o imponer por la fuerza al autor del hecho ilícito el cumplimiento de sus obligaciones. Esos dos aspectos, aunque teóricamente distintos y claramente identificables en ciertas hipótesis concretas, van frecuentemente unidos y se confunden en una misma acción. Asimismo, los que sostienen esta concepción señalan también que el derecho internacional, debido a la naturaleza propia de la sociedad internacional y de sus sujetos más que a un pretendido e inexistente carácter primitivo del derecho internacional, no ha hecho una distinción entre delito civil y delito penal que sea comparable a la del derecho interno [30].

39. Así pues, no es fácil individualizar categorías totalmente precisas de hechos ilícitos según que únicamente den lugar al « derecho » del Estado perjudicado a exigir una reparación al Estado culpable o que al mismo tiempo hagan surgir la « facultad jurídica » de aplicar una sanción a este último Estado. Lo que se puede decir es que el derecho internacional moderno se caracteriza por la tendencia a excluir progresivamente la facultad de recurrir a medidas coercitivas como reacción contra los hechos ilícitos de menor gravedad y en especial de naturaleza puramente económica; más en general, cabe reconocer también una clara tendencia a limitar la facultad del Estado perjudicado de recurrir unilateralmente a la aplicación de sanciones [31]. Lo que parece también desprenderse de la práctica de los Estados es la existencia de un orden de prioridad entre las dos posibles consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito, en el sentido de que la petición de una reparación debe preceder a la aplicación de una sanción, incluso en el caso de que se permita en principio recurrir a la sanción [32]. Si el Estado culpable ofrece una reparación adecuada, es decir, destinada

(Continuación de la nota 28.)

mente págs. 433 y ss.] distinguen netamente, respecto de las relaciones jurídicas que se derivan del hecho ilícito internacional, por una parte, las que llevan consigo la aplicación de sanciones y, por otra, las que implican la simple obligación de reparar el perjuicio. Critican incluso severamente la antigua teoría que ignoraba las « sanciones ». Para algunos de ellos [véase M. Rapoport, « K voprosu ob otvetstvennosti za prestuplenia protiv chelovechestva » (« La cuestión de la responsabilidad en lo relativo a los crímenes contra la humanidad »), *Vestnik Leningradskoho Universiteta* (Revista de la Universidad de Leningrado), N.° 5, 1965, pág. 81] las sanciones son verdaderas « penas » y, cuando la responsabilidad lleva consigo su aplicación, como en el caso de una agresión, se convierte en una responsabilidad « penal ». Los otros autores ya citados prefieren hablar de una responsabilidad « política » y de una responsabilidad « material » para designar las dos formas de consecuencias posibles del hecho ilícito. Sin embargo, Tunkin hace algunas reservas respecto de esa terminología. Así pues, sobre este punto concreto cabe comprobar que, independientemente de las cuestiones de terminología, la opinión de los autores soviéticos se acerca a la de los autores mencionados al comienzo de esta nota.

En relación con el aspecto terminológico aludido, cabe recordar que el Gobierno checoslovaco, en el decimonoveno principio de la declaración que figura en el proyecto de resolución que presentó a la Asamblea General de las Naciones Unidas en su decimoséptimo período de sesiones, durante el examen de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimoséptimo período de sesiones, Anexos*, tema 75 del programa, documento A/C.6/L.505), empleaba la expresión « responsabilidad política » para caracterizar la responsabilidad del Estado en relación con la « responsabilidad criminal » de las « personas físicas que cometan actos calificados de delitos contra la humanidad por el derecho internacional ».

[29] Esta concepción fue formulada por el autor del presente informe ya en sus primeros estudios sobre la responsabilidad internacional. Véase R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 426 y 427, 524 y ss. Defienden la misma concepción G. Sperduti (« Introduzione allo studio delle funzioni della necessitá nel diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Padua, serie IV, vol. XXII, fasc. I-II, 1943, págs. 22 y ss.); C. Th. Eustathiades [« Les sujets ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 429 y ss.]; A. P. Sereni (*Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1962, t. III, págs. 1541 y 1542) y G. Morelli (*op. cit.*, págs. 356 y ss., 361 y ss.). Opiniones que en sustancia son muy semejantes a las expuestas se encuentran también en L. Oppenheim [*International Law ... (op. cit.)*, págs. 356 y ss.] [*Tratado ... (op. cit.)*, págs. 376 y ss.]; A. Verdross [*Völkerrecht (op. cit.)*, págs. 398 y ss., 424 y ss., 647 y ss.] [*Derecho Internacional ... (op. cit.)*, págs. 297 y ss., 329 y ss., y 550 y ss.]; G. Dahm (*Völkerrecht*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1961, t. III, págs. 265 y ss.); W. Wengler (*op. cit.*, págs. 499 y 503); D. B. Levin (*Otvetsvennost gosudarstv v sovremennom mezhdunarodnom prave*, Moscú, Izdatelstvo Mezdunarodaye otnosheniya, 1966, págs. 9 y 10), y los autores del tomo V del *Kurs mezhdunarodnogo prava* (Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*), que oponen (págs. 426 y ss.) los « sujetos del delito internacional » a los « sujetos de las pretensiones jurídicas » que nacen en caso de responsabilidad internacional.

[30] Véase R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 530 y 531.

[31] Véase a este respecto G. Dahm, *op. cit.*, pág. 266; W. Wengler, *op. cit.* págs. 504 y ss.

[32] Este principio ha sido claramente expresado por la práctica internacional y por la jurisprudencia, especialmente en la sentencia arbitral de 21 de julio de 1928 relativa al Affaire de la responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans

(Continúa en la página siguiente.)

a eliminar en la medida de lo posible las consecuencias del comportamiento ilícito, normalmente debe poder evitar la sanción. Por supuesto, ese principio no impide que se reconozca que puede haber casos excepcionales en los que por fuerza haya que ejercer inmediatamente la facultad de reaccionar ante un hecho ilícito internacional mediante la aplicación de una sanción, sin que quepa la posibilidad de tratar previamente de obtener una reparación, sobre todo si dicha tentativa careciese *a priori* de toda perspectiva real de éxito [33]. Por otra parte, según ciertos autores hay también casos en los que un Estado, reconocido culpable de hechos ilícitos particularmente graves, podría enfrentarse a la vez con las sanciones que le fueran impuestas y con la obligación de reparar [34].

40. Pese a las divergencias de opinión que se acaban de indicar, las diferentes concepciones de la responsabilidad se acercan por lo menos al admitir que todo hecho ilícito internacional crea relaciones jurídicas nuevas entre el Estado autor del hecho y el Estado perjudicado. Ello no excluye en modo alguno, como ya se ha indicado, que junto a esas relaciones puedan instaurarse otras que vinculen al primero de esos dos Estados con otros sujetos del derecho internacional. Lo que parece que debe descartarse, al menos en la fase actual de las relaciones internacionales, es que el derecho internacional general pueda crear, debido a un acto ilícito internacional, una relación jurídica entre el Estado culpable y la comunidad internacional como tal, a semejanza de la relación que establece el derecho interno entre el autor del delito y el propio Estado. No puede existir un efecto de esta índole en el derecho internacional mientras éste no admita una personificación de la comunidad internacional en cuanto tal. Sin embargo, ello indudablemente no ha impedido que el derecho internacional prevea que, en ciertas hipótesis, un hecho ilícito internacional dado sea origen de nuevas relaciones jurídicas, no sólo entre el Estado culpable y el Estado perjudicado, sino también entre aquél y otros Estados o, sobre todo, entre el Estado culpable y las organizaciones formadas por Estados [35]. El desarrollo de la organización internacional condujo, ya con la Sociedad de las Naciones pero sobre todo con las Naciones Unidas, a considerar la posibilidad de que el Estado autor de un hecho ilícito internacional de cierta naturaleza y de cierta importancia quede colocado en una relación jurídica nueva no sólo con el Estado víctima sino también con la Organización. Cabe que se encuentre así sometido a la facultad, o incluso al deber, de esta última y de sus miembros de reaccionar contra el comportamiento internacionalmente ilícito mediante la imposición de sanciones decididas colectivamente.

41. En relación con esta última idea, hay que señalar también la tendencia creciente de ciertos autores a individualizar, dentro de la categoría general de los hechos internacionalmente ilícitos, ciertos tipos de hechos tan graves y tan perjudiciales, no para un solo Estado sino para todos, que el Estado que los realiza es automáticamente considerado como responsable ante la totalidad de los Estados. Cabría poner esa tesis [36] en relación con la afirmación hecha recientemente por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 5 de febrero de 1970 en el *Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.*, de la existencia de ciertas obligaciones internacionales de los Estados que son oponibles *erga omnes*, es decir, frente a toda la comunidad internacional. Conforme a los términos empleados por la Corte :

(Continuación de la nota 32.)

les colonies portugaises du Sud de l'Afrique (incident de Naulilaa) [Asunto de la responsabilidad de Alemania por los daños causados en las colonias portuguesas de Africa meridional (incidente de Naulilaa)] : Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1949.V.1), págs. 1027 y 1028. Véase, para una exposición de la práctica, L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, París, Sirey, 1938, págs. 36 y ss.

[33] Para ejemplos en los que podría producirse esta situación, sobre todo en estado de guerra, véase R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 526 y ss.; P. Guggenheim, *op. cit.*, págs. 65 y 66.

[34] Este punto de vista parece servir de base al decimonoveno principio de la declaración que figura en el proyecto de resolución presentado por el Gobierno checoslovaco a la Asamblea General en su decimoséptimo período de sesiones (para la referencia, véase *supra*, nota 28). El principio estaba redactado en los términos siguientes :

« *El principio de la responsabilidad del Estado*

» El Estado es responsable de toda infracción de las normas del derecho internacional, en particular de los actos que pongan en peligro la paz, la seguridad y las relaciones de amistad entre las naciones, así como de los actos que vulneren los legítimos derechos de los demás Estados o de sus nacionales. El Estado que infrinja el derecho internacional estará obligado a reparar debidamente el perjuicio que hubiere causado, e incurrirá además en la responsabilidad política correspondiente. Aparte de la responsabilidad del Estado, las personas físicas que cometan actos calificados de delitos contra la humanidad por el derecho internacional incurrirán en responsabilidad criminal. »

Esa formulación contó con la adhesión de los autores del tomo V del *Kurs mezhdunarodnogo prava* (Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*), págs. 411 y 412. La tesis de la doble consecuencia para las infracciones particularmente graves ha sido sostenida por los mismos autores en las páginas 429 y siguientes de la misma obra. Véase también G. I. Tunkin [« Alcuni nuovi problemi ... », *Communicazioni e Studi (op. cit.)*, pág. 38] y D. B. Levin [*Otvetstvennost gosudarstv ... (op. cit.)* pág. 115].

[35] Véanse a este respecto las observaciones de Guggenheim (*op. cit.*, págs. 99 y ss.); de Eustathiades [« Les sujets ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, pág. 433]; de Sereni (*op. cit.*, págs. 1514 y 1542); de Wengler (*op. cit.*, págs. 500, 506 y ss., y 580 y ss.); y de Tunkin [*Droit international ... (op. cit.)*, págs. 191 y 220 y ss., « Alcuni nuovi problemi ... », *Communicazioni e Studi (op. cit.)*, págs. 39 y ss., y *Teoria ... (op. cit.)*, págs. 430 y 470 y ss.]. [El Sr. Ushakov repitió y elaboró estas observaciones en el examen del primer informe en el vigésimo primer período de sesiones de la Comisión (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. I, págs. 120 y 121, 1012.ª sesión, párrs. 37 a 39) y las de los autores del tomo V del *Kurs* ... (Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética *(op. cit.)*, págs. 432 y ss.).]

[36] Esta tesis ha sido desarrollada particularmente por la doctrina soviética. D. B. Levin (« Problema otvetstvennosti v nauke mezhdunarodnogo prava », *Isvestiia Akademii Nauk SSSR*, N.º 2, 1946, pág. 105, y « Ob otvetstvennosti gosudarstv v sovremennom mezhdunarodnom prave », *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, Moscú, N.º 5, mayo de 1966, págs. 75 y 76 [a]) distingue « entre las simples

[a] Para un resumen en francés, véase *L'URSS et les pays de l'Est*, París, C.N.R.S., 1967, vol. VIII, N.º 2, págs. 340 y ss.

(Continúa en la página siguiente.)

Esas obligaciones se desprenden, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio y también de los principios y de las normas relativos a los derechos fundamentales del hombre, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial [37].

Quizá conviniese profundizar en tales ideas, porque no parece que los autores mencionados precisen siempre claramente si la relación que se instauraría en los casos previstos con la generalidad de los Estados sería consecuencia de una norma de derecho internacional general y consuetudinario o, por el contrario, de una norma de derecho convencional. Tampoco queda bien claro si se establecería esa relación con los Estados considerados *ut singuli* o más bien en cuanto miembros de una organización internacional a la cual incumbiría exclusivamente la decisión sobre las medidas procedentes. Sea como fuere, esas opiniones tienen un interés muy particular, no sólo porque revelan una evolución hacia un esbozo de la personificación de la comunidad internacional, sino también como elemento que permite ir perfilando progresivamente, en el contexto general de la idea del hecho ilícito internacional, la noción de « crímenes » de derecho internacional. Por lo demás, esta idea parece consagrada por el segundo párrafo del primero de los principios que figuran en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General en su vigésimo quinto período de sesiones, el 24 de octubre de 1970, en su resolución 2625 (XXV). Dicho párrafo está redactado como sigue :

> Una guerra de agresión constituye un *crimen* contra la paz, que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad. [Subraya el Relator Especial.]

42. Las diferentes cuestiones que se plantean respecto de las relaciones jurídicas que nacen como consecuencia de un hecho ilícito internacional y que entran, por tanto, en la noción de responsabilidad internacional, así como las divergencias de opinión que subsisten acerca de ellas, no han sido expuestas en los párrafos precedentes —que siguen de cerca la exposición hecha ya en el segundo informe [38]— debido al convencimiento de que la Comisión deberá pronunciarse sobre ellas desde el comienzo mismo de sus trabajos, y ello desde el momento en que formule el principio general básico en materia de responsabilidad de los Estados. El Relator Especial ha creído siempre que esa regla debe ser formulada de la manera más sintética posible, y esta creencia suya se ve confirmada por la postura adoptada al respecto por la Comisión en el debate que tuvo lugar en el 22.º período de sesiones. El principio que hay que establecer desde el primer momento es el principio unitario de la responsabilidad, que debe poder ser invocado en toda hipótesis. Al enunciarlo no conviene en modo alguno distinguir categorías diferentes de hechos ilícitos y de consecuencias de esos hechos. En consecuencia, se han dado una vez más los detalles que anteceden porque se estima necesario que la Comisión tenga presente, en todos sus trabajos sobre este tema, el carácter extremadamente complejo de la noción de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, noción en relación con la cual, por lo demás —como lo han reconocido tanto la Comisión de Derecho Internacional como la Sexta Comisión de la Asamblea General—, las exigencias del desarrollo progresivo del derecho internacional pueden manifestarse, junto a las de codificación pura y simple, con más fuerza que en relación con otras nociones.

43. La Comisión tendrá evidentemente que tomar posición sobre todas estas cuestiones, como decidió después de los debates sobre el primer informe en su 21.º período de sesiones [39], cuando, en la segunda fase de su estudio de la materia, tenga que pasar precisamente a la definición del contenido, de las formas y de los grados de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales. Sin embargo, no hay que descartar la posibilidad —que el Relator Especial destacaba en su segundo informe— de que la influencia de esas cuestiones pueda hacerse sentir, hasta cierto punto, ya en la primera fase, dedicada a la determinación del concepto de hecho ilícito internacional como hecho generador de la responsabilidad internacional del Estado. Cuando se examinó el segundo informe, la Comisión reconoció por unanimidad que, precisamente con miras a una definición del principio fundamental relacionado con la responsabilidad por hechos ilícitos internacionales, es imprescindible tomar en cuenta ese hecho y adoptar una fórmula que, dentro de su sencillez, evite que se prejuzguen de uno u otro modo las cuestiones que la Comisión deberá zanjar más tarde [40]. Así pues, en su comentario sobre el principio en discusión, la Comisión pondrá de relieve que con la expresión « responsabilidad internacional » se

(Continuación de la nota 36.)

violaciones del derecho internacional y los crímenes internacionales que socavan sus fundamentos mismos y sus principios más importantes ». Indica como tales « el genocidio, la agresión, la opresión colonial ». G. I. Tunkin [*Droit international ... (op. cit.)*, págs. 220 y ss., « Alcuni nuovi problemi ... », *Communicazioni e Studi (op. cit.)*, págs. 39 y ss., y *Teoria ... (op. cit.)*, págs. 472 y ss.], que recuerda acertadamente a este respecto la opinión de ciertos autores antiguos tales como Heffter y Bluntschli, subraya sobre todo las amenazas a la paz, los actos de ruptura de la paz y los actos de agresión. Los autores del tomo V del *Kurs* ... aluden también en este mismo contexto a los atentados contra la libertad de los pueblos, tales como la opresión colonial, la sofocación por la fuerza de los movimientos de liberación nacional, el *apartheid* y la discriminación racial, el genocidio, así como el hecho de emplear en primer lugar armas de destrucción en masa (Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, págs. 421 y 422).

Debe señalarse que, en la doctrina británica, un autor como Lauterpacht (véase L. Oppenheim, *op. cit.*, págs. 355 y 356 [*Tratado ... (op. cit.)*, págs. 376 y 377]) opta por una distinción que recuerda la de los autores soviéticos y checoslovacos y da como ejemplo de « crímenes » internacionales el exterminio de los extranjeros residentes en el territorio de un Estado y la preparación y el desencadenamiento de una guerra de agresión.

[37] Véase *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 32.

[38] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970*, vol. II, pág. 189, documento A/CN.4/233.

[39] *Ibid.*, *1969*, vol. II, págs. 244 y 245, documento A/7610/Rev.1, párr. 81.

[40] *Ibid.*, *1970*, vol. II, pág. 332, documento A/8010/Rev.1, párr. 73.

propone designar, globalmente y sin tomar partido, todas las formas de relaciones jurídicas nuevas que pueden nacer en derecho internacional del hecho ilícito de un Estado, tanto si se limitan a una relación entre el Estado autor del hecho ilícito y el Estado directamente perjudicado como si se extienden también a otros sujetos de derecho internacional, y tanto si se centran en la obligación del Estado culpable de restituir el derecho del Estado perjudicado y de reparar el perjuicio causado como si giran en torno de la facultad del propio Estado perjudicado o de otros sujetos de imponer al Estado culpable una sanción admitida por el derecho internacional.

44. En cuanto a la otra expresión que la Comisión tendrá que utilizar al definir el principio básico en materia de responsabilidad internacional, es decir, la expresión con la que se deberá designar el tipo de hecho generador de responsabilidad a que se hace referencia, puede plantearse una cuestión de terminología que el Relator Especial había querido indicar en su segundo informe. En tal ocasión había destacado el hecho de que los términos empleados en la práctica y en la doctrina de los diferentes países no eran los mismos, y que en un mismo idioma se utilizaban a veces palabras diferentes, aunque fueran uniformemente acompañadas del calificativo « internacional » [41]. Así, los autores de lengua francesa hablan tanto de « délit » como de « acte illicite » o de « fait illicite » [42]. Análogamente, en la doctrina de lengua italiana se utiliza a veces el término « delitto » y más frecuentemente las expresiones « atto illecito » o « fatto illecito » [43]. Los autores de lengua española utilizan los términos « delito », « acto ilícito » y « hecho ilícito » [44]. Entre los autores de lengua inglesa se encuentran los términos « tort », « delict », « delinquency », « illegal conduct », « illegitimate », « illegal », « unlawful » o « wrongful » « act » o « act or omission » [45]. Los tratadistas de lengua alemana hablan de « Unrecht », de « Delikt » y de « unerlaubte Handlung » [46]. En los autores de lengua rusa se hallan expresiones tales como « mezhdunarodnii delikt », « nepravomernoe deistvie », « bezdeistvie » y « nepravomernoe provedenie » [47]. Y se podría seguir esta enumeración.

45. La Comisión dedicó especial atención a estos aspectos terminológicos en su 22.º período de sesiones. Ante tal multiplicidad de expresiones, le pareció pre-

[41] Sobre estas cuestiones de terminología, véase particularmente I. von Münch, *Das Völkerrechtliche Delikt in Modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Francfort, Keppler, 1963, págs. 11 y ss.

[42] La expresión « délit international » es empleada por G. Scelle (*Précis de droit de gens — Principes et systématique*, París, Sirey, 1934, parte II, pág. 61). Tal expresión aparece en las respuestas enviadas por ciertos gobiernos (Suiza, Países Bajos) a los diferentes puntos de la solicitud de información dirigida a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de 1930 [Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 13 y 65], así como en los textos franceses de autores extranjeros tales como K. Strupp, *Eléments ... (op. cit.)*, págs. 325 y ss.; R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 415 y ss.; C. Th. Eustathiades, « Les sujets ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 419 y ss. La expresión « acte illicite » aparece en H. Kelsen [« Théorie ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 16 y ss.] como equivalente en francés del alemán « Unrecht » y del inglés « delict ». La expresión « acte illicite » es empleada con preferencia por P. Guggenheim (*op. cit.*, págs. 1 y ss.) y por P. Reuter [« Principes ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 585 y 590]. La expresión « fait illicite » es utilizada por J. Basdevant (« Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours ... 1936-IV*, París, Sirey, 1937, t. 58, págs. 665 y ss.), por J. L'Huillier (*Eléments de droit international public*, París, Rousseau, 1950, págs. 354 y ss.), y por Ch. Rousseau (*Droit international public*, París, Sirey, 1953, pág. 361).

[43] D. Anzilotti [*Corso ... (op. cit.)*, págs. 384 y ss.] habla de « fatti illeciti internazionali »; R. Ago (« Illecito commisivo e illecito omissivo nel diritto internazionale », *Diritto internazionale*, Milán, Instituto per gli Studi di Politica Internazionale, 1938, págs. 9 y ss.) y G. Morelli (*op. cit.*, págs. 340 y ss.) emplean la misma expresión; G. Balladore Pallieri (*op. cit., loc. cit.)*, A. P. Sereni (*op. cit.*, págs. 1503 y ss.) y R. Quadri (*Diritto internazionale publico*, 5.ª ed., Nápoles, 1968, págs. 584 y ss.) hablan de « atti illeciti ».

[44] S. Planas Suárez (*Tratado de Derecho Internacional Público*, Madrid, Hijos de Reus, 1916, vol. 1, pág. 167) y A. Ulloa (*Derecho Internacional Público*, 4.ª ed., Madrid, Ediciones Iberoamericanas, 1957, t. II, pág. 258) hablan sobre todo de « hechos ilícitos »; J. Garde Castillo (« El acto ilícito internacional », *Revista española de derecho internacional*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, vol. III, N.º 1, págs. 121 y ss.) de « acto ilícito »; Podestá Costa (*Manual de derecho internacional público*, Buenos Aires, 1947, págs. 200 y ss.) de « hechos lesivos »; L. M. Moreno Quintana y C. M. Bollini Shaw (*Derecho Internacional Público — Sistema Nacional del Derecho y Política Internacional*, Buenos Aires, Librería del Colegio, 1950, pág. 166) de « delito internacional ». En la doctrina de lengua portuguesa, H. Accioly (*Tratado de direito internacional público*, 2.ª ed., Río de Janeiro, 1956, t. I, pág. 275) utiliza la expresión « acto ilícito ».

[45] Para el término « tort », véase G. Schwarzenberger (*op. cit.*, pág. 562 y ss.); para « delict », véase H. Kelsen [*Principles ... (op. cit.)*, págs. 7 y ss.] y A. D. McNair (*International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, pág. 207); para « delinquency », véase L. Oppenheim [*International Law (op. cit.)*, págs. 338 y ss.] [*Tratado ... (op. cit.)*, págs. 359 y ss.]; para « illegal conduct », véase C. Eagleton [*The Responsibility of States ... (op. cit.)*, pág. 6]; para « illegitimate act », véase A. Ross (*A Textbook of International Law*, Londres, Longmans and Green, 1947, pág. 242); para « illegal act », véase C. C. Hyde (*International Law chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2.ª ed., Boston, Little, Brown, 1947, vol. 2, pág. 884) e I. Brownlie (*Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pág. 354); para « unlawful act », véase B. Cheng (*op. cit.*, págs. 170 y ss.); para « unlawful act or omission », véase E. Jiménez de Aréchaga (*op. cit.*, pág. 534); y para « wrongful act or omission », véase F. V. García Amador [« State Responsibility ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, pág. 377] y C. F. Amerasinghe (*State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, pág. 39). Sin embargo, la expresión « illicit action » se emplea también, por ejemplo, en la jurisprudencia de la Comisión de conciliación italo-norteamericana [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 65.V.4), pág. 163].

[46] El término « Unrecht » es el que emplean Kelsen [« Unrecht ... », *Zeitschrift ... (op. cit.)*, págs. 481 y ss.], Verdross (*op. cit.*, págs. 372 y ss.), y Wengler (*op. cit.*, págs. 489 y ss.). Strupp [« Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch ... (op. cit.)*, págs. 4 y ss.] y la mayoría de los autores alemanes antiguos, seguidos, entre los más modernos, por von Münch (*op. cit.*, págs. 11 y ss.) y por G. Dahm (*op. cit.*, págs. 177 y ss.) optan por la palabra « Delikt ». La expresión « unerlaubte Handlung » (conducta ilícita) es utilizada por F. Klein (*Die mittelbare Haftung im Völkerrecht*, Francfort, Klostermann, 1941, pág. 2).

[47] La palabra « délit » es utilizada por Levin [« Ob otvetstvennosti ... », *Sovetskoe ... (op. cit.)*, pág. 339 del resumen en francés]; las expresiones « nepravomernoe deistvie » y « nepravomernoe bezdeistvie » (acción e inacción ilícitas) por Tunkin [*Teoria ... (op. cit.)*, pág. 431]. Los autores del tomo V del *Kurs* ... (Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*) emplean indiferentemente (pág. 420) las expresiones « delikt » y « nepravomernoe povedenie » (comportamiento ilícito).

ferible atenerse, en principio, a la terminología usada en los informes elaborados hasta ahora por el Relator Especial. Los miembros cuyo idioma es el francés estuvieron de acuerdo en considerar que la expresión « fait illicite international » (o su equivalente « fait internationalement illicite ») es generalmente preferible a la de « délit » o a otras análogas, que pueden tener a veces una connotación particular en ciertos sistemas de derecho interno. También convinieron con el Relator Especial en que la expresión « fait illicite » parecía más correcta que la de « acte illicite », ante todo por la razón material de que la ilicitud se manifiesta frecuentemente en una inacción, lo que no queda bien indicado por el término « acte », que por su etimología evoca precisamente la idea de acción. Por otra parte, y especialmente desde el punto de vista de la teoría del derecho, esa preferencia parece aún más clara, puesto que la palabra « acte » se emplea normalmente en derecho para designar una manifestación de voluntad destinada a producir las consecuencias jurídicas determinadas por esa voluntad, lo que indudablemente no ocurre en el caso de un comportamiento ilícito [48]. Por los mismos motivos, la mayoría de los miembros cuyo idioma es el español se pronunciaron a favor de las expresiones « hecho ilícito internacional » y « hecho internacionalmente ilícito ». Otros, al contrario, en la Comisión de Derecho Internacional [49], y más tarde, en la Sexta Comisión de la Asamblea General, expresaron su preferencia por la expresión « acto ilícito ». El Relator Especial se remite, para una elección definitiva, a los expertos en idioma castellano; sin embargo, se permite pensar que las razones que obran en favor del empleo del término « hecho » en lugar del de « acto » deberían ser igualmente válidas para los diversos idiomas jurídicos que derivan del latín. En lo que se refiere al inglés, la expresión que se había usado anteriormente como equivalente a la expresión francesa « fait illicite international » (« fait internationalement illicite ») era la de « international wrongful act » (« internationally wrongful act »). Los miembros de la Comisión cuyo idioma es el inglés indicaron que ese término seguía pareciéndoles el más apropiado, pues el término « fait » no tiene un equivalente exacto en inglés. Para el ruso, la Comisión confió en los miembros que hablan ese idioma en cuanto a la elección de los términos que pueden expresar mejor la misma idea. Es evidente, en todo caso, y apenas es necesario recordarlo, que la adopción de una determinada terminología en lugar de otra no repercute en la determinación de las condiciones y de los caracteres del hecho generador de responsabilidad internacional, a lo que se dedicarán precisamente la mayoría de los artículos de esta primera parte del proyecto.

46. En la jurisprudencia arbitral y en la doctrina se encuentran a veces definiciones del principio básico en materia de responsabilidad internacional que, en términos que difieren, contienen siempre la afirmación de que en derecho internacional no puede haber responsabilidad sin un hecho ilícito previo [50]. Al presentar a la Comisión su segundo informe, el Relator Especial llamó la atención sobre la conveniencia de evitar formulaciones de ese tipo, a fin de no sugerir la idea errónea de que, a juicio de la Comisión, la responsabilidad no puede nacer sino de un hecho ilícito. En efecto, como se ha recordado en el párrafo 20 de la introducción al presente informe, la Comisión, después de un largo debate en el 22.º período de sesiones, confirmó su decisión anterior de consagrar por el momento sus trabajos exclusivamente a la responsabilidad internacional por hechos ilícitos [51]. Pero no es menos cierto que la Comisión ha reconocido en general la existencia de casos en que los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional a consecuencia de actividades lícitas. Sobre este punto —como se recuerda en el párrafo 20 *supra*— han insistido varios miembros de la Comisión de Derecho Internacional [52], y asimismo algunos miembros de la Sexta Comisión. En consecuencia, como se hizo en el caso del título mismo de la presente sección, parece que es especialmente necesario adoptar en la definición del principio una fórmula que, aun indicando que el hecho ilícito internacional es causa de responsabilidad, no se preste a interpretaciones que puedan excluir automáticamente la existencia de otras posibles fuentes de responsabilidad internacional.

47. Antes de pasar al enunciado propuesto para el principio general básico en materia de responsabilidad internacional de los Estados, el Relator Especial creyó oportuno mencionar en su segundo informe un último punto. La situación normal que se produce como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito —señaló— es el nacimiento de una responsabilidad internacional del Estado autor de ese hecho ilícito. De todas formas, sabido es que hay hipótesis particulares en relación con las cuales se habla habitualmente de casos de res-

[48] Véase, a este respecto, R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 438 y ss.

[49] Especialmente el Sr. Alcívar (véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970*, vol. I, págs. 218 y 219, 1080.ª sesión, párrs. 22 a 24).

[50] En dos ocasiones, por ejemplo, la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos de America-México, creada conforme al Tratado de 8 de septiembre de 1923, afirmó que :

« Según el derecho internacional, fuera de toda convención, para que un Estado pueda incurrir en responsabilidad es necesario que se le impute un hecho ilícito internacional, es decir, que se haya violado una obligación impuesta por una norma jurídica internacional. » (Affaire de la Dickson Car Wheel Company [Asunto de la Dickson Car Wheel Company] (julio de 1931) : Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1951.V.1), pág. 678. Véase también, en términos análogos, el Affaire de l'International Fisheries Company [Asunto de la International Fisheries Company] (julio de 1931), *ibid.*, pág. 701).

En la doctrina, varios autores sostienen que la responsabilidad internacional sólo puede dimanar de un hecho internacionalmente ilícito. L'Huillier (*op. cit.*, pág. 354) figura entre los más explícitos cuando indica que « El Estado no puede incurrir en responsabilidad internacional más que por un hecho que le sea imputable y que tenga carácter ilícito desde el punto de vista del derecho internacional. » Véase también Quadri (*op. cit.*, págs. 590 y ss.).

[51] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, pág. 245, documento A/7610/Rev.1, párr. 83.

[52] En particular, en el 21.º período de sesiones de la Comisión, el Sr. Ruda, el Sr. Ramangasoavina, el Sr. Tammes, el Sr. Albónico, el Sr. Eustathiades y el Sr. Castañeda, y en el 22.º período de sesiones el Sr. Sette Câmara, el Sr. Ushakov, el Sr. Ustor, el Sr. Thiam, el Sr. Bartoš, el Sr. Castañeda y el Sr. Elias.

ponsabilidad indirecta o de responsabilidad por hechos ajenos, que constituyen una excepción a la situación normal indicada. Efectivamente, en esas hipótesis la responsabilidad que sigue a un hecho ilícito determinado no es impuesta al Estado que ha cometido el hecho, porque éste no ha podido determinar libremente su conducta en la esfera en que se ha cometido el hecho ilícito. En ese caso se impone la responsabilidad a otro Estado que, en relación con el primero, se encuentra en condiciones de controlar la acción del primero y limitar su libertad. Tales situaciones excepcionales, señaló el Relator Especial, deberán ser objeto de un examen aparte, con motivo del cual la Comisión decidirá si deben o no ser reguladas por una norma particular. En esa etapa, la cuestión que se planteaba era solamente la de saber si era necesario tratar de adoptar, incluso en la definición del principio general en materia de responsabilidad, una fórmula que dejara expresamente abierta la posibilidad de prever también los casos particulares en que la responsabilidad internacional se atribuye a un Estado diferente de aquel a que se ha atribuido el hecho internacionalmente ilícito. La Comisión debatió ese aspecto, y la mayoría de sus miembros pareció dispuesta a reconocer la existencia de las hipótesis señaladas y de la necesidad de darles cabida en el proyecto. Sin embargo, en vista de su carácter excepcional, no creyó que fuera necesario tenerlas en cuenta ya en esta etapa inicial, ni que debieran influir en la formulación del principio básico.

48. En conclusión, habida cuenta de todos los comentarios hechos por los miembros de la Comisión durante el debate preliminar de este tema, el Relator Especial propone formular como sigue el artículo primero del proyecto en materia de responsabilidad de los Estados :

Artículo primero. — Principio que atribuye una responsabilidad a todo hecho internacionalmente ilícito del Estado

Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado entraña su responsabilidad internacional.

2. Condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito

49. Una vez definido el principio general básico que reconoce en todo hecho internacionalmente ilícito una fuente de responsabilidad internacional del Estado, se plantea el problema de determinar, en correlación con esa norma, las condiciones necesarias para determinar la existencia de un hecho ilícito internacional. A estos efectos se distinguen tradicionalmente los dos elementos siguientes, que deben hallarse reunidos :

a) Un elemento calificado generalmente de *elemento subjetivo* y constituido por un comportamiento que ha de poder ser atribuido, no al individuo o al grupo de individuos que lo ha tenido materialmente, sino al Estado en su calidad de sujeto de derecho internacional;

b) Un elemento habitualmente calificado de *elemento objetivo* : el Estado al que se ha imputado jurídicamente el comportamiento de que se trate tiene que haber infringido, con ese comportamiento, una obligación internacional a la que estaba sujeto.

50. Respecto del primer elemento, se advierte en la jurisprudencia y en la práctica, así como en la doctrina de los autores que tratan de la responsabilidad internacional, que con frecuencia se designa con el término « imputabilidad » el hecho de que el comportamiento de que se trata debe manifestarse como un comportamiento del Estado, susceptible de atribución al Estado. Asimismo, se designa con el término « imputación » el hecho mismo de esta atribución. Al respecto, los internacionalistas se han esmerado desde hace mucho tiempo en poner de relieve que, cuando se emplean estos términos en materia de responsabilidad internacional de los Estados, no se pretende en absoluto darles una significación correspondiente a la que se les da, por ejemplo, en el derecho penal interno, en el que se entiende a veces por « imputabilidad » el estado de ánimo, o la capacidad de entender y de querer del agente como fundamento de la responsabilidad [53], y en el que por « imputación » se puede querer designar la inculpación de un sujeto hecha por una autoridad judicial. A pesar de las aclaraciones hechas por los autores indicados, la Comisión manifestó particular empeño en evitar los equívocos inherentes a conceptos que, a causa de la acepción que tienen en algunos derechos penales internos, pueden evocar ideas muy diferentes. Por ello, al término del examen del segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados durante su 22.º período de sesiones, la Comisión concluyó, a sugerencia de algunos de sus miembros [54], que era mejor que evitara el uso de las expresiones « imputabilidad » e « imputación » y que empleara más bien, cuando hablara en su propio nombre, el término « atribución » para indicar el simple hecho de la vinculación al Estado de una acción u omisión dada. Por consiguiente, el presente informe se inspira en esa conclusión.

51. Respecto del segundo elemento, los miembros de la Comisión de Derecho Internacional, al igual que varios miembros de la Sexta Comisión, estuvieron, en general, de acuerdo con el Relator Especial en reconocer que expresiones como « incumplimiento de una obligación » o « violación de una obligación » internacional son mucho más apropiadas que las de « violación de una norma » o « de una norma de derecho internacional », adoptadas por ciertos autores [55] y empleadas a veces simultáneamente con las primeras [56]. La norma

[53] Véase D. Anzilotti, *Teoria generale ... (op. cit.)*, págs. 38 y 121. El mismo autor subraya que, en derecho internacional, el término « imputabilidad » no tiene y no puede tener otro sentido que el general de un término que une la acción o la omisión ilícita a su autor. Evidentemente, en tal sentido debe interpretarse ese término cuando aparece en un fallo judicial o arbitral internacional, o en la posición adoptada por un gobierno o en las formulaciones teóricas de un autor de derecho internacional. Asimismo, en ese sentido empleó el término en cuestión el Relator Especial en su segundo informe.

[54] En particular el Sr. Ushakov (véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970*, vol. I, pág. 223, 1080.ª sesión, párrs. 72 a 75.)

[55] Véase K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch ... (op. cit.)*, págs. 6, 8 y 9, y *Eléments ... (op. cit.)*, pág. 327; P. Schoen, *op. cit.*, pág. 21.

[56] Se hacía tal empleo en las obras más antiguas de Anzilotti, *Teoria generale ... (op. cit.)*, pág. 84, y *La responsabilité internationale ... (op. cit.)*, pág. 170. También se advierte esa fór-

(Continúa en la página siguiente.)

es el derecho en sentido objetivo. Su función es la de atribuir a sus destinatarios, cuando se dan ciertas condiciones, situaciones jurídicas subjetivas : derechos, facultades, poderes, obligaciones. Estas situaciones son las que, como indica su denominación general, constituyen el derecho en sentido subjetivo, y en relación con estas situaciones entra en juego el comportamiento del sujeto. Este puede ejercer o no, libremente, su derecho subjetivo, su facultad, su poder; puede cumplir sus obligaciones o transgredirlas; él no « ejerce » la norma y, del mismo modo, no la « viola ». Llegado el caso, lo que él no cumple es su *obligación* y no el principio de derecho objetivo del cual nace esa obligación. Agreguemos que esto no quiere decir de ninguna manera que la obligación cuya violación representa un elemento constitutivo de un hecho internacionalmente ilícito debe originarse necesariamente en una norma, al menos en el sentido propio de este término. La obligación en cuestión puede haber sido creada e impuesta a un sujeto por un acto jurídico particular, o por decisión de una jurisdicción judicial o arbitral, o por decisión de un organismo internacional, etc. La violación de una obligación que tiene ese carácter y ese origen —como habrá ocasión de mostrar con mayor claridad más adelante— es tan ilícita para el derecho internacional como el incumplimiento de una obligación establecida por una norma propiamente dicha; sería artificioso hacer que esa obligación se remontara a la norma que prevé ciertos procedimientos especiales como fuentes distintas de las obligaciones internacionales [57].

52. Prescindiendo de estos problemas de terminología y, más generalmente, de la mayor o menor exactitud de las expresiones que a veces se encuentran en los textos, no cabe duda de que los dos elementos que se acaban de mencionar se distinguen claramente, por ejemplo, en el pasaje ya citado de la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto de los fosfatos de Marruecos*, en el que la Corte relaciona expresamente el nacimiento de la responsabilidad internacional con la existencia « de un acto *imputable* al Estado y calificado de *contrario a los derechos convencionales* de otro Estado » [58]. Dichos elementos aparecen asimismo en la sentencia arbitral relativa al *Asunto de la Dickson Car Wheel Company*, dictada en julio de 1931 por la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos de América-México, en la cual se establece como condición para que el Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional el hecho de que « un acto ilícito internacional le sea *imputado*, es decir, que exista *violación de una obligación impuesta por una norma jurídica internacional* » [59]. Por lo que respecta a la práctica de los Estados, cabe citar la respuesta del Gobierno austríaco al punto II de la solicitud de información dirigida a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, de 1930 :

> Para incurrir en responsabilidad internacional es preciso, en todo caso, que pueda ser *imputada* a los Estados *la violación de una de las obligaciones internacionales que les incumben* según el derecho de gentes [60].

53. Según la doctrina del derecho internacional, el hecho de que determinado comportamiento sea de índole tal que pueda atribuirse al Estado sujeto de derecho internacional y el hecho de que ese comportamiento constituya violación de una obligación internacional de dicho Estado son con gran frecuencia considerados como los elementos indispensables para que sea posible reconocer la existencia de un hecho ilícito que dé lugar a responsabilidad internacional. Entre las formulaciones ya antiguas, la de Anzilotti sigue siendo clásica [61]; entre las más recientes, la de Sereni [62], la de Levin [63], la de Amerasinghe [64] y la de

(Continuación de la nota 56.)

mula en A. Verdross (« Règles générales du droit international de la paix », *Recueil des cours ..., 1929-V*, París, Hachette, 1931, t. 30, págs. 463 y ss.); G. Balladore Pallieri (*Diritto internazionale pubblico* 8.ª ed., Milán, 1962, págs. 245 y 246); J. Garde Castillo (*op. cit.*, págs. 126 y 127); P. Guggenheim (*op. cit.*, pág. 3); W. Wengler (*op. cit.*, pág. 489); A. Schüle (*op. cit.*, págs. 329 y 330); A. P. Sereni (*op. cit.*, pág. 1503), y D. B. Levin [*Otvetstvennost gosudarstv ... (op. cit.)*, pág. 51.]

[57] Esto aun sin tener en cuenta que, a los efectos de la caracterización del hecho ilícito, la idea de transgredir una norma puede dar lugar a equívocos : en efecto, existen hipótesis de ejercicio no válido de una facultad o de un poder que nada tienen de un hecho ilícito y que, sin embargo, consisten esencialmente en una conducta que no corresponde a la que la norma requeriría para producir ciertas consecuencias jurídicas. Véase a este respecto R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 434, 441 y 442; y G. Morelli, *op. cit.*, pág. 347.

[58] Affaire des phosphates du Maroc (exceptions préliminaires), 14 de junio de 1938. Véase *C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 74, pág. 28, [Subraya el Relator Especial.]

[59] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1951.V.1), pág. 678. [Subraya el Relator Especial.]

[60] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, pág. 21. [Subraya el Relator Especial.]

[61] Véase *Teoria generale ... (op. cit.)*, pág. 83 :

> « La responsabilitá nasce dall'*ingiusta violazione del diritto altrui* e genera l'obbligo della riparazione in quanto sia collegata con un soggetto agente, sia cio è imputabile a questo. » [Subraya el Relator Especial.] [La responsabilidad nace de la *violación injusta del derecho ajeno* y acarrea la obligación de reparar en la medida en que exista un nexo con un sujeto agente, es decir, sea imputable a éste.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

Del mismo autor, véase *La responsabilité internationale ... (op. cit.)*, págs. 161 y 162, y *Corso ... (op. cit.)*, pág. 386.

[62] Véase A. P. Sereni, *op. cit.*, pág. 1505 :

> « Due sono quindi gli elementi costitutivi dell'atto illecito internazionale : *A)* un comportamento di un soggeto di diritto internazionale; *B)* la violazione, che in tale comportamento si concreta, di un obbligo internazionale. » [Son dos, por tanto, los elementos constitutivos del acto ilícito internacional : *A)* un comportamiento de un sujeto de derecho internacional; *B)* la violación, que se manifiesta en dicho comportamiento, de una obligación internacional.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

[63] Resumen francés de « Ob otvetstvennosti ... », *Sovetskoe ... (op. cit.)* [véase *supra* la nota 36], pág. 340 :

> « Pour qu'il y ait responsabilité internationale, deux éléments doivent être réunis : un élément objectif, la violation d'une norme de droit international qui cause un préjudice; un élément subjectif, l'imputation de cette violation à l'Etat ou à un autre sujet du droit international. » [Para que haya responsabilidad internacional deben concurrir dos elementos : un elemento objetivo, la violación de una norma de derecho internacional que cause un perjuicio; un elemento subjetivo, la imputación de esa violación al Estado o a otro sujeto de derecho internacional.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

[64] Véase C. F. Amerasinghe, *op. cit.*, pág. 37. Al exponer las tres primeras de las cuatro condiciones que estima necesarias para

(Continúa en la página siguiente.)

Jiménez de Aréchaga [65], así como la que figura en la *Restatement of the Law* del American Law Institute [66], se distinguen por la claridad de su enunciado. Pero de una manera general se puede decir que, sobre este punto, la mayoría de los autores están fundamentalmente de acuerdo, indistintamente de la época en que se sitúan [67]. Los casos muy raros en que algunos autores expresan reservas acerca de la necesidad o de la utilidad de lo que se denomina el elemento subjetivo del hecho ilícito internacional se deben a veces a la idea —aislada y claramente contradicha por la jurisprudencia y en la práctica— de que el Estado no respondería nunca por hechos « suyos », sino solamente por hechos de individuos, ya se trate de hechos de individuos-órganos o incluso de simples particulares. En otras ocasiones, algunos autores, por motivos de coherencia lógica con las premisas adoptadas, se creen obligados a eliminar la existencia de una operación normativa de atribución de la actividad material del individuo-órgano a la entidad colectiva. Hay autores que sostienen que la única « imputación jurídica » concebible es la que consiste en atribuir los efectos jurídicos de un hecho a una entidad dada y, en consecuencia, la atribución de un hecho como tal a la entidad sólo podría ser una imputación material o psicológica. Hay otros que creen que la necesidad de sustituir la idea de imputación jurídica por la del reconocimiento de un vínculo de causalidad material se derivaría necesariamente del carácter « real » de las entidades colectivas y, en primer término, del Estado. Más frecuentemente, por último, las reservas que se formulan son un mero reflejo de las preocupaciones que origina el hecho de que, en esta materia, se suela recurrir a esos conceptos de imputabilidad e imputación en los que se ve un motivo de confusión y que la Comisión precisamente ha decidido descartar y sustituir por otros que puedan prestarse menos a equívocos [68]. Se comprende así por qué

(Continuación de la nota 64.)

que haya responsabilidad del Estado por un perjuicio causado a un extranjero, Amerasinghe se expresa en los siguientes términos :

« 1) There must be an act or omission of an individual or an organ consisting of a group of individuals;

» 2) This act or omission must be in breach of an obligation laid down by a norm of international law;

» 3) The act or omission must be imputable to the defendant State. »

[1) Ha de haber un acto o una omisión de una persona o de un órgano compuesto de un grupo de personas;

2) Tal acto u omisión ha de estar en contradicción con una obligación impuesta por una norma de derecho internacional;

3) El acto o la omisión ha de ser imputable al Estado demandado.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

[65] Véase E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 534. El autor resume del siguiente modo los dos primeros de los tres elementos que considera necesarios para la existencia de la responsabilidad internacional :

« i) An act or omission that violates an obligation established by a rule international law in force between the State responsible for the act or omission and the State injured thereby.

» ii) The unlawful act must be imputable to the State as a legal person. »

[i) Un acto o una omisión que infringe una obligación impuesta por una norma de derecho internacional en vigor entre el Estado responsable del acto o de la omisión y el Estado perjudicado.

ii) El acto ilícito ha de ser imputable al Estado como persona jurídica.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

[66] American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1965, págs. 497 y ss. El título IV de esta obra (véase *supra*, pág. 205, documento A/CN.4/217/Add.2), que trata de la responsabilidad de los Estados por daños a extranjeros, indica en el artículo 164 como primera regla, en el marco de los principios generales de la responsabilidad, la de que :

« 1) A State is responsible under international law for injury to an alien caused by conduct subject to its jurisdiction, that is attributable to the State and wrongful under international law. » [Un Estado será responsable, en derecho internacional, de los daños causados a un extranjero por una conducta sujeta a su jurisdicción que sea atribuible a ese Estado e ilícita conforme al derecho internacional.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

[67] Véase, entre otros muchos : Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana (op. cit.)*, págs. 90 y 91; R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 441 y ss., 450 y ss.; J. G. Starke, « Imputability of International Delinquencies », *The British Year Book of International Law*, 1938, Londres, pág. 106; C. Th. Eustathiades, « Principes généraux de la responsabilité internationale des Etats », *Etudes de droit international, 1929-1959*, Atenas, Klissionnis, 1959, t. 1, pág. 515, y « Les sujets ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, pág. 422; A. V. Freeman, *op. cit.*, pág. 22; A. Ross, *op. cit.*, pág. 242; J. L'Huillier, *op. cit.*, pág. 354; J. Garde Castillo, *op. cit.*, pág. 124; G. Morelli, *op. cit.*, págs. 342 y ss.; Ch. Rousseau, *op. cit.*, pág. 361; P. Guggenheim, *op. cit.*, págs. 1 y 2, 4 y 5; B. Cheng, *op. cit.*, pág. 170; T. Meron, « International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials », *The British Year Book of International Law, 1958*, Londres, 1959, págs. 86 y 87; G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 4.ª ed., Londres, Stevens, 1960, vol. 1, pág. 163; P. Reuter, « Principes ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, pág. 585; C. G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, 1969, vol. II, págs. 783 y ss.

Algunos de estos autores y de los otros anteriormente citados añaden un elemento suplementario a los dos indicados aquí como constitutivos del hecho ilícito internacional. Más adelante se volverá sobre ello. Hay que señalar también que, en algunas de las obras mencionadas, se emplea el término « hecho » o « acto » (ilícito) para designar al elemento objetivo, el cual ha de concurrir con el elemento subjetivo para que haya responsabilidad internacional. En realidad el elemento subjetivo constituye también una condición de la existencia de un hecho ilícito internacional, y no una condición exterior para que un hecho ilícito pueda engendrar responsabilidad.

[68] El primer caso es aplicable a A. Soldati (*La responsabilité des Etats dans le droit international*, París, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1934, págs. 75 y ss.). A propósito del segundo caso, cabe citar a G. Arangio-Ruiz (*Gli enti soggetti dell' ordinamento internazionale*, Milán, Giuffrè, 1951, vol. I, págs. 128 y ss., 357 y ss.), y a propósito del tercero, Quadri (*op. cit.*, págs. 587 y 588). El último caso es aplicable a un joven autor soviético, V. N. Elynyciev (« Problema vmenenia v mezhdunarodnom prave », *Pravovedinie*, Leningrado, 1970, N.º 5, págs. 83 y ss.), que parece preocuparse sobre todo por evitar que a través del concepto de imputación se introduzca la idea falsa de que la responsabilidad internacional sólo nacería como consecuencia de una operación ulterior y externa, correspondiente en cierta forma a la inculpación que realiza un órgano judicial en derecho interno. A este propósito critica la opinión de otro escritor soviético, Petrovskii, quien estima precisamente que, en derecho internacional, la imputación debe establecerse mediante un acuerdo entre el Estado culpable y el Estado perjudicado. Elynyciev pone de relieve un hecho innegable como es el de que la responsabilidad nace en el momento en que se comete el hecho ilícito internacional y es totalmente independiente de la comprobación llevada a cabo voluntariamente por el Estado autor del hecho ilícito. Pero la idea de imputación que así critica no tiene realmente nada que ver con la muy sencilla de atribuir al Estado el comportamiento del individuo-órgano. Como se ha aclarado al comienzo de esta sección — y sobre esto se volverá más adelante —, lo que se denomina elemento subjetivo del hecho

(Continúa en la página siguiente.)

la Comisión no tuvo dificultad en su 22.º período de sesiones en confirmar el acuerdo, ya antes expresado por ella misma, sobre la necesidad de reconocer en todo hecho ilícito internacional la presencia de los dos elementos, subjetivo y objetivo, que aquí se indican, cuya distinción lógica no impide que aparezcan indisolublemente ligados en toda situación concreta [69].

54. Del análisis respectivo de esos dos elementos que son, por una parte, el hecho de que un comportamiento determinado le sea atribuido al Estado como sujeto que es del derecho internacional y, por otra, el incumplimiento de una obligación internacional de dicho Estado que ese mismo comportamiento constituye, se desprenden distintos elementos respecto de algunos de los cuales se han establecido criterios específicos en derecho internacional general. El examen detallado de esos elementos constituirá precisamente el objeto de los próximos capítulos. En ellos se examinarán, en particular, las condiciones requeridas por el derecho internacional para admitir, en las diferentes hipótesis posibles, que un comportamiento determinado sea considerado como comportamiento del Estado, y para establecer, también en las diferentes hipótesis posibles, que con tal comportamiento se ha producido la violación de una obligación internacional. No obstante, la definición en principio de las condiciones de existencia de un hecho ilícito internacional exige que, en cuanto hace a los dos elementos de que se viene hablando, se fijen previamente algunos puntos, precisamente para llegar a una formulación irreprochable de dichas condiciones. Hay que preguntarse a este respecto si esos dos elementos son los únicos que se requieren para que haya, según el derecho internacional, un hecho ilícito, o si habría que agregarles otros. Por consiguiente, habrá que consagrar aquí un momento a un examen preliminar de tales cuestiones.

55. Por lo que respecta al comportamiento que ha de poder ser considerado como comportamiento del Estado, conviene señalar, desde un punto de vista general, que puede ser tanto positivo (acción) como negativo (omisión). Cabe incluso decir que los casos en que se ha tomado como fundamento una omisión de un Estado para invocar su responsabilidad internacional son quizá aún más numerosos que aquellos en los que el fundamento es una acción. Piénsese, por ejemplo, en los innumerables casos en que se ha considerado responsable a un Estado por un daño causado por particulares. Como se expondrá más adelante, esos presuntos casos de responsabilidad del Estado por la acción de particulares son en realidad casos de responsabilidad del Estado por omisión de sus órganos : el Estado es responsable por no haber adoptado medidas conducentes a impedir o reprimir la acción del particular.

56. Aun fuera de esta hipótesis abundan los casos en que una omisión constituye un hecho ilícito internacional, y cuando la jurisprudencia internacional ha considerado una omisión ilícita como fuente de responsabilidad internacional, lo ha hecho en términos tan claros como respecto de un comportamiento activo [70]. De igual modo, los Estados que respondieron al punto V de la solicitud de información que les había sido sometida por el Comité Preparatorio de la Conferencia para la codificación del derecho internacional (1930) aceptaron expresa o tácitamente el principio según el cual el Estado puede incurrir en responsabilidad tanto por la omisión como por la acción de funcionarios [71], principio reconocido en los artículos adoptados en primera lectura por el Comité III de la Conferencia [72]. Por último, cabe afirmar que la doctrina admite sin discusión el principio [73] y que los diversos proyectos de codificación privada lo recogen explícita o tácitamente [74]. Por consiguiente, no es preciso seguir insis-

(Continuación de la nota 68.)

ilícito internacional no significa otra cosa que la exigencia de que el comportamiento en el que se advierte un incumplimiento de una obligación internacional aparezca, en el plano internacional, como comportamiento del Estado y no como comportamiento que le es ajeno. Brownlie (*op. cit.*, pág. 356) teme, por su parte, pero sin que se vea el motivo, que el concepto de imputabilidad pueda implicar la aplicación de la idea de una « vicarious responsibility » en casos en que, según su opinión, es totalmente inadecuada.

[69] El Sr. Kearney destaca especialmente la íntima conexión de los dos elementos (véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970*, vol. I, pág. 220, 1080.ª sesión, párrs. 38 y ss.).

[70] La Corte Internacional de Justicia ha reconocido explícitamente la responsabilidad internacional del Estado por un hecho ilícito de omisión en el Asunto del Estrecho de Corfú. Después de señalar que « las obligaciones que incumbían a las autoridades albanesas consistían en dar a conocer, en interés de la navegación en general, la existencia de un campo de minas en las aguas territoriales albanesas y advertir a los buques de guerra británicos, en el momento en que se aproximaban, del peligro inminente al que ese campo de minas les exponía »; y después de haber hecho constar que Albania no había « notificado la existencia de un campo de minas ni advertido a los buques de guerra británicos del peligro que corrían », la Corte concluyó : « *Estas graves omisiones entrañan la responsabilidad internacional de Albania* » [subraya el Relator Especial] (Affaire du détroit de Corfou (fond), Arrêt du 9 avril 1949 [Asunto del Estrecho de Corfú (fondo), sentencia de 9 de abril de 1949] : *C.I.J. Recueil 1949*, págs. 22 y 23). Véase también a este respecto el laudo arbitral de 10 de julio de 1924 sobre el Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise [Asunto relativo a la adquisicion de la nacionalidad polaca] : Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1948.V.2), pág. 425.

[71] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 70 y ss.; y *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 2, 3, 12 y ss.

[72] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 222 (artículos 6, 7 y 8), documento A/CN.4/96, apéndice 3.

[73] Entre los estudios relativos a los aspectos específicos del delito de omisión en derecho internacional, véase R. Ago, « Illecito commissivo ... », *Diritto internazionale (op. cit.)*, págs. 9 y ss.; P. A. Zannas, *La responsabilité internationale des Etats pour les actes de négligence*, Montreux, Imprimerie Ganguin et Laubscher, 1952; G. Perrin, « L'agression contre la Légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission », *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXVIII, N.º 3 (julio-septiembre de 1957), págs. 410 y ss.; D. Lévy, « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *ibid.*, t. XXXII, N.º 4 (octubre-diciembre de 1961), págs. 744 y ss.

[74] Véase el artículo I del proyecto sobre « Responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros », preparado por el Instituto de Derecho Internacional en 1927 [*Annuaire de l'Institut de droit international, 1927 (session de Lausanne)*, París, t. III, pág. 330; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II,

(Continúa en la página siguiente.)

tiendo sobre este punto, ya que no es discutido, y además es admitido en la Comisión sin objeciones, salvo para subrayar que parece especialmente oportuno indicar de modo expreso, en el enunciado de las condiciones de existencia de un hecho ilícito internacional, que el comportamiento internacionalmente ilícito imputado al Estado puede ser tanto una omisión como un comportamiento activo.

57. ¿Qué se quiere decir cuando se afirma que, para que un comportamiento determinado pueda ser calificado de hecho internacionalmente ilícito, debe ser ante todo un comportamiento que pueda atribuirse al Estado? Es fácil responder a esta pregunta si se observa que lo que se quiere demostrar es, simplemente, que la acción u omisión de que se trata tiene que poder ser considerada como un « hecho del Estado ». Puesto que el Estado, por ser una persona moral, no es físicamente capaz de tener un comportamiento [75], es evidente que sólo puede atribuírsele la acción u omisión de un individuo o de un grupo de individuos, cualquiera que sea su composición [76]. No es que el Estado, como pretenden ciertos juristas, no sea sino una idea abstracta, una ficción. En nuestra opinión, el Estado es una entidad absolutamente real tanto en derecho interno como en derecho internacional.

58. Siendo esto así, lo fundamental es saber por qué rasgos y cómo se puede reconocer, en la acción cometida materialmente por un individuo o por un conjunto de individuos, un « hecho del Estado ». Los problemas que se plantean al respecto consisten precisamente en determinar qué comportamientos individuales pueden atribuirse al Estado, para los fines que nos interesan, y en qué condiciones tienen que haberse realizado esos comportamientos para que pueda hacerse esta atribución. Se trata de gran número de problemas delicados

(Continuación de la nota 74.)

pág. 223, documento A/CN.4/96, apéndice 8]; el artículo 1 del proyecto de tratado sobre la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales, preparado por el profesor Karl Strupp en 1927 (*ibid.*, *1969*, vol. II, pág. 158, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo IX); el artículo 1, párr. 2, del proyecto de convención preparado por la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht en 1930 (*ibid.*, pág. 156, anexo VIII); el artículo 1 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado por la Harvard Law School en 1961 (*ibid.*, pág. 148, anexo VII); el artículo II de los Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado según la opinión de los países latinoamericanos, preparados por el Comité Jurídico Interamericano en 1962 (*ibid.*, pág. 160, anexo XIV); el párrafo 3 de la Regla general de la responsabilidad de los Estados enunciada en el artículo 164 de la *Restatement of the Law* del American Law Institute (véase *supra*, pág. 205, documento A/CN.4/217/Add.2).

[75] « Los Estados sólo pueden actuar por medio y por conducto de la persona de sus agentes y representantes » [Avis consultative N.° 6, du 3 février 1923, au sujet de certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne (Opinión consultiva N.° 6, de 3 de febrero de 1923, sobre ciertas cuestiones concernientes a los colonos de origen alemán en los territorios cedidos por Alemania a Polonia), *C.P.J.I.*, serie B, N.° 6, pág. 22].

La expresión « persona moral » no se utiliza aquí en el sentido técnico estricto del término, sino únicamente por oposición a la expresión « persona física », para indicar una entidad colectiva que sólo puede actuar por medio de la acción de individuos humanos. En el sentido técnico estricto del término, el Estado no es una persona moral de derecho internacional, sino únicamente de derecho interno. Véase, a este respecto — y sin tener en cuenta la descripción del Estado como sujeto de derecho internacional que hacen respectivamente estos autores —, Giuliano, *La Comunità internazionale e il diritto*, Padua, 1950, págs. 241 y ss., y especialmente Arangio-Ruiz, *op. cit.*, págs. 26 y ss., 95 y ss. y 378 y ss.

[76] Véase M. Marinoni, *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1913, págs. 33 y ss. « Gli Stati, come le cosi dette persone guiridiche, non possono non ricorrere all'opera di individui, la cui attività debba giuridicamente valere per gli Stati medesimi [. . .]. Nella realtà fisica non v'è un ente Stato [. . .], ma vi sono soltanto azioni, voleri di individui, che l'ordine giuridico può far valere per un subbietto di diritti diverso da quella persona fisica che li a posti ni essere ». [Los Estados, como las llamadas personas jurídicas, deben forzosamente recurrir a la acción de individuos cuyos actos deben valer jurídicamente para los propios Estados [. . .] En la realidad física no existe el ente « Estado »[. . .] solamente existen acciones y voluntades de individuos que el orden jurídico puede hacer valer por un sujeto de derecho distinto de la persona física de que proceden.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.); K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch . . . (op. cit.)*, págs. 35 y 36 : « Denn der Staat [. . .] bedarf physischer Personen [. . .], deren Wollen und Handeln in der physisch-natürlichen Welt Akte von Individuen, in der juristischer solche der Gesamtheit, d.h. des Staates, sind. » [Pues el Estado [. . .] necesita de personas físicas [. . .], cuya voluntad y acciones son actos de individuos pertenecientes al mundo físico-natural, y actos de la comunidad, es decir, del Estado, en términos jurídicos.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.); D. Anzilotti, *Corso . . . (op. cit.)*, pág. 222 : « ci sono atti e volizioni d'individui che valgono giuridicamente come atti e volizioni dello Stato, perchè il diritto li imputa allo Stato, ossia ne fa il presupposto di doveri e di diritti dello Stato ». [Hay actos y voliciones de individuos que valen jurídicamente como actos y voliciones del Estado, ya que el derecho los imputa al Estado, es decir, hace de ellos el presupuesto de deberes y derechos del Estado. »] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.); H. Kelsen, « Unrecht . . . », *Zeitschrift . . . (op. cit.)*, págs. 496 y 497; *Principles . . . (op. cit.)*, pág. 117; y « Théorie . . . » *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, pág. 88 : « L'Etat est responsable des violations du droit international qui sont le résultat de comportements individuels pouvant être interprétés comme des comportements de l'Etat. Il faut donc que les comportements de certains individus puissent être imputés à l'Etat ». [El Estado es responsable de las violaciones del derecho internacional, resultantes de comportamientos individuales que pueden ser interpretados como comportamientos del Estado. Así pues, es preciso que los compartamientos de ciertos individuos puedan ser imputados al Estado.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.); y pág. 78 : « Quand nous disons de l'acte d'un individu déterminé qu'il est un acte de l'Etat, nous imputons cet acte à une personne distincte de l'individu qui l'a accompli, à une personne qui se trouve, pour ainsi dire, derrière lui. » [Al afirmar que el acto de determinado individuo es un acto del Estado, se imputa este acto a una persona distinta del individuo que lo ha realizado, a una persona que está, por así decirlo, detrás de él.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.); T. Perassi, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, Edizioni Italiane, 1942 (reimpresión de la edición de 1941), primera parte, pág. 97 : « Un ente [. . .] in tanto può assumere la qualità di soggeto in un ordinamento giuridico in quanto mediante l'attitudine naturale di volere ed agire di determinati uomini si ponga come unità operante, cioè come unità a cui sono riferite come proprie una volontà ed una azione. » [Un ente [. . .] puede asumir la calidad de sujeto de un ordenamiento jurídico en cuanto, mediante la capacidad natural de querer y actuar de determinados hombres, se convierta en unidad operante, es decir, una unidad a la que se refieren como proprias una voluntad y una acción.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.); y W. Wengler, *op. cit.*, págs. 425 y 490 : « (. . .) die Völkerrechtsnorm eindeutig nur von einem bestimmten Menschen durch dessen eigenes Verhalten befolgt oder verlezt werden kann » [(. . .) en cualquier caso la norma de derecho internacional sólo puede ser ejecutada o violada por el comportamiento propio de un individuo determinado]. (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

que serán examinados detalladamente cuando llegue el momento. Por ahora, parece suficiente dar sólo algunas precisiones de carácter general. En primer término, se ha de precisar que la atribución al Estado es necesariamente, por la naturaleza misma del Estado, una operación de atribución jurídica, que se distingue como tal, tanto de una relación de causalidad natural como de una relación definida genéricamente como material-psicológica [77]. En ocasiones —no siempre— se podrá hablar de causalidad natural a propósito de la relación entre la acción de un individuo y el resultado provocado por esa acción, pero no a propósito de la relación entre la persona del Estado y el hecho del individuo [78].

59. La segunda precisión que se impone es que el Estado al que se atribuye un comportamiento individual es el Estado en cuanto persona, en cuanto sujeto de derecho, no el Estado en el sentido de orden jurídico, de sistema de normas [79]. Por otra parte, esto es válido no solamente y sobre todo para la atribución efectuada según el derecho internacional, sino también para la atribución según el derecho interno. El hecho de no haber mantenido una clara distinción entre esas dos nociones ha provocado dificultades a este respecto, aunque en un plano puramente teórico [80]. Al propio tiempo, hay que subrayar que la atribución al Estado que aquí nos interesa es la que se hace al Estado en cuanto persona de derecho internacional, y no en cuanto persona de derecho interno [81].

60. Finalmente, la tercera y la más importante de las precisiones que conviene hacer ahora a título preliminar, es advertir que sólo en virtud del derecho internacional puede atribuirse al Estado un comportamiento individual en concepto de hecho ilícito internacional. Es realmente inconcebible que la operación de atribuir una acción o una omisión a un sujeto del derecho internacional, a fin de sacar consecuencias en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales, pueda realizarse en un marco distinto que el del derecho internacional [82]. La atribución de un hecho al Estado en su calidad de sujeto de derecho internacional y la atribución de un hecho al Estado en cuanto persona de derecho interno son dos operaciones enteramente distintas, que remiten necesariamente a dos sistemas jurídicos distintos. Es posible e incluso normal que en derecho internacional

[77] D. Anzilotti [*Corso ... (op. cit.)*, pág. 222] observa que : « L'imputazione giuridica si distingue cosi nettamente del rapporto di causalità; un fatto è giuridicamente proprio di un soggeto, non perchè prodotto o voluto da questo, nel senso che tali parole avrebbero nella fisiologia o nella psicologia, ma perchè la norma glielo attribuisce. » [Eso es lo que distingue claramente a la imputación jurídica de la relación de causalidad; un hecho es jurídicamente propio de un sujeto, no porque haya sido realizado o querido por éste, en el sentido que esas palabras tendrían en fisiología o en psicología, sino porque se lo atribuye la norma.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.) Véase también J. C. Starke, *op. cit.*, pág. 105 : « The imputation is thus the result of the intellectual operation necessary to bridge the gap between the delinquency of the organ or official and the attribution of breach and liability to the State. » [Así pues, la imputación es el resultado de la operación intelectual necesaria para colmar el vacío entre la delincuencia del órgano o funcionario y la atribución de la infracción y de la responsabilidad al Estado.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.) C. Th. Eustathiades, « Les sujets ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, pág. 422 : « Cette imputation est le résultat d'une opération logique effectuée par une règle du droit, donc un lien juridique. » [Esta imputación es el resultado de una operación lógica efectuada por una norma jurídica y, por tanto, una conexión jurídica.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.) Para Wengler (*op. cit.*, pág. 39), la « Zurechnung » (imputación) es un procedimiento técnico normativo.

[78] Ninguna actividad del Estado puede calificarse de « suya » desde el punto de vista de una causalidad natural y no de una atribución jurídica : y esto es así, advirtámoslo, tanto en el plano interno como en el plano internacional, ya que incluso en el derecho interno el individuo-órgano sigue siendo una entidad distinta que puede realizar acciones que « jurídicamente » no son atribuidas al Estado, sino al propio individuo.

Por otro lado, lo que Arangio-Ruiz *(op. cit., loc. cit.)* denomina imputación material-psicológica de un hecho a su autor no basta para explicar cuál sea la razón de que la norma de derecho internacional tome en consideración el comportamiento material de un determinado ser humano para atribuir una responsabilidad al Estado como consecuencia jurídica de ese comportamiento, mientras que no hace lo mismo en el caso de otros comportamientos materiales del mismo ser humano.

Cuando se considera, como hace este autor, como actividad del grupo-sujeto de derecho internacional toda actividad de los individuos que componen ese grupo, no sólo no se elimina, sino que resulta más patente, el problema de la determinación de los criterios para distinguir entre esas actividades aquellas a las que el derecho internacional atribuye consecuencias jurídicas para el grupo y aquellas que no toma en consideración para tales fines. En último término, los criterios que se podrán proponer para solucionar este problema serán los mismos que sirven a la doctrina dominante para explicar la distinción entre los hechos del Estado y los demás hechos. Además, cuando se habla de que el derecho atribuye ciertos hechos individuales al Estado-sujeto de derecho internacional no se quiere decir que esa atribución sea el efecto específico de unas normas que tengan esa finalidad. La consideración del hecho material de un individuo como hecho del Estado es sencillamente una de las premisas en virtud de las cuales opera la norma de derecho internacional que, en determinadas condiciones, atribuye al Estado una responsabilidad internacional.

[79] La posición de la doctrina normativista al respecto es severamente criticada por Elynyciev (*op. cit.*, págs. 85 y ss.).

[80] Sabido es que la identificación de la persona jurídica con un orden jurídico ha llevado a autores como H. Kelsen (« Über Staatsunrecht », *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Viena, Hölder, K. U. K. Hof- und Universitäts-Buchhändler, 1914, vol. 40, pág. 114) y W. Bucrkhardt (*Die völkerrechtliche Haftung der Staaten*, Berna, Haupt, Akadem. Buchwandlung vorm. Max Drechsel, 1924, págs. 10 y ss.) a deducir que es imposible imputar un hecho ilícito a la persona jurídica, entendida como expresión de la unidad del orden jurídico especial que la constituye. Posteriormente, Kelsen [« Unrecht ... », *Zeitschrift für öffentliches Recht (op. cit.)*, pág. 500] ha tratado de salvar la dificultad afirmando que el acto de un órgano de un orden jurídico estatal parcial, necesariamente lícito conforme a este último, podría ser imputado al Estado como hecho ilícito por un orden jurídico total, como el orden internacional. Todo esto parece no solamente artificial, sino también alejado de la realidad. El orden jurídico interno puede perfectamente imputar como hecho ilícito a la persona del Estado el comportamiento de un órgano que es su creación y que en cuanto persona es, como los demás sujetos, destinatario de situaciones jurídicas subjetivas.

[81] Para una confirmación reciente de este importante aspecto, véase Instituto del Estado y del Derecho de la Unión Soviética, *op. cit.*, pág. 426.

[82] Un autor como Anzilotti que, en sus obras anteriores, parecía aceptar la idea de que la imputación de un comportamiento individual al Estado debería ser obra, en todo caso y exclusivamente, del derecho interno, ha pasado posteriormente a ser un acérrimo defensor del criterio contrario. Véase *Corso ... (op. cit.)*, pág. 224. En el mismo sentido, véase J. G. Starke, *op. cit.*, págs. 106 y 107; T. Perassi, *op. cit.*, pág. 98; R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 461 y 462; A. Ross, *op. cit.*, pág. 251; C. Th. Eustathiades, « Les sujets ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, pág. 417; K. Furgler, *Grundprobleme*

(Continúa en la página siguiente.)

se tenga en cuenta, a estos efectos, la situación existente en el derecho interno, aunque habría que saber en qué sentido y hasta qué punto. Pero el hecho de que se tenga en cuenta el derecho interno no será sino un instrumento utilizado en una operación que se sitúa totalmente en el plano del orden jurídico internacional. Habrá ocasión de advertir que no pocas de las dificultades concretas con que se tropieza en esta materia se deben a una percepción insuficientemente clara de ese aspecto, cuya importancia en cuanto principio ha de subrayarse desde ahora.

61. La segunda condición para que exista un hecho ilícito internacional ha sido definida al principio de la presente sección : el comportamiento atribuido al Estado ha de constituir incumplimiento por el Estado de una obligación internacional existente a su cargo. Esto es lo que se denomina elemento *objetivo* del hecho ilícito internacional, elemento específico que marca su carácter distintivo frente a otros hechos del Estado a los que el derecho internacional atribuye consecuencias jurídicas. El contraste entre el comportamiento adoptado en la realidad y el que jurídicamente se debiera haber tenido constituye, en efecto, la esencia misma de la ilicitud. El hecho ilícito es ante todo el incumplimiento de un deber jurídico, la violación de una obligación; es precisamente ese tipo de hecho el que toma en cuenta el orden jurídico, como ya se ha visto, para atribuirle una responsabilidad, es decir, para hacer de él la fuente de nuevas obligaciones y, más generalmente, de nuevas situaciones jurídicas cuya característica común es que son desfavorables para el sujeto al que se atribuya el hecho. Si se tiene en cuenta la conexión entre esa condición y ese resultado, entre el hecho de incumplir una obligación y el hecho de tolerar la imposición de otras obligaciones o de recibir sanciones como consecuencia de ese incumplimiento, se pondrá de manifiesto que las normas relativas a la responsabilidad del Estado son, en cierto modo, normas complementarias respecto de otras normas sustantivas del derecho internacional, es decir, respecto de las normas de que derivan las obligaciones jurídicas que los Estados puedan infringir [83].

62. La jurisprudencia, la práctica y la doctrina más autorizada han reconocido ampliamente que el elemento objetivo que caracteriza a un hecho ilícito internacional está constituido por la violación de una obligación internacional impuesta al Estado. En la resolución ya citada sobre la competencia en el *Asunto relativo a la fábrica de Chorzów* [84], la Corte Permanente de Justicia Internacional utilizó a este respecto la expresión « violación de una obligación contraída ». Empleó idéntica expresión en su fallo posterior sobre el fondo del mismo asunto [85]. La Corte Internacional de Justicia ha mencionado explícitamente los términos empleados por la Corte Permanente en su opinión relativa a la *Reparación de los perjuicios sufridos al servicio de las Naciones*

(Continuación de la nota 82.)

der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten unter besonderer Berücksichtigung der Haager Kodifikationskonferenz, sowie der Praxis der Vereinigten Staaten und der Schweiz, Zurich, Polygraphischer, 1948, págs. 19 y 20; G. Morelli, *op. cit.*, pág. 184; P. Reuter, *La responsabilité internationale (op. cit.)*, pág. 87; T. Meron, *op. cit.*, pág. 87; A. P. Sereni, *op. cit.*, pág. 1506; J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, pág. 119.

En virtud de su concepción particular del Estado y de la persona jurídica en general, Kelsen se ha visto en el caso de sostener en principio (« Théorie . . . », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, pág. 88) que « la question de savoir si un acte accompli par un individu est un acte étatique, c'est-à-dire imputable à l'Etat, doit être examiné sur la base de l'ordre juridique national. » [La cuestión de saber si un acto realizado por un individuo es un acto estatal, es decir, imputable al Estado, debe ser examinada a base del orden jurídico nacional.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.) En el mismo sentido, véase, también de Kelsen, *Principles . . . (op. cit.)*, pág. 117. Cabe señalar que en la segunda edición de esta última obra (edición y revisión a cargo de Tucker) se encuentra en una nota (págs. 197 y 198, nota 13) la afirmación siguiente : « It remains true, however, that international law may, and does, also determine that certain acts are to be considered acts of state, and therefore to be imputed to the state, even though the acts in question cannot be imputed to the state on the basis of national law. » [Sin embargo, sigue siendo cierto que el derecho internacional también puede, y así lo hace, determinar que ciertos actos deben ser considerados como actos estatales y, por consiguiente, ser imputados al Estado, aun cuando tales actos no puedan ser imputados al Estado a base del derecho nacional.] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.) Sin embargo, es posible que tal afirmación sólo exprese el punto de vista del revisor.

[83] Esta idea ha sido expuesta claramente por diferentes miembros de la Comisión de Derecho Internacional (especialmente los Sres. Tammes y Eustathiades) al debatirse el primer informe sobre la responsabilidad de los Estados presentado por el actual Relator Especial en el 21.º período de sesiones de la Comisión. Se encuentra reflejada en el párrafo 80 del informe sobre la labor realizada por la Comisión en su 21.º período de sesiones (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, pág. 244, documento A/7610/Rev.1).

En la doctrina juridicointernacional moderna, un autor como Reuter [« Principes . . . », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, pág. 595] ha observado, precisamente a este respecto, que « un des traits dominants de la théorie de la responsabilité est son caractère *non autonome* » [uno de los rasgos dominantes de la teoría de la responsabilidad es su carácter *no autónomo*] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.) En este sentido, ha puesto de relieve la relación existente entre la obligación anterior y la nueva obligación originada por el nacimiento de la responsabilidad. Otro autor (Brownlie, *op. cit.*, págs. 353 y 354) ha puesto acertadamente de manifiesto el carácter complementario que adquieren las normas sobre la responsabilidad en relación con las normas primarias del derecho internacional:

> « Today one can regard responsibility as a general principle of international law, a concomitant of substantive rules and of the supposition that acts and ommissions may be categorized as illegal by reference to the rules establishing rights and duties. Shortly, the law of responsibility is concerned with the incidence and consequences of illegal acts . . . ». [Hoy puede considerarse que la responsabilidad es un principio general del derecho internacional, concomitante de las normas sustantivas y del supuesto de que los actos y omisiones pueden ser calificados de ilícitos con referencia a normas que instituyan derechos y deberes. En resumen, el derecho de la responsabilidad se ocupa de la repercusión y de las consecuencias de los actos ilícitos . . .] (Traducción de la Secretaría de las Naciones Unidas.)

Sobre la necesidad de evitar toda confusión entre la norma jurídica que establece la obligación cuya infracción se toma en consideración como hecho internacionalmento ilícito y la norma que atribuye una responsabilidad al hecho de la violación, véase R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, págs. 445 y ss.

[84] Affaire relative à l'usine de Chorzów (compétence), Arrêt N.º 8 du 26 juillet 1927 (*C.P.J.I.*, serie A, N.º 9, pág. 21).

[85] Affaire relative à l'usine de Chorzów (fond), Arrêt N.º 13 du 13 septembre 1928 (*C.P.J.I.*, serie A, N.º 17, pág. 29).

Unidas [86]. En su opinión sobre la *Interpretación de los tratados de paz ... (segunda fase)*, la Corte indicó que « la negativa a cumplir una obligación convencional » [87] puede dar lugar a la responsabilidad internacional. En la jurisprudencia arbitral, la definición que se ha convertido en clásica, y a la que se ha aludido reiteradamente [88], es la que dio la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos de América-México en el *Asunto de la Dickson Car Wheel Company*, en los términos siguientes :

Según el derecho internacional, independientemente de todo convenio, para que un Estado pueda incurrir en responsabilidad es necesario que se le impute un acto ilícito internacional, es decir, que haya *violación de una obligación impuesta por una norma jurídica internacional* [89].

63. En la práctica de los Estados, se utilizan corrientemente expresiones tales como « incumplimiento de obligaciones internacionales », « actos incompatibles con obligaciones internacionales », « violación de una obligación internacional », « violación de una obligación contraída », para indicar la esencia misma de un hecho internacionalmente ilícito, fuente de responsabilidad. Dichas expresiones aparecen con frecuencia en las respuestas enviadas por los distintos gobiernos, sobre todo en relación con el punto III de la solicitud de información que les dirigió el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (1930) [90]. El artículo 1, aprobado por unanimidad en primera lectura por la Tercera Comisión de la Conferencia comienza precisamente por las palabras : « Todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado » [91]. Se vuelve a encontrar la misma terminología en el artículo 1 del anteproyecto preparado en 1957 por el Sr. García Amador, Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, en el que se hablaba de « actos u omisiones [. . .] contrarios a las obligaciones internacionales del Estado » [92]. Asimismo, dicha expresión fue reproducida literalmente en el artículo 2 del anteproyecto revisado, elaborado en 1961 [93].

64. En los proyectos de codificación de la responsabilidad de los Estados, preparados por particulares o instituciones privadas, se comprueba también la misma concordancia. El artículo primero del proyecto de codificación preparado por la Asociación Japonesa de Derecho Internacional en 1926 afirma la responsabilidad del Estado por los actos y omisiones que constituyan « una violación de un deber internacional del Estado » [94]; el artículo 1 de la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en Lausana en 1927 se refiere a « toda acción u omisión » del Estado contraria a sus deberes internacionales [95]; el artículo primero del proyecto preparado en 1930 por la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht menciona la violación de una obligación de derecho internacional contraída por un Estado respecto de otro Estado [96], y el artículo primero del proyecto de tratado preparado en 1927 por el profesor Strupp se refiere a los actos del Estado responsable que contravengan a las obligaciones contraídas con el Estado damnificado [97]. En cuanto al lenguaje empleado por los autores más conocidos, la expresión « violación de una obligación internacional » [98] u otras equivalentes, tales como « transgresión de una obligación establecida por una norma internacional » [99], « incumplimiento de una obligación internacional » [100], « hecho o comportamiento opuesto a » o « contrario a una obligación internacional » [101], « violación de un deber » o de un « deber jurídico internacional » [102] son, con

[86] Réparation des dommages subis au service des Nations Unies. Avis consultatif du 11 avril 1949 (*C.I.J. Recueil 1949*, pág. 184).

[87] Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (deuxième phase), Avis consultatif du 18 juillet 1950 [Interpretación de los tratados de paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania (segunda fase), Opinión consultiva de 18 de julio de 1950] (*C.I.J. Recueil 1950*, pág. 228).

[88] Véase *supra*, párrs. 46 y 52.

[89] Affaire de la Dickson Car Wheel Company (julio 1931) : Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1951.V.1), pág. 678. [Subraya el Relator Especial.] Véase también el fallo pronunciado en el Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise [Asunto relativo a la adquisición de la nacionalidad polaca] (10 de julio de 1924) : *ibid.*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1948.V.2), pág. 425.

[90] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 25 y ss., 30 y ss., 33 y ss., y *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 2, 6 y ss.

[91] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

[92] *Ibid., 1957*, vol. II, pág. 139, documento A/CN.4/106, apéndice.

[93] *Ibid., 1961*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición.

[94] Proyecto de código de derecho internacional adoptado por la filial japonesa de la Asociación de Derecho Internacional y la Kokusaiho Gakkwai (Asociación Japonesa de Derecho Internacional) en 1926. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, pág. 147, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo II.

[95] *Ibid., 1956*, vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96, apéndice 8.

[96] *Ibid., 1969*, vol. II, pág. 156, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII.

[97] *Ibid.*, pág. 158, anexo IX.

[98] Véase J. G. Starke, *op. cit.*, pág. 106; H. Kelsen, *Principles ... (op. cit.)*, pág. 196; K. Furgler, *op. cit.*, pág. 16; G. Morelli, *op. cit.*, pág. 347; G. Schwarzenberger, *A Manual ... (op. cit.)*, págs. 162 y 163; B. Cheng, *op. cit.*, págs. 170 y 171; F. V. García Amador, « State Responsibility ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, pág. 376; A. Schüle, *op. cit.*, pág. 336; P. Reuter, « Principes ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, pág. 599; A. P. Sereni, *op. cit.*, págs. 1506 y 1512; C. F. Amerasinghe, *op. cit.*, págs. 37 y ss., 41 y ss.; E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 534. Véanse también los documentos de trabajo presentados en 1962-1963 a la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados, de la Comisión de Derecho Internacional, por los Sres. Tsuruoka y Ago (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963*, vol. II, págs. 288 y 293).

[99] Véase P. Guggenheim, *op. cit.*, pág. 1.

[100] Véase J. Basdevant, *op. cit.*, pág. 671; Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana (op. cit.)*, pág. 91; Ch. Rousseau, *op. cit.*, pág. 361; y el documento de trabajo presentado en 1962 por el Sr. Yasseen (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963*, vol. II, pág. 292).

[101] Véase R. Ago, « Le délit international », *Recueil de cours ... (op. cit.)*, págs. 441 y 445; J. L'Huillier, *op. cit.*, pág. 359; R. Monaco, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2.ª ed. rev. y aum., Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1960, pág. 359.

[102] Véase D. Anzilotti, *Teoria generale ... (op. cit.)*, pág. 111, y *Corso ... (op. cit.)*, págs. 385 y 386; C. C. Hyde, *op. cit.*, pág. 882; L. Oppenheim, *op. cit.*, pág. 337 [*Tratado ... (op. cit.)*, págs. 357 y 358]; G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico (op.*

(Continúa en la página siguiente.)

mucho, las que prevalecen para designar lo que se ha definido como el elemento objetivo del hecho ilícito internacional. Por otra parte, todas estas comprobaciones confirman lo oportuno de los términos elegidos a este respecto por la Comisión [103].

65. Conviene añadir una simple precisión para indicar que, en derecho internacional, cabe considerar la idea de violación de una obligación como enteramente equivalente a la de lesión del derecho subjetivo ajeno [104]. La Corte Permanente de Justicia Internacional, que emplea con más frecuencia la expresión « violación de una obligación internacional », ha mencionado un « acto [...] contrario a los derechos convencionales de otro Estado », en su fallo sobre el *Asunto de los fosfatos de Marruecos* [105]. La correlación entre obligación jurídica por una parte y derecho subjetivo por otra no tolera excepciones : es indudable que, en derecho internacional, a diferencia de la situación existente, según se afirma, en el derecho interno, no hay obligaciones a cargo de un sujeto, a las que no corresponda un derecho subjetivo internacional de otro u otros sujetos e, incluso, si se comparte una opinión ya mencionada en la sección anterior, de todos los demás sujetos del derecho de gentes. Es necesario tener en cuenta esta precisión para interpretar con exactitud la definición, propuesta en el presente trabajo, de las condiciones para la existencia de un hecho ilícito internacional.

66. A sugerencia del Relator Especial, la Comisión, al examinar el segundo informe en su 22.º período de sesiones, se preguntó si no debería admitirse una excepción al principio según el cual lo que caracteriza al hecho internacionalmente ilícito es el incumplimiento de una obligación internacional por el Estado al que ésta incumbe. Esta cuestión se basa en la idea de que, en determinadas hipótesis, el ejercicio abusivo de un derecho podría constituir un comportamiento internacionalmente ilícito y, por ende, dar lugar a responsabilidad internacional. En otras palabras, si fuera cierto, como algunos sostienen, que el derecho internacional, a semejanza de algunos derechos internos, conoce la teoría del abuso del derecho, ¿debería deducirse que, en ciertos casos, el elemento característico del delito internacional no estaría constituido por un comportamiento opuesto a una obligación jurídica sino, al contrario, por un comportamiento fundado en un derecho subjetivo?

67. En su segundo informe, el Relator Especial había recordado que, en lo que respecta a esta doctrina, la jurisprudencia internacional no se ha pronunciado nunca de forma verdaderamente terminante; no es difícil comprender las razones de esas vacilaciones, habida cuenta de los peligros que podría acarrear tanto la negación absoluta como la afirmación general del principio. La Corte Permanente de Justicia Internacional no ha hecho más que alusiones muy prudentes al principio, en definitiva para excluir su aplicación en el caso de que se trataba e indicar, de manera general, que no cabe presumir el abuso de derecho [106]. Por otra parte, la teoría del abuso de derecho ha sido puesta en tela de juicio expresamente en algunas opiniones disidentes conocidas [107]. En cuanto a la jurisprudencia más reciente, un comentario de Reuter parece resumir muy acertadamente el criterio en que se funda : « La jurisprudencia utiliza el concepto más bien como una advertencia en los casos en que no lo aplica, pero es posible que si lo aplicara no lo mencionase » [108]. La necesidad de transponer al derecho internacional la condena del abuso de derecho sólo ha sido claramente formulada por el magistrado Alvarez en algunas de sus opiniones disidentes [109]. En la doctrina, la idea de la aplicación de la teoría del abuso de derecho en el derecho internacional ha encontrado hasta ahora y sigue encon-

(Continuación de la nota 102.)

cit.), pág. 245; H. Accioly, *op. cit.*, pág. 276; A. Ulloa, *op. cit.*, pág. 251; G. Dahm, *op. cit.*, pág. 178; S. R. Patel, *A Textbook of International Law*, Londres, Asia Publishing House, 1964, pág. 103.

[103] Véase *supra*, párr. 51.

[104] La equivalencia, en derecho internacional, entre incumplimiento de un deber jurídico y violación de un derecho subjetivo ajeno ha sido puesta de relieve por D. Anzilotti [*Teoria generale ... (op. cit.)*, págs. 83, 91 y ss., y 121], G. Balladore Pallieri (« Gli effetti ... », *Rivista di Diritto Pubblico ... (op. cit.)*, pág. 66, y *Diritto internazionale pubblico (op. cit.)*, pág. 245), R. Ago [« Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, pág. 441], G. Morelli *(op. cit.*, pág. 347), y A. P. Sereni *(op. cit.*, pág. 1514).

[105] Affaire des phosphates du Maroc (exceptions préliminaires), 14 de junio de 1938 (*C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 74, pág. 28).

[106] Véase la sentencia sobre el Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond) [Asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (fondo)], de 25 de mayo de 1926 (*C.P.J.I.*, serie A, N.º 7, págs. 30, 37 y 38), y la sentencia relativa al Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex [Asunto de las zonas francas de la Alta Saboya y de la región de Gex], de 7 de junio de 1932 (*C.P.J.I.* serie A/B, N.º 46, pág. 167).

[107] Véase la opinión disidente del magistrado Anzilotti en el Affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (exception préliminaire) [Asunto de la Compañía de Electricidad de Sofía y de Bulgaria (excepción preliminar)], de 4 de abril de 1939 (*C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 77, pág. 98).

[108] Véase P. Reuter, « Principes ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, pág. 600. El autor considera como ejemplo de la primera hipótesis el laudo arbitral, de 16 de noviembre de 1957, relativo al Affaire du lac Lanoux [Asunto del Lago Lanoux] [para el texto, véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1963.V.3), págs. 285 y ss.] y como ejemplo de la segunda la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 12 de abril de 1960, sobre el Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal *c.* India) [fond] [Asunto del derecho de paso por territorio indio (Portugal contra la India) (fondo)] (*C.I.J. Recueil 1960*, págs. 36 y 37). Cabría añadir la mención hecha incidentalmente por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 18 de diciembre de 1951 sobre el Affaire des pêcheries (Royaume-Uni *c.* Norvège) [Asunto de las pesquerías (Reino Unido contra Noruega)] (*C.I.J. Recueil 1951*, pág. 142).

[109] Véase *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 48; *ibid.*, *1950*, pág. 15; *ibid.*, *1951*, pág. 149; *ibid.*, *1952*, págs. 128 y 133.

[110] Véase, sobre todo, N. Politis, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », *Recueil des cours ... 1925-I*, París, Hachette, 1926, t. 6, págs. 77 y ss.; S. Trifu, *La notion de l'abus de droit dans le droit international*, París, Domat-Montchrestien, 1940; van Bogaert, *Het Rechtsmisbruik in het Volkenrecht*, Amberes, 1948; van der Molen, *Misbruik van Recht in het Volkenrecht — Opstellen op het gebied van Recht, Staat en Maatschappij*, Amsterdam, 1949, págs. 266 y ss.; M. Sibert, *Traité de droit international public*, París, Dalloz, 1951, t. II, págs. 205 y 283; A.-Ch. Kiss, *L'abus de droit en droit international*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953 (principalmente págs. 179 y ss.); y F. V. García Amador, « State Responsibility ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 376 y ss., y quinto informe sobre la respon-

(Continúa en la página siguiente.)

trando hoy tantos partidarios convencidos [110] como denodados adversarios [111].

68. Sin embargo —el Relator Especial lo había hecho observar—, por lo que respecta al trabajo actual de la Comisión de Derecho Internacional, no hay ningún motivo que obligue a tomar partido acerca de esa teoría, de sus posibles justificaciones y de su fundamento, de las pretendidas ventajas que presentaría para el desarrollo y el progreso del derecho internacional o de los peligros que entrañaría para la seguridad de ese ordenamiento jurídico. El problema del abuso de derecho, en realidad, no tiene ninguna repercusión directa sobre la determinación de las premisas de la responsabilidad internacional. Se trata de una cuestión de fondo que afecta a la existencia o inexistencia de una norma « primaria » de derecho internacional : la norma que limitaría el ejercicio de los derechos o, según otros, de las competencias del Estado y prohibiría su ejercicio abusivo. Por lo tanto, es evidente que, si se reconociese que el derecho internacional vigente debe admitir una limitación y una prohibición de esa índole, el ejercicio abusivo de un derecho por un Estado constituiría necesariamente una violación de la obligación de no rebasar determinados límites en el ejercicio de ese derecho, de no ejercerlo con la única intención de perjudicar a otros o invadir indebidamente su esfera de competencia. Si en tal hipótesis se reconociese la existencia de un hecho ilícito internacional, el elemento constitutivo seguiría consistiendo en la violación de una obligación y no en el ejercicio de un derecho [112]. Así pues, la conclusión del Relator Especial era que la mención del incumplimiento de una obligación jurídica internacional en tanto que elemento objetivo de un hecho internacionalmente ilícito debería ser totalmente suficiente a efectos de la definición de principio de las condiciones para la existencia de un hecho de esa naturaleza. Esta mención incluiría sin duda también la hipótesis de una violación de la obligación aquí prevista, en el caso de que su existencia estuviese establecida : no habría, pues, ninguna necesidad de prever expresamente una pretendida excepción. A juicio del Relator Especial, por lo demás, era muy dudoso que hubiera que prever la inserción, en el conjunto del proyecto referente a la responsabilidad internacional de los Estados, de un artículo relativo a un problema que no afectaba específicamente a la responsabilidad [113].

69. La Comisión ha dedicado una atención especial al problema así planteado, y muchos de sus miembros señalaron su interés por la idea de abuso del derecho. La tendencia manifestada como consecuencia del debate —y que tuvo algún eco en el seno de la Sexta Comisión— fue la de concederse, en lo que respecta al fondo del problema, cierto tiempo de reflexión. Más tarde, cuando examine detalladamente los diferentes problemas que se plantean respecto del elemento objetivo de un hecho internacionalmente ilícito, la Comisión decidirá si hay lugar o no a reservar al abuso del derecho un lugar en el proyecto. Sin embargo, en lo que se refiere a la definición de principio de las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, la Comisión estuvo de acuerdo con el Relator Especial en reconocer que la mención del incumplimiento de una obligación era suficiente para incluir también la hipótesis en que la mentada obligación fuese precisamente la de no ejercer de una manera abusiva e irrazonable algunos de sus derechos propios.

70. En su segundo informe, el Relator Especial había recordado asimismo otro aspecto, respecto del cual también cabía preguntarse si era indispensable o no tenerlo en cuenta a la hora de definir las condiciones de existencia de un hecho ilícito internacional. Un hecho de esta naturaleza, recordó el Relator Especial, está constituido esencialmente por un comportamiento atribuido a un Estado y que constituye un incumplimiento de una obligación internacional de ese Estado. Sin embargo, pueden presentarse dos hipótesis diferentes. A veces el comportamiento como tal basta por sí solo para que quede incumplida una obligación internacional del Estado. El hecho de que los órganos legislativos de un Estado se nieguen a aprobar una ley que dicho Estado se había comprometido expresamente, por tratado, a adoptar; el hecho de que las fuerzas armadas de un país determinado ataquen el territorio de otro país con el que el primero mantiene relaciones pacíficas; el hecho de que un país ribereño niegue en tiempo de paz el paso inocente por sus aguas territoriales a los buques de otro país; el hecho de que un funcionario de aduanas registre la valija diplomática de un país extranjero; el hecho de que la policía penetre indebidamente en la sede de una embajada extranjera;

(Continuación de la nota 110.)
sabilidad de los Estados (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1960*, vol. II, págs. 56 y ss., documento A/CN.4/125, párrs. 66 y ss.).

111 Véase, entre otros muchos, M. Scerni, *L'abuso di diritto nei rapporti internazionali*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1930; A. Cavaglieri, *Corso di diritto internazionali*, 3.ª ed., Nápoles, 1934, pág. 508; H. J. Schlochauer, « Die Theorie des *abus de droit* im Volkerrecht », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, Kern's, 1933, vol. XVII, págs. 373 y ss.; y, entre los más recientes, G. Schwarzenberger, « Uses and Abuses of the ' Abuse of Rights ' in International Law », *The Grotius Society: Transactions for the Year 1956: Problems of Public and Private International Law*, Londres, The Grotius Society, 1957, vol. 42, págs. 47 y ss.; J.-D. Roulet, *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public*, Neuchâtel, Histoire et Société d'aujourd'hui, Baconnière, 1958; I. Brownlie, *op. cit.*, págs. 365 y ss. Para las posiciones limitadas y de carácter muy prudente, véase H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens, 1958, págs. 162 y ss.; y P. Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Recueil des cours ... 1949-I*, París, Sirey, 1950, t. 74, págs. 250 y ss.

112 Ya en su *Teoria generale ... (op. cit.)*, pág. 89, Anzilotti señaló que la responsabilidad no dimana de un exceso en el ejercicio del derecho, sino del hecho de obrar contra el derecho. Para el desarrollo de esta tesis, véase R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 433 y 444; B. Cheng, *op. cit.*, págs. 129 y ss.; E. Jimenéz de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 540.

113 En su anteproyecto revisado de 1961, el Sr. García Amador quiso introducir, en el párrafo 3 del artículo 2, una disposición en el sentido de que « La expresión " obligaciones internacionales del Estado " comprende, asimismo, la prohibición del " abuso de derecho ", entendiéndose como tal toda acción contraria a las normas del derecho internacional, convencional o general, que rigen el ejercicio de los derechos y competencias del Estado ». Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1961* vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición.

el hecho de que los órganos judiciales incurran en denegación de justicia a un extranjero : constituyen otros tantos ejemplos de esa hipótesis.

71. No obstante, también existen casos en que la situación es diferente. Si un bombardero, durante una misión de guerra, lanzara bombas sin tomar las precauciones necesarias para asegurarse de no causar daños a un hospital o a un monumento histórico, la obligación de respetar las instalaciones sanitarias y los bienes culturales del enemigo no se violaría sino en la medida en que resultaran alcanzados el hospital o el monumento en cuestión. Análogamente, para que se pueda acusar a un Estado de haber incumplido su deber de proteger eficazmente la sede de una embajada extranjera o de salvaguardar en época de disturbios la seguridad de los extranjeros en su territorio, no basta demostrar que ese Estado ha sido negligente al no proporcionar una vigilancia policial adecuada; es necesario que, además de esta negligencia, se produzca un acontecimiento perjudicial, como, por ejemplo, una manifestación hostil o un ataque de particulares a la sede de la Embajada o la muerte de nacionales extranjeros causada por una muchedumbre enfurecida. En tales hipótesis —que, como es evidente, son especialmente casos de negligencia de parte de los órganos del Estado— el comportamiento de este último no constituye violación de una obligación internacional, a menos que se agregue un elemento suplementario : es necesario que se produzca efectivamente un acontecimiento exterior, un acontecimiento que el Estado debería esforzarse por prevenir [114].

72. Habida cuenta del distingo trazado en los dos párrafos precedentes, el Relator Especial había indicado que sería necesario volver sobre él especialmente cuando se tratara de definir las reglas pertinentes para los diferentes casos de incumplimiento de una obligación internacional. Sin embargo, deseaba referirse brevemente al problema, sobre todo para formular a la Comisión la pregunta de si, en su opinión, este distingo debía mencionarse en la definición de principio de las condiciones de existencia del hecho internacionalmente ilícito. Durante el debate que tuvo lugar en el 22.º período de sesiones, varios miembros respondieron a esa pregunta afirmativamente. Otros, al contrario, prefirieron reservar por el momento su posición sobre el tema, aun reconociendo que ese aspecto debería ser profundizado posteriormente [115]. Considerando que es probable que haya que invocar el distingo de una manera específica al formular las reglas particulares que aparecerán en la continuación del proyecto, el Relator Especial estima que no hay inconveniente en no mencionarlo en el principio general que se trata de definir ahora. Bastará emplear una fórmula suficientemente amplia que abarque el conjunto de las diversas hipótesis. En estos criterios se ha inspirado el Relator Especial en la redacción del proyecto de artículo que figura al final de la presente sección.

73. Antes de concluir, hay que mencionar un último punto. En su segundo informe, el Relator Especial había recordado que junto a los dos elementos, subjetivo y objetivo, ya descritos, también se habla a veces de la existencia de otro elemento constitutivo de un hecho internacionalmente ilícito, y que por lo general se denomina a este supuesto tercer elemento « daño » [116]. El Relator Especial también había demostrado, sin embargo, que tales afirmaciones no estaban exentas de equívoco. En algunos casos, quienes sostienen la necesidad de que exista un daño piensan más bien en la necesidad de que se produzca el acontecimiento exterior que, como se recordaba en los párrafos anteriores, debe unirse a veces al comportamiento propiamente dicho del Estado para que este comportamiento constituya un incumplimiento de una obligación internacional. Cabe en efecto que, cuando la obligación en cuestión es uno de los deberes del Estado, tan frecuentes en derecho internacional, de protección y salvaguardia de ciertas personas o de ciertos bienes, tal acontecimiento consista en una acción perjudicial para determinadas personas realizada por terceros. No obstante, cuando ciertos autores hablan de un « daño », con frecuencia no piensan en un perjuicio causado al Estado en el plano internacional, sino más bien en un daño causado a un particular en el plano interno [117]. La importancia que se atribuye al elemento del daño se debe a que no se han tomado en cuenta sino los casos de responsabilidad del Estado por daños causados a particulares extranjeros, y a que se ha confundido el examen de las reglas sobre la responsabilidad y el examen de las normas de fondo sobre trato de los extranjeros. La esencia misma de las obligaciones del Estado en materia de condición de los extranjeros impone, en efecto, que no se les cause ni se les deje sufrir daños indebidamente. Es evidente que, si la obligación misma se define así, no cabe ninguna violación de ella cuando, concretamente, el particular extranjero no haya sufrido ningún daño. Pero es obvio que el daño causado a un particular, que la obligación internacional pretende precisamente evitar, no tiene nada que ver con el daño que, en el plano propiamente internacional, debe concurrir con la violación de la obligación para que exista un hecho internacionalmente ilícito. Este daño sólo puede ser un daño sufrido por el Estado.

74. La mayoría de los miembros de la Comisión estuvo de acuerdo con el Relator Especial en las consideraciones precedentes y reconoció, especialmente, que el elemento económico del daño, al que algunos autores se referían, no era inherente a la definición de un hecho internacionalmente ilícito en tanto que fuente de responsabilidad, aunque podría formar parte de la regla

[114] A juicio del Relator Especial, en derecho internacional también se pueden distinguir, al igual que en derecho interno, los hechos ilícitos de comportamiento y los hechos ilícitos de acontecimiento. Véase R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, págs. 447 y ss.; G. Morelli, *op. cit.*, pág. 349.

[115] Especialmente Sir Humphrey Waldock (véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970*, vol. I, pág. 191, 1076.ª sesión, párrs. 29 y ss.).

[116] Véase en especial A. V. Freeman, *op. cit.*, pág. 22; A. Ross, *op. cit.*, págs. 242 y 255; K. Furgler, *op. cit.*, pág. 16; P. Guggenheim, *Traité . . . (op. cit.)*, pág. 1; A. Schüle, *op. cit.*, pág. 336; E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 534.

[117] Eso está claro, por ejemplo, en la obra de Amerasinghe, *op. cit.*, pág. 55.

que impone a los Estados la obligación de no causar a los extranjeros determinados daños. Por otra parte, en lo que concierne a la determinación de las condiciones indispensables para la existencia de un hecho ilícito internacional, la Comisión reconoció también que un perjuicio (« injury »), ya fuera material o moral, era necesariamente inherente a toda lesión de un derecho subjetivo internacional de un Estado [118]. La noción de incumplimiento de una obligación jurídica internacional para con otro Estado le pareció, pues, suficiente a la Comisión para cubrir este aspecto, sin que fuera necesario agregar un elemento más. El daño económico que, en su caso, sufriera el Estado lesionado con sus propios derechos podría ser tomado en consideración, entre otras cosas, a los fines de fijar la cuantía de la reparación, pero no era una condición indispensable para determinar que se había cometido un hecho internacionalmente ilícito. La discusión confirmó, pues, la convicción del Relator Especial de que no hay razones para tener en cuenta el elemento llamado « daño » en la definición de principio de las condiciones de existencia de un hecho ilícito internacional.

75. Teniendo en cuenta los argumentos y comentarios precedentes, parece que se puede proponer a la Comisión que redacte el artículo que contendrá la definición de las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito en los siguientes términos :

Artículo 2. — Condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito

Existe un hecho internacionalmente ilícito cuando:

***a*) Un comportamiento consistente en una acción o una omisión se atribuye al Estado en virtud del derecho internacional; y**

***b*) Ese comportamiento constituye un incumplimiento de una obligación internacional del Estado.**

3. Sujetos capaces de realizar hechos internacionalmente ilícitos

76. La sección III del capítulo primero del segundo informe se titulaba « Capacidad para realizar hechos ilícitos internacionales ». Ese título correspondía a un uso corriente. En efecto, numerosos autores están de acuerdo en reconocer que todo Estado que es sujeto de derecho internacional tiene, en principio, lo que ellos llaman « capacidad internacional para delinquir » o « capacidad para realizar hechos ilícitos internacionales ». No es posible imaginar un Estado dotado de personalidad internacional que no sea titular de obligaciones internacionales y, si es titular de tales obligaciones, normalmente debe ser capaz tanto de infringirlas como de cumplirlas.

77. Sin embargo, el Relator Especial deseaba señalar a la atención de la Comisión, desde un comienzo, la necesidad de velar por que el empleo de la palabra « capacidad » no indujera a error, ya que, desde el momento en que se utiliza ese término, se corre el riesgo de establecer un paralelo entre el principio, por una parte, de que en derecho internacional todo Estado tiene capacidad para realizar hechos ilícitos y, por otra, la norma enunciada en el artículo 6 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en el sentido de que « todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados » [119]. En realidad, la capacidad para concertar tratados y la capacidad para realizar hechos internacionalmente ilícitos son dos conceptos totalmente distintos. La capacidad para celebrar tratados, equivalente internacional de la capacidad contractual, es el aspecto más destacado de esta situación jurídica subjetiva que, para seguir utilizando una terminología familiar en derecho interno, puede definirse como la « capacidad » no indujera en error, ya que, desde el cional, es decir, la facultad jurídica reconocida al Estado de realizar « actos jurídicos », de producir un efecto jurídico mediante una manifestación de voluntad.

78. En cambio, la denominada « capacidad para delinquir » no designa evidentemente ni una facultad jurídica ni otra situación jurídica subjetiva, e incluso, si se recapacita, es fácil advertir que es absurda la idea de que el ordenamiento jurídico confiere a sus sujetos una « capacidad », en el sentido propio de la palabra, para conducirse en oposición a sus propias obligaciones jurídicas. No es posible, por tanto, suscribir la tesis, a la que tanto apego tiene al parecer la doctrina alemana, de que la capacidad para delinquir (« Deliktsfähigkeit ») es una subcategoría de la « capacidad de obrar » (« Handlungsfähigkeit ») [120]. Las expresiones « capacidad para delinquir » o « capacidad para realizar hechos ilícitos » no pueden ser sino fórmulas cómodas para indicar que un sujeto puede, de hecho, comportarse de forma contraria a una obligación internacional que le incumbe, reuniendo así las condiciones necesarias para que se le considere autor de un hecho internacionalmente ilícito [121].

---

[118] D. Anzilotti [*Teoria generale ... (op. cit.)*, pág. 89, y sobre todo *Corso ... (op. cit.)*, pág. 425] indica que *la responsabilidad internacional se origina por la sola violación del derecho de otro Estado y que toda violación de un derecho es un daño* [subraya el Relator Especial]. El autor subraya la importancia que en derecho internacional revisten el honor y la dignidad de los Estados, que a menudo prevalecen sobre los intereses económicos, de suerte que en derecho internacional el daño se confunde con la violación de la obligación. En la doctrina más reciente, véase, en el mismo sentido: G. Schwarzenberger, *A Manual ... (op. cit.)*, pág. 164; A. P. Sereni, *op. cit.*, págs. 1522 y 1523. Incluso Jiménez de Aréchaga (*op. cit.*, pág. 534) recuerda que « en las relaciones interestatales, el concepto de daño no tiene sin embargo un carácter esencialmente material o patrimonial ».

[119] Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : S.70.V.5), pág. 314.

[120] Véase K. Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch ... (op. cit.)*, págs. 21 y 22; F. Klein, *op. cit.*, págs. 34 y 35; A. Schüle, *op. cit.*, pág. 330; I. von Münch, *opi cit.*, pág. 130.

[121] Es lo que ciertos autores llaman « sujeto activo » del hecho ilícito (véase Monaco, *op. cit.*, pág. 362; y Vitta, « Responsabilità degli Stati », *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1968, vol. XV, pág. 733) o de la responsabilidad (véase el primer informe de García Amador sobre la responsabilidad del Estado, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1965*, vol. II, págs. 182 y ss., documento A/CN.4/96, cap. IV), y lo que los autores soviéticos denominan « sujeto de un delito internacional » (Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, pág. 426).

79. Sobre la base de estas precisiones, la Comisión reconoció, durante la discusión del segundo informe, el fundamento real del principio que tratan de expresar con su fórmula los autores mencionados. Ese principio debe figurar en el proyecto, en una forma o en otra, porque sería peligroso considerar que la idea que implica es evidente. Un Estado formado muy recientemente, por no dar sino un ejemplo, podría verse seducido por la idea de invocar para determinados fines lo nuevo o lo insuficiente de su estructura. Podría pretender, por esa razón, no estar en condiciones de cumplir sus obligaciones internacionales o al menos algunas de ellas y, por consiguiente, que no pudiera considerarse que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito al incumplir sus obligaciones. Por supuesto, una posición de ese género sería indefendible. No hay paralelismo posible entre la condición, en derecho internacional, de un Estado recientemente formado y la de un menor o, en general, una persona que carece de capacidad delictiva, en derecho interno. Los Estados son adultos desde el momento en que alcanzan una existencia independiente y soberana e ingresan como miembros plenos en la comunidad internacional. El anverso de la soberanía es la posibilidad de hacer valer sus derechos, mientras que el reverso es el deber de cumplir sus obligaciones [122]. El principio en virtud del cual ningún Estado puede sustraerse a la posibilidad de ser considerado autor de un hecho internacionalmente ilícito si, por su comportamiento, incumple una obligación internacional, debe ser afirmado claramente respecto de todos los miembros de la comunidad internacional.

80. Algunos miembros de la Comisión, aún admitiendo el fondo del principio, expresaron dudas sobre la oportunidad de emplear el término « capacidad » como descripción de la aptitud material de un Estado para realizar un hecho ilícito. Las razones que hicieron valer se parecían a las que indicó el propio Relator Especial para subrayar la distinción clara entre la acepción de la palabra « capacidad » en materia de ilicitud y las que tiene en otras esferas del derecho. Al término del debate sobre este punto, en el 22.º período de sesiones, el Relator Especial se comprometió a buscar otras posibles expresiones que reflejaran el mismo principio sin prestarse a equívocos.

81. La primera solución que cabe imaginar sería reemplazar simplemente la palabra « capacidad », que tiene un carácter jurídico definido, por un término que indicara directamente una aptitud o posibilidad material. Sin embargo, reflexionando más sobre el problema, el Relator Especial se ha convencido de que el verdadero sentido del principio cuya definición se busca quizá podría quedar más claro para todos si, en materia de ilicitud, se pusiera de manifiesto una situación pasiva del Estado en lugar de una situación activa. Parece preferible, en otras palabras, decir que el Estado es susceptible de ser considerado autor de un hecho internacionalmente ilícito en lugar de describirlo como « capaz » de realizar un hecho de esta naturaleza, o como poseedor de la « aptitud » para realizarlo [123]. Lo que se trata de expresar aquí es ante todo la idea de que todos los Estados están en situación de igualdad con los demás en cuanto hace a la posibilidad de que se califique de internacionalmente ilícito su comportamiento, y de que ningún Estado puede pretender escapar a que sus propias acciones u omisiones aparezcan como acciones u omisiones censurables frente al derecho internacional si las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito concurren en ellas.

82. En su 22.º período de sesiones, la Comisión sólo pudo examinar sumariamente la cuestión de las posibles limitaciones con que el principio — definido por algunos tratadistas como el de la « capacidad para delinquir » de todos los Estados — podría tropezar en determinadas hipótesis. Al estudiar esas distintas hipótesis, el Relator Especial indicó ante todo en su segundo informe que no creía necesario ocuparse, desde ese ángulo, de la situación de un Estado miembro de una unión federal. Los casos en que los Estados miembros de una federación siguen teniendo cierta personalidad internacional —por el hecho de haber conservado, aunque sea en forma muy restringida, la capacidad de concertar determinados acuerdos con Estados ajenos a la federación— son cada vez más raros. Por otra parte, no es totalmente seguro que en el caso de que el Estado miembro de una federación incumpla, por acción u omisión, una obligación internacional directamente asumida por él, tal hecho no sea atribuido en el plano internacional al propio Estado federal y no al Estado miembro. Por consiguiente, el Relator Especial sigue opinando que no es conveniente tener en cuenta al respecto esas hipótesis marginales; y ello tanto más cuanto que en la Conferencia de Viena sobre el derecho de los tratados se puso de manifiesto la firmeza con que los Estados federales se oponían en general a toda alusión a una personalidad internacional distinta de los Estados miembros [124].

---

[122] Véanse al respecto los comentarios del Sr. Thiam en el 22.º período de sesiones de la Comisión (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970*, vol. I, págs. 215 y 216, 1079.ª sesión, párrs. 36 a 38).

[123] Si se elige seguir un camino como el propuesto aquí, solamente es necesario poner atención en no confundir la designación de un sujeto como autor de un hecho ilícito y la designación de este sujeto como « responsable » del hecho en cuestión. Considerar a un sujeto como autor de un hecho internacionalmente ilícito y hacerle afrontar una responsabilidad como consecuencia de ese hecho son dos operaciones lógicamente distintas y consecutivas. Además, no siempre ni necesariamente debe seguir una a la otra. Pueden darse hipótesis — ya ha habido ocasión de mencionarlas y habrá que volver sobre ellas más adelante — en las que, debido a la situación en que se encuentra un Estado respecto de otro Estado, el segundo responde en lugar del primero por un hecho ilícito internacional realizado por éste. En los casos de este género, el primer Estado es considerado autor del hecho internacionalmente ilícito, aunque sea la responsabilidad de otro Estado la que se compromete con motivo de ese hecho.

Las confusiones respecto al punto que aquí se trata son bastante frecuentes. Anzilotti [*La responsabilité internationale ... (op. cit.)*, pág. 180] da un ejemplo de ello cuando traduce el término alemán « Deliktsfähigkeit » (capacidad para cometer un delito) por la expresión « capacidad para responder de actos antijurídicos ». Strupp parece incurrir en la misma confusión [« Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch ... (op. cit.)*, págs. 21 y 22], como también Dahm (*op. cit.*, pág. 179).

[124] La Comisión de Derecho Internacional propuso que se incluyera en el artículo 5 (Capacidad de los Estados para celebrar

(Continúa en la página siguiente.)

83. En cambio, el Relator Especial consideró que debía señalar a la atención de la Comisión la situación que podría producirse cuando en el territorio de un Estado determinado actúan otro u otros sujetos de derecho internacional, en lugar de tal Estado [125]. Ese otro sujeto o esos otros sujetos de que se trate confían a veces determinadas actividades, normalmente realizadas por órganos del Estado territorial y en el marco de su sistema jurídico, a elementos de su propia organización. Y ello para alcanzar sus fines propios o, a veces, por la necesidad de llenar los vacíos que se hayan producido en la organización del Estado territorial. Los órganos del Estado territorial por cuyo conducto éste cumple normalmente sus obligaciones internacionales no pueden entonces cumplir algunas de sus funciones [126]. En otras palabras, el Estado territorial se ve privado de una parte de su organización, de una parte que anteriormente le proporcionaba la posibilidad material tanto de cumplir como de infringir algunas de sus obligaciones internacionales. Así pues, no puede ni siquiera realizar un hecho internacionalmente ilícito en la esfera relacionada con esa privación; y ya no puede atribuírsele el incumplimiento de una obligación internacional, si se produce alguna; debe ser atribuida al otro sujeto o los otros sujetos que han puesto sus propios órganos en lugar de los del Estado territorial [127]. Es comprensible, pues, que ante tales hipótesis, los que aceptan el concepto de una « capacidad internacional de delinquir » de los Estados tengan que reconocer que ésta puede estar sometida a restricciones. Refiriéndose a este reconocimiento, el Relator Especial creyó que debía evocar en el segundo informe, al mismo tiempo que la cuestión del significado de esa pretendida « capacidad », la de sus posibles limitaciones. Con ello pretendía simplemente subrayar la necesidad de no dejar dudas en cuanto a la determinación del autor de un hecho ilícito internacional en una situación como la que acaba de describirse. En efecto, hay que abstenerse de atribuir un hecho ilícito internacional a un Estado cuyos órganos no han podido realizar, en el caso de que se trate, ningún hecho [128], y de otorgar al propio tiempo una especie de impunidad al Estado cuyos órganos han realizado efectivamente el hecho de que se trate.

84. No obstante, la exigencia que se acaba de mencionar no entraña probablemente la necesidad de introducir una disposición especial en la propia definición del principio general al que se refiere la presente sección. Y ello especialmente si se opta de hecho por dejar a un lado la fórmula que reconoce a todo Estado la « capacidad de realizar hechos ilícitos internacionales » y se acepta la idea de reemplazarla por un texto en que se describa a cada Estado como capaz de ser considerado autor de un hecho internacionalmente ilícito. Una vez que se tome como base una definición de esa índole, es evidente que no podría considerarse a un Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito cuando, en el caso de que se trate, no se cumplan las condiciones de existencia de tal hecho. Ahora bien, en hipótesis como aquellas en que una parte de la organización del Estado ha sido reemplazada por órganos de otro Estado, falta precisamente una condición esencial, a saber : que el comportamiento que determine el incumplimiento de una obligación internacional pueda atribuirse al Estado que haya sufrido la citada privación. Así pues, la adopción de un nuevo texto parece tener también la ventaja de evitar que el tenor del artículo evoque la cuestión

(Continuación de la nota 124.)

tratados) de su proyecto un párrafo 2 en el que se estipulaba que « Los Estados miembros de una unión federal podrán tener capacidad para celebrar tratados si esa capacidad está admitida por la constitución federal y dentro de los límites indicados en ésta. » (Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966*, vol. II, pág. 210.) Después de un prolongado debate, la Comisión plenaria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados aprobó esa disposición en 1968. Pero en 1969, en la Conferencia, ciertos Estados federales prosiguieron con nuevo ímpetu su ofensiva contra ese párrafo que finalmente fue rechazado y no figura, por lo tanto, en el artículo 6 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (véase la nota 119 *supra*).

[125] El otro sujeto o los otros sujetos en cuestión pueden también ser Estados. Pero puede tratarse asimismo de sujetos de otra naturaleza : un movimiento insurreccional, por ejemplo, e incluso, en caso extremo, una organización internacional.

[126] Esa situación puede producirse cuando subsisten algunas de las relaciones jurídicas de dependencia que a menudo han dado a la doctrina ejemplos clásicos de la situación que aquí se expone y que afortunadamente se encuentran hoy en vías de desaparición [véase R. Ago, « La responsibilitá indiretta nel diritto internazionale », *Archivio di diritto pubblico*, enero-abril 1936-XIV, Padua, CEDAM, 1936, vol. 1, fasc. 1, págs. 27 y ss.; « Le délit international », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, págs. 455 y ss.]. Esa situación puede presentarse sobre todo en otros casos, especialmente el de una ocupación militar, sea en tiempo de guerra o de paz, sea parcial o total, temporal o permanente; en una palabra, cualquiera que sea el título, la razón y el carácter de tal ocupación. Tampoco hay motivo para distinguir, a los efectos que aquí interesan, si el derecho internacional califica esa ocupación de legítima o ilegítima. Incluso aparte la hipótesis de una ocupación militar, hay otras situaciones en que algunos elementos de la organización de un Estado o un organismo internacional actúan en el territorio de otro Estado y reemplazan la acción de la organización de éste. Los órganos cuya actividad es reemplazada de ese modo son unas veces judiciales, otras administrativos, especialmente la policía, etc.

[127] Se trata en ese caso de una responsabilidad directa por un hecho propio. No debe confundirse esta hipótesis con aquella en que un Estado puede enfrentarse con una responsabilidad indirecta, es decir, derivada de un hecho ajeno y no de uno propio. Casi huelga agregar que, puesto que los órganos de un Estado actúan en este aspecto en lugar de los de otro Estado y en el marco del sistema jurídico de éste, tienen que respetar en su acción las obligaciones internacionales que incumben a los órganos del Estado territorial que reemplazan.

[128] En la hipótesis que aquí se prevé, el que el Estado no pueda ser el autor de un hecho internacionalmente ilícito en una esfera determinada es consecuencia de una restricción aparecida en un momento dado en una organización anteriormente completa. La misma imposibilidad puede ser también consecuencia de una estructura que, por su propia índole, es esencialmente parcial. Ello ocurre con algunos sujetos de derecho internacional distintos de los Estados, aun cuando en los proyectos de codificación del derecho internacional se los suele asimilar a los Estados. Por ejemplo, los movimientos insurreccionales no son Estados propiamente dichos; no lo son siquiera cuando han afirmado su autoridad sobre un territorio determinado y su personalidad internacional ya no es objeto de dudas. Ahora bien, cabe preguntarse precisamente si, en una esfera determinada, puede o no considerarse a un movimiento insurreccional autor de un acto internacionalmente ilícito, fuente de responsabilidad internacional para el propio movimiento. Parece evidente que sólo se podrá responder afirmativamente a esa cuestión cuando la esfera a que se refiera es una de aquellas en que un sujeto de esa índole, por su propia estructura, puede ser él mismo titular de obligaciones internacionales. Cuando no se cumple esa condición esencial el sujeto en cuestión queda evidentemente privado de la posibilidad material tanto de cumplir una obligación internacional como de quebrantarla.

de las limitaciones de la pretendida « capacidad de delinquir ». Bastará con tratar esa cuestión en el comentario al artículo.

85. Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, proponemos para el enunciado del principio general de que se trata el texto siguiente :

Artículo 3. — Sujetos capaces de realizar hechos internacionalmente ilícitos

Todo Estado podrá ser considerado autor de un hecho internacionalmente ilícito.

4. No pertinencia del derecho interno para calificar un hecho de internacionalmente ilícito

86. La independencia de calificar de ilícito un hecho dado en el plano del derecho internacional en relación con toda calificación conforme o no al derecho interno del Estado se erige evidentemente en principio general en materia de responsabilidad internacional.

87. En efecto, esa independencia se pone de manifiesto desde diversos puntos de vista. Ya se ha podido demostrar [129] que la atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de una acción u omisión determinada sólo puede hacerse en virtud del derecho internacional. En la misma ocasión se subrayó que esa atribución era totalmente distinta de la atribución de un hecho al Estado en calidad de sujeto de derecho interno, efectuada sobre la base de ese mismo derecho. También se indicó brevemente — entretanto se volvía a tratar la cuestión más concretamente en el capítulo II — que el derecho internacional tenía en cuenta, como premisa de hecho para que la atribución se hiciera en su propio marco, algunas situaciones que existían en el derecho interno. Pero se precisó de inmediato que ello no menoscababa estrictamente en nada la plena autonomía de la operación jurídica de atribuir un hecho al Estado en virtud del derecho internacional. En otras palabras, la existencia de un « hecho del Estado » en el plano internacional no está condicionada en absoluto por la existencia de un « hecho del Estado » en el plano interno.

88. Pero la falta de pertinencia para el derecho internacional de las conclusiones a que se puede llegar sobre la base del derecho interno se manifiesta también especialmente en otros aspectos. Sobre todo en relación con estos aspectos es necesario subrayar la independencia mutua del derecho internacional y el derecho interno en cuanto a las conclusiones de los dos sistemas acerca de la calificación de un mismo hecho o una misma situación. El carácter ilícito de un comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional sólo puede deducirse por referencia a una obligación jurídica internacional que incumba a ese Estado; la conclusión a este respecto no está influida en absoluto por el hecho de que, en el marco del derecho interno, el comportamiento de que se trate pueda aparecer también como incumplimiento de una obligación o, por el contrario, como un comportamiento perfectamente ilícito, e incluso, como el cumplimiento de un deber : ahí reside el principio que es preciso subrayar especialmente en la presente sección.

89. No cabe afirmar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito mientras no haya violación de una obligación internacional, sino únicamente incumplimiento por el Estado de una obligación establecida por su propio sistema jurídico; existe a ese respecto una proposición cuyo fundamento no parece requerir una larga demostración. El principio que en ella se enuncia constituye la base de la jurisprudencia y la práctica internacionales y ha sido afirmado expresamente muchas veces.

90. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la enunciación más clara de ese principio se encuentra en la opinión consultiva de 4 de febrero de 1932 de la Corte Permanente de Justicia Internacional relativa al « Tratamiento de los nacionales polacos y otras personas de origen o lengua polacos en el territorio de Dantzig » [130]. La cuestión sometida a la Corte era saber si el Gobierno polaco tenía o no derecho a someter a los órganos de la Sociedad de las Naciones cuestiones relativas a la aplicación a nacionales polacos de determinadas disposiciones de la Constitución de la Ciudad Libre de Dantzig. En su opinión, la Corte quiso ante todo precisar que el carácter particular de la Constitución de Dantzig sólo se refería a las relaciones entre la Ciudad Libre y la Sociedad de las Naciones y que, con respecto a Polonia, la Constitución de Dantzig era y seguía siendo la Constitución de un Estado extranjero. Así pues, la Corte negaba al Gobierno polaco el derecho que invocaba, porque :

> [. . .] según los principios generalmente admitidos, un Estado no puede, con respecto a otro Estado, valerse de las disposiciones constitucionales de éste, sino únicamente del derecho internacional [. . .].
>
> No obstante, la aplicación de la Constitución de la Ciudad Libre puede traer como consecuencia el incumplimiento de una obligación internacional de Dantzig para con Polonia, derivada de las estipulaciones convencionales o del derecho internacional común [. . .] Con todo, en un caso de esa índole no es la Constitución, como tal, sino la obligación internacional la que da origen a la responsabilidad de la Ciudad Libre.

91. Por lo que se refiere a la práctica de los Estados, evidentemente no es necesario citar aquí los muchos casos en que los Estados, acusados sin razón de tener una responsabilidad internacional por lo que de hecho sólo era inobservancia de una disposición de derecho interno, han impugnado válidamente con ese argumento las pretensiones indebidas de que eran objeto. En un plano más general, cabe recordar que en la solicitud de información sometida a los Estados por el Comité Preparatorio de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) se distinguía en primer lugar entre la responsabilidad internacional de

[129] Véase *supra*, párr. 60.

[130] *C.P.I.J.*, serie A/B, N.º 44. A este respecto, cabe recordar también la opinión expresada por la Corte en su fallo de 7 de septiembre de 1927 en el Affaire du *Lotus* [Asunto del *Lotus*] (*C.P.I.J.*, serie A, N.º 10, pág. 24).

un Estado, derivada del incumplimiento de una obligación internacional, y la responsabilidad puramente interna causada por la violación de una obligación establecida por la constitución o las leyes de ese Estado. Los gobiernos que respondieron a la solicitud de información se declararon de acuerdo al respecto [131]. En la Conferencia de La Haya, el artículo 1 del proyecto de convención sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado por unanimidad en primera lectura, confirmó implícitamente la misma conclusión [132]. No creemos necesario apoyar las conclusiones que dimanan a este respecto de la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados citando la opinión de tratadistas de derecho internacional. Basta con indicar que el principio de que se trata está admitido en general y, de hecho, no es impugnado [133].

92. Sin embargo, la importancia esencial del principio que se refiere a este aspecto de las relaciones entre el derecho internacional y el interno se revela en la proposición inversa a la enunciada en el párrafo 89 *supra* : no basta con que un comportamiento determinado esté accorde con las disposiciones del derecho internacional, ni tampoco con que lo prescriban expresamente esas disposiciones, para que pueda negarse su carácter internacionalmente ilícito, cuando constituya incumplimiento de una obligación establecida por el derecho internacional. Como se ha señalado claramente :

El principio según el cual un Estado no puede hacer valer las disposiciones (ni las lagunas) de su Constitución, para faltar a sus obligaciones internacionales [. . .] es realmente uno de los principios más importantes del derecho internacional, en que se inspira todo el sistema y que se aplica a todas sus ramas [. . .] [134].

La jurisprudencia, la práctica de los Estados y las obras de los internacionalistas no dejan la menor duda al respecto.

93. Se ha indicado incluso que la Corte Permanente de Justicia Internacional « afirmó esa norma e hizo de ella una de las piedras angulares de su jurisprudencia » [135]. La Corte lo reconoció expresamente en su primer fallo, de 28 de junio de 1923, relativo al *Asunto del vapor « Wimbledon »*. El Gobierno alemán trataba de justificar haber prohibido al *Wimbledon* — en contravención de las disposiciones del artículo 380 del Tratado de Paz de Versalles [136] — el paso por el canal de Kiel durante la guerra entre la Unión Soviética y Polonia, esgrimiendo, entre otros, el argumento de que el paso del buque por el canal habría representado una infracción de las ordenanzas alemanas en materia de neutralidad. La Corte rechazó tal argumento, indicando que :

[. . .] una ordenanza de neutralidad, acto unilateral de un Estado, no podía prevalecer sobre las disposiciones del Tratado de Paz.

[. . .] en virtud del artículo 380 del Tratado de Versalles, [Alemania] tenía la obligación formal de acceder a ello [al paso del *Wimbledon* por el Canal]. A los compromisos que había asumido en virtud de ese artículo no podía oponer sus ordenanzas de neutralidad [137].

El principio así enunciado fue reafirmado posteriormente varias veces por la Corte. Entre las formulaciones más claras, cabe recordar las siguientes :

[. . .] un principio generalmente reconocido en el derecho de gentes es que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado [138];

[. . .] es evidente que Francia no podría valerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales [139];

[. . .] un Estado no podrá invocar con respecto a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impongan el derecho internacional o los tratados en vigor [140].

Aunque desde un ángulo distinto, se reafirma el mismo principio en las opiniones consultativas de 21 de febrero

---

[131] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion . . . (op. cit.)*, págs. 16 y ss.; y *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 2, 4 y ss. El principio en cuestión estaba claramente enunciado en la respuesta del Gobierno alemán. Tras subrayar la distinción entre las obligaciones que incumbían al Estado en virtud del derecho internacional y las obligaciones con arreglo a su propia legislación, el Gobierno alemán agregaba lo siguiente :

« La responsabilidad internacional, la única de que se trata en este caso, sólo puede existir cuando se viola una norma de derecho internacional. Si no se cumple esa condición, el resultado es que al violarse una ley en detrimento de un nacional de otro Estado, no puede nunca presentarse una demanda formulada con arreglo a la legislación interna. » [Sociedad de las Naciones, pues únicamente la persona lesionada podrá presentar demandas con arreglo a la legislación interna. » [Sociedad de las Naciones *Bases de discussion . . . (op. cit.)*, pág. 16.]

[132] El texto del artículo se reproduce en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

[133] Una enunciación sumamente clara del principio figura en el comentario al artículo 167 de la *Restatement of the Law* del American Law Institute (American Law Institute, *op. cit.*, pág. 509) : « [. . .] just as compliance with state law does not preclude violation of international law, [. . .] violation of state law does not necessarily involve violation of international law [. . .] ». [igual que la observancia del derecho interno no excluye necesariamente la violación del derecho internacional, [. . .] la violación del derecho interno no implica necesariamente la del derecho internacional].

[134] « The principle that a State cannot plead the provisions (or deficiencies) of its constitution as a ground for the non-observance of its international obligations [. . .] is indeed one of the great principles of international law, informing the whole system and applying to every branch of it ». (G. Fitzmaurice, « The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law », *Recueil des cours . . ., 1957-II*, Leiden, Sijthoff, 1958, t. 92, pág. 85.)

[135] Véase G. Schwarzenberger, *International Law (op. cit.)*, pág. 69.

[136] Véase G. F. de Martens, *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Weicher, 1923, 3.ª serie, t. XI, pág. 636 [*Tratado de paz entre las potencias aliadas y asociadas y Alemania firmado el día 28 de junio de 1919 en Versalles*. Primera edición española bajo la dirección de Enrique Díaz Retg, Barcelona, A.L.S.A., 1919, pág. 303].

[137] Affaire du vapeur *Wimbledon* [Asunto del vapor *Wimbledon*] (*C.P.J.I.*, serie A, N.º 1, págs. 29 y 30).

[138] Question des « Communautés » gréco-bulgares, Avis consultatif du 31 juillet 1930 [Cuestión de las « comunidades » greco-búlgaras, Opinión consultiva de 31 de julio de 1930] (*C.P.J.I.*, serie B, N.º 17, pág. 32).

[139] Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (deuxième phase) [Asunto de las zonas francas de la Alta Saboya y de la región de Gex (segunda fase)], Ordonnance du 6 décembre 1930 [Ordenanza de 6 de diciembre de 1930] (*C.P.J.I.*, serie A, N.º 24, pág. 12), e *idem*, Arrêt du 7 juin 1932 [Fallo de 7 de junio de 1932] (*C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 46, pág. 167).

[140] Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, Avis consultatif du 4 février 1932 [Tratamiento de los nacionales polacos y otras personas de origen o lengua polacos en el territorio de Dantzig, Opinión consultiva de 4 de febrero de 1932] (*C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 44, pág. 24).

de 1925 sobre el *Canje de poblaciones griegas y turcas* [141] y de 3 de marzo de 1928 sobre la *Competencia de los tribunales de Dantzig* [142]. En ese mismo contexto, cabe recordar finalmente las observaciones de Lord Finlay en relación con la opinión consultiva de 15 de septiembre de 1923 sobre la cuestión de la *Adquisición de la nacionalidad polaca*. Esas observaciones tienen especial interés por referirse a un caso donde se pone de manifiesto que la falta misma de disposiciones de derecho interno no constituye una excusa para no cumplir las obligaciones internacionales [143].

94. La existencia de un principio de derecho internacional según el cual el Estado no puede sustraerse a la observancia de sus obligaciones internacionales escudándose en su derecho interno, se ve confirmada en un examen de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Si bien es cierto que en la jurisprudencia de la Corte no se dan afirmaciones de dicho principio tan claras como las que figuran en la jurisprudencia de la Corte Permanente, no es menos cierto que el principio ha sido reconocido expresamente en la opinión relativa a la *Reparación de los perjuicios sufridos al servicio de las Naciones Unidas* [144] y tácitamente en varios fallos. Resulta interesante observar que muchos magistrados de la Corte han considerado oportuno enunciar expresamente, en sus opiniones particulares o disidentes relativas a estos mismos fallos, el principio que la mayoría de los miembros de la Corte había dejado sobreentendido. Cabe recordar en este contexto el fallo del 18 de diciembre de 1951 relativo al *Asunto de las pesquerías* [145], con la opinión particular del magistrado Alvarez [146] y la opinión disidente del magistrado Mc Nair [147]; el fallo del 18 de noviembre de 1953 relacionado con el *Asunto Nottebohm* (excepción dilatoria) [148] con la declaración del magistrado Klaestad [149]; y sobre todo el fallo del 28 de noviembre de 1958 sobre el *Asunto relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la regulación de la tutela de los menores* [150], con opiniones particulares de los magistrados Badawi [151], Lauterpacht [152], Spender [153], y opiniones disidentes de los magistrados Winiarski [154] y Córdova [155].

[141] Véase *C.P.J.I.*, serie B, N.º 10, pág. 20 : « un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris » [un Estado que haya asumido válidamente obligaciones internacionales tiene que introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos.]

[142] Véase *C.P.J.I.*, serie B, N.º 15, pág. 27 : « la Pologne [. . .] ne pourrait se prévaloir d'une objection [basée sur le droit national polonais] qui [. . .] équivaudrait pour la Pologne à se fonder sur la non-exécution d'une obligation qui lui a été imposée par un engagement international » [Polonia [. . .] no puede valerse de una objeción [basada en el derecho interno polaco] que [. . .] equivaldría para ella a basarse en el incumplimiento de una obligación que le ha impuesto un compromiso internacional].

[143] Véase *C.P.J.I.*, serie B, N.º 7, pág. 26 : « D'après les termes [. . .] de l'article 4 [du traité], ces personnes sont, de plein droit, ressortissants polonais. Si la législation polonaise exige, pour l'exercice effectif par les ressortissants polonais de leurs droits comme tels, un enregistrement ou une formalité quelconque, le Gouvernement polonais est dans l'obligation de prendre les mesures nécessaires; très certainement, il ne pourrait alléguer un refus, qu'il leur aurait opposé à tort, pour justifier sa thèse selon laquelle ces personnes ne sont pas ressortissants polonais. » [De conformidad con las disposiciones [. . .] del artículo 4 [del Tratado], esas personas son nacionales polacos de pleno derecho. Si, para el ejercicio efectivo por los nacionales polacos de sus derechos como tales, la legislación polaca exige un registro o una formalidad cualquiera, el Gobierno polaco tiene la obligación de tomar las medidas necesarias al respecto; evidentemente, no puede alegar una negativa, que les había dado sin razón, para justificar su tesis de que esas personas no son nacionales polacos.]

[144] Véase *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 180 : « La réclamation étant fondée sur un manquement à une obligation internationale, manquement dont l'Organisation impute la responsabilité à l'un de ses membres, ce membre ne peut prétendre que cette obligation est régie par son droit national . . . » [Puesto que la reclamación se basa en el incumplimiento de una obligación internacional, incumplimiento por el que la Organización imputa la responsabilidad a uno de sus miembros, tal miembro no puede argüir que esa obligación se halla regida por su derecho interno . . .]

[145] Véase *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 132.

[146] *Ibid.*, pág. 152 : « Le droit international prime le droit national. Les actes commis par un Etat en violation de ce droit engagent sa responsabilité. » [El derecho internacional prima sobre el derecho interno. Los actos cometidos por un Estado en violación de ese derecho entrañan responsabilidad.]

[147] *Ibid.*, pág. 181 : « C'est un principe bien établi qu'un Etat ne peut jamais invoquer une disposition, ou l'absence de dispositions, de son droit interne, ou un acte ou omission de son pouvoir exécutif, comme un moyen pour se défendre d'une accusation d'avoir enfreint le droit international. » [Es principio bien establecido el de que un Estado no puede invocar nunca una disposición ni la falta de disposiciones de su derecho interno, ni tampoco un acto u omisión de su poder ejecutivo, como medio para defenderse de la acusación de haber infringido el derecho internacional.]

[148] Véase *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 123.

[149] *Ibid.*, pág. 125 : « Quant aux allégations avancées par le Gouvernement du Guatemala d'après lesquelles certaines dispositions de sa législation nationale l'empêcheraient, lui et ses fonctionnaires, de se présenter devant la Cour, il suffira d'observer que de telles dispositions internes ne peuvent être opposées aux règles du droit international. » [En cuanto hace a los argumentos presentados por el Gobierno de Guatemala según los cuales ciertas disposiciones de su legislación interna impiden que el Gobierno y sus funcionarios se presenten ante la Corte, bastará observar que tales disposiciones internas no pueden oponerse a las normas del derecho internacional.]

[150] Véase *C.I.J. Recueil 1953*, pág. 67.

[151] *Ibid.*, pág. 74 : « . . . il est de jurisprudence constante qu'un Etat ne peut se soustraire aux obligations établies par une convention internationale en invoquant sa propre loi, fût-ce même sa propre constitution. » [. . . es jurisprudencia constante que un Estado no puede sustraerse a las obligaciones establecidas mediante un convenio internacional invocando sus propias leyes, así se trate de su propia constitución.]

[152] *Ibid.*, pág. 83 : « Un Etat n'a pas le droit de réduire ses obligations conventionnelles à propos d'une institution en promulguant dans le domaine d'une autre institution des dispositions ayant pour effet de faire échec au jeu d'un aspect essentiel du traité. » [Un Estado no tiene derecho a restringir sus obligaciones convencionales frente a una institución promulgando en la esfera de otra institución disposiciones que surtan el efecto de impedir el juego de un aspecto esencial del tratado.]

[153] *Ibid.*, especialmente págs. 125 y 126, y 128 y 129 : « Les obligations résultant de traités et de conventions, quelles qu'elles soient, doivent être fidèlement respectées. Les dispositions du droit interne ne peuvent l'emporter sur celles d'un traité ou d'une convention. » [Las obligaciones resultantes de tratados y convenios, sean cuales fueren, deben ser acatadas fielmente. Las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado o convenio.]

[154] *Ibid.*, págs. 137 y 138. El magistrado Winiarski recuerda y apoya, a este propósito, las posiciones adoptadas por la Corte Permanente.

[155] *Ibid.*, pág. 140 : « A mon avis, il n'y a pas de loi nationale, quelle qu'en soit la classification, de droit public ou privé, ou avec

(Continúa en la página siguiente.)

95. Tampoco hay incertidumbre a este respecto en la jurisprudencia arbitral. Ya en 1872, a propósito del fallo pronunciado en el célebre *Asunto del Alabama*, en el que se enfrentaban Estados Unidos de América y Gran Bretaña, el Tribunal Arbitral, recogiendo, la tesis propugnada por los Estados Unidos [156], declaró :

[. . .] el Gobierno de Su Majestad Británica no puede justificarse a sí mismo por no haber observado la diligencia requerida invocando la insuficiencia de los medios legales de acción a su alcance [157].

En el lapso transcurrido entre la primera y la segunda guerras mundiales son numerosas las decisiones en este mismo sentido. Recordemos las más importantes. En el laudo arbitral pronunciado en 1922 sobre el asunto de los *Norwegian Shipowners Claims*, se lee lo siguiente :

[. . .] El Tribunal no puede admitir [. . .] el argumento de los Estados Unidos de que deben regir las leyes norteamericanas cuando quiera que los Estados Unidos reivindican la jurisdicción.

El Tribunal se halla en libertad de examinar la cuestión de si tales leyes son o no compatibles con la igualdad de las dos Partes Contratantes, con los tratados concertados por los Estados Unidos, o con los principios bien establecidos del derecho internacional, incluidos los del derecho consuetudinario y la práctica de los magistrados en otros tribunales internacionales [158].

En 1923, en el laudo dictado sobre el asunto *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims (Tinoco Case)*, en el que las partes contendientes eran Costa Rica y la Gran Bretaña, el árbitro William H. Taft llegó a la siguiente conclusión :

Ante un tribunal internacional [. . .], la derogación unilateral de un tratado mediante una ley no afectaría a los derechos a que aquél da lugar y su fallo forzosamente acataría el tratado y consideraría sin efecto la ley que lo hubiera derogado [159].

Una afirmación todavía más clara de este mismo principio figura en el fallo sobre el *Asunto Shufeldt*, dictado en 1930 por un tribunal arbitral establecido por los Estados Unidos de América y Guatemala :

El Gobierno de Guatemala afirma además que el decreto de 22 de mayo de 1928 fue un acto constitucional de un Estado soberano dictado por la Asamblea Nacional en la forma requerida por la Constitución de la República y que tal decreto tenía forma y fuerza de ley y no estaba sujeto a examen por ninguna autoridad judicial. Esto puede ser muy cierto desde un punto de vista nacional, pero no lo es desde el punto de vista internacional, pues « es principio establecido del derecho internacional que no puede admitirse que un soberano oponga una de sus propias leyes internas frente a la acción de otro soberano sobre un perjuicio causado a su súbdito » [160].

Por último, en años más recientes cabe mencionar la jurisprudencia de la Comisión de Conciliación italo-norteamericana, creada en virtud del artículo 83 del Tratado de Paz de 1947 [161] y particularmente el fallo relacionado con el *Asunto Wollemborg*, dictado el 24 de septiembre de 1956. Según aquella Comisión :

[. . .] una cosa es cierta : el Gobierno italiano no puede prevalerse, ante una corte internacional, de sus leyes nacionales para eximirse del cumplimiento de una obligación internacional que ha aceptado. Todos los fallos judiciales de la Corte Permanente de Justicia Internacional concuerdan en este punto [162].

96. En la práctica de los Estados no son menos frecuentes que en la jurisprudencia internacional las afirmaciones del principio de que un Estado no puede

(Continuación de la nota 155.)
une portée et un but différents qui, en face d'un traité relatif à la même matière, puisse juridiquement réclamer priorité dans son application. » [A mi parecer, no existe ley nacional, sea cual fuere su clasificación, en derecho público o privado, ni de alcance y finalidad diferentes que, frente a un tratado relativo a la misma materia, pueda jurídicamente reclamar primacía en su aplicación.]

156 Véase, acerca de la posición norteamericana, la nota de 25 de septiembre de 1869 del Sr. Fish al Sr. Motley, en *Fontes Juris Gentium*, Series B, Sectio I, Tomus I, Pars 1, Berlín, Heymanns, 1932, N.º 2038, pág. 899.

157 « [. . .] The Government of Her Britannic Majesty cannot justify itself for a failure in due diligence on the plea of insufficiency of the legal means of action which it possessed. » (J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Wáshington, U.S. Government Printing Office, 1898, vol. I, pág. 656.)

158 « [. . .] The Tribunal cannot agree [. . .] with the contention of the United States that it should be governed by American Statutes whenever the United States claim jurisdiction.

» This Tribunal is at liberty to examine if these Statutes are consistent with the equality of the two Contracting Parties, with Treaties passed by the United States, or with well established principles of international law, including the customary law and the practice of judges in other international courts. » [Laudo dictado el 13 de octubre de 1922 por el Tribunal Arbitral establecido en virtud del Acuerdo del 30 de junio de 1921, entre Noruega y los Estados Unidos (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1948.V.2), pág. 331).]

159 « In an international tribunal [. . .] the unilateral repeal of a treaty by a statute would not affect the rights arising under it and its judgment would necessarily give effect to the treaty and hold the statute repealing it of no effect. » [Laudo dictado el 18 de octubre de 1923 por el Tribunal Arbitral establecido en virtud del Acuerdo del 12 de enero de 1922 (*ibid.*, pág. 386). [En el mismo sentido, véase también la decisión dictada el 19 de octubre de 1928 por la Comisión de Reclamaciones franco-mexicana (Convenio del 25 de septiembre de 1924) en el Affaire Georges Pinson [Asunto Georges Pinson] [*ibid.*, vol. V (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1952.V.3), págs. 393 y 394].

160 « The Guatemala Government contend further that the decree of 22nd May 1928 was the constitutional act of a sovereign State exercised by the National Assembly in due form according to the Constitution of the Republic and that such decree has the form and power of law and is not subject to review by any judicial authority. This may be quite true from a national point of view but not from an international point of view, for " it is a settled principle of international law that a sovereign cannot be permitted to set up one of his own municipal laws as a bar to a claim by a sovereign for a wrong done to the latter's subject ". » [Laudo dictado el 24 de julio de 1930 por el Tribunal establecido por el Acuerdo del 2 de noviembre de 1929 [*ibid.*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1949.V.1), pág. 1098.]

161 Véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 49, pág. 126.

162 « . . . one thing is certain : the Italian Government cannot avail itself, before an international court, of its domestic law to avoid fulfilling an accepted international obligation. Judicial decisions of the Permanent Court of International Justice are all identical on this point. » [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 65.V.4), pág. 289.] Véase también en este mismo sentido el laudo sobre el Asunto Flegenheimer del 20 de septiembre de 1958, dictado por la misma Comisión (*ibid.*, especialmente pág. 360).

invocar su derecho interno para defenderse de la acusación de haber violado una obligación internacional. Nos limitaremos aquí a recordar las tomas de posición más importantes en los últimos cincuenta años [163]. En este contexto examinaremos la actitud adoptada por los Estados con motivo de controversias que se discutieron en la Sociedad de las Naciones o fueron sometidas a la Corte Permanente o a la Corte Internacional de Justicia, así como con motivo de los trabajos de codificación del derecho internacional emprendidos bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones y de las Naciones Unidas.

97. Durante las controversias a las que se ha hecho alusión, los Estados demandantes sostuvieron en forma muy enérgica el principio de que la conformidad con el derecho interno no excluye la responsabilidad internacional y, preciso es subrayarlo, los Estados demandados insistieron generalmente en señalar a su vez su acuerdo al respecto. En el memorando sometido a la Sociedad de las Naciones con motivo de la controversia entre la Confederación Suiza y otros Estados respecto de la *Reparación de daños sufridos por ciudadanos suizos como resultado de acontecimientos de guerra*, el Consejo Federal suizo afirmó lo siguiente :

El derecho interno no puede dispensar a un Estado de la observancia de sus obligaciones internacionales. Es bien evidente que todo Estado es libre de darse la legislación que elija; ahora bien, ésta implica su responsabilidad internacional si infringe los principios del derecho de gentes o si presenta lagunas que se oponen a que una obligación internacional del Estado sea efectiva [164].

Durante el debate ante la Corte Permanente de Justicia Internacional acerca de la cuestión de la *Competencia de los tribunales de Dantzig*, el Sr Gidel, representante del Gobierno de Dantzig, declaró lo siguiente :

Es un principio universalmente reconocido que las disposiciones de las leyes internas o sus lagunas no pueden ser invocadas por un Estado para sustraerse al cumplimiento de obligaciones internacionales, o para soslayar la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de sus obligaciones.

Los tribunales internacionales tienen que limitarse exclusivamente a determinar cuáles son las obligaciones que incumben a las partes litigantes; la insuficiencia o la falta de leyes del Estado no basta para exonerar a dicho Estado de su responsabilidad internacional [165].

El Sr. Limbourg, representante del Gobierno polaco, respondió lo siguiente :

Mi adversario, el eminente profesor, tiene perfectamente razón : desde un punto de vista general, frente a tribunales internacionales, un Estado no puede escudarse nunca en el hecho de que sus leyes son insuficientes [166].

En el *Asunto de las zonas francas de la Alta Saboya y la región de Gex*, el Gobierno suizo declaró lo siguiente :

Es evidente [. . .] que el Gobierno francés no puede en manera alguna prevalerse de la situación de hecho, ni de las consecuencias de la situación de hecho que creó *contrariamente al derecho*, en 1923, instalando por su propia autoridad su cordón aduanero en la frontera política de las pequeñas zonas de Saboya y de Gex [167].

y, en su respuesta, repetía lo siguiente :

El Gobierno suizo, por su parte, considera en primer lugar que los *compromisos internacionales prevalecen sobre el derecho nacional y que, por consiguiente, el conjunto de legislación francesa — y no sólo la legislación aduanera — debe aplicarse de forma que sea respetada la situación de derecho creada por lo estipulado en 1815 y 1816* [168].

---

[163] Quizá convenga también recordar las muy claras afirmaciones de este principio que figuran en un memorando dirigido en 1913 por el Departamento de Estado norteamericano a la Legación de Cuba (reproducido en G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Wáshington, U.S. Government Printing Office, 1940, vol. I, págs. 28 y 29), y las que figuran en la declaración del Ministro de Justicia de los Países Bajos ante la Segunda Cámara en 1916 [citada en Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion . . . (op. cit.)*, pág. 219], si bien estas afirmaciones se remontan a una época algo anterior a la que aquí se considera.

[164] « La loi interne ne peut pas dispenser un Etat de l'observation de ses obligations internationales. Il est bien évident que tout Etat est libre de se donner la législation de son choix; mais celle-ci engage sa responsabilité internationale si elle enfreint les principes du droit des gens ou si elle présente des lacunes qui s'opposent à ce qu'une obligation internationale de l'Etat devienne effective. » [Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 15.º año, N.º 11 (noviembre de 1934), pág. 1486.] Esta misma actitud se encuentra repetida en la exposición jurídica elaborada por el Sr. Sauser-Hall, acompañada como anexo al memorando (*ibid.*, págs. 1494 y 1495) y en la intervención del representante de Suiza, Sr. Motta, ante la Sociedad de las Naciones (*ibid.*, pág. 1438). Es de subrayar que las otras partes en la controversia a que se hace referencia no pusieron en duda los fundamentos de la afirmación. El mismo principio había sido afirmado con energía por el Gobierno húngaro con motivo de su controversia relativa a la Expropiation par le Gouvernement roumain des biens immobiliers des optants hongrois [Expropiación por el Gobierno rumano de bienes inmuebles de los optantes húngaros] [*ibid.*, 4.º año, N.º 7 (julio de 1923), pág. 729; *ibid.*, N.º 8 (agosto de 1923), págs. 886 y 887; *ibid.*, 9.º año, N.º 4 (abril de 1928), págs. 562 y 563 y 570]. El Gobierno rumano no discutió, sobre este punto, los méritos de la posición húngara [*ibid.*, 4.º año, N.º 8 (agosto de 1923), pág. 895].

[165] « C'est un principe universellement reconnu que les dispositions des lois internes ou leurs lacunes ne peuvent pas être invoquées par un Etat pour se soustraire à l'accomplissement d'obligations internationales, ou pour se dérober à la responsabilité dérivant du non-accomplissement de ses obligations.

Les instances internationales ont exclusivement à déterminer quelles sont les obligations qui incombent aux Parties litigantes; l'insuffisance ou l'absence de lois d'un Etat ne suffit pas à exonérer cet Etat de sa responsabilité internationale. » (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 14-I, pág. 44.) Véase también la nota del Senado de Dantzig al Presidente del Consejo de la Sociedad de las Naciones (*ibid.*, págs. 302 y 303), y la memoria del Senado de Dantzig (*ibid.*, pág. 333).

[166] « Mon adversaire, l'éminent professeur, a parfaitement raison : d'un point de vue général, vis-à-vis des instances internationales, un Etat ne pourrait jamais se prévaloir du fait que ses lois sont insuffisantes. » (*Ibid.*, pág. 59.)

[167] « Il va de soi [. . .] que le Gouvernement français ne peut en aucune manière se prévaloir de l'état de fait ou des conséquences de l'état de fait qu'il a créé *contrairement au droit*, en 1923, en installant de sa propre autorité son cordon douanier à la frontière politique des petites zones de Savoie et de Gex. » [Observaciones del Gobierno suizo (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 19, vol. III, pág. 1222).]

[168] « Le Gouvernement suisse, pour sa part, pense tout d'abord que *les engagements internationaux priment le droit national et que, par conséquent, l'ensemble de la législation française — et non pas seulement la législation douanière — doit être appliqué de manière que l'état de droit créé par les stipulations de 1815 et de 1816 soit respecté.* » [Respuesta del Gobierno suizo (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 19,

(Continúa en la página siguiente.)

El Gobierno francés no negó los fundamentos de esta argumentación. En su respuesta, el Sr. Paul-Bancour, consejero del Gobierno francés, se expresó en la forma siguiente :

Se nos dice también : no tienen ustedes derecho a prevalerse de los resultados obtenidos desde que en 1923 transfirieron el cordón aduanero a su frontera política; no tienen derecho a prevalerse de resultados que son consecuencias de su violación del derecho [. . .]

Ahora bien, nosotros no aducimos un argumento de derecho, sino que invocamos un argumento de hechos, aportamos estadísticas [169].

En su contramemoria sobre el *Asunto de Losinger y Cía. S. A.*, el Gobierno yugoslavo reconoció que :

[. . .] es cierto que el derecho internacional no permite a un Estado invocar ni sus leyes ni las decisiones de sus tribunales para sustraerse a sus compromisos internacionales [. . .] [170].

La validez del principio de que se trata quedó reafirmada una vez más por las partes en la controversia sobre los *Fosfatos de Marruecos*. El Gobierno italiano declaró que :

Es un principio elemental de derecho internacional, seguido constantemente en la práctica, que el Estado no puede prevalerse de las disposiciones de su ley interna para sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones internacionales [171].

A lo que el Gobierno francés respondió :

[el Gobierno italiano ha sostenido] que el Estado no puede prevalerse de su libertad de organización judicial para sustraerse a sus obligaciones internacionales y rehusar a extranjeros el trato que les corresponde conforme a las convenciones internacionales. El Gobierno de la República está de acuerdo con ello [172].

Es preciso mencionar, por último, el *Asunto Nottebohm*, con motivo del cual el Gobierno de Liechtenstein sostuvo con vigor el principio,

[. . .] que es tan claro que requiere un mínimo de citas de autoridad, [. . .] de que ningún Estado puede apoyarse en las disposiciones de su propia ley, como excusa suficiente para no cumplir con sus obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional [173].

98. Es sobre todo en los trabajos emprendidos bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones para la codificación de la cuestión de la responsabilidad de los Estados, así como en los emprendidos más tarde bajo los auspicios de las Naciones Unidas para la codificación de las cuestiones de los derechos y deberes de los Estados y del derecho de los tratados, donde se encuentra la afirmación más formal de la norma según la cual, en el plano internacional, no puede aducirse ninguna excepción basada en la conformidad del comportamiento del Estado con su propio derecho interno. En el punto I de la solicitud de información dirigida a los Estados por el Comité Preparatorio de la Conferencia de 1930 para la Codificación del Derecho Internacional, se distinguía la responsabilidad que incumbía a un Estado en virtud del derecho internacional de la que puede incumbirle en virtud de su derecho interno, y se puntualizaba :

En particular, un Estado no puede eludir su responsabilidad según el derecho internacional, en el caso de que exista, invocando las disposiciones de su ley interna.

(Continuación de la nota 168.)
vol. IV, págs. 1912 y 1913).] Véase también el discurso del Sr. Logoz, agente del Gobierno suizo (*ibid.*, serie C, N.º 19, vol. I, especialmente las págs. 210 y 211).

Algunas de las formulaciones más claras del principio de que se trata se deben al Gobierno suizo. En una declaración reciente, el 10 de diciembre de 1968, el Sr. Spühler, Jefe del Departamento Político Federal, en respuesta a una interpelación parlamentaria, decía :

« Si le droit national suisse n'est pas en accord avec nos obligations internationales, nous devons alors modifier notre droit de manière à l'adapter au droit international public. Aucun Etat ne peut se soustraire à ses obligations de droit international en invoquant des dispositions contraires de sa constitution ou de ses lois internes. Dans un tel cas, il est au contraire obligé de créer une situation juridique correspondante au droit international public et de réparer le dommage causé. » [Si el derecho nacional suizo no está de acuerdo con nuestras obligaciones internacionales, debemos modificar nuestro derecho de manera que se adapte al derecho internacional público. Ningún Estado puede eludir sus obligaciones de derecho internacional invocando disposiciones contrarias de su constitución o de su derecho interno. Por el contrario, en tal caso tiene la obligación de crear una situación jurídica que sea conforme al derecho internacional público y de reparar el daño causado.] (Société suisse de droit international, *Annuaire suisse de droit international, 1969-1970*, Zürich, 1971 vol. XXVI, pág. 97).

[169] « On nous dit encore : vous n'avez pas le droit de vous prévaloir de résultats obtenus depuis qu'en 1923 vous avez transféré le cordon douanier à votre frontière politique; vous n'avez pas le droit de vous prévaloir de résultats qui sont les conséquences de votre violation du droit [. . .].

Mais nous n'apportons pas un argument de droit, nous invoquons un argument de fait, nous apportons des statistiques. » (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 19, vol. I, pág. 344.) Véase también la respuesta del Gobierno francés (*ibid.*, N.º 19, vol. IV, págs. 1636 y 1637).

[170] « [. . .] Il est vrai que le droit international ne permet pas à un Etat d'invoquer ses lois et les décisions de ses tribunaux pour se soustraire à ses engagements internationaux [. . .] » (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 78, pág. 181).

[171] « C'est un principe élémentaire de droit international, suivi constamment dans la pratique, que l'Etat ne peut se prévaloir des dispositions de sa loi interne pour se soustraire à l'accomplissement de ses obligations internationales. » Memoria del Gobierno italiano (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 84, pág. 70). La misma afirmación fue repetida en las observaciones y conclusiones (*ibid.*, pág. 455) y en las nuevas observaciones (*ibid.*, pág. 826) del Gobierno italiano y en los discursos de su agente, Sr. Montagna (*ibid.*, serie C, N.º 85, pág. 1172).

[172] « [Le Gouvernement italien a soutenu] que l'Etat ne saurait se prévaloir de sa liberté d'organisation judiciaire pour se soustraire à ses obligations internationales et refuser aux étrangers le traitement conforme aux conventions internationales. Le Gouvernement de la République en est d'accord. » Respuesta del Gobierno francés (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 84, pág. 712).

[173] « [. . .] which is so clear as to require the minimum citation of authority, [. . .] that no State may rely upon the provisions of its own law as a sufficient excuse for failure to comply with its obligations under international law. » Declaración del Gobierno del Principado de Liechtenstein, del 11 de mayo de 1953. Véase Affaire Nottebohm (Liechtenstein *c.* Guatemala), *C.I.J. Mémoires*, vol. I, pág. 181 y, en general, págs. 180 a 182. Véase también la defensa del Sr. Sauser-Hall, Consejero de Liechtenstein, en la vista pública de 10 de noviembre de 1953 (*ibid.*, vol. II, págs. 27 y 28).

En sus respuestas, 17 Estados se declararon expresamente de acuerdo con esta idea, mientras que otros seis la admitieron implícitamente. Un solo Estado respondió en forma un tanto ambigua [174]. En consecuencia, el Comité Preparatorio formuló la siguiente base de discusión (Base de discusión N.º 1) para la Conferencia :

El Estado no puede eludir su responsabilidad conforme al derecho internacional invocando las disposiciones de su derecho interno (Base N.º 1) [175].

En el curso del debate celebrado durante la Conferencia, los Estados señalaron su adhesión general a la idea enunciada en la base N.º 1 [176] y el debate sólo tuvo por objeto la doble cuestión de la oportunidad de insertar en la convención una norma que enunciase esta idea [177] y luego la de la elección de la fórmula más apropiada. Al final del debate, el Comité III de la Conferencia aprobó en primera lectura un artículo (artículo 5) concebido en los términos siguientes :

Un Estado no puede eludir la responsabilidad internacional invocando el estado de su derecho interno [178].

99. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas aprobó, en su primer período de sesiones (1949), un Proyecto de declaración de los derechos y deberes de los Estados. El artículo 13 del proyecto, cuyo contenido fue aprobado por todos los miembros de la Comisión, estaba redactado en la forma siguiente :

Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir este deber [179].

100. En lo que respecta a los primeros trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad de los Estados, es de observar que la cláusula que figuraba en el artículo 1, párrafo 3 del anteproyecto preparado en 1957 por el Sr. García Amador, Relator Especial, estaba redactada en términos que recuerdan muy de cerca a los artículos aprobados a este propósito en la Conferencia de 1930 :

3. El Estado no puede invocar disposiciones de su derecho interno para declinar la responsabilidad que origina la violación o inobservancia de una obligación internacional [180].

Esa cláusula fue reproducida sin cambios en el párrafo 4 del artículo 2 del anteproyecto revisado preparado por el Sr. García Amador en 1961 [181].

101. En el primer período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados (1968), la delegación del Pakistán propuso a la Comisión plenaria que incluyera en el proyecto de convención una cláusula en la que se precisara que ninguna parte en un tratado podría alegar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento del tratado. Diez delegaciones hicieron uso de la palabra sobre la cuestión y todas se declararon de acuerdo con el principio enunciado. Si bien algunas expresaron dudas, sólo fue respecto de la necesidad de incluir esa disposición en la Convención sobre el derecho de los tratados. Al terminar el debate, la cláusula fue aprobada en primera lectura por 55 votos contra ninguno y 30 abstenciones y remitida al Comité de Redacción [182]. En segunda lectura, la Comisión plenaria

---

[174] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 16 y ss.

[175] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 2. Por lo demás, el mismo principio fue incluido, aunque formulado en forma un poco distinta, en el punto 3 de las conclusiones del informe del Subcomité de expertos sobre la responsabilidad de los Estados (*ibid.*, pág. 218, documento A/CN.4/96, apéndice 1).

[176] Dos Estados únicamente pidieron que se indicasen las excepciones al principio. A su juicio, el principio no habría sido válido para ciertas cuestiones previstas por regímenes capitulares y para las que entran en el dominio reservado. Sin embargo, tras intervenciones de otros delegados en la Conferencia, que sostenían que no se trataba de verdaderas excepciones al principio previsto, los dos Estados retiraron sus propuestas de enmiendas. La existencia de excepciones de principio había sido también mencionada por otro delegado [véase Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence sur la codification du droit international* (La Haya, 13 de marzo-12 de abril, 1930), *volume IV, Procès-verbaux de la Troisième Commission* (documento C.351(*c*) M. 145(*c*).1930.V), págs. 120 y ss.].

[177] A juicio de algunos delegados, el principio enunciado en la base N.º 1 se desprendía ya claramente del texto de los artículos en los que se afirma que un Estado puede ser considerado responsable del comportamiento de sus órganos legislativos y judiciales. Este argumento, poco válido, no fue mantenido por la Conferencia.

[178] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 222, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

[179] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 10* (A/925), pág. 10. Para los debates de la Comisión, véase *Yearbook of the International Law Commission, 1949*, págs. 104 y 105 (14.ª sesión, párrs. 1 a 16), 147 (20.ª sesión, párrs. 78 a 80), 171 (24.ª sesión, párrs. 4 a 8) [en inglés solamente]. El texto del artículo aprobado por la Comisión reproduce, sin modificaciones sustanciales, el artículo 21 del proyecto de declaración de derechos y deberes de los Estados presentado a la Asamblea General por el Gobierno de Panamá y utilizado por la Comisión como base del debate (A/285). El texto del proyecto figura también en el *Etude préparatoire relative à un projet de déclaration des droits et des devoirs des Etats* (memorando del Secretario General de las Naciones Unidas) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1949.V.4), pág. 35 [en francés e inglés solamente]. Las razones del principio enunciado en esos artículos han sido subrayadas por varios gobiernos en sus comentarios sobre el proyecto de Panamá (*ibid.*, págs. 80, 84 y 85), así como sobre el de la Comisión de Derecho Internacional (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Anexos*, tema 48 del programa, documentos A/1338 y Add.1 y A/1850), y con motivo de los debates que tuvieron lugar en la Asamblea General sobre el informe de la Comisión (*ibid., cuarto período de sesiones, Sexta Comisión*, sesiones 168.ª a 173.ª y 175.ª a 183.ª; e *ibid., Sesiones plenarias*, 270.ª sesión).

[180] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1957*, vol. II, pág. 139, documento A/CN.4/106, apéndice.

[181] *Ibid., 1961*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición.

[182] Entre los Estados que se declararon partidarios del principio durante el debate figuraban los siguientes : Chile, Estados Unidos de América, Francia, Israel, Italia, Reino Unido, República Socialista Soviética de Bielorrusia, Turquía y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Los Estados Unidos indicaron que, a su juicio, el principio tendría mejor cabida en una convención sobre la responsabilidad de los Estados. Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : S.68.V.7), págs. 165 y ss., 28.ª sesión de la Comisión Plenaria, párrs. 49 a 70, y 29.ª sesión.

aprobó, sin votación formal, el artículo presentado por el Comité de Redacción [183]. Durante el segundo período de sesiones de la Conferencia (1969), algunas delegaciones consideraron que había una contradicción entre esa norma y el principio contenido en el párrafo 1 del artículo 43 del proyecto (que se convirtió en el artículo 46 de la Convención), según el cual

> El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

Para eliminar esa preocupación, se arguyó que no había contradicción entre ambas disposiciones, pues una se refería a los tratados ya en vigor y la otra a la competencia para celebrar tratados. Al terminar el breve debate, la Conferencia aprobó finalmente, en su 13.ª sesión plenaria, por 73 votos contra 2 y 24 abstenciones, la siguiente cláusula que se convirtió en el artículo 27 del texto definitivo de la Convención :

> Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 [184].

102. Por otra parte, el principio así consagrado por la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados lo confirman expresamente tratadistas pertenecientes a distintos sistemas jurídicos [185]. Figura asimismo en la mayoría de los proyectos de codificación de la responsabilidad de los Estados elaborados por particulares o instituciones privadas. Cabe recordar a este respecto el artículo 5 del proyecto de código preparado por la Asociación Japonesa de Derecho Internacional de 1926 [186]; el segundo párrafo del artículo 1 de la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en Lausana en 1927 [187]; el artículo 2 del proyecto preparado por la Harvard Law School en 1929 [188] y el párrafo 2 del artículo 2 del proyecto elaborado por la misma institución en 1961 [189]; el artículo 7 del proyecto preparado por la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht en 1930 [190]; el tercer párrafo del artículo 4 del proyecto elaborado por el Profesor Strupp en 1927 [191]; y el artículo 4 del proyecto elaborado por el Profesor Roth en 1932 [192].

103. No hay ninguna excepción al principio según el cual el derecho interno no repercutirá sobre la calificación de un hecho del Estado de internacionalmente ilícito. No cabría presentar como excepción los casos en que determinadas normas de derecho internacional — se conocen algunas en materia del tratamiento de extranjeros — prescriban que el Estado se comporte en forma determinada cuando tal comportamiento es exigido simultáneamente por el derecho interno. Cierto es que, en esos casos, una vez que el comportamiento del Estado está conforme con el derecho interno, ya no puede existir ningún hecho internacionalmente ilícito; pero, incluso entonces, no es la conformidad del comportamiento con las normas jurídicas nacionales lo que excluye el carácter ilícito internacional, sino el hecho de que el comportamiento acorde con el derecho interno representa, precisamente por esa conformidad, el cumplimiento de la obligación internacional.

104. No parece que la búsqueda de una fórmula apropiada para definir el principio abordado en la presente sección tenga que entrañar dificultades importantes. En la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930), los Estados indicaron algunos

---

[183] El texto de la cláusula fue aprobado en la 72.ª sesión de la Comisión Plenaria (*ibid.*, págs. 470 y 471, 72.ª sesión, párrs. 29 a 48). En la enmienda propuesta por la delegación del Paquistán se hablaba de « constitución » y « leyes ». El Comité de Redacción reemplazó esas palabras por la expresión « derecho interno », que figura así en el texto aprobado por la Comisión en pleno. El Comité de Redacción agregó asimismo una frase en el sentido de que la norma era sin perjuicio de la establecida en el artículo relativo a las disposiciones del derecho interno sobre competencia para concertar tratados. Al presentar la cláusula en su nueva versión, el representante de Venezuela expresó algunas reservas en cuanto a la formulación del principio.

[184] Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : S.70.V.6), págs. 56 y 57, 13.ª sesión plenaria, párrs. 30 a 40.

Con respecto al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, véase E. De La Guardia y M. Delpech, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley, 1970, págs. 286 y ss.; S. Rosenne, *The Law of Treaties, A Guide to the Legislative History of the Viena Convention*, Leiden, Sijthoff, 1970, págs. 200 y 201.

[185] Véase, además del curso de Fitzmaurice ya citado (nota 134 *supra*), C. Eagleton, *The Responsibility of States ... (op. cit.)*, págs. 63 y ss.; A. Verdross, *Völkerrecht (op. cit.)*, pág. 114; H. W. Briggs, *The Law of Nations*, 2.ª ed., Londres, Stevens, 1953, págs. 62 y 63; Vitta, *La responsabilità degli Stati per fatti di organi legislativi*, Milán, 1953, págs. 29 y ss.; M. Sørensen, « Principes de droit international public », *Recueil des cours ... 1960-III*, Leiden, Sijthoff, 1961, vol. 101, págs. 110 y 111; H. Waldock, « General Course on Public International Law », *Recueil des cours ... 1962-II*, Leiden, Sijthoff, 1963, vol. 106, págs. 125 y ss.; I. Brownlie, *op. cit.*, págs. 32 y 33; L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 3.ª ed. puesta al día por J.-P. Quéneudec, París, Pédone, 1967, t. I, págs. 177 y ss.; e Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, pág. 428.

[186] « Los Estados no podrán declinar la responsabilidad establecida por las presentes normas alegando razones basadas en su derecho o práctica constitucionales. » (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, pág. 147, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo II.)

[187] *Annuaire de l'Institut de droit international, 1927 (session de Lausanne)*, París, t. III, pág. 330; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 223, documento A/CN.4/96, apéndice 8.

[188] « La responsabilidad del Estado está determinada por el derecho internacional o por los tratados, no obstante cualquier disposición en contrario de su derecho interno, de las decisiones de sus tribunales nacionales o de sus convenios con extranjeros. » (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 225, documento A/CN.4/96, apéndice 9.)

[189] « Ningún Estado podrá declinar la responsabilidad internacional invocando su derecho interno » (*ibid., 1969*, vol. II, pág. 149, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII).

[190] *Ibid.*, pág. 157, anexo VIII.

[191] « Las lagunas legislativas y, en particular, en el caso de los Estados federales, las limitaciones constitucionales del poder legislativo del gobierno central no podrán extinguir ni aminorar la responsabilidad de los Estados. » (*Ibid.*, pág. 158 anexo IX.)

[192] *Ibid.*, anexo X.

requisitos que habría que satisfacer en la formulación « técnicas » del artículo sobre la materia. De la fórmula adoptada debía desprenderse que un Estado no podría sustraerse a sus obligaciones internacionales alegando disposiciones constitucionales o de otra índole, o disposiciones legislativas, ni tratando de prevalerse de la existencia o no existencia, en su ordenamiento jurídico nacional, de las disposiciones o los medios de ejecución necesarios para cumplir una obligación internacional determinada. De hecho, se trata sobre todo de velar por que la definición adoptada exprese exactamente la idea de que la identificación de un acto como hecho ilícito internacional del Estado es totalmente independiente de la forma en que se considere ese mismo hecho en el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado. Hay que asegurarse asimismo de que la definición abarque los distintos aspectos en que se base esa independencia. Habida cuenta de esos requisitos, una mención sintética y global del derecho interno parece ser la más apropiada, teniendo presente que es a la vez la más simple y la más general [193] : esa mención abarca con fundamento, además de las disposiciones constitucionales y legislativas, las derivadas de cualquier otra fuente prevista en el sistema jurídico interno y, especialmente, los fallos de los tribunales.

105. Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, consideramos que se puede proponer, para la definición buscada en la presente sección, el siguiente texto :

Artículo 4. — No pertinencia del derecho interno para calificar un hecho de internacionalmente ilícito

No podrá alegarse el derecho interno de un Estado para evitar que un hecho de ese Estado sea calificado de ilícito con arreglo al derecho internacional.

Capítulo II

El « hecho del Estado » según el derecho internacional

1. Consideraciones preliminares

106. Al principio de la sección 2 del capítulo primero se indicó que el primer dato requerido por el derecho internacional para determinar que se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito está representado por lo que se ha convenido en llamar el elemento subjetivo del hecho ilícito. Se ha puntualizado también que este elemento subjetivo está constituido por un comportamiento de seres humanos, comportamiento que, en razón de sus aspectos, debe poder atribuirse, no al ser humano o al grupo de seres humanos que lo adoptaron de hecho, sino al Estado como sujeto de derecho internacional. Se demostró entonces que ese comportamiento podía consistir tanto en una acción como en una omisión. Por último, a título preliminar, sólo se hicieron, en cuanto a los aspectos generales del problema, las tres observaciones siguientes :

a) La atribución al Estado del comportamiento adoptado por personas físicas se basa necesariamente en datos jurídicos y no en el reconocimiento de un vínculo de causalidad natural.

b) La atribución al Estado de la acción u omisión de un individuo o de un grupo de individuos como hecho internacionalmente ilícito, fuente de responsabilidad internacional, se hace al Estado en calidad de « persona del derecho de gentes ». Por consiguiente, la noción de Estado que interviene aquí no tiene nada que ver con la noción de Estado en cuanto orden jurídico; no debe confundirse tampoco con la de Estado persona del derecho interno.

c) La atribución al Estado sujeto de derecho internacional sólo puede producirse sobre la base del derecho internacional. Por consiguiente, tal atribución es totalmente distinta e independiente de la atribución del mismo hecho al Estado sujeto del derecho interno que puede —eventualmente, pero no necesariamente— producirse dentro del marco de este último derecho; más sin perjuicio de que el derecho internacional pueda tomar en consideración, para sus propios fines, la situación existente en derecho interno.

107. Se trata ahora de desarrollar esta noción esencial del « hecho del Estado » según el derecho internacional, es decir, de la atribución al Estado de un comportamiento individual a fin de vincular a ese comportamiento ciertas consecuencias jurídicas en el plano internacional. Se trata, en especial, de determinar cuándo, en qué circunstancias y con qué condiciones se considera que tal atribución se produce. Los problemas que han de resolverse tienen un denominador común; todo se reduce a establecer qué comportamientos individuales pueden ser considerados, a los efectos que nos interesan, comportamientos del Estado y en qué condiciones deben haber sido adoptados esos comportamientos para poder ser vinculados al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional. A este propósito, conviene ante todo indicar que nada se opondría, desde el punto de vista de los principios, a la vinculación al Estado sujeto de derecho internacional de los comportamientos de personas o de grupos de personas físicas que tengan con el Estado un vínculo que incluso podría estar desprovisto de relación con la organización propia de este último: a que, por ejemplo, se consideren como hechos del Estado todas las acciones u omisiones de sus nacionales o de los individuos que residen en su territorio. Ahora bien, en la realidad podemos comprobar que, como regla general, se atribuyen al Estado en el plano internacional los hechos de personas o de grupos de personas que participan en su « organización », en otros términos, los hechos de sus « órganos » o « agentes ». Las secciones siguientes de este capítulo, como ya se indicó en los párrafos 25 a 28 de la introducción, tendrán

[193] Ya el Comité III de la Conferencia para la Codificación prefirió la expresión « derecho interno » a la de « disposiciones de su derecho interno » utilizada por el Comité Preparatorio en las bases de discusión [a]. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, el Comité de Redacción — como ya se ha recordado (véase el párr. 101 *supra*) — prefirió hablar en general de derecho interno y no de « constitución » o de « leyes ».

[a] Para el texto de las Bases de discusión, véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II, pág. 219, documento A/CN.4/96, apéndice 2.

precisamente por objeto examinar en qué forma este principio básico se define, se articula y se completa, determinar cuál es su extensión y cuáles son los límites y las derogaciones que conlleva. En efecto, se planteará la cuestión de saber si han de excluirse al determinar los hechos del Estado sujeto de derecho internacional, las actividades de ciertas categorías de agentes u órganos. En cambio, habrá que preguntarse también si, además del comportamiento de las personas que participan, propiamente hablando, en el aparato del Estado, debe atribuirse al Estado, en el plano internacional, el comportamiento de personas que actúan en cuanto órganos de instituciones distintas del Estado mismo o que ejercen en la práctica actividades públicas sin ser, en el sentido propio del término, « órganos » o, en todo caso, órganos de dicho Estado. Luego, se planteará la cuestión de saber si se deben considerar como hecho del Estado —siempre en el plano del derecho internacional— ciertos comportamientos que unas personas cuya actividad se atribuye, en principio, al Estado adoptan en condiciones que en un caso determinado podrían suscitar dudas sobre la legitimidad de tal atribución. Por último, se completará el cuadro examinando cuál es el destino reservado, siempre desde el mismo punto de vista, al comportamiento de los particulares que actúan únicamente como tales o al comportamiento de los grupos cuya actividad se dirige contra el Estado.

108. Para este delicado análisis de facetas múltiples, se adoptarán naturalmente los criterios en que se inspira toda la redacción de este informe; es decir, que se tomará como base un método esencialmente inductivo, que va del examen de la aplicación concreta de los principios en la jurisprudencia y en la práctica de los Estados a la formulación teórica de dichos principios. Es preciso reconocer, sin embargo, que desde hace tiempo algunas cuestiones teóricas han influido en esos problemas y han impedido verlos con claridad. A fin de poder comprender el fondo del problema de la atribución al Estado sujeto de derecho internacional de los hechos de sus « órganos », y para poder superar las dificultades que surjan en el momento de su aplicación, parece útil despejar de antemano el terreno, eliminando la influencia de ciertas premisas, a nuestro juicio erróneas, y de ciertas confusiones que reaparecen como un obstáculo en cada etapa del camino por recorrer.

109. Un primer punto que conviene subrayar es el de la necesidad de no asimilar demasiado las situaciones a las que nos referimos a otras que siguen siendo fundamentalmente distintas, pese a ciertos aspectos generales comunes. El derecho internacional toma en consideración el aparato del Estado, su « organización », para fines que rebasan con mucho los de la atribución al Estado de un hecho internacionalmente ilícito. Toda la actividad del Estado en el plano internacional es una actividad ejercida por personas que, en principio, participan en su « organización » : en primer lugar, la actividad plenamente lícita que consiste en realizar actos o en producir manifestaciones de voluntad para alcanzar ciertas consecuencias de derecho. Este es precisamente el campo respecto del cual se ha estudiado más a fondo el problema de la definición del « acto estatal » a efectos internacionales. Ahora bien, ocurre que las soluciones propuestas por las diversas corrientes científicas a propósito del aspecto específico con que nos ocupamos a menudo no son sino la aplicación de una toma de posición en relación con un aspecto más general y, a veces, diferente del problema. Es erróneo, en efecto, creer que las cuestiones se plantean de la misma forma y exigen una solución idéntica en sectores distintos. Vincular al Estado una manifestación de voluntad válida, por ejemplo, para demostrar su participación en un tratado y atribuirle un comportamiento determinado con objeto de asignarle una responsabilidad internacional no son en absoluto operaciones totalmente comparables, que exijan que se sigan exactamente los mismos criterios [194]. La tarea que nos corresponde actualmente no es, en todo caso, más que la de determinar las condiciones en las cuales, en derecho internacional, se atribuye al Estado un hecho internacionalmente ilícito; no nos corresponde en absoluto rebasar los límites de esta tarea.

110. Puede ocurrir también que las divergencias de opinión a las que se ha hecho referencia tengan su origen en equívocos de terminología, es decir, que se deban a un sentido distinto dado a ciertos conceptos básicos. Mas, como ya se ha dicho, el origen de las divergencias y de las dificultades es encuentra, con más frecuencia aún, en una confusión no sólo entre nociones, sino entre realidades distintas. Ello puede comprobarse, en particular, a propósito de dos operaciones que, a nuestro juicio, son claramente distintas, a saber : por una parte, la que consiste en delimitar la « organización » del Estado (es decir, en determinar cuáles son los « órganos » individuales y colectivos que, en conjunto, forman el aparato del Estado) y, por otra parte, la que viene a atribuir al Estado, con unos u otros fines, el comportamiento adoptado en ciertas condiciones por las personas que dependen de su organización. Y aquí la confusión se duplica con otra —tal vez más grave aún— entre la definición del hecho de una persona dada como « hecho del Estado » en el plano del derecho interno y la definición correspondiente en el plano del derecho internacional.

111. La doble confusión aquí aludida es en gran parte el origen de las dificultades con que tropieza una corriente de opinión que ha tenido y tiene todavía muchos adeptos y que parte de la comprobación, en sí misma irrefutable, de que el término « organización » no significa ni puede significar otra cosa que la organización que el Estado se da a sí mismo en forma autónoma. Por consiguiente, los « órganos » del Estado, siguiendo a los autores de esta corriente, no pueden ser sino los que el Estado prevé como tales en su propio sistema jurídico y cuya actividad regula para sus propios fines. Mas los mismos autores creen también que deben deducir de esta premisa una consecuencia que, lógicamente, no conlleva de ninguna manera. A su juicio, sólo sería admisible, en derecho internacional y en derecho interno, considerar que una voluntad o una acción es una voluntad

[194] Véase, a este respecto, C. Eagleton, *The Responsibility of States ... (op. cit.)*, págs. 54 y 55; y A. Ross, *op. cit.*, págs. 251 y 252.

o una acción del Estado con una doble condición, a saber : *a*) que esa voluntad haya sido expresada o que esa acción haya sido realizada por una persona cuya calidad de órgano del Estado no pueda impugnarse con arreglo al derecho interno de dicho Estado; *b*) que esa misma persona se haya ajustado en su comportamiento a las normas del derecho interno que fijan sus funciones y delimitan su competencia. Dicho de otro modo, deberían considerarse como simples particulares las personas que no estén revestidas, en el orden jurídico interno, de la calidad propiamente dicha de « órganos del Estado », aún cuando cumplan, de una u otra forma, funciones públicas claramente distintas de sus actividades privadas. Se debería hacer lo mismo en lo que respecta a las personas que aun siendo órganos del Estado en el sentido riguroso del término y actuando en calidad de tales, no observen los criterios establecidos para regular su actividad. En ambos casos sería inconcebible, tanto para el derecho internacional como para el derecho interno, ver un hecho o acto « estatal » (« act of state », « Hoheitsakt ») en una acción u omisión cometida en tales condiciones.

112. Los partidarios de ese razonamiento se ven entonces obligados a recurrir a soluciones artificiales o contradictorias si no quieren llegar inevitablemente —y esto, como se verá, en contradicción neta con la práctica de los Estados— a la conclusión de la irresponsabilidad del Estado en lo que respecta a hechos cometidos por personas que el sistema de derecho interno de este último no considera pertenecientes al aparato estatal, o incluso en lo que respecta a hechos cometidos por órganos del Estado, pero en violación de las normas a las que su acción está supeditada [195]. A veces recurren, en relación con esos casos, a la idea de una responsabilidad internacional por hecho ajeno, de una responsabilidad que, para algunos de ellos, sería asimilable a la que, a su juicio, asumiría también el Estado por hechos de particulares, aunque tal vez más estricta [196]. A veces, al contrario, afirman que la práctica internacional, tergiversando con ello la verdad y la lógica, o inspirándose en criterios puramente oportunistas, considera como « estatales », para determinar una responsabilidad internacional, actos que, a decir verdad, no pueden calificarse como tales, ya que tal calificación sólo puede atribuirse en derecho por la ley interna [197]. Con frecuencia invocan, a este respecto la seguridad de las relaciones internacionales como una exigencia que de hecho obligase a presumir que se ajusten a la ley y a la competencia de un órgano todas sus acciones y omisiones que presentan la apariencia

[195] Los autores más antiguos excluían totalmente, en efecto, a responsabilidad internacional del Estado en tales casos o, a lo sumo, la admitían dándole como fundamento el hecho de que los órganos superiores del Estado no habían prohibido, o por lo menos repudiado, los actos censurables. Véase, por ejemplo, P. Fiore, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, 3.ª ed., Milán, 1887, vol. I, págs. 426 y 427; Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 5.ª ed, París, Guillaumin, t. 3, págs. 135 y 136; F. Despagnet, *Cours de droit international public*, 3.ª ed., París, 1905, pág. 564. Esa idea se sostenía también en el informe redactado por J. G. Guerrero para la Comisión de Expertos de la Sociedad de las Naciones. Véase asimismo, de ese jurista, *La codification du droit international*, París, Pédone, 1930, págs. 111 y 112. Levin [*Otvetstvennost gosudarstv ... (op. cit.)*, págs. 72 y ss.] se acerca también ahora a esa idea.

[196] Esta es la idea expuesta, desde la primera edición de su obra, por Oppenheim, quien adopta la expresión « vicarious responsibility », en contraposición a « original responsibility », para designar la responsabilidad de los Estados por ciertas acciones u omisiones distintas de sus propias acciones u omisiones, así como ciertos hechos ilícitos cometidos por sus agentes sin autorización. Véase L. Oppenheim, *op. cit.*, págs. 337 y 338 y pág. 362. Para A. Jess (*Politische Handlungen Privater gegen das Ausland und das Völkerrecht*, Breslau, Marcus, 1923, págs. 103 y ss.) la responsabilidad del Estado en lo que respecta a hechos cometidos fuera de la competencia reconocida a su autor es, en realidad, una responsabilidad por hechos de individuos. Véase también en este contexto, E. M. Borchard, *op. cit.*, pág. 180; y A. V. Freeman, *op. cit.*, págs. 25 y 26.

[197] Esta tesis se ha desarrollado sobre todo a propósito de hechos cometidos por funcionarios en desacuerdo con las normas de derecho a las que están sujetos. Ya H. Triepel [*Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Mohr (Siebeck), 1899, pág. 349] afirma que el Estado debe responder también de los actos de sus órganos que rebasan los límites de su competencia, pese a que « a decir verdad, esos actos, jurídicamente considerados, no son actos estatales » (« diese Akte sind zwar rechtlich genommen keine Staatsakte »).

Anzilotti también se basaba, en sus escritos más antiguos (*Teoria generale ... (op. cit.)*, pág. 132, y también *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bolonia, Zanichelli, 1905, reimpreso en *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padua, CEDAM, 1956, vol. II, t. 1, págs. 429 y ss.) en la observación de que solamente el derecho interno determinaba la competencia respectiva de los distintos órganos del Estado, para sacar de ello la consecuencia de que el comportamiento adoptado por un órgano en violación de la ley interna o fuera de su competencia no constituía un acto estatal, sino un acto puramente individual, y ello cualquiera que fuera el punto de vista desde el que se examinara. Advertía, sin embargo, que era cierto que el derecho internacional preveía en esos casos también una responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos de sus funcionarios : una responsabilidad que dimanaba inmediatamente del comportamiento del funcionario y no (como ocurre con los actos de particulares) de la actitud adoptada por el Estado respecto de ese comportamiento. Los hechos ilícitos cometidos por funcionarios que abusan de su calidad de tales, comentaba el autor, sin ser actos del Estado, tienen las características exteriores de ellos; por consiguiente, el Estado debe responder de las consecuencias perjudiciales de esos hechos.

Las teorías de Strupp [« Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch ... (op. cit.)*, págs. 37 y ss.] apuntan en el mismo sentido. Este autor hace la observación siguiente a propósito de la tesis de quienes, viendo a un simple particular en todo órgano que actúe en violación de su competencia, conciben la responsabilidad del Estado a raíz de una acción de ese tipo como un caso de responsabilidad por los hechos de particulares : « Esta manera de ver, conforme a la lógica jurídica, se halla, sin embargo, en clara contradicción con la concepción jurídica de los Estados, en la medida en que se trata de una extralimitación. » [Diese, der Rechtslogik konforme Auffassung steht jedoch in schroffem Widerspruch zu der Rechtsauffassung der Staaten, soweit eine Kompetenzüberschreitung in Betracht kommt.] (*Ibid.*, pág. 39.) Según la concepción jurídica de los Estados, añade Strupp (*ibid.*, pág. 42), el Estado responde, en efecto, de los hechos de sus órganos, incluso cuando se han extralimitado, siempre que hayan permanecido dentro del marco general de sus funciones y hayan aparecido, por consiguiente, como órganos. Para Dahm (*op. cit.*, págs. 181 y 182), la organización del Estado queda establecida por las normas de su derecho interno que determinan qué personas actúan en nombre del Estado y cuáles son sus atribuciones. Por ello mismo, segun Dahm, se establecen los límites de la responsabilidad en derecho internacional; el orden jurídico internacional se ciñe en esto al derecho interno. Sin embargo, razones de justicia y de seguridad exigirían que el comportamiento de los órganos del Estado que se extralimitan, pero bajo la apariencia del ejercicio de sus funciones, se considere también como un comportamiento del Estado.

(Continúa en la página siguiente.)

exterior, cuando no la realidad intrínseca, de tales [198]. Ahora bien, esta presunción puede tener por efecto conciliar las conclusiones con la práctica de los Estados, pero no por ello deja de estar en contradicción completa con las premisas en que se apoyan los juristas aquí mencionados.

113. En otras corrientes de opinión se advierten las consecuencias negativas de la falta de distinción entre la determinación de la organización del Estado y la definición de las condiciones en que pueden atribuirse al Estado sujeto de derecho internacional las acciones u omisiones de las personas que forman parte de esta organización. En particular, se observan estas consecuencias entre los partidarios de una concepción muy diferente de la de los autores antes mencionados y casi diametralmente opuesta a la suya. El punto de partida es siempre la idea de que las dos operaciones son inseparables. Sin embargo, los autores que pertenecen a la segunda corriente quieren, con razón, restituir al derecho internacional la tarea de determinar las condiciones en que puede reconocerse que un comportamiento o una volición constituyen un comportamiento o volición del Estado en el plano internacional. Llegan entonces a atribuírselo todo al derecho internacional, es decir, a reconocerle también la tarea de determinar la organización del Estado como sujeto de derecho internacional. Huelga decir que sólo puede concebirse semejante conclusión con la condición de adoptar un concepto de « organización » muy deformado en comparación con el que constituye la acepción normal de ese término. Según la opinión claramente formulada por algunos autores de ese grupo, debería entenderse por « organización » de una entidad considerada como sujeto por un ordenamiento jurídico dado el conjunto de normas que establecen las condiciones en las cuales ese ordenamiento jurídico puede imputar a tal entidad una declaración de voluntad, una acción o una omisión de ciertos individuos. Ahora bien, por supuesto, si se aceptara dar tal sentido al término « organización », sería fácil y aun necesario deducir de ello que la organización del Estado en cuanto sujeto del derecho de gentes esta determinada por este último [199]. Mas parece cierto que semejante definición de la organización del Estado termina por no tener ninguna relación con el fenómeno que se supone ha de definir. La « organización » del Estado no puede describirse como un conjunto de « normas de vinculación »; es un haz de estructuras reales, es el aparato mediante el cual el Estado revela concretamente su existencia y obra para conseguir sus fines. Y el propio Estado se « organiza », se da este aparato y prevé su funcionamiento según sus propios criterios y según sus propias disposiciones. « Organizar » el Estado no forma parte de ninguna manera de las funciones del derecho internacional, aunque sea solamente con fines internacionales [200]. Para que la aseveración contraria sea menos chocante, se cuida de agregar que, a fin de determinar su propia organización del Estado, el derecho internacional utiliza, por lo menos en principio, las normas de derecho que determinan la organización efectiva interna del Estado [201] o se remite a la organización internacional del Estado [202]. La idea en sí no deja por ello de ser inadmisible.

114. Otros autores adoptan un punto de partida análogo al de las corrientes examinadas hasta el momento, lo que les es facilitado por su concepción rigurosamente monista de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno. Esta concepción los lleva a hablar de la facultad del Estado de determinar su propia organización como de una concesión o delegación del derecho

(Continuación de la nota 197.)

En la literatura italiana moderna, Monaco (*op. cit.*, pág. 368) presenta como criterio general la consideración de que « si el órgano, al ejercer las facultades de su función, comete una violación del derecho internacional, no es ilógico que el Estado perjudicado interprete en un sentido lato la esfera de las atribuciones del órgano y trate de atribuir la responsabilidad de dicho acto al Estado al que pertenece el órgano ».

[198] Véase Triepel, *op. cit.*, *loc. cit.*; Anzilotti, *Teoria generale ... (op. cit.)*, pág. 132; Jess, *op. cit.*, pág. 104 (este jurista no escatima, sin embargo, sus críticas a la concepción según la cual los órganos que se extralimitan deberían considerarse, *prácticamente* si no teóricamente, como verdaderos órganos); Strupp, « Das völkerrechktliche Delikt », *Handbuch ... (op. cit.)*, pág. 43; Dahm, *op. cit.*, pág. 182. Cuando se examine posteriormente en forma más específica la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado en cuanto a los hechos cometidos por sus órganos fuera de la competencia de éstos, se podrá comprobar al mismo tiempo la influencia que las distintas opiniones aquí indicadas han tenido en la práctica en la actitud oficial de ciertos gobiernos.

[199] Perassi (*op. cit.*, pág. 98) llega a esta conclusión precisamente sobre la base de la premisa indicada. Balladore Pallieri [*Diritto internazionale pubblico (op. cit.)*, págs. 123 y 124] también concibe la organización de un sujeto persona jurídica como el proceso mediante el cual el derecho considera la voluntad o la acción de individuos particulares como la voluntad o acción del sujeto persona jurídica; de ello deduce que la organización de los Estados como sujetos de derecho internacional está determinada por normas jurídicas internacionales. Asimismo, para Morelli (*op. cit.* págs. 185 y 186). la imputación de acciones o de voliciones individuales a sujetos de un ordenamiento jurídico dado se identifica con la organización de estos sujetos y por lo tanto, las normas que regulan la organización de los sujetos de derecho internacional sólo pueden ser normas de derecho internacional. Para Sereni (*op. cit.*, 1958, t. II, págs. 456 y 457), corresponde al derecho internacional indicar qué individuos o grupos de individuos tienen la calidad de órganos de sus propios sujetos y cuál es su competencia.

Es de señalar que, si se llevara la concepción aquí mencionada hasta sus últimas consecuencias, habría de admitirse que allí donde se reconociera, siquiera excepcionalmente, una responsabilidad del Estado por hechos de particulares u otras personas sin vinculación alguna con la organización del Estado, estas personas quedarían automáticamente elevadas con ello al rango de órganos del Estado en el sentido del derecho internacional.

[200] Al criticar la tesis aquí mencionada, G. Biscottini [« Volontà ed attività dello Stato nell'ordinamento internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Padua, año XXXIV, serie IV, vol. XXI (1942), pág. 14] señala precisamente que las normas jurídicas internacionales no tienen nada que ver con la determinación de la organización del Estado para los fines del derecho internacional.

[201] Así pues, el derecho internacional, para determinar la organización del Estado sujeto de derecho internacional haría suyo el contenido de las normas que determinan la organización del Estado sujeto de derecho interno. Véase Perassi, *op. cit.*, pág. 99; Sereni, *op. cit.*, t. II, pág. 457.

[202] Según Morelli (*op. cit.*, pág. 187), la organización de hecho del sujeto debería, a efectos de la remisión efectuada por el derecho internacional, prevalecer sobre esa organización jurídica. Véase también V. Bellini, « Il principio generale dell'effettività nell'ordinamento internazionale », *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Roma, 3.ª serie (especial), vol. XXVII, fasc. 3, 1951, págs. 293 y ss.

internacional. Ante algunos de los problemas mencionados se ven llevados a sostener que el derecho internacional no siempre deja al derecho interno la determinación de la organización del Estado. Hay, según ellos, casos excepcionales en los cuales el derecho internacional interviene directamente en esa esfera para establecer que una persona determinada debe considerarse como un órgano del Estado [203]. Las dificultades con que tropiezan los juristas pertenecientes a las corrientes antes mencionadas al parecer quedarían así superadas; mas siempre que uno se conforme con una construcción que, pensándolo bien, resulta todavía más ficticia y más alejada de la realidad que la de los juristas que atribuyen al derecho internacional la función de determinar la organización del Estado en cuanto sujeto de derecho internacional. En efecto, según este razonamiento, el derecho internacional no se conforma sólo con determinar directamente una parte de la organización estatal. Aun la parte restante y « normal » de esa organización no queda determinada por el Estado en virtud de una pretendida « facultad » otorgada por el ordenamiento jurídico internacional. La existencia de la organización del Estado, incluso en el marco puramente interno, termina por depender, en última instancia, del derecho internacional.

115. El examen sucesivo hecho hasta aquí de algunas de las tendencias más conocidas que se han manifestado en la literatura jurídica, y el reconocimiento de que, de una manera u otra, han llegado todas ellas a un callejón sin salida sólo puede confirmarnos en la convicción que expresamos desde el comienzo de estas consideraciones. Sólo una determinación clara y precisa de las distinciones a las que nos hemos referido puede permitirnos dar una solución satisfactoria a los problemas que se plantean y, principalmente, eliminar los que, en última instancia, no son sino problemas artificiales y, por lo tanto, en la práctica inexistentes.

116. La idea falsa que debe descartarse en primer lugar es precisamente la que pretendiera identificar la determinación de los criterios según los cuales puede atribuirse al Estado el comportamiento de ciertas personas con la determinación de lo que constituye la organización del Estado. Ya se ha indicado al pasar que por « organización » del Estado hay que entender el aparato de este último, el conjunto de estructuras concretas mediante las cuales manifiesta su existencia y ejerce su acción. Es obvio que la formación de estas estructuras y la previsión de esta acción son objeto de una reglamentación jurídica que el propio Estado, y sólo él, puede instituir. Esta reglamentación es lógicamente un *prius* en relación con la operación que consiste en atribuir al sujeto Estado el comportamiento de una persona que forme parte de dichas estructuras. Ello es cierto, e incluso necesariamente cierto, si la cuestión no se plantea sino en el marco del ordenamiento interno, es decir si el comportamiento se considera como hecho del Estado sujeto del derecho nacional. Cuando se atribuye al Estado cierta acción u omisión de una persona o de un grupo de personas dadas, no se les confiere por ello la calidad de órgano del Estado : se expone simplemente una consecuencia del hecho de que esas personas sean órganos, que estén jurídicamente habilitadas para actuar en nombre del Estado. En otras palabras, la calidad de órgano que reviste la persona a cuyo comportamiento se hace referencia es la premisa, la condición, pero no el efecto de que se considere dicho comportamiento como un hecho del Estado.

117. Esta observación es aún más válida cuando el comportamiento de una persona o de un grupo de personas se atribuye al Estado como sujeto de derecho internacional y no como sujeto de derecho interno. Para el ordenamiento jurídico nacional la organización del Estado, enteramente determinada en sus estructuras y su funcionamiento por normas de derecho propias de este ordenamiento, está caracterizada jurídicamente. En cambio, la formación y la reglamentación de esta misma organización son totalmente ajenas a los supuestos jurídicos del ordenamiento internacional; para este sistema jurídico la organización interna del Estado es, en conjunto, un simple hecho [204], como también son simples hechos los criterios del derecho interno que regulan su acción. No hay en ello más que una aplicación del principio general reconocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su fallo N.º 7 de 25 de mayo de 1926, y confirmado por ella en sus decisiones ulteriores, según el cual « para el derecho internacional [. . .] las leyes nacionales son

[203] A. Verdross [« Règles générales . . . », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, págs. 335 y 336, y *Völkerrecht (op. cit.)*, pág. 380] afirma así que la regla según la cual son órganos de un Estado las personas declaradas competentes por su derecho interno no es válida sino en los casos *normales*. Excepcionalmente, el propio derecho internacional puede « determinar qué individuos deben considerarse órganos del Estado ». Los dos casos en los cuales eso ocurriría serían el de la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tomara espontáneamente las armas para combatir al invasor, y el de los órganos carentes de competencia según el derecho interno. De todos modos, Verdross cree que debe justificar estas excepciones por el principio de la eficacia. Véanse ideas en parte análogas en Guggenheim, *Traité . . . (op. cit.)*, págs. 5 y 7.

Kelsen, que en sus primeras obras defendió sin reservas el principio según el cual corresponde al derecho nacional determinar si un acto realizado por un individuo es o no un acto estatal, es decir imputable al Estado, ha sostenido más recientemente que el derecho internacional puede también, excepcionalmente, determinar las personas que tienen competencia para actuar en calidad de órganos del Estado y realizar así actos estatales. A su juicio, sólo esto explicaría que se considerase acto estatal incluso el acto realizado por un individuo cuando no estaba ni autorizado ni obligado por el derecho internacional a realizarlo [véase Kelsen, « Théorie . . . », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, pág. 88 y 89, y *Principles . . . (op. cit.)*, págs. 117 y 118].

[204] Esta idea ha sido formulada eficazmente por Marinoni (*op. cit.*, págs. 115 y ss.). « El Estado —advierte este autor— existe y se manifiesta en la organización de agentes, de funcionarios; si el Estado existe internacionalmente, preexiste en esa organización y en virtud de ella [. . .]. Esa organización de funcionarios estatales existe también para el derecho internacional, como expresión de la existencia del Estado [. . .], pero de distinta manera que para el derecho interno, del que dicha organización dimana en forma inmediata y exclusiva. Para el derecho interno, está dotada de carácter jurídico, porque depende directamente de él; para el derecho internacional es un hecho, precisamente porque le es ajena y porque está simplemente presupuesta ». (*Ibid.*, págs. 117 y 118.) Para una crítica eficaz de la idea según la cual la organización del Estado sujeto de derecho internacional sería una organización establecida por el derecho internacional, véase G. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, págs. 343 y ss.

simples hechos »[205]. Si es cierto, pues, que la pertenencia de un individuo o grupo de individuos a la organización del Estado sólo debe considerarse como una posible premisa de la atribución al Estado sujeto de derecho internacional de un comportamiento de dicho individuo o dicho grupo, no por ello es menos importante poner de manifiesto que para el derecho internacional esa premisa es una premisa de hecho y no de derecho. El aparato del Estado es siempre un hecho para el sistema jurídico internacional; sus estructuras no son « recibidas » en el marco de este sistema, no adquieren en él carácter de estructura jurídica, aun cuando el derecho internacional las tome en consideración para sus propios fines. No hay que dejarse inducir en error por el empleo de la palabra « remisión », que se utiliza a veces para describir este fenómeno[206]. El derecho internacional se limita a presuponer la organización que el Estado se ha dado en su marco interno; tiene simplemente en cuenta su existencia en el ordenamiento jurídico nacional como un hecho al cual vincula, condiciona, algunas de sus determinaciones[207].

118. Sobre la base de las consideraciones que anteceden, parece útil exponer ahora en algunos puntos las conclusiones esenciales del razonamiento seguido hasta aquí.

119. La primera conclusión se refiere al significado que debe darse, si se quiere ser exacto, a la aseveración corriente según la cual en derecho internacional se atribuye al Estado sujeto de este derecho, a fin de determinar, llegado el caso, una responsabilidad suya, el comportamiento de sus agentes u órganos. Esto no quiere decir, de ninguna manera, que esas personas tengan o adquieran en virtud de esta atribución la calidad jurídica de órganos del Estado según el derecho internacional. Correctamente interpretada, la proposición a la que se hace referencia indica simplemente que en el plano del derecho internacional se considera, en principio, como hecho del Estado el comportamiento de las personas o los grupos de personas a los que en el ordenamiento interno, y sólo en este ordenamiento, se atribuye la calidad jurídica de órgano del Estado. Cabe también señalar que esta observación no sólo es válida en relación con la hipótesis normal en que el Estado procede de manera enteramente libre a la determinación de su organización. La situación no cambia, en este aspecto, en los casos por lo demás excepcionales, en que el derecho internacional pone límites a la libertad que tiene el Estado para determinar su organización. En tales casos la norma internacional no define directamente por sí misma el aparato del Estado o parte de ese aparato; se limita a imponer al Estado una obligación que el Estado, por su parte, respetará dándose una organización con preferencia a otra. Mas los órganos creados en cumplimiento de tal obligación tampoco son órganos de derecho internacional. Son, como los demás órganos libremente elegidos, órganos de derecho interno, y el ordenamiento jurídico internacional puede, en su caso como en el de los otros, ver en las disposiciones de derecho interno que a ellos se refieren una condición de hecho de la atribución de su acción u omisión al Estado sujeto de derecho internacional.

120. La segunda conclusión es que el derecho internacional tiene plena libertad al considerar la situación existente en el ordenamiento jurídico interno. La autonomía de la atribución de un hecho al Estado en el plano del derecho internacional respecto de la atribución en el plano del derecho nacional es clara y total[208]. En el marco del sistema jurídico nacional, puede ser lógico atribuir al Estado (por ejemplo, para asignarle una responsabilidad administrativa) sólo los hechos

[205] Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond) [Asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (fondo)], 25 de mayo de 1926 (*C.P.J.I.*, serie A, N.° 7, pág. 19).

[206] Desde luego, no se trata de una forma de remisión por la cual las normas de derecho internacional tomen y hagan suyo el contenido de normas de derecho interno, como piensan algunos (por ejemplo, Perassi, *op. cit.*, pág. 99; y Monaco, *op. cit.*, pág. 320). Anzilotti [*Corso . . . (op. cit.)*, pág. 387], si bien habla a este respecto de « remisión » a las normas internas por parte de las normas internacionales, pone bien de manifiesto que el derecho internacional, al imputar por sí mismo la acción del individuo al Estado, se limita a hacer de la relación entre el individuo y el Estado, reconocible sobre la base del derecho interno, una condición previa (« presupposto ») de esa imputación.

[207] Véase Ago, « Le délit international », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, págs. 464 y 465: « La organización interna del Estado y la calidad de órgano que en ella tienen ciertas personas, no son para el derecho internacional una organización y una calidad dotadas de valor jurídico. No son sino hechos, premisas materiales, que el derecho de gentes utiliza como punto de referencia para los juicios jurídicos que desea hacer [. . .] el recurso [a la organización interna] no significa ninguna atribución de valor jurídico en el sistema que lo emplea. En una palabra: el órgano del Estado tiene calidad jurídica de órgano exclusivamente en el ordenamiento jurídico interno; desde el punto de vista del ordenamiento internacional, sólo se considera esta calidad de órgano como una condición de hecho necesaria para poder examinar su conducta y apreciarla como conducta jurídica del Estado. » J.-P. Quéneudec (*op. cit.*, págs. 29 y 30) se adhiere a estas opiniones.

[208] La distinción entre las dos atribuciones y su independencia respectiva es clara para muchos autores. Se ha podido ver *supra* (párr. 113) que el deseo de afirmar la autonomía del derecho internacional en la determinación de las condiciones en que un comportamiento puede atribuirse al Estado en el plano internacional incluso ha llevado a algunos juristas, sobre todo italianos, a exponer la idea de que el derecho internacional determina por sí mismo la organización del Estado como sujeto de derecho internacional. Sin ir tan lejos, otros, como J. G. Starke (*op. cit.*, pág. 110) afirman asimismo la plena autonomía del derecho internacional al respecto. A. Ross dice (*op. cit.*, pág. 251):

> « Este último [*el derecho internacional*] determina cuáles son las personas cuyas acciones pueden atribuirse al Estado en el sentido de que constituyen la base normal de la responsabilidad internacional de este Estado. » [It is the latter [*international law*] which determines whose actions can be ascribed to a state in the sense that they constitute the normal basis of the international responsibility of the state.] [Subraya el Relator Especial.]

Para Meron (*op. cit.*, pág. 88), « la imputabilidad es un proceso autónomo de derecho internacional, y no de derecho interno » (« imputability is an independent process of international, not of domestic law »). Reuter [« Principles . . . », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, pág. 603, y sobre todo *La responsabilité internationale (op. cit.)*, pág. 87] subraya eficazmente que

> « la imputación según el derecho interno no es necesariamente la misma que la que se hace según el derecho internacional, y, por supuesto, esta última es determinante para la responsabilidad internacional. »

Véase también C. F. Amerasinghe, « Imputability in the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens », *Revue égyptienne de droit international*, El Cairo, vol. 22, 1966, págs. 96 y 104.

realizados por personas que gozan jurídicamente de la calidad de órganos y también excluir tal atribución cuando tales órganos actúan fuera de las disposiciones fijadas por las normas del mismo sistema; pero estas limitaciones no tienen razón de ser en el marco del derecho internacional. Este último, repitámoslo, es perfectamente libre de condicionar o no condicionar la atribución de un comportamiento al Estado sujeto de derecho internacional al hecho de que el individuo de quien emana este comportamiento sea o no sea órgano del Estado para el derecho nacional. La consideración de algunos hechos como hechos del Estado en el plano internacional puede inspirarse en criterios a la vez más amplios y más restringidos que la consideración correspondiente en el plano interno. Se verá, en efecto, que en la práctica internacional se trata como hechos del Estado sujeto de derecho internacional el comportamiento de personas que son órganos de instituciones públicas distintas del Estado o el comportamiento de órganos del Estado o de otras entidades fuera de la competencia que el derecho interno les atribuye. No hay en ello nada extraño, nada que haya de justificarse recurriendo a tal o cual explicación, a tal o cual excusa, Pero, al mismo tiempo, no hay en ello ninguna intención, por parte del derecho internacional, de insertar en el aparato estatal « órganos » que el propio Estado no ha previsto como tales ni de introducir desde fuera ninguna modificación de la organización del Estado.

121. La tercera y última conclusión se desprende automáticamente de la libertad que hemos reconocido al derecho internacional en cuanto a la determinación de las condiciones en que admite que un comportamiento dado sea considerado hecho del Estado en el plano internacional, de la independencia de esa determinación respecto de la que pueda hacer el derecho nacional. Los largos razonamientos presentados en estas consideraciones preliminares y el examen detallado que se ha hecho de las diferentes concepciones en la materia tienen por objeto, como se dijo desde un principio, desbrozar el terreno con miras al examen concreto de las cuestiones a que se refiere este capítulo. La determinación que nos corresponde hacer puede —ahora estamos seguros de ello— hacer caso omiso de las preocupaciones teóricas en las que tantos juristas han fijado la atención. Debe basarse únicamente en la búsqueda de las realidades de la vida de la sociedad internacional, de lo que se desprende del examen de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional. Sólo hay que tener presente la tarea de descubrir cuáles son los comportamientos que el derecho internacional atribuye realmente al Estado que es su sujeto, y no los que ese derecho debería atribuirle en virtud de tal o cual concepción abstracta.

2. Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de los hechos de sus propios órganos

122. En el marco de las consideraciones preliminares que anteceden se ha señalado [209] que la observación de la realidad de la vida internacional permite hacer una primera comprobación cierta : los hechos de las personas o de los grupos de personas que participan en el aparato interno del Estado, en otros términos, los comportamientos de quienes en el marco del ordenamiento jurídico del Estado, se califican propiamente de « órganos » o « agentes » de este último, se consideran, en general al menos, como « hechos del Estado » en el plano del derecho internacional. Hemos visto también que una vasta literatura ha querido construir sobre ello especulaciones teóricas, transformando lo que debería haber seguido siendo la simple descripción de una realidad en una suerte de principio lógico absoluto, que se desprende de tal o cual premisa abstracta, lo que ha dado origen a muchas dificultades. A la luz de las conclusiones enunciadas al final de nuestro análisis, podemos ahora reconocer que esa comprobación debe tomarse rigurosamente como tal, es decir, como el resultado objetivo de un examen de lo que ocurre concretamente en las relaciones interestatales. Estamos igualmente en condiciones de afirmar que esa comprobación no tiene en sí misma nada que sea necesariamente absoluto ni sobre todo, nada exclusivo. Dicho de otra manera, comprobamos que, en la esfera de las relaciones jurídicas internacionales, se atribuye al Estado, sujeto de dichas relaciones, el comportamiento de quienes, en la esfera jurídica interna, se califican de órganos de ese Estado. Pero esto no debe conducirnos automáticamente a conclusiones excesivas. De ningún modo se debe entender *a priori* que las acciones u omisiones de todas las personas que así se califican han de considerarse sin más como hechos del Estado en el plano internacional : sólo un análisis ulterior y cuidadoso de la realidad puede llevarnos, llegado el caso, a demostrar ese aspecto complementario. Sobre todo, no se debe entender que, al reconocer que se atribuyen al Estado sujeto de derecho internacional los comportamientos dimanados de sus propios órganos de conformidad con el ordenamiento interno, queda terminado el inventario de los comportamientos que pueden entrar en consideración como « hechos del Estado » a los fines de vincular a esos hechos una responsabilidad internacional. El mismo análisis de la realidad puede demostrarnos a continuación que el comportamiento de otras personas que no se hallan, con relación al Estado, en la situación señalada se atribuye igualmente al Estado en el plano del derecho internacional y puede ser así la fuente de una responsabilidad internacional a su cargo. Por lo tanto, ha de tenerse presente con toda claridad que lo que aquí determinamos sólo representa un punto de partida, un punto básico, pero aún así un punto al que después habrán de agregarse otros, que surjan de las comprobaciones suplementarias que el examen de la vida internacional nos lleve a hacer.

123. Dicho esto, la primera tarea que debemos cumplir es precisamente la de verificar que el punto al que nos hemos referido corresponde en efecto a la realidad de las relaciones internacionales. Aunque la jurisprudencia internacional reconoce de manera inequívoca y desde tiempo antiguo que el Estado es responsable de las infracciones cometidas por sus propios agentes, nos

[209] Véase *supra*, párr. 107.

corresponde señalar que las más de las veces este principio se presupone simplemente o se considera como admitido. Los casos en que se afirma implícitamente son innumerables : lo encontramos, en efecto, como elemento de base de las decisiones sobre casi todos los asuntos que habremos de examinar, con otros fines y bajo otros aspectos, en las secciones siguientes de este capítulo. En consecuencia, nos limitamos a mencionar aquí los casos en que ese principio ha sido expuesto de modo particularmente claro y explícito.

124. En el *Asunto Moses*, por ejemplo, zanjado el 14 de abril de 1871 por la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos de América-México, establecida por el Convenio de 4 de julio de 1868, el superárbitro Lieber, al afirmar la responsabilidad de México por los actos de un funcionario mexicano, añadió a título de comentario :

> Un funcionario o una persona investida de autoridad representa *pro tanto* a su gobierno que, considerado desde un punto de vista internacional, es el conjunto de todos los funcionarios y de todas las personas investidas de autoridad [210].

Más precisa aún es la afirmación que se encuentra en siete laudos, pertinentes todos al *Asunto de las reclamaciones de súbditos italianos residentes en el Perú* (en relación con los daños sufridos por éstos durante la guerra civil peruana de 1894 a 1895), zanjado en Lima el 30 de septiembre de 1901. Cada uno de los laudos reitera que

> un principio de derecho internacional reconocido universalmente dice que el Estado es responsable de las violaciones del derecho de gentes cometidos por sus agentes[211].

El criterio de atribución al Estado, a los fines de la responsabilidad internacional, de los hechos de sus « dirigentes », « agentes » u « órganos » se encuentra confirmado posteriormente en varias otras decisiones arbitrales. Así ocurre, por ejemplo, en el laudo pronunciado el 8 de mayo de 1902 por el Tribunal de Arbitraje establecido en virtud del Protocolo de 19 de diciembre de 1901 entre los Estados Unidos de América y El Salvador en relación con el *Asunto de la Salvador Commercial Co.* [212], en la decisión (sin fecha) de la Comisión de Arbitraje Italia-Venezuela establecida en virtud de los Protocolos de 13 de febrero y 7 de mayo de 1903 en el *Asunto Sambiagiio* [213], en el laudo (sin fecha) de la Comisión de Arbitraje Países Bajos-Venezuela creada por el Protocolo de 28 de febrero de 1903 en el *Asunto J. N. Henríquez* [214], en la decisión dictada el 9 de mayo de 1934 por el árbitro Algot Bagge en el *Asunto de los Finnish Shipowners* entre la Gran Bretaña y Finlandia [215], etc.

125. En la práctica de los Estados, además de las posiciones que se pueden observar con motivo de litigios particulares, deben destacarse sobre todo las respuestas dadas por los gobiernos a los puntos III, IV y V de la solicitud de información que le dirigió el Comité Preparatorio de la Conferencia para la Codificación del derecho internacional (La Haya, 1930) [216]. De manera explícita o implícita, de estas respuestas se desprende en forma unánime la convicción jurídica de que las acciones u omisiones de los órganos del Estado, por intermedio de las cuales se realiza el incumplimiento de una obligación internacional, deben atribuirse al Estado en cuanto hechos internacionalmente ilícitos de este últimos. En la propia Conferencia, el 18 de marzo de 1930, el delegado de Francia presentó a los miembros de la Comisión una propuesta que tendía precisamente a establecer la responsabilidad del Estado « por sus órganos » [217]. A continuación, el Comité III de la Conferencia aprobó en primera lectura, por unanimidad de los treinta y cinco países representados, el artículo 1 —ya mencionado en más de una ocasión— cuyo texto dispone igualmente la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de

> todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado por parte de sus órganos [218].

126. Todos los proyectos de codificación de la responsabilidad internacional preparados por instituciones públicas o por asociaciones científicas enuncian en términos semejantes el principio de la vinculación al Estado del comportamiento de sus órganos a efectos de la determinación de la responsabilidad internacional.

En el artículo primero del Proyecto de código de derecho internacional, preparado en 1926 por la Kokusaiho Gakkwai, se dispone la atribución al Estado, como fuente de responsabilidad, de todo

> acto intencional, omisión o negligencia de las autoridades públicas en el cumplimiento de sus funciones oficiales (wilful act, default or negligence of the official authorities in the discharge of their official functions) [219].

A este respecto, el artículo 1 del proyecto sobre « responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros », preparado en 1927 por el Instituto de Derecho Internacional, menciona

---

[210] « An officer or a person in authority represents *pro tanto* his government, which in an international sense is the aggregate of all officers and men in authority. » (J. B. Moore, *op. cit.*, vol. III, pág. 3129.)

[211] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 66.V.3), pág. 399 (reclamación Chiessa), pág. 401 (reclamación Sessarego), pág. 404 (reclamación Sanguinetti), pág. 407 (reclamación Vercelli), pág. 408 (reclamación Queirolo), pág. 409 (reclamación Roggero), pág. 411 (reclamación Miglia).

[212] *Ibid.*, pág. 477.

[213] *Ibid.*, vol. X (N.º de venta: 60.V.4), pág. 512.

[214] *Ibid.*, págs. 714 y 715.

[215] *Ibid.*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1501.

[216] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 25 y ss., 41 y ss., 52 y ss.; *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 2 y 3, 6 y ss. Los tres puntos de la solicitud de información se referían respectivamente a los actos del poder legislativo, judicial y ejecutivo.

[217] Véase A. Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, París, C.N.R.S., 1965, vol. III, N.º 898, pág. 524.

[218] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

[219] *Ibid.*, *1969*, vol. II, pág. 147, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo II.

toda acción u omisión [. . .] sea cual fuere la autoridad del Estado — constituyente, legislativa, gubernamental o judicial — de que proceda tal acción u omisión [220].

Los incisos *a* y *b* del artículo 7 del proyecto de convención sobre « responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros », preparado en 1929 por la Harvard Law School, hablan de falta o negligencia de una de las « autoridades superiores » o de uno de los « funcionarios o empleados subalternos » en ejercicio de sus funciones [221]; el artículo 15 del Proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado también por la Harvard Law School en 1961, prescribe la atribución al Estado, en cuanto acciones u omisiones ilícitas de

todo acto u omisión [. . .] en que incurra un órgano, organismo, funcionario o empleado del Estado dentro de los límites de su autoridad efectiva o aparente o en el desempeño de sus funciones respectivas (the act or omission of any organ, agency, official or employee of the State acting within the scope of the actual or apparent authority or within the scope of the function of such organ, agency, official, or employee) [222].

El artículo primero del Proyecto preparado por la Deutsche Gesellschaft für Wölkerrecht en 1930 menciona los

actos u omisiones del poder constituyente o legislativo, del Gobierno, de las autoridades administrativas, de los tribunales o de las entidades y organismos que ejercen funciones públicas en el territorio del Estado (Akte oder Unterlassungen der verfassungssetzenden oder gesetzgebenden Gewalt, der Regierung, der Verwaltungsbehörden, der Gerichte oder der Korporationen und Anstalten [. . .] die auf seinem Gebiete öffentliche Aufgaben erfüllen [223].

El artículo V de los Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado según la opinión de los países latinoamericanos, preparados en 1962 por el Comité Jurídico Interamericano, dispone la responsabilidad del Estado sólo en los casos de « culpa por parte de la autoridad constituida (« fault of duly constituted authorities ») [224]; los artículos II, III y IV de los Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado según la opinión de los Estados Unidos de América, preparados por el Comité Jurídico Interamericano en 1965, disponen, respectivamente, la responsabilidad del Estado por los actos y omisiones del órgano legislativo, de los tribunales y del ejecutivo [225]. La « Regla general sobre la atribución [de la conducta a un Estado] » « General Rule as to Attribution [of Conduct to State] »), que figura en el artículo 169 de la Nueva enunciación de la Ley por el American Law Institute, dice lo siguiente :

La conducta de cualquier órgano u otro organismo de un Estado, o de cualquier funcionario, empleado u otro agente de un Estado o de ese organismo, que causa daños a un extranjero será atribuible a ese Estado [. . .] si depende de la autoridad efectiva o aparente de dicho organismo o agente o está incluida en el ámbito de sus funciones. (Conduct of any organ or other agency of a State, or of any official, employee, or other individual agent of the State or of such agency, that causes injury to an alien, is attributable to the State . . . if it is within the actual or apparent authority, or within the scope of the functions, of such agency or individual agent) [226].

Los proyectos de codificación preparados por investigadores particulares contienen también cláusulas redactadas en términos análogos [227]. Además, cabe recordar que, en las « Bases de discusión » que preparó en 1956, el Sr. García Amador, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, consideró, en la Base N.º II, sujeto activo de la responsabilidad internacional al « *Estado*, por los actos u omisiones de sus órganos » [228]. El mismo autor dedicó luego a los « Actos y omisiones de los órganos y funcionarios » el capítulo II de su Anteproyecto de 1957 [229] y el artículo 12 de su Anteproyecto revisado de 1961 [230].

127. Por último, se puede decir que la atribución al Estado de los hechos de sus órganos a los fines de la determinación de su responsabilidad internacional está admitida por una doctrina casi unánime en este sentido, a pesar de las divergencias que, como se ha podido observar, separan a los autores respecto de la cuestión de saber si todas las acciones u omisiones de los « órganos » o « agentes » del Estado, y ellas solamente, pueden o no serle atribuidas como hechos internacionalmente ilícitos [231]. En consecuencia, no parece necesario dedicar más esfuerzos a demostrar que la regla como tal forma parte del derecho internacional vigente.

---

[220] *Ibid.*, *1956*, vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96, apéndice 8.

[221] *Ibid.*, pág. 225, documento A/CN.4/96, apéndice 9.

[222] *Ibid.*, *1969*, vol. II, pág. 152, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII.

[223] *Ibid.*, pág. 156, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII.

[224] *Ibid.*, pág. 160, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo XIV.

[225] *Ibid.*, págs. 160 y 161, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo XV.

[226] Véase *supra* pág. 111, documento A/CN.4/217/Add. 2.

[227] El artículo primero del Proyecto de tratado sobre la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales, preparado en 1927 por Karl Strupp, determina la responsabilidad del Estado « por los actos de las personas o grupos a quienes emplee para la consecución de sus fines (sus " órganos ") » (« for the acts of persons or groups whom it employs for the accomplishment of its purposes [its " organs "] ») (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, pág. 158, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo IX). El artículo primero del Proyecto de Convención sobre la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales, preparado por el profesor Roth en 1932, atribuye responsabilidad al Estado por los actos contrarios al derecho internacional de cualquier « persona natural o jurídica a la que hayan encargado el desempeño de funciones públicas » (« natürlichen und juristischen Personen, die er mit der Erfüllung öffentlichen Aufgaben betraut ») (*ibid.*, pág. 159, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo X).

[228] *Ibid.*, *1956*, vol. II, pág. 216, documento A/CN.4/96, cap. X.

[229] *Ibid.*, *1957*, vol. II, pág. 139, documento A/CN.4/106, apéndice.

[230] *Ibid.*, *1961*, vol. II, pág. 53, documento A/CN.4/134, adición.

[231] Sobre el principio general según el cual deben atribuirse al Estado las acciones u omisiones de sus « órganos » o « agentes » que representen una violación de una obligación internacional del Estado, véase Triepel, *op. cit.*, págs. 349 y ss.; Anzilotti, *Teoria generale ... (op. cit.)*, págs. 130 y ss., *La responsabilité internationale ... (op. cit.)*, pág. 164, y *Corso ... (op. cit.)*, págs. 387 y ss.; Marinoni, *op. cit.*, págs. 44 y ss.; Borchard, *op. cit.*, pág. 189;

(Continúa en la página siguiente.)

128. La tarea que debemos llevar a cabo en el marco de esta sección es, por lo tanto, la de determinar la fórmula más adecuada para expresar el principio que se desprende del análisis efectuado. A este respecto cabe señalar en primer lugar que, con tal fórmula, se trata de definir la regla que podría llamarse inicial, la regla básica sobre la posibilidad de considerar como « hechos del Estado », en el plano internacional, ciertos tipos de comportamiento de personas determinadas; y ello no con fines generales, sino con el propósito concreto que constituye el objeto de este proyecto, es decir, el de considerar tales hechos internacionalmente ilícitos. La regla debe enunciar la idea esencial de que las acciones u omisiones de personas o grupos de personas, que tienen la condición de órganos del Estado según el sistema jurídico de este último, deben tratarse, en el plano del derecho internacional y a los fines indicados, como hechos del Estado. Al mismo tiempo, la fórmula que se emplee no debe contener nada que permita pensar que se trata de una regla absoluta o exclusiva; no hay que excluir ninguna posibilidad de formular en una etapa ulterior otros principios que puede eventualmente limitar y, sobre todo, integrar el alcance del que se formula en primer término [232].

129. Con respecto a la fórmula por adoptar, hay además otro punto que conviene precisar muy bien, aunque algunos podrían considerar que ni siquiera necesita enunciarse. Es menester hacer siempre una distinción fundamental cuando se trata del comportamiento de personas a las que el Estado, al establecer su aparato, confía la misión de ser sus propios órganos. Quizás sea aceptado decir, por ejemplo, que los individuos y grupos que constituyen el Estado se integran en forma cabal en la personalidad de este último y con ello pierden completamente su individualidad. Sin embargo, de esta afirmación no se deben sacar conclusiones que puedan rebasar nuestro propósito actual [233]. La parte cierta de verdad que contiene la idea de la identificación del individuo-órgano con el Estado no debe hacernos perder de vista que la persona física investida de la calidad de órgano del Estado pierde su individualidad propia sólo cuando actúa en tal calidad. Evidentemente, conserva la posibilidad de actuar también por su propia cuenta. Para cada situación concreta es necesario, pues, determinar si la persona de que se trata ha actuado bien en cuanto órgano del Estado, bien amparada en esa calidad, bien como persona física distinta de la persona del Estado. Las dificultades de orden práctico que puedan presentarse a veces en el caso de esta verificación no disminuyen en nada la claridad de la distinción en el plano de los principios. La línea de división que ha de establecerse es precisamente la que separa, de un lado, las acciones u omisiones en que incurren ciertas personas amparadas en el desempeño de sus funciones de órganos del Estado y, de otro, aquéllas en que incurren las mismas personas a título privado. En el segundo caso su comportamiento sólo puede considerarse como el de simples particulares.

130. La práctica y la jurisprudencia internacionales reconocen en forma unánime esta conclusión, seguida por el corolario según el cual se excluye, en principio, la atribución al Estado, como hechos que pueden generar responsabilidad, de las acciones u omisiones en que incurren los individuos-órganos a título exclusivamente privado. Bastará, pues, con señalar acá sólo algunas de las manifestaciones de tal reconocimiento. Por ejemplo, los gobiernos adoptaron una posición sumamente clara sobre el particular con motivo de la Conferencia de codificación de 1930. El punto V, N.º 2 *d*, de la solicitud de información presentada por el Comité Preparatorio de

(Continuación de la nota 231.)

Schoen, *op. cit.*, pág. 43; Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch ... (op. cit.)*, págs. 35 y ss.; Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana (op. cit.)*, pág. 91; A. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, París, Rousseau, 1925, págs. 64 y ss.; Eagleton, *The Responsibility of States ... (op. cit.)*, pág. 44; Hyde, *op. cit.*, pág. 882; J. Dumas, *De la responsabilité internationale des Etats*, París, Sirey, 1930, pág. 243; O. Hoijer, *La responsabilité internationale des Etats*, París, Editions internationales, 1930, págs. 7 y ss.; Kelsen, « Unrecht ... », *Zeitschrift für öffentliches Recht (op. cit.)*, págs. 504 y ss., « Théorie ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 88 y ss., y *Principles ... (op. cit.)*, pág. 117 (sin embargo, en el caso de este autor, es necesario tener en cuenta los aspectos particulares de su concepción); Eustathiades, « Principes généraux ... », *Etudes de droit international ... (op. cit.)*, pág. 514, y « Les sujets ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 416 y ss.; Ago, « Le délit international », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 462 y ss.; Starke, *op. cit.*, pág. 106; Ross, *op. cit.*, pág. 252; Verdross, *Völkerrecht (op. cit.)*, pág. 379; Oppenheim, *op. cit.*, págs. 340 y ss.; Morelli, *op. cit.*, pág. 343; Rousseau, *op. cit.*, pág. 361; Guggenheim, *Traité ... (op. cit.)*, pág. 4; Cheng, *op. cit.*, págs. 192 y ss.; Schwarzenberger, *A Manual ... (op. cit.)*, pág. 166; Reuter, *La responsabilité internationale (op. cit.)*, pág. 86; H. Accioly, *op. cit.*, págs. 276 y 279, y « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *Recueil des cours ... 1959-I*, Leiden, Sijthoff, 1960, t. 96, especialmente la pág. 371; Ulloa, *op. cit.*, pág. 256; Schüle, *op. cit.*, pág. 331; Dahm, *op. cit.*, pág. 161; Sereni, *op. cit.*, 1962, t. III, pág. 1507; Sørensen, *op. cit.*, pág. 224; Carlebach, *op. cit.*, pág. 23; Münch, *op. cit.*, pág. 170; Patel, *op. cit.*, pág. 103; O'Connell, *op. cit.*, págs. 1042 y ss.; Brownlie, *op. cit.*, pág. 367; Tunkin, *Droit international ... (op. cit.)*, pág. 192, y *Teoria ... (op. cit.)*, pág. 431; Amerasinghe, « Imputability ... », *Revue égyptienne ... (op. cit.)*, pág. 95, y *State Responsibility ... (op. cit.)*, pág. 38; Levin, *Otvetsvennost gosudarstv ... (op. cit.)*, págs. 69 y ss.; Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 544; Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, pág. 426; Elynyciev, *op. cit.*, pág. 87.

[232] Algunas veces se ha tratado de expresar mediante una fórmula global y sintética el conjunto de hechos que en derecho internacional se atribuye al Estado para los propósitos señalados; a este respecto algunos autores suelen referirse al comportamiento de las personas que forman parte de la organización « efectiva » o « de hecho » del Estado (para todos ellos, véase Morelli, *op. cit.*, pág. 343; Sereni, *op. cit.*, t. III, pág. 1507). Sin embargo, no podemos dejar de señalar nuestra falta de entusiasmo por tales fórmulas. Sin duda el derecho internacional se inspira en general en un criterio de efectividad y, sin duda también, este criterio constituye la base de sus determinaciones relativas a la atribución de un comportamiento al Estado. Pero, como ya se ha señalado, esa atribución no tiene ninguna incidencia sobre la « organización » del Estado y no implica de ningún modo la existencia de una organización « efectiva » al lado de la organización « jurídica ». Cabe añadir que, desde el punto de vista normativo que nos interesa, el empleo de la fórmula « organización efectiva » no revestiría utilidad alguna, ya que de todos modos quedaría por determinar concretamente qué habría de entenderse por organización efectiva y de qué manera tal organización se distinguiría de la existente en virtud de las normas de derecho.

[233] Véase, por ejemplo, Quadri (*op. cit.*, págs. 394 y 395), que califica tal afirmación diciendo que tales individuos y grupos perderían así toda su individualidad, de manera que sus actos no podrían ser considerados nunca como actos individuales.

la Conferencia se refería a la cuestión de saber si el Estado debía responder o no por los « actos u omisiones de funcionarios cuando tales actos u omisiones no tienen relación alguna con sus funciones oficiales ». Los veinte gobiernos que se refirieron a este punto en sus respuestas excluyeron toda responsabilidad del Estado en ese caso [234]. Este criterio fue después aceptado por todos los representantes de Estados asistentes a la Conferencia y figura implícitamente en el texto del artículo 8 del proyecto adoptado en primera lectura por el Comité III de la Conferencia [235].

131. En más de una oportunidad la misma idea se enunció expresamente en laudos. Uno de los citados con mayor frecuencia es el relativo al *Asunto Bensley*, dictado el 20 de febrero de 1850 por la Comisión establecida en virtud de la ley del Congreso de los Estados Unidos de América de 3 de marzo de 1849. La desestimación de la demanda de reparación presentada por la detención de un joven americano en la casa de un gobernador mexicano se basó en los siguientes motivos :

> La detención del joven parece haber constituido un acto irresponsable por parte del gobernador, sin apariencia alguna de actuación oficial y sin ninguna relación con sus obligaciones oficiales [236].

Más recientemente, la Comisión de reclamaciones Francia-México (establecida en virtud de la Convención de 25 de septiembre de 1924), en su decisión de 7 de junio de 1929 relativa al *Asunto Caire*, declaró que el Estado no es responsable

> sólo en el caso de que el acto no haya tenido ninguna relación con la función oficial y no haya sido, en realidad, más que el acto de un particular [237].

Debe añadirse que, aunque en muchos otros casos no se encuentran afirmaciones tan explícitas, el criterio a que se hace referencia está admitido en ellas en forma implícita. Ello puede observarse, por ejemplo, en los asuntos *Putnam* [238] y *Morton* [239], zanjados por la Comisión general de reclamaciones Estado Unidos de América-México, establecida de conformidad con la Convención de 8 de septiembre de 1923. Estos asuntos se referían al homicidio de nacionales estadounidenses cometido por agentes de policía mexicanos fuera de servicio y motivado por razones puramente personales; el carácter privado del hecho era evidente y la propia parte lesionada reconoció que un hecho de tal naturaleza no podía atribuirse al Estado mexicano.

132. Para completar el cuadro, cabe recordar que en los diferentes proyectos de codificación, de origen público o privado, se enuncia en general el principio de la atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de los hechos de sus órganos [240], pero se toma la precaución de aclarar, al mismo tiempo, que debe tratarse de hechos en que hayan incurrido tales personas en el ejercicio de sus funciones; esto se hace precisamente para excluir la atribución al Estado del comportamiento adoptado por esas personas a título meramente privado. En algunos de esos proyectos hasta se dedica a esa exclusión una disposición separada [241]. En cuanto a los trabajos teóricos, casi todos los autores se refieren a la necesidad de esa exclusión y algunos de ellos la destacan especialmente [242].

133. En este contexto, quizá convenga aclarar que no debe confundirse la hipótesis de un órgano del Estado que actúa a título privado con otra completamente diferente (que ya hemos mencionado en más de una oportunidad y con la que nos ocuparemos en especial más adelante), a saber, la de un órgano que actúa como tal, pero extralimitándose, o lo que es más habitual, en violación del derecho interno. En este caso la persona no interviene de ninguna manera en cuanto particular; puede actuar en violación de las normas que rigen su conducta oficial, pero aun así actúa en nombre del Estado. En este como en otros casos, el derecho internacional tiene plena libertad para tratar los actos de esta índole como crea preferible y para determinar sus consecuencias según le parezca apropiado; sin embargo, cualquiera que sea la solución adoptada, se trata de hechos de órganos y no de particulares. En la jurisprudencia arbitral internacional la distinción a la que se hace referencia aparece claramente, por ejemplo, en el laudo relativo al *Asunto Mallén*, dictado el 27 de abril de 1927 por la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América-México. Para decidir este asunto, se tomaron en consideración sucesivamente dos acontecimientos diferentes. El primero se caracterizaba por la acción de un funcionario que actuó a título privado y el segundo por otro acto, cometido por la misma persona en calidad de funcionario, aunque

---

[234] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 82 y ss.; y *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 3 y 17.

[235] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 222, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

[236] « The detention of the boy apperars to have been a wanton trespass committed by the governor, under no colour of official proceedings and without any connection with his official duties. » (J. B. Moore, *op. cit.*, vol. III, pág. 3018.) Véase también la decisión en el Asunto Castelain, dictada por la Comisión mixta Estados Unidos de América - Francia de conformidad con la Convención de 15 de enero de 1880 (*ibid.*, págs. 2999 y 3000).

[237] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 1952.V.3), pág. 531.

[238] *Ibid.*, vol. IV (N.° de venta: 1951.V.1), págs. 151 y ss.

[239] *Ibid.*, págs. 428 y ss.

[240] Véase *supra* párr. 126.

[241] Así se hace, por ejemplo, en el proyecto preparado por la Kokusaiho Gakkwai (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, pág. 147, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo II), en el segundo párrafo del artículo 2, y en el de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (*ibid.*, pág. 156, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII), en la segunda frase del párrafo 4 del artículo primero.

[242] Véase Eagleton, *The Responsibility of States ... (op. cit.)*, págs. 58 y 59; Cheng, *op. cit.*, págs. 197 y ss.; A. V. Freeman, « Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces », *Recueil des cours ... 1955-II*, Leiden, Sijthoff, 1956, t. 88, págs. 291 y 292; García Amador, primer informe a la Comisión de Derecho Internacional (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96), párr. 71, y segundo informe a la Comisión (*ibid., 1957*, vol. II, documento A/CN.4/106), cap. II, párr. 11; Schwarzenberger, *International Law (op. cit.)*, págs. 615 y ss.; Sereni, *op. cit.*, t. III, págs. 1509 y 1510; O'Connell, *op. cit.*, pág. 1045; Quéneudec, *op. cit.*, págs. 82 y ss.

en forma abusiva [243]. En otros casos, la aplicación de la distinción no ha sido tan fácil y los tribunales no han podido pronunciarse sobre la naturaleza del acto sino después de efectuar un análisis detenido de las circunstancias de hecho [244]. Sin embargo, lo que importa destacar es que el principio mismo de la distinción no se ha puesto nunca en tela de juicio.

134. Dicho esto, corresponde una vez más hacer hincapié en que también podrán plantearse problemas respecto de acciones u omisiones que, aun habiendo sido cometidas por personas que pertenecen al aparato del Estado, sólo pueden tomarse en consideración como comportamientos privados. En el marco más general del examen del trato que, en derecho internacional, se reserva al comportamiento de los particulares, deberemos sobre todo determinar si, en ciertas circunstancias, una acción u omisión de un particular puede ser atribuida al Estado sujeto de derecho internacional; evidentemente, esa determinación deberá relacionarse también con la hipótesis concreta antes indicada. Además, habrá que ver si, en relación con la acción u omisión cometida por un individuo-órgano a título particular, cabe tener en cuenta, para la posible atribución al Estado de un hecho internacionalmente ilícito, el comportamiento seguido por otros órganos respecto de esa acción u omisión. Sin embargo, en esta etapa inicial, y a los fines de la formulación de la regla que acá se trata de definir, la única preocupación debe ser que la línea de demarcación indicada tenga la claridad necesaria. En nuestra opinión, para ello basta con indicar simplemente que se atribuye al Estado el comportamiento de la persona-órgano que, en un caso dado, actúa en calidad de órgano.

135. Habida cuenta de estas diferentes exigencias, se considera posible proponer la fórmula siguiente para definir la primera de las normas que han quedado establecidas en la vida jurídica internacional en lo que respecta a la atribución de un hecho al Estado a efectos de la calificación de ese hecho como internacionalmente ilícito :

Artículo 5. — Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de los hechos de sus propios órganos

A los fines de los presentes artículos, se considera hecho del Estado en el plano del derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que, según el ordenamiento jurídico interno de ese Estado, tienen la calidad de órganos del Estado y que, en el caso considerado, actúan en tal calidad.

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

136. En la sección 2 de este capítulo se ha hecho un análisis de la jurisprudencia internacional, la práctica de los Estados y las opiniones de la doctrina que nos ha permitido poner de relieve el principio básico que, en cierto modo, domina la materia que nos ocupa. Se trata del principio en virtud del cual el comportamiento de las personas que, conforme al sistema jurídico interno

[243] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1951.V.1), págs. 173 y ss. El cónsul mexicano en El Paso (Tejas), Mallén, había sido víctima de dos agresiones sucesivas cometidas por un agente de policía estadounidense, Franco, que tenía quejas personales contra el cónsul. En el primer caso, la Comisión reconoció que se trataba de una « acción malintencionada e ilegítima de un particular que resultó ser un funcionario » [« who happened to be an official »] y que, por lo tanto, esta acción no podía atribuirse al Gobierno de los Estados Unidos. Además, el propio Gobierno mexicano así lo reconoció. Por el contrario, en el segundo caso, el agente de policía había maltratado y detenido al cónsul y lo había acusado de abuso del derecho a llevar un arma de fuego, a pesar de que, según la ley de Tejas, Mallén estaba autorizado a llevarla. En relación con este segundo incidente, la Comisión afirmó:

> « También es esencial destacar que los dos Gobiernos consideran la conducta de Franco como la de un funcionario en ejercicio de sus funciones [. . .] y que ha quedado probado que sacó su credencial para demostrar su calidad oficial. Franco no podría haber llevado a Mallén a la cárcel si no hubiese actuado en cuanto agente de policía. Aunque su acción parezca un acto de venganza personal que se disfrazó una vez satisfecha la primera sed de venganza, como acto oficial de detención, el conjunto de dicho acto sólo puede considerarse como el acto de un funcionario. » [« It is also essential to note that both Governments consider Franco's acts as the acts of an official on duty, [. . .] and that the evidence establishes his showing his badge to assert his official capacity. Franco could not have taken Mallén to jail if he had not been acting as a police officer. Though his act would seem to have been a private act of revenge which was disguised, once the first thirst of revenge had been satisfied, as an official act of arrest, the act as a whole can only be considered as the act of an official. » (*Ibid*, pág. 177.)

[244] En el Asunto Corrie, por ejemplo, zanjado el 5 de marzo de 1929, también por la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América-México (*ibid.*, págs. 416 y 417), la solución no era tan evidente. Habiéndose producido desórdenes en las calles de una ciudad mexicana por causa de la conducta de ciertos marinos estadounidenses, intervino el comandante de la policía local. Este no llevaba su uniforme, aunque su calidad de agente era conocida por algunos de los marinos. Entre el agente y los marinos hubo una lucha, durante la cual aquél sacó su revólver y mató a dos de éstos. La Comisión consideró que el acto del agente se había efectuado a título privado y decidió que el hecho no podía atribuirse al Estado mexicano.

En el Asunto Gordon, zanjado el 8 de octubre de 1930 (*ibid.*, págs. 586 a 593), un oficial del ejército mexicano que hacía prácticas de tiro en compañía de otro oficial, hirió involuntariamente a un nacional estadounidense. Al rechazar los argumentos de los Estados Unidos, que se basaban en la calidad de militar del autor del acto, la Comisión basó su decisión en el hecho de que el oficial acababa de comprar la pistola a título privado y que la estaba probando. En la conclusión se lee:

> « En consecuencia, todo permite pensar que la acción fue cometida fuera de servicio y del marco del cumplimiento de las funciones de un oficial, y que constituía un acto privado. En estas condiciones, el Gobierno mexicano no es directamente responsable del perjuicio sufrido por Gordon. » [« Everything then leads to the belief that the act in question was outside the line of service and the performance of the duty of a military officer and was a private act, and under those conditions the Mexican Government is not directly responsible for the injury suffered by Gordon. »]

Una esfera en que la aplicación de la distinción a la que se hace referencia ha dado lugar a dificultades en algunas ocasones es la de los actos de pillaje o destrucción cometidos por soldados que no actúan a las órdenes de oficiales. En el Asunto D. Earnshaw and others (The Zafiro Case), zanjado el 30 de noviembre de 1925 por un tribunal arbitral anglo-estadounidense (*ibid.*, vol. VI (N.º de venta: 1955.V.3), págs. 160 a 165), la acción de esos soldados se consideró un acto de naturaleza privada. En otros casos la jurisprudencia es menos clara. Véase a este respecto A. V. Freeman, « Responsibility of States . . . », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, págs. 325 y ss.

del Estado, tienen la calidad de órganos del mismo, se considera en el plano internacional como « hecho del Estado » a los fines de calificar eventualmente ese hecho como internacionalmente ilícito. No obstante, nos hemos apresurado a subrayar desde un comienzo que tal principio no era ni necesariamente absoluto, ni necesariamente exclusivo y que, a tal respecto, había que proceder a una verificación ulterior [245]. Tal verificación, que debe efectuarse, valga la repetición, basándose en un análisis de la realidad de la vida internacional, ha de permitirnos, en primer término, establecer si las acciones u omisiones de *todas* las personas que tienen la calidad de órganos del Estado en la esfera jurídica nacional pueden o no ser objeto de examen a título de hechos del Estado en el plano internacional. Tal es precisamente la labor que ha de efectuarse en la presente sección.

137. El problema general que acaba de plantearse se desglosa a su vez en tres cuestiones distintas. Cabe en primer lugar preguntarse si el comportamiento de los órganos del Estado encargados de las relaciones « exteriores » es el único que puede constituir hecho ilícito del Estado en el plano del derecho internacional, o si, a la inversa, el comportamiento de órganos asignados a actividades « internas » también puede entrar en consideración a tales fines. En segundo lugar, cabe plantear la cuestión, siempre con la misma perspectiva, de si sólo puede dar lugar a un hecho internacional ilícito la conducta de los órganos « gubernamentales » o « ejecutivos » del Estado, o si no ha de hacerse ningún distingo en este aspecto entre una acción o una omisión de tales órganos y las acciones u omisiones de los órganos constituyentes, legislativos, judiciales o de cualquier otra índole. En tercero y último lugar, se determinará si debe o no establecerse una distinción, para los fines que nos interesan, entre el comportamiento de los órganos « superiores » y el de los órganos « inferiores » o « subalternos ».

138. La primera cuestión puede zanjarse rápidamente. Es una teoría anticuada y ya superada la que sostenía que sólo podían constituir hechos internacionalmente ilícitos del Estado las acciones u omisiones de los órganos encargados de las relaciones exteriores del Estado (jefe del Estado, ministro de relaciones exteriores, agentes diplomáticos, cónsules) [246]. Según tal concepción, el Estado no estaba llamado a responder del comportamiento de sus órganos internos (funcionarios administrativos, por ejemplo, o jueces) más que a título « indirecto », como si se tratara de actos de los particulares; sólo era responsable en la hipótesis de que uno de sus órganos de relaciones exteriores hubiese apoyado la acción u omisión del órgano de carácter interno. Tal posición obedecía evidentemente a la confusión, que ya hemos denunciado [247], entre lo que constituye, por una parte, la consideración de un comportamiento en cuanto hecho internacionalmente ilícito del Estado y lo que es, por otra parte, la atribución al Estado de una manifestación de voluntad que puede constituir un acto jurídico internacional válido o determinar la participación en un acto de esa naturaleza. Sin detenernos más en esta cuestión, diremos simplemente que basta echar una ojeada a la jurisprudencia y a la práctica internacional para darse cuenta de que la tesis aquí examinada carece de fundamento. Hace ya tiempo que los tratadistas sólo la mencionan para rechazarla [248].

139. Quizás la segunda cuestión parezca más compleja. Como se ha indicado, se trata de determinar si en todos los sectores del aparato estatal es posible individualizar órganos cuyo comportamiento puede dar lugar a un hecho ilícito internacional del Estado, o si tal posibilidad debe quedar excluida en lo que respecta a ciertos sectores.

140. A menudo, el examen de hipótesis posibles de hechos internacionalmente ilícitos que emanan de tales o cuales órganos se ha abordado por separado en relación con una u otra de las grandes ramas clásicas de la organización del Estado : poder legislativo (y poder constituyente), poder ejecutivo y poder judicial. Esta manera de proceder ha facilitado un examen a fondo de determinados aspectos particulares. Así, el estudio de las repercusiones internacionales posibles de ciertos comportamientos de órganos legislativos ha permitido un análisis detallado de algunas cuestiones determinadas. Se ha examinado, por ejemplo, en qué casos una acción o, sobre todo, una omisión de tales órganos puede representar por sí sola la realización de un hecho internacionalmente ilícito, y en qué casos sólo se llega a ese resultado cuando la acción u omisión del órgano legislativo va concretamente seguida por la acción u omisión de un órgano del poder ejecutivo o del poder judicial. También se ha tratado de determinar el momento en que se puede decir que se ha infringido concretamente una obligación internacional por una acción del poder legislativo, en el caso en que tal acción implica la intervención sucesiva de distintos órganos, individuales y colectivos. En el cuadro del mismo estudio se ha procurado probar que el comportamiento de los órganos del poder legislativo puede entrar en consideración, a los fines de atribuir al Estado un hecho internacionalmente ilícito, ya sea como comportamiento de esos órganos tomados en su conjunto, ya sea, en ciertos casos, como comportamiento de uno de ellos tomado aisladamente; a veces, según se ha indicado, incluso el comportamiento de un miembro individual de un órgano colectivo puede dar lugar a un hecho ilícito internacional del Estado [249].

[245] Véase *supra*, párr. 122.

[246] Véase en particular F. Liszt, *Das Völkerrecht*, 12.ª ed., Berlín, Springer, 1925, págs. 281 y 282.

[247] Véase *supra*, párr. 109.

[248] Véase Ch. Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana (op. cit).*, pág. 94; Ross, *op. cit.*, pág. 253; Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico (op. cit.)*, págs. 126 y 127; Reuter, *La responsabilité internationale (op. cit.)*, págs. 86 y 87; Vitta, *La responsabilità degli Stati per fatti di organi legislativi (op. cit.)*, pág. 24; Münch, *op. cit.*, pág. 170; Quéneudec, *op. cit.*, págs. 41 y ss.; Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 544. Los autores del tomo V del *Kurs* ... (Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*) indican, sin embargo (pág. 427), que a su juicio la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones de órganos que tengan un poder de representación internacional es mayor.

[249] Varios autores han dedicado especialmente monografías o artículos a la responsabilidad internacional por hechos de los órganos legislativos. Véase O. Hoijer, « La responsabilité inter-

(Continúa en la página siguiente.)

El examen de los comportamientos eventuales de las distintas categorías de órganos ejecutivos o administrativos ha servido de marco en el que se han planteado con mayor frecuencia una serie de cuestiones muy conocidas. Estas cuestiones iban desde la distinción entre órganos de actividades exteriores y órganos de actividades internas, hasta la distinción entre órganos superiores y órganos subordinados, entre órganos civiles y órganos militares, entre órganos operantes en el territorio nacional o en territorio extranjero, e incluso entre órganos de derecho y órganos de hecho, órganos de la administración estatal y órganos de otras instituciones públicas u otras colectividades, etc.; todo ello, claro está, bajo el aspecto de las repercusiones posibles en el plano internacional de una acción u omisión de estas distintas especies de órganos [250]. En cuanto a los órganos judiciales, los análisis que han tenido especialmente por objeto los problemas de responsabilidad internacional relacionados con su actividad han proporcionado la oportunidad no sólo de distinguir entre las diferentes hipótesis posibles del incumplimiento de una obligación internacional por la acción o la omisión de un juez, sino también de examinar una serie de otras cuestiones. Así, se ha señalado la incidencia que tiene en los problemas que examinamos la subordinación de la magistratura al poder legislativo, se ha indicado la diferencia (teniendo siempre en cuenta las consecuencias posibles de orden internacional) entre una decisión en primera instancia y una decisión en última instancia, se ha tratado, especialmente en relación con esta diferencia, la cuestión de la necesidad de agotar los recursos internos, y se ha planteado una vez más el problema del momento en que la realización de un hecho internacionalmente ilícito puede considerarse terminada. Por último, en gran medida dentro de ese mismo marco, se ha tratado de buscar una definición de « denegación de justicia », y se han puesto de manifiesto ciertas consecuencias del principio de la independencia del poder judicial sobre las modalidades de reparación, etc. . . [251].

141. Pensándolo bien, sin embargo, basta con mirar la lista de cuestiones para darse cuenta de que, al analizarlas, los autores han rebasado ampliamente los límites del problema que nos interesa y que consiste solamente en determinar si se puede o no considerar como « hecho del Estado », a los fines de calificar ese hecho de internacionalmente ilícito, el comportamiento de todos sus órganos, cualquiera que sea el lugar que ocupen en una clasificación de los poderes del Estado. Por supuesto, la mayoría de las cuestiones mencionadas quedan comprendidas en el cuadro general de la determinación de las condiciones de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, pero ello para efectos diferentes de los

(Continuación de la nota 249.)

nationale des Etats en matière d'actes législatifs », *Revue de droit international*, París, t. IV, 1929, págs. 577 y ss., y *La responsabilité internationale des Etats (op. cit.)*, págs. 7 y ss.; L. Kopelmanas, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 1937, N.º 1, págs. 88 y ss., y N.º 2, págs. 310 y ss.; Musacchia, *La responsabilità internazionale degli Stati per fatti degli organi legislativi*, Roma, 1939; M. Sibert, « Contribution à l'étude des réparations pour les dommages causés aux étrangers en conséquence d'une législation contraire au droit des gens », *Revue générale de droit international public*, París, t. XV, vol. I, 1941-1945, págs. 5 y ss;. A. S. Bilge, *La responsabilité internationale des Etats et son application en matière d'actes législatifs* (tesis N.º 471), Istanbul, Tsitouris, impr., 1950; Vitta, *La responsabilità degli Stati per fatti di organi legislativi (op. cit.)*.

Entre las obras de carácter general en las que se ha hecho un análisis aparte y muy detallado de las acciones y omisiones de órganos de los diferentes poderes, en particular de los órganos legislativos, véase especialmente Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch . . . (op. cit.)*, págs. 63 y ss.; Furgler, *op. cit.*, págs. 28 y ss.; y Münch, *op. cit.*, págs. 183 y ss.

[250] Para un examen detallado de estas cuestiones y, en general, de la responsabilidad del Estado por hechos de órganos administrativos, véase Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch . . . (op. cit.)*, págs. 85 y ss.; Hoijer, *La responsabilité internationale des Etats (op. cit.)*, págs. 75 y ss.; Furgler, *op. cit.*, págs. 28 y ss.; Münch, *op. cit.*, págs. 195 y ss. Sobre la cuestión concreta de la responsabilidad por hechos de las fuerzas armadas, véase Freeman, « Responsibility of States . . . », *Recueil des cours . . . (op. cit.)*, págs. 267 y ss.

[251] Sobre la responsabilidad internacional de los Estados por las acciones u omisiones de sus órganos judiciales, véase Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch . . . (op. cit.)*, págs. 70 y ss.; O. Hoijer, « Responsabilité internationale des Etats en matière d'actes judiciaires », *Revue de droit international*, París, t. V, 1930, págs. 115 y ss., y *La responsabilité internationale des Etats (op. cit.)*, págs. 39 y ss.; C. Th. Eustathiades, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, París, 1936; Pau, « Responsabilità internazionale dello Stato per atti di giurisdizione », Istituto di scienze giuridiche, economiche e politiche della Università di Cagliari, *Studi economico-giuridici*, Padua, vol. XXXIII, 1949-50, págs. 197 y ss.; Furgler, *op. cit.*, págs. 44 y ss.; H. Urbanek, « Das völkerrechtsverletzende nationale Urteil », *Oesterreichische Zeitschrift fuer oeffentliches Recht*, vol. IX, 1958-1959, fasc. 2, págs. 213 y ss.; Münch, *op. cit.*, págs. 209 y ss.

Sobre la noción concreta de denegación de justicia, véase además: A. S. Hershey, « Denial of Justice », *Proceedings of the American Society of International Law (at its twenty-first annual meeting, Washington, D.C., April 28-30, 1927)*, Wáshington, 1927, vol. I, págs. 27 y ss.; C. Eagleton, « Denial of Justice in International Law », *American Journal of International Law*, Wáshington, vol. 22, julio de 1928, págs. 538 y ss.; J. Dumas, « Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité internationale des Etats en matière criminelle », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.ª serie, t. X, 1929, págs. 277 y ss.; J. W. Garner, « International Responsibility of States for Judgments of Courts and Verdicts of Juries amounting to Denial of Justice », *The British Year Book of International Law, 1929*, Londres, págs. 181 y ss.; Ch. Durand, « La responsabilité internationale des Etats pour déni de justice », *Revue générale de droit internationale public*, París, 3.ª serie, t. V, 1931, págs. 694 y ss.; G. G. Fitzmaurice, « The Meaning of the Term *Denial of Justice* », *The British Year Book of International Law, 1932*, Londres, págs. 93 y ss.; Rabasa, *Responsabilidad internacional del Estado con referencia especial a la responsabilidad por denegación de justicia*, México, 1933; A. Moussa, « L'étranger et la justice nationale », *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. VIII, N.º 4 (julio-agosto de 1934), págs. 441 y ss.; Ch. de Visscher, « Le déni de justice en droit international », *Recueil des cours . . . 1935-II*, París, Sirey, 1936, t. 52, págs. 369 y ss.; O. J. Lissitzyn, « The Meaning of the Term *Denial of Justice* in International Law », *American Journal of International Law*, Wáshington, vol. 30, N.º 4, octubre de 1936, págs. 632 y ss.; Freeman, *The International Responsibility of States . . . (op. cit.)*; H. W. Spiegel, « Origin and Development of Denial of Justice », *American Journal of International Law*, Wáshington, vol. 32, N.º 1, enero de 1938, págs. 63 y ss.; C. G. Ténékidès, « Les jugements nationaux " manifestement injustes " envisagés comme source de la responsabilité internationale des Etats », *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XIII, N.º 4 (julio-agosto de 1939), págs. 373 y ss.; J. Irizarry y Puente, « The Concept of " Denial of Justice " in Latin America », *Michigan Law Review*, Ann Arbor (Mich.), vol. 43, N.º 2, octubre de 1944, págs. 383 y ss.; Gutiérrez Castro, *La denegación de justicia como causa de reclamaciones internacionales*, México, 1965.

que debemos tratar en este momento. En la mayoría de los casos, tales cuestiones equivalen a preguntarse, no si el comportamiento de una persona determinada debe o no atribuirse al Estado, sujeto de derecho internacional, sino más bien si ese comportamiento constituye o no, objetivamente, un incumplimiento de una obligación internacional. La respuesta que ha de darse no depende de la posición que el órgano que actúa ocupa en el aparato del Estado; depende del tipo y del carácter de la obligación infringida por el comportamiento de ese órgano. Por ejemplo, cuando se pregunta si la falta de aprobación de una ley determinada representa, como tal, un hecho internacionalmente ilícito del Estado, no se pone en duda la posibilidad de atribuir al Estado la omisión de un órgano legislativo; se plantea más bien un problema relacionado con la distinción que ha de hacerse entre la violación de una obligación internacional que exige directamente la aprobación de un instrumento legislativo y el incumplimiento de una obligación que por lo general tiende a un resultado que también puede lograrse, llegado el caso, por intervenciones distintas de las del poder legislativo. La determinación del momento en que puede darse por terminada la realización de un hecho internacionalmente ilícito se relaciona con la misma distinción y procede en el cuadro de la determinación de los aspectos de la infracción, y no en el de la determinación de los hechos atribuibles al Estado.

142. El examen separado y aislado de la responsabilidad internacional dimanante de acciones u omisiones de órganos del poder legislativo, del poder ejecutivo o del poder judicial, tiene también a veces el inconveniente de crear dificultades que carecen de verdadera razón de ser. Para no citar más que una, es bien sabido que la división de poderes no es en absoluto tan clara en la práctica como parece serlo en los manuales y, sobre todo, que se concibe de muy distintas formas en los diversos sistemas jurídicos y políticos. De ahí las discusiones en cuanto a la posibilidad de considerar que una acción o una omisión dada depende de un poder más bien que de otro [252], discusiones que huelgan en fin de cuentas ya que, cualquiera que sea la conclusión a que se llegue respecto de tales delimitaciones, la acción o la omisión de que se trate se atribuirá de todos modos al Estado en el plano del derecho internacional, se definirá como hecho internacionalmente ilícito y dará lugar a una responsabilidad del Estado.

143. Es preciso por último señalar que algunos de los estudios especializados aquí mencionados han brindado en ciertos casos la oportunidad de efectuar una investigación que rebasaba francamente el ámbito propiamente dicho de lo ilícito internacional y de la responsabilidad. Algunos autores, cuyo propósito original ha sido quizás determinar si los órganos de una rama determinada del poder estatal podían también cometer hechos internacionalmente ilícitos y en qué forma podían hacerlo, luego han perdido de vista ese objetivo en el curso de su análisis y se han dedicado indirectamente a investigar otro aspecto, a saber, la determinación de las obligaciones internacionales relativas a un sector dado de las relaciones entre los Estados. Por ejemplo, cuando en un estudio de la responsabilidad por acciones u omisiones de los órganos legislativos, se trata de establecer si una ley por la que se ordena una expropiación sin indemnización viola o no una obligación internacional, lo que se procura averiguar no es si los órganos legislativos del Estado pueden cometer un hecho ilícito desde el punto de vista del derecho internacional, sino si existe o no, con cargo al Estado, una obligación internacional de no expropiar a extranjeros sin indemnizarles debidamente. Cuando algunos hablan de una responsabilidad agravada del Estado por hechos de los órganos militares, lo que en realidad tienen a la vista es la determinación del contenido específico de las obligaciones internacionales que el Estado debe respetar en sus actividades de carácter militar. Cuando, en el examen de las acciones u omisiones del poder judicial, se trata de la denegación de justicia y de sus aspectos, las preguntas que se formulan, aunque sea indirectamente, no se refieren a la cuestión de si los órganos judiciales pueden infringir obligaciones internacionales, sino que versan más bien sobre cuáles son las obligaciones internacionales del Estado en lo que respecta a la administración de justicia. En otras palabras, en lugar de estudiar directamente los diferentes derechos y deberes de los Estados en los diversos sectores del derecho de gentes, se estudian esos derechos y esos deberes desde el punto de vista de su violación, lo que, en última instancia, puede reducir todo el derecho internacional a la noción de responsabilidad. Se provoca así toda esa maraña de normas de responsabilidad y de normas « primarias » del derecho internacional que como se ha observado en varias oportunidades [253], representa un impedimento grave para poder aislar y definir las normas de la responsabilidad internacional propiamente dicha.

144. Para volver, después de estas aclaraciones preliminares, a la tarea que de momento nos incumbe, podemos decir que no es necesario recurrir a la idea del desarrollo progresivo del derecho internacional para llegar a la conclusión de que es posible atribuir al Estado, como hechos internacionalmente ilícitos, acciones u omisiones de todos sus órganos, ya dependan del poder constituyente o del legislativo, del ejecutivo o del judicial. Nadie defiende hoy en día las viejas tesis que querían establecer una excepción en lo que respecta a los órganos legislativos, basándose en el carácter « soberano » del parlamento o, en lo que respecta a los órganos judiciales, alegando el principio de la independencia de la judicatura o el de la « autoridad de cosa juzgada » que tienen sus decisiones. Los asuntos en los cuales algunos Estados basaron sus alegatos en tales principios y encontraron tribunales arbitrales dispuestos a seguir-

[252] Véanse a este respecto las conclusiones de Münch, *op. cit.*, págs. 186 y ss.

[253] Se ha insistido en este aspecto en los párrafos 55 y 89 del primer informe presentado por el Relator Especial (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, págs. 139 y 144, documento A/CN.4/217 y Add.1) y en el párrafo 7 del segundo informe (*ibid., 1970*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/233).

los en ese terreno se remontan a épocas muy lejanas [254]. En la actualidad, la convicción de que la posición respectiva de los distintos poderes del Estado sólo tiene interés para el derecho constitucional y es irrelevante en absoluto en derecho internacional, a cuyos ojos el Estado aparece sólo como una unidad, ha adquirido gran firmeza en la jurisprudencia internacional, en la práctica de los Estados y en la doctrina del derecho internacional.

145. En realidad, desde hace casi un siglo, no se tiene conocimiento de ninguna decisión judicial o arbitral en la que se haya enunciado, o ni siquiera aceptado implícitamente, el principio de la irresponsabilidad del Estado por hechos de sus órganos legislativos o judiciales. En cambio, el principio opuesto se ha visto expresamente confirmado en más de una decisión y se encuentra adoptado de manera implícita en muchas otras. Parece oportuno citar detalladamente algunos ejemplos que se remontan a épocas diferentes. En la sentencia de 8 de mayo de 1902, relativa al *Asunto de la Salvador Commercial Company*, el Tribunal arbitral Estados Unidos de América-El Salvador, instituido en virtud del Protocolo de 19 de diciembre de 1901, hacía suya una opinión de Halleck según la cual :

[. . .] un Estado es responsable por los actos de sus dirigentes, ya pertenezcan a las ramas legislativa, ejecutiva o judicial del gobierno, siempre que hayan realizado tales actos en calidad oficial. (. . . a State is responsible for the acts of its rulers, whether they belong to the legislative, executive or judicial department of the Government, so far as the acts are done in their official capacity.) [255].

Veinticuatro años después, en su fallo N.º 7 de 25 de mayo de 1926, en el *Asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (fondo)*, la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmaba la responsabilidad de Polonia por la aprobación y aplicación de una ley y, con tal motivo, enunciaba el principio, ya considerado clásico, de que

En lo que respecta al derecho internacional, y a la Corte que es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, al igual que las decisiones judiciales o las medidas administrativas [256].

Aproximadamente en la misma época, en la sentencia de 23 de julio de 1927 sobre el *Asunto Chattin*, la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América-México, creada por el Convenio de 8 de septiembre de 1923, afirmaba la responsabilidad directa del Estado por los hechos de sus funcionarios (« officials ») e identificaba totalmente, en este aspecto, las acciones reprensibles ejecutadas por órganos judiciales (« by the courts ») y las realizadas por órganos *ejecutivos* [257]. Por último, en una fecha más reciente, la Comisión de conciliación franco-italiana, instituida en virtud del artículo 83 del Tratado de paz de 10 de febrero de 1947, se expresaba en la siguiente forma en su decisión de 7 de diciembre de 1955 :

Si bien en algunas sentencias arbitrales del siglo XIX, se expone la opinión de que la independencia de los tribunales, de conformidad con el principio de la división de poderes generalmente reconocido en los países civilizados, excluye la responsabilidad internacional del Estado por los actos del poder judicial contrarios al derecho, tal teoría parece hoy universal y justamente repudiada por la doctrina y la jurisprudencia internacionales. La sentencia dictada por la autoridad judicial emana de un órgano del Estado, de la misma manera que la ley promulgada por la autoridad legislativa o la decisión dictada por la autoridad ejecutiva. La no observancia de una norma internacional por un tribunal ocasiona la responsabilidad internacional de la colectividad de la que ese tribunal es un órgano [. . .]. O bien los tribunales franceses han ordenado las liquidaciones, de conformidad con el derecho interno francés pero en violación del Tratado, y Francia es responsable del acto legislativo que vulnera sus obligaciones internacionales; o bien los tribunales franceses han ordenado las liquidaciones en violación del derecho interno francés y del Tratado, y Francia es responsable del acto judicial que vulnera sus obligaciones internacionales [258].

Por lo demás, en apoyo de las constataciones que se han hecho, es preciso decir que son muy numerosas las sentencias internacionales en las que el examen del asunto implicaba el de la cuestión de si un Estado debe considerarse responsable de hechos cometidos por sus órganos legislativos [259] o judiciales [260]. Ahora bien, en

[254] La tesis de la independencia del poder judicial fue sostenida por Portugal, para sustraerse al reconocimiento de una responsabilidad internacional que le incumbía, en los Asuntos Croft (1856) y Yuille, Shortridge and Co. (1861). El Senado de Hamburgo, designado árbitro entre Gran Bretaña y Portugal en virtud de los acuerdos de 14 de mayo de 1855 y de 8 de marzo de 1861, decidió que no podía considerarse responsable al Gobierno portugués por hechos de sus tribunales, en vista de la independencia de que éstos gozaban (A. de Lapradelle y N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, Pédone, 1923, t. II, págs. 22, 23 y ss., 101 y ss. y 103). Para un examen de estos casos, véase A. Otken, « De la responsabilité internationale des Etats en raison de décisions de leurs autorités judiciaires », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques, politiques et sociales*, Ginebra, t. 4, enero-marzo de 1926, págs. 33 y ss. La tesis de la autoridad de la cosa juzgada en una sentencia interna fue sostenida con los mismos efectos por Nicaragua en el Asunto del *Faro* (1880) (H. de La Fontaine, *Pasicrisie internationale — Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berna, Stämpfli, 1902, págs. 225 a 227).

[255] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 66.V.3), pág. 477.

[256] Véase *C.P.J.I.*, serie A, N.º 7, pág. 19.

[257] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1951.V.1), pág. 286.

[258] *Ibid.*, vol. XIII (N.º de venta: 64.V.3), pág. 438.

[259] Véanse a este respecto los fallos u opiniones consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional en los asuntos relativos a los Colonos de origen alemán en Polonia (*C.P.J.I.*, serie B, N.º 6, 1923, en particular págs. 35 y ss.), al Tratamiento de los nacionales polacos en Dantzig (*id.*, serie A/B, N.º 44, 1932, en particular págs. 24 y 25), a los Fosfatos de Marruecos (*id.*, serie A/B, N.º 74, 1938, en particular págs. 25 y 26); y los de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos relativos a los Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (*C.I.J. Recueil 1952*, págs. 176 y ss.), al Oro monetario tomado en Roma en 1943 (*ibid., 1954*, págs. 19 y ss., y especialmente pág. 32), a la Aplicación de la Convención de 1902 para reglamentar la tutela de los menores (*ibid., 1958*, págs. 55 y ss.). También pueden recordarse las sentencias del Tribunal arbitral Noruega/Estados Unidos de América (1922) en el Asunto de las reclamaciones de los armadores noruegos [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1948.V.2), págs. 309 y ss., y en particular pág. 331], del Tribunal arbitral Gran Bretaña/Costa Rica (1923) en el Asunto Aguilar Amory and Royal Bank of Canada Claims

(Continúa en la página siguiente)

[260] *Véase el texto de la nota 260 en la página siguiente.*

todas estas sentencias —lleguen o no a la conclusión de que existe una responsabilidad del Estado en el caso de que se trate— la posibilidad de atribuir los hechos al Estado se da por sentada.

146. Por lo que respecta a la práctica de los Estados, no parece que se haya sostenido, por lo menos desde hace mucho tiempo, la tesis de la imposibilidad de invocar una responsabilidad internacional por hechos de los órganos legislativos o judiciales. Por el contrario, se ha manifestado muy a menudo el reconocimiento directo o indirecto de tal posibilidad [261]. Un examen detenido de todas las posiciones adoptadas sobre la materia ocuparía evidentemente un lugar desproporcionado. Bastará recordar, ante todo, que los países que han sido partes en litigios, ya sea como demandantes o como demandados, siempre han reconocido de manera expresa o implícitamente la posibilidad de atribuir al Estado un hecho internacionalmente ilícito debido al comportamiento de órganos legislativos

(Continuación de la nota 259.)

(Tinoco Case) (*ibid.*, págs. 375 y ss.), del Tribunal arbitral Estados Unidos de América/Guatemala (1930) en el Asunto Shufeldt [*ibid.*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), págs. 1083 y ss., y en particular pág. 1095], y de la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América/Canadá en el Asunto Mariposa Development Company and others [*ibid.*, vol. VI (N.º de venta: 1955.V.3), págs. 338 y ss. y en particular pág. 340].

[260] A este respecto, véanse los fallos u opiniones consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional relativos al Asunto del *Lotus* (*C.P.J.I.*, serie A, N.º 10, 1927, pág. 24), a la Competencia de los tribunales de Dantzig (*id.*, serie B, N.º 15, 1928, pág. 24), a los Fosfatos de Marruecos (*id.*, serie A/B, N.º 74, 1938, en particular pág. 28); y el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto Ambatielos (*C.I.J. Recueil 1953*, págs. 10 y ss., en particular págs. 21 y ss.). También se pueden mencionar las decisiones del Tribunal arbitral Gran Bretaña/España (1925) en el Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 1949.V.1), págs. 615 y ss., y en particular pág. 646], de la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América/México en los Asuntos García and Garza (1926) [*ibid.*, vol. IV (N.º de venta: 1951.V.1), págs. 119 y ss.], Kennedy (1927) (*ibid.*, págs. 194 y ss.), De Galvan (1927) (*ibid.*, págs. 273 y ss.), Richards (1927) (*ibid.*, págs. 275 y ss.), Parrish (1927) (*ibid.*, págs. 314 y ss.), Chase (1928) (*ibid.*, págs. 337 y ss.), Way (1928) (*ibid.*, págs. 391 y ss., y en particular pág. 400), Chazen (1930) (*ibid.*, págs. 564 y ss.), del Tribunal arbitral Italia/Venezuela en el Asunto Martini (1930) [*ibid.*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), págs. 978 y ss., y en particular pág. 986], del Tribunal arbitral Alemania/Portugal en el Asunto de la responsabilidad de Alemania por los actos cometidos con posterioridad al 31 de julio de 1914, etc. (1930) (*ibid.*, págs. 1036 y ss., y en particular págs. 1050 y 1058), de la Comisión general de reclamaciones México/Gran Bretaña en el Asunto El Oro Mining and Railway Company (1931) [*ibid.*, vol. V (N.º de venta: 1952.V.3), págs. 191 y ss.], y del Tribunal arbitral Estados Unidos de América/Egipto en el Asunto Salem (1932) [*ibid.*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), págs. 1165 y ss., y en particular pág. 1202].

[261] A título de ejemplo cabe citar, en relación con hechos de órganos legislativos, dos posiciones expuestas respectivamente por los Gobiernos británico y francés. En una nota dirigida el 28 de febrero de 1913 al Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, el Embajador de Gran Bretaña en Wáshington declaraba:

> « Ni el derecho internacional ni el uso apoyan la tesis de que la aprobación de una ley en violación de un derecho reconocido por un tratado no justifica una reclamación por violación de tal derecho y de que la nación que aduce que sus derechos según el tratado han sido violados o puestos en tela de juicio por una negación de su existencia debe abstenerse de protestar y de buscar los medios de hacer valer la cuestión litigiosa hasta que una acción ulterior en violación de tales derechos haya sido realizada en un caso concluyente. [« International law or usage does not support the doctrine that the passing of a statute in contravention of a treaty right affords no ground of complaint for the infraction of that right, and that a nation which holds that its treaty rights have been so infringed or brought into question by a denial that they exist must, before protesting and seeking a means of determining the point at issue, wait until some further action violating those rights in a conclusive instance has been taken. »] (A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon, 1961, pág. 548.)

En una nota de la Asesoría Jurídica del Quai d'Orsay fechada el 23 de enero de 1937 se expresaba la siguiente opinión:

> « Teóricamente no es imposible que una ley esté en contradicción con un compromiso internacional del Estado francés, constitucionalmente contraído, lo cual no implica necesariamente que tal compromiso haya sido aprobado por el Parlamento.
>
> » En tal caso, se encuentra en juego la responsabilidad internacional del Estado francés y el Gobierno debe, ya sea obtener del Parlamento que modifique la ley de que se trate, ya sea indemnizar a los extranjeros perjudicados por esa ley, o bien, si ello es posible, denunciar las convenciones cuya aplicación el Parlamento se niega a garantizar.
>
> [« Théoriquement, il n'est pas impossible qu'une loi soit en contradiction avec un engagement international de l'Etat français, constitutionnellement intervenu, ce qui n'implique pas nécessairement que cet engagement ait été approuvé par le Parlement.
>
> » Dans ce cas, la responsabilité internationale de l'Etat français se trouve impliquée et il appartient au Gouvernement soit d'obtenir du Parlement la modification de la loi dont il s'agit, soit d'indemniser les étrangers auxquels cette loi porterait préjudice, soit, si cela est possible, de dénoncer les conventions dont le Parlement se refuserait à assurer l'application. »] [Kiss, *Répertoire ... (op. cit.)*, N.º 903, pág. 526.]

Los criterios enunciados, sobre todo en la primera de esas notas, no están en contradicción con el hecho de que algunos Estados hayan sostenido, en determinados casos concretos, que lo ilícito internacional de que se trataba no se debía a la aprobación o no aprobación de una ley, sino más bien a medidas concretas de aplicación de tal ley, de modo que la infracción, de haberse producido, se debería a una acción de los órganos administrativos o judiciales, y no de los órganos legislativos. Ya hemos tenido la oportunidad de mostrar (véase *supra*, párr. 141) que tales actitudes se justifican, en determinadas hipótesis, en relación con el contenido de la obligación supuestamente infringida. Hay, en efecto, obligaciones internacionales que no exigen concretamente para su ejecución la aprobación formal de una ley, sino el logro de un resultado determinado, sin que sea esencial que tal resultado se obtenga por la vía legislativa o por cualquier otra vía. Por el contrario, cuando la obligación internacional exigía concretamente una acción de los órganos legislativos, no se ha manifestado ninguna duda en cuanto a la posibilidad de atribuir al Estado, como incumplimiento de tal obligación, el hecho de que esos órganos hayan dejado de aprobar la ley necesaria o hayan aprobado una ley con un contenido diferente.

Con respecto a los hechos de los órganos judiciales, puede recordarse el informe que envió el 26 de febrero de 1887 el Secretario de Estado Bayard al Presidente de los Estados Unidos de América, en el que se decía:

> « Este Departamento ha impugnado y rechazado la tesis de que un gobierno pueda alegar el fallo de uno de sus tribunales como excepción a una reclamación internacional, cuando se ha probado que tal fallo se había dictado injustamente o en contravención de los principios del derecho internacional [. . .]. » [« This Department has contested and denied the doctrine that a government may set up the judgment of one of its own courts as a bar to an international claim, when such judgment is shown to have been injust or in violation of the principles of international law [. . .] ».] (J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Wáshington, U.S. Government Printing Office, 1906, vol. VI, pág. 667.)

Véanse también las instrucciones dadas por el Sr. Bayard al Sr. Jackson, Ministro de los Estados Unidos en México, el 7 de septiembre de 1886 (*ibid.*, pág. 680).

o judiciales, del mismo modo que al comportamiento de órganos ejecutivos o administrativos [262]. La expresión más concluyente de la convicción de los Estados en la materia vuelve a figurar, de todos modos, en las opiniones que manifestaron los Estados con ocasión de la Conferencia de 1930 para la Codificación del Derecho Internacional. En el cuestionario que presentó a los gobiernos el Comité Preparatorio figuraban tres puntos. En el primero (punto III), que se refería a los « Actos del órgano legislativo », se encontraba, entre otras, la pregunta siguiente :

En los casos que se citan a continuación, ¿se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado :

Si éste adopta disposiciones legislativas incompatibles con los derechos que reconoce por tratado a otros Estados, o con otras obligaciones internacionales suyas? ¿Si el Estado deja de adoptar las disposiciones legislativas necesarias para la ejecución de las obligaciones que le han sido impuestas por tratado, u otras obligaciones internacionales suyas?

En el segundo (punto IV), referente a los « Actos relativos a las funciones judiciales », se preguntaba a los gobiernos si la responsabilidad de los Estados se encontraba comprometida en una serie de hipótesis de acciones u omisiones relativas al ejercicio de las funciones judiciales e incompatibles con las obligaciones internacionales, convencionales o de otra índole del Estado. En el tercer punto (punto V), relativo a los « Actos del órgano ejecutivo », se hacía la misma pregunta con respecto a las acciones u omisiones de los órganos del poder ejecutivo. Pues bien, en sus respuestas, cuatro Gobiernos (los de Alemania, Austria, Finlandia y Suecia) declararon expresamente que, a su juicio, el Estado era en principio responsable del incumplimiento de sus obligaciones internacionales, independientemente de que se tratase de un acto que emanase de sus órganos legislativos, ejecutivos o judiciales y sin que hubiera lugar a distinguir a este respecto entre las distintas categorías de órganos [263]. Los otros 20 Estados suscribían en realidad el mismo punto de vista al contestar también afirmativamente a cada una de las tres preguntas principales hechas en los puntos mencionados [264]. Opiniones igualmente concordantes se expresaron seguidamente por los delegados que participaron en el debate en el Comité III de la Conferencia [265]. Al concluir el debate, tres de los diez artículos aprobados en primera lectura por el Comité prescribían respectivamente que el Estado incurría en responsabilidad por acciones u omisiones, incompatibles con sus obligaciones internacionales, de sus órganos legislativos (art. 6), ejecutivos (art. 7) y judiciales (art. 9) [266].

147. En cuanto a la doctrina del derecho internacional, bastan pocas palabras para completar el análisis que ya se ha hecho sobre la materia en los anteriores párrafos. Puede decirse, a este respecto, que independientemente de la forma en que los distintos autores optan por tratar la cuestión y las consiguientes complicaciones que a veces resultan de ello, en todo caso las opiniones concuerdan en cuanto a la posibilidad de considerar como « hecho del Estado », a los fines de calificar eventualmente ese hecho como internacionalmente ilícito, el comportamiento de todos los órganos del Estado, sea cual fuere la rama del « poder » a que pertenezcan [267]. A este respecto, es característico que una fórmula clásica como la que dio Anzilotti en su momento, al indicar que frente a los Estados extranjeros el Estado no aparece más que en su unidad y no dividido en sus distintos poderes, reúna todavía hoy el apoyo de los internacionalistas, incluso el de las expresiones más recientes, por ejemplo, de la doctrina soviética.

148. Los proyectos de codificación, entendiendo por tales tanto los de origen oficial como los que llevan a cabo instituciones privadas, siguen los mismos principios básicos. Sin embargo, se diferencian entre sí por los criterios empleados para redactar las fórmulas propuestas en cada uno de los proyectos. Un primer sistema consiste en enunciar en términos generales, en una fórmula única, la idea de imputar al Estado las acciones u omisiones de sus órganos, sin que se considere necesario mencionar la pertenencia de éstos a uno u otro de los « poderes » del Estado. Fórmulas de este tipo figuran, por ejemplo, en el artículo 1 del proyecto

[262] En su alegato en favor de Polonia, cuando se pidió la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto del tratamiento de los nacionales polacos en el Teirrtorio de Dantzig, Ch. de Visscher se expresaba así:

« Cuando un Estado ha asumido un compromiso internacional que le impone una línea de conducta definida, el incumplimiento de tal compromiso internacional puede deberse a cualquier actividad, aunque tal actividad, considerada desde el punto de vista del derecho interno, sea una actividad simplemente constitucional, legislativa, administrativa o judicial. La naturaleza del acto que entraña apartarse de una línea de conducta, de una actitud internacionalmente obligatoria, no tiene ninguna importancia en derecho internacional. » (*Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de Justice*, vol. I, *Droit international et droit interne*, por K. Marek, Ginebra, 1961, pág. 29.)

[263] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 25, 26, 29 y ss.

[264] *Ibid.*, págs. 25 y ss., 41 y ss., 52 y ss.; y *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 2 y 3, y 6 y ss.

[265] Véase Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence ... (op. cit.)*, págs. 32 y ss., 59 y ss., 103 y ss., 152 y ss.

[266] Para el texto de estos tres artículos, véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 222, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

[267] Además de los autores ya citados en las notas 249, 250 y 251, véase a este respecto Anzilotti, *Corso ... (op. cit.)*, págs. 388 y ss.; Eagleton, *The Responsibility of States ... (op. cit.)*, págs. 59 y ss.; Schroeder, *Die Grenzen der staatlichen Verantwortlichkeit für Handlungen von Staatsorganen im völkerrechtlichen Verkehr*, Zurich, 1939; Oppenheim, *op. cit.*, págs. 357 y ss.; Accioly, *Tratado ... (op. cit.)*, págs. 280 y ss., y « Principes généraux ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 371 y ss.; Verdross, *Völkerrecht (op. cit.)*, págs. 304 y ss.; Rousseau, *Droit international public (op. cit.)*, págs. 370 y ss.; Guggenheim, *Traité ... (op. cit.)*, págs. 7 y ss.; H. H. Jescheck, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn, Röhrscheid, 1952; Colombo, « Responsabilidad del Estado por los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial », *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Santa Fe, 1954, págs. 5 y ss.; Monaco, *op. cit.*, págs. 363 y ss.; Schüle, *op. cit.*, págs. 332 y 333; Dahm, *op. cit.*, págs. 185 y ss.; Cavaré, *op. cit.*, 1962, t. II, págs. 410 y ss.; O'Connell, *op. cit.*, págs. 1042 y ss.; Amerasinghe, « Imputability ... », *Revue égyptienne ... (op. cit.)*, págs. 96 y ss.; Levin, *Otvetsvennost gosudarstv ... (op. cit.)*, págs. 96 y ss.; Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, págs. 544 y ss.; e Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, págs. 427 y 428.

adoptado por la Kokusaiho Gakkwai en 1926 [268], en el artículo primero del proyecto elaborado por el profesor Strupp en 1927 [269], en el artículo primero del proyecto de 1932 del profesor Roth [270] y en la Regla general sobre la atribución de la conducta enunciada en el artículo 169 de la Nueva enunciación de la ley por el American Law Institute [271]. Un segundo sistema consiste, por el contrario, en adoptar una fórmula también única, pero en la que se procura indicar expresamente que la pertenencia de los órganos a las diferentes ramas del poder estatal es irrelevante a los efectos de la imputación de sus acciones u omisiones al Estado como fuente de responsabilidad internacional. Así, el primer inciso del artículo 1 del proyecto de 1927 preparado por el Instituto de Derecho Internacional establece la responsabilidad del Estado por

> toda acción u omisión contraria a sus obligaciones internacionales, *sea cual fuere la autoridad del Estado —constituyente, legislativa, gubernamental o judicial— de que proceda tal acción u omisión* [272];

el párrafo 3 del artículo primero del proyecto elaborado por la Deutsche Gesellschaft für Volkerrecht en 1930 especifica que

> no hace al caso el que la violación se deba a actos u omisiones *del poder constituyente o legislativo, del Gobierno, de las autoridades administrativas, de los tribunales* [. . .] [273];

y el párrafo 1 del artículo 16 del proyecto de convención preparado en 1961 por la Harvard Law School precisa también que

> en la presente Convención las expresiones « órgano de un Estado » y « organismo de un Estado » se aplican al *Jefe de Estado y a todo órgano u organismo legislativo, deliberativo, ejecutivo, administrativo o judicial* de un Estado [274].

Por último, un tercer sistema consiste en adoptar artículos diferentes para las acciones u omisiones de los órganos de los tres principales poderes del Estado. Este sistema, empleado en 1929 por el Comité Preparatorio de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional (La Haya) al elaborar sus bases de discusión N.os 2, 5, 6 y 7, también fue utilizado, como ya se ha visto, en los artículos adoptados en primera lectura en 1930 por el Comité III de la Conferencia [275]. Más tarde volverá a ser utilizado, en 1965, por el Comité Jurídico Interamericano al preparar su dictamen sobre los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado según la opinión de los Estados Unidos de América [276]. En estos mismos criterios se inspiró el Sr. García Amador al redactar los artículos 2, 3 y 4 de su anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado en 1957 [277] y los artículos 3, 12 y 13 del anteproyecto revisado que elaboró en 1961 [278].

149. En cuanto a la fórmula que debe proponerse para el presente proyecto, las observaciones ya hechas acerca de los inconvenientes de tomar separadamente en consideración hipótesis de acciones u omisiones de órganos dependientes de los diferentes poderes del Estado desaconsejan, en nuestra opinión, inspirarse en un sistema consistente en redactar artículos distintos. Juzgamos esencial que en el texto que se adopte esté expuesto claramente el principio de la unidad fundamental del Estado, tal como se presenta en el ámbito de las relaciones internacionales. En cambio, creemos que no es inútil insistir de todas maneras en que la pertenencia de los órganos del Estado a uno u otro de los « poderes » no influye en la posibilidad de considerar que una acción u omisión de estos órganos constituye un hecho internacionalmente ilícito del Estado. No debe considerarse superfluo, en vista de la claridad de la norma que se ha de establecer, señalar que, a estos efectos, se pueden tomar en consideración los órganos constitutivos, legislativos y judiciales, exactamente lo mismo que los órganos ejecutivos o administrativos. Por estos motivos, a la vez que nos declaramos partidarios de una fórmula única, manifestamos nuestra preferencia por un texto que se aproxime al adoptado en 1927 por el Instituto de Derecho Internacional, que era muy claro.

150. Queda por examinar, ahora, el último de los tres puntos enunciados al comienzo de esta sección. Se trata de decidir si habría que hacer otra distinción entre los órganos del Estado para determinar cuáles serían aquellos cuyas acciones u omisiones podrían atribuirse al Estado como hechos internacionalmente ilícitos de este último, distinción que se fundaría en el rango superior o subalterno ocupado por el órgano en la jerarquía estatal.

151. Durante muchos años se ha discutido la cuestión que acabamos de plantear. Como se verá, hoy está muy extendida la opinión de que las acciones y omisiones de los órganos « subalternos » (« subordinados », « inferiores ») pueden imputarse al Estado, como fuentes posibles de responsabilidad internacional, lo mismo que las acciones de los órganos superiores. Pero no siempre ha sido así. Una corriente de opinión, cuyo portavoz principal fue el profesor Borchard [279] y que

---

[268] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, pág. 147, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo II.

[269] *Ibid.*, pág. 158, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo IX.

[270] *Ibid.*, pág. 159, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo X.

[271] Véase *supra*, pág. 205, documento A/CN.4/217/Add.2. El comentario sobre el artículo 169 indica, no obstante, que el término « agency » (organismo) empleado en el texto de la regla comprende el jefe del Estado, así como cualquier órgano legislativo, ejecutivo o judicial, o cualquier otra autoridad del Estado (American Law Institute, *op. cit.*, pág. 152).

[272] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96, apéndice 8. [Subraya el Relator Especial.]

[273] *Ibid., 1969*, vol. II, pág. 156, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII. [Subraya el Relator Especial.]

[274] *Ibid.*, pág. 152, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII. [Subraya el Relator Especial.]

[275] *Ibid., 1956*, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

[276] *Ibid., 1969*, vol. II, pág. 160, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo XV, artículos II, III y IV.

[277] *Ibid., 1957*, vol. II, pág. 139, documento A/CN.4/106, apéndice.

[278] *Ibid., 1961*, vol. II, págs. 51 y ss., documento A/CN.4/134 y Add.1, adición.

[279] Véase E. M. Borchard, *op. cit.*, págs. 189 y ss.

ha seguido teniendo adeptos posteriormente e incluso en época muy reciente [280], ha sostenido con firmeza la tesis de que en derecho internacional sólo puede atribuirse al Estado la conducta de los órganos superiores. El Estado únicamente ha de responder del hecho de un órgano subalterno cuando haya órganos superiores que asuman, expresa o implícitamente, la responsabilidad del comportamiento del órgano subalterno, y esto ocurrirá si los citados órganos superiores no han adoptado las medidas preventivas necesarias, se niegan a castigar al culpable o incluso deniegan a la parte lesionada el acceso a los tribunales. Por consiguiente, en todos estos casos el Estado en realidad sólo responderá de los hechos de sus órganos superiores. Para apoyar su tesis, el eminente internacionalista norteamericano citaba muchos casos de la práctica diplomática estadounidense y de la jurisprudencia internacional de la época. La opinión así resumida quedó reflejada en el proyecto de convención preparado en 1929 por la Harvard Law School para la Conferencia de La Haya (este proyecto fue redactado bajo la dirección personal de Borchard). El inciso *b* del artículo 7 preveía, en efecto, lo siguiente :

> El Estado será responsable de los daños ocasionados a un extranjero por culpa o negligencia de uno de sus funcionarios o empleados subalternos en el desempeño de sus funciones, en caso de denegación de justicia, tal como está definida en el artículo 9, o si no ha impuesto una sanción disciplinaria al citado funcionario o empleado, a menos que el extranjero lesionado haya recibido una reparación suficiente [281].

152. Sin embargo, contra la tesis de Borchard se formularon reservas y también objeciones firmes en la literatura jurídica de su época, incluso en los Estados Unidos [282]. En particular se le reprochó haber interpretado equivocadamente que la afirmación de existencia de otras condiciones para atribuir al Estado un hecho generador de responsabilidad internacional era una confirmación de la supuesta imposibilidad de imputar al Estado el comportamiento de sus órganos subordinados, en cuanto fuente de responsabilidad. En efecto, en ciertos casos parece habérsele escapado a Borchard que la circunstancia que se había tenido en cuenta para decidir que era imposible imputar al Estado el comportamiento de un órgano determinado no había sido el carácter « subalterno » de este órgano, sino más bien el hecho de que éste había actuado desafiando por completo el derecho y los límites de su competencia, incluso aparente [283]. Es cierto que la competencia de un órgano subalterno, tal como un agente de policía, un soldado o un juez de rango inferior, es mucho más restringida que la de un órgano superior, y por consiguiente un exceso manifiesto de esa competencia puede producirse con mucha más facilidad. Pero Borchard parece haber incurrido en una confusión con la exigencia del agotamiento de los recursos internos y sus efectos sobre la responsabilidad cuando formuló su teoría de la irresponsabilidad del Estado por los actos de sus órganos inferiores [284]. La esencia de la « local redress rule » (regla del agotamiento de los recursos internos) es precisamente establecer que, como norma general al menos, no se podrá considerar definitivamente cometida la violación de una obligación internacional mientras uno solo de los órganos que tenga la posibilidad de ejecutar esta obligación no lo haya hecho. En otras palabras, no hay responsabilidad internacional si en el ámbito interno existen otros medios de hacer ejecutar la obligación de que se trate. Pues bien, evidentemente este supuesto se da más a menudo cuando el órgano que ha actuado en primer lugar es uno de rango inferior. Pero el hecho de que existan simplemente mayores probabilidades no cambia, sin embargo, la situación de derecho. Incluso en caso de acción u omisión de un órgano superior, si hay recursos contra el comportamiento lesivo de este último, normalmente no habrá responsabilidad del Estado antes de que se hayan agotado esos recursos. En relación con estas observaciones hay que señalar también que un factor importante de confusión es la costumbre de plantear el problema, respecto de las acciones u omisiones de órganos del Estado, no en términos de imputación al Estado de esas acciones u omisiones, como habría que hacerlo, sino directamente en términos de responsabilidad. El comportamiento de un órgano, cualquiera que sea, debe imputarse al Estado sujeto de derecho internacional incluso cuando ese comportamiento no baste por sí solo para originar una responsabilidad internacional y a dicho comportamiento haya que añadir el de otros órganos para que su conjunto pueda ser calificado de hecho internacionalmente ilícito y dé lugar a responsabilidad. Esta confusión fundamental es ciertamente una de las razones por las que se quería excluir el comportamiento de los órganos de rango inferior de la categoría de los « hechos imputables al Estado ».

---

[280] Véase en particular Ch. Fenwick, *International Law*, 3.ª ed. rev. y aum., Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1948, págs. 280 y 281 y págs. 282 y 283. Véase también G. Von Glahn, *Law among Nations: an Introduction to Public International Law*, 2.ª ed., Londres, Macmillan, 1970, pág. 227.

[281] Véase el texto del artículo del proyecto y el comentario que lo acompaña en: Harvard Law School, *Research in International Law*, Cambridge (Mass.), 1929, págs. 157 y ss., 165 y ss.

[282] Véase, para la oposición más clara y documentada, Eagleton, *The Responsibility of States ... (op. cit.)*, págs. 45 y ss. Véase también Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch ... (op. cit.)*, págs. 37 y 38 (nota 5); Hyde, *op. cit.*, págs. 935 y 936; Hoijer, « Responsabilité internationale des Etats en matière d'actes judiciaires », *Revue de droit international (op. cit.)*, págs. 115 y ss. (la posición de este autor es, no obstante, muy incierta); F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Londres, Oxford University Press, 1932, págs. 125 y ss.

[283] Por ejemplo, en la carta que envió el 14 de agosto de 1900 el Sr. Adee, Secretario de Estado de los Estados Unidos, al barón Fava, embajador de Italia en Wáshington [Moore, *A Digest ... (op. cit.)*, pág. 743], la afirmación de que, según la norma de derecho internacional observada por los Estados Unidos, un Estado no era responsable de los daños ocasionados por la mala conducta de funcionarios y agentes subordinados (« misconduct of petty officials and agents ») iba acompañada de la condición de que esos funcionarios subordinados habían actuado excediéndose de su competencia no sólo real, sino también aparente (« acting out of the range not only of their real but of their apparent authority »).

[284] A este respecto, Eagleton menciona, por ejemplo, el Asunto Lewis [Moore, *History and Digest ...*, *(op. cit.)*, vol. III, págs. 3019 y ss.], en el cual los Estados Unidos afirmaron que no podían responder de un error judicial de un funcionario subalterno mientras no se hubiese interpuesto el debido recurso ante un funcionario superior y responsable del Gobierno.

153. Dicho lo anterior, hay que reconocer que la práctica diplomática y la jurisprudencia arbitral de los años 1850 a 1914 en las que se basaba Borchard distaban mucho de ser claras y uniformes sobre este particular. El propio internacionalista norteamericano señalaba que había gran confusión en ambas [285]. Había quizás posiciones y decisiones que aparentemente favorecían la tesis de la no imputabilidad al Estado por las acciones u omisiones de los funcionarios subordinados (« minor officials ») y, sobre todo, de la no responsabilidad del Estado por esos comportamientos; pero tampoco faltaban las tesis contrarias [286]. Si se examinan bien las fórmulas empleadas, se podrá comprobar que en ellas había un elemento, sobre todo en una serie de casos, que permitía justificar, en cierto modo, la conclusión a la que llegaban Borchard y los demás partidarios de su tesis. El sistema jurídico norteamericano, a diferencia por ejemplo de los sistemas del continente europeo, prevé a menudo, contra la actuación perjudicial de funcionarios del Estado y sobre todo de funcionarios de rango menos elevado, la posibilidad de un recurso personal contra el individuo-órgano y no de un recurso contra la administración pública como tal. Por consiguiente, a veces, las notas diplomáticas del Gobierno de los Estados Unidos, o las decisiones arbitrales relativas a controversias en las que ese Gobierno era parte, ponían de relieve que el demandante podía interponer ese recurso personal y no tenía que dirigirse contra el Estado [287]. Pues bien, la adopción de tal tesis podía interpretarse como prueba, comprobada en cada caso concreto, de que no se habían agotado los recursos internos, pero también se podía interpretar como expresión de la convicción de que la acción de los órganos de rango inferior, precisamente porque sólo acarreaba su responsabilidad personal, no hubiera podido considerarse imputable al Estado [288]. La confusión, a la sazón corriente, entre la atribución de un hecho al Estado en el ámbito interno y la atribución del mismo hecho al Estado en el ámbito internacional favorecía manifiestamente esa convicción. Ello contribuye a explicar las divergencias de opinión que a veces se observan, en relación con esta cuestión, en la correspondencia diplomática intercambiada antes de la primera guerra mundial entre el Gobierno de los Estados Unidos, de una parte, y gobiernos europeos, de otra [289]. Esto explica sobre todo que la tesis que pretendía excluir la imputación al Estado del comportamiento de los órganos subordinados haya podido prosperar en un momento determinado entre los tratadistas norteamericanos, en tanto que nunca ha tenido partidarios en la literatura de los países europeos.

154. La posición de los gobiernos de estos últimos países equivalía a considerar como emanantes del Estado, a los fines de la responsabilidad internacional de éste, las acciones y omisiones de sus órganos subordinados. Se encuentra una expresión de este criterio, por ejemplo, en las instrucciones dirigidas el 8 de marzo de 1882 por el Sr. Mancini, Ministro italiano de Relaciones Exteriores y erudito internacionalista, al Ministro de Italia en el Perú, con ocasión de los daños causados a nacionales italianos por las tropas que tomaron parte en el saqueo de Chincha :

> Por regla general, se presume esta responsabilidad, incluso si los daños no son consecuencia directa de la acción del Gobierno, sino de autoridades inferiores [. . .]. (In regola generale questa responsabilità si presume, anche quando i danni non sono conseguenza diretta dell'azione del Governo, ma di autorità inferiori [. . .]) [290].

Hay que señalar también —como se ha dicho— que la jurisprudencia arbitral del período anterior a la primera guerra mundial ofrece, junto con ejemplos que pueden interpretarse en sentido contrario, muchos ejemplos del reconocimiento del principio de la atribución al Estado, en cuanto sujeto de derecho internacional, de las acciones u omisiones de órganos subordinados; y ello se aplica igualmente a las decisiones relativas a controversias en que intervenían países del continente americano. Por ejemplo, en el *Asunto Moses*, el superárbitro, Sr. Lieber, desestimó la excepción mexicana fundada en el carácter subordinado del agente que había secuestrado los bienes del nacional norteamericano Moses, y tal desestimación le proporcionó la ocasión de enunciar la fórmula ya citada en el presente informe [291], según la cual el gobierno, desde el punto

---

[285] Véase *The Diplomatic Protection ... (op. cit.)*, pág. 185.

[286] Véanse los casos citados por Eagleton en *The Responsibility of States ... (op. cit.)*, págs. 46 y ss.

[287] En la decisión sobre el Asunto Bensley, tomada el 20 de febrero de 1850 por la Comisión de Reclamaciones instituida por la Ley del Congreso de 3 de marzo de 1849, se afirmaba que, si un funcionario subordinado cometía un acto perjudicial, la parte interesada debía tratar de restablecer su derecho ejerciendo una acción contra el individuo autor del perjuicio. Mientras esté abierta la vía de los tribunales para obtener este restablecimiento, concluía la decisión, no podrá pedirse ninguna indemnización al Gobierno [Moore, *History and Digest ... (op. cit.)*, vol. III, pág. 3017]. En el Asunto Leichardt, el miembro norteamericano de la Comisión mixta Estados Unidos de América/México, instituida en virtud del Convenio de 4 de julio de 1868, motivaba su participación en la sentencia, que rechazaba la petición de reparación formulada por el Gobierno de los Estados Unidos contra el Gobierno de México, señalando que, en caso de perjuicio ocasionado por « modestos funcionarios, investidos de una pequeña función temporal, tales como, por ejemplo, el secretario del gobernador, las partes lesionadas debían dirigirse a los tribunales del país en vez de recurrir a su soberano, a menos que los tribunales se negaran a cumplir con su deber » (*ibid.*, pág. 3134). Una posición análoga fue adoptada por el superárbitro Thornton en las decisiones sobre los Asuntos Slocum (*ibid.*, págs. 3140 y 3141), Blumhardt (*ibid.*, pág. 3146), Smith (*ibid.*, pág. 3146), Jennings, Laughland and Co. (*ibid.*, págs. 3135 y 3136) y Burn (*ibid.*, pág. 3140).

[288] No obstante, hay que señalar que el mismo Borchard (« Theoretical Aspects of the International Responsibility of States », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Berlín, vol. I, primera parte, 1929, págs. 231 y 232) admitía que no veía ninguna diferencia de principio entre la categoría de los funcionarios superiores y la de los funcionarios inferiores.

[289] Véase, por ejemplo, la opinión del Attorney-General de los Estados Unidos, Sr. Cushing, con motivo de la reclamación hecha a este Gobierno por la pérdida de un barco ocasionada por la negligencia de un piloto en San Francisco, en Moore, *A Digest ... (op. cit.)*, págs. 740 y 741.

[290] Véase S.I.O.I. (Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale)-C.N.R. (Consiglio Nazionale delle Ricerche), *La prassi italiana di diritto internazionale*, Roma, 1970, primera serie (1861-1887), vol. II, pág. 862.

[291] Véase *supra*, párr. 124.

de vista internacional, « es el conjunto de todos los funcionarios y de todas las personas investidas de autoridad ». En el *Asunto Maal*, que fue juzgado por la Comisión mixta Países Bajos/Venezuela creada en virtud del Protocolo del 28 de febrero de 1903, la Comisión, refiriéndose a las sevicias infligidas a un nacional venezolano por agentes de policía, decidió que

> [...] debe considerarse al Gobierno responsable de los actos de sus subordinados por odiosos que estos actos puedan parecer. ([...] the acts of their [of the Government] subordinates [...] however odious their acts may be, the Government must stand sponsor for) [292].

Sin abundar en más ejemplos, creemos poder por consiguiente llegar a la conclusión, en relación con el período más antiguo a que nos hemos referido hasta ahora, de que la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional se inspiraban preferentemente, incluso en esa época, en el criterio de la posibilidad de atribuir al Estado, a los fines de la responsabilidad internacional, el comportamiento de sus órganos subordinados; las posiciones en sentido contrario aparecen, más bien, dentro del marco general, como una excepción debida a las características particulares de determinados sistemas jurídicos y a nociones sistemáticas todavía inciertas.

155. De todas maneras, la incertidumbre que puede haber existido en una época menos reciente parece haberse desvanecido posteriormente, sobre todo en los años que han precedido a 1930. La convicción dominante de los gobiernos con respecto al problema que nos ocupa tuvo entonces ocasión de manifestarse durante los trabajos preparatorios y seguidamente de los trabajos propiamente dichos de la Conferencia de Codificación de 1930. La jurisprudencia internacional de los cuatro últimos decenios no parece ofrecer ejemplos de decisiones disidentes. Las opiniones de los autores de obras científicas se manifiestan, asimismo, prácticamente unánimes.

156. En el punto IV del cuestionario dirigido a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de 1930, referente a los actos relativos a la función judicial, no se establecía distinción alguna entre tribunales superiores e inferiores; y, al responder a él, ningún gobierno expresó reservas a este respecto [293]. El punto V del mismo cuestionario se refería por separado a los actos de las autoridades superiores del Estado (N.º 1 *a*) y a las acciones u omisiones de los funcionarios (N.º 2 *a*) [294]. En su respuesta, el Gobierno alemán (que se pronunciaba globalmente sobre todas las cuestiones comprendidas en el punto V) declaró expresamente que « Un empleado subalterno de la administración interior [...] compromete [...] la responsabilidad del Estado del mismo modo que un acto contrario al derecho internacional [...] cometido por el propio Gobierno » [295]. El Gobierno checoslovaco indicó que no había « diferencia, ya se trate de órganos de ejecución superiores o subalternos » [296]. En su gran mayoría, las restantes respuestas suscribían implícitamente la misma opinión [297]. Se recordaba únicamente de algún modo la posición del Sr. Borchard en las respuestas de los Estados Unidos de América [298], Hungría [299] y Polonia [300]. Por consiguiente, el Comité Preparatorio, al elaborar las bases de discusión para la Conferencia, no previó diferencia alguna de trato, a los fines de la atribución al Estado de la responsabilidad, entre el comportamiento de los órganos superiores y el de los órganos subalternos. En la propia Conferencia, solamente se tomó en consideración la cuestión de los órganos de rango inferior de forma ocasional durante el debate y sin que quedase registrada en las conclusiones [301]. El artículo 7 de los aprobados en primera lectura por el Comité III, relativo a la responsabilidad internacional del Estado por actos u omisiones del poder ejecutivo, y el artículo 8, relativo a la responsabilidad por actos u omisiones de los funcionarios [302], utilizaban los mismos términos en relación con las dos hipótesis; no se hacía en ellos la menor alusión a cualquier distingo según el rango de los órganos.

157. Aproximadamente en la misma época, la jurisprudencia arbitral tuvo también ocasión de señalar su actitud en una serie de asuntos. De este modo quedó claramente confirmada la posibilidad de imputar en principio al Estado, sujeto de derecho internacional, el comportamiento de todos sus órganos, independientemente de su rango. El problema de los órganos « subalternos » fue tratado sobre todo en diversos asuntos ante la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América/México, creada, como se ha recordado ya, en virtud del Convenio de 8 de septiembre de 1923. Es interesante señalar que el artículo V de dicho Convenio excluía la aplicación, en las relaciones bilaterales entre las partes, del principio general del agotamiento de los recursos internos. De este modo, se eliminaba una causa de confusión en relación con el problema que examinamos y la solución del problema mismo se veía tanto más facilitada. En el *Asunto Roper*, decidido

[292] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 60.V.4), pág. 732.

[293] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 41 y ss., y *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 2, 9 y ss.

[294] *Id.*, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 56 y 70.

[295] *Ibid.*, pág. 52.

[296] *Ibid.*, pág. 58.

[297] *Ibid.*, págs. 53 y ss., 56 y ss., 70 y ss., y *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 2 y 3.

[298] Véase Sociedad de las Naciones, *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 15 y 16.

[299] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, pág. 72.

[300] *Ibid.*, pág. 73.

[301] La delegación de México propuso una enmienda a la base de discusión N.º 12 (que posteriormente pasó a ser artículo VIII), para prever que, en el caso de acciones u omisiones de funcionarios subalternos, el Estado no asumiría responsabilidad internacional si desaprobaba y sancionaba al funcionario culpable. Ningún Estado apoyó la enmienda del representante de México y éste la retiró. [Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conference ... (op. cit.)*, págs. 82 y ss.]

[302] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 222, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

el 4 de abril de 1927 [303], la Comisión tuvo especialmente a su consideración la cuestión de la posibilidad de atribuir al Estado una acción u omisión de órganos subalternos, en cuanto fuente de responsabilidad. El agente mexicano alegaba, en tal asunto, la irresponsabilidad de su Gobierno por la actuación de un agente de policía; se apoyaba en la tesis general según la cual el Estado no responde, en derecho internacional, de la conducta de sus órganos « inferiores ». Pero la Comisión, remitiéndose a la decisión adoptada en un asunto anterior [304], en el que México precisamente era demandante, y en el que no se había sancionado esta tesis, rechazó la argumentación del representante mexicano y declaró responsable a México. La misma cuestión se trató de nuevo en el examen del *Asunto Massey*, decidido el 15 de abril de 1927, en el que el representante mexicano presentó de nuevo una argumentación basada en el carácter subalterno del órgano (se trataba de un auxiliar de prisiones) [305]. La Comisión subrayó la incertidumbre que había caracterizado a este respecto la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Sin embargo, tras proceder a un detenido análisis de los precedentes, expresó la opinión de que la conclusión de irresponsabilidad, adoptada en determinados casos, no se basaba en realidad en el carácter subordinado del órgano autor de una determinada acción u omisión, sino en el hecho de que esa acción u omisión no constituía verdaderamente un incumplimiento de una obligación internacional del Estado [306]. Por consiguiente, rechazó en ese caso la tesis mexicana. Su conclusión, redactada por el comisario norteamericano Nielsen, fue la siguiente :

> Un principio general bien establecido exige sin duda que, cada vez que una nación incumple las obligaciones que le impone el derecho internacional debido al comportamiento censurable de una de las personas [a su servicio], sea cual fuere su condición particular o rango en el derecho interno, la nación debe asumir la responsabilidad por los actos ilícitos de sus empleados. (It is undoubtedly a sound general principle that, whenever misconduct on the part of any [. . .] persons [in the service of a nation], whatever may be their particular status or rank under domestic law, results in the failure of a nation to perform its obligations under international law, the nation must bear the responsibility for the wrongful acts of its servants) [307].

A raíz de dicha decisión, la responsabilidad internacional del Estado fue reconocida en una serie de otros asuntos por la Comisión, que reafirmó de nuevo el principio en que se inspiraba su decisión de 18 de octubre de 1928, relativa al *Asunto Way* [308]. Después de lo cual, las partes, en sus argumentos de defensa ante la Comisión, renunciaron de hecho a valerse del razonamiento fundado en el carácter subordinado del funcionario. Algunos años después, el Gobierno de Panamá intentó valerse de tal argumentación ante la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América/Panamá, creada en virtud del acuerdo de 28 de julio de 1926, en el *Asunto Baldwin* [309]. Pero la Comisión, en su decisión de 26 de junio de 1933, afirmó la responsabilidad de Panamá por la actuación de sus órganos de policía. El año siguiente, Nielsen indica que en una decisión relativa al *Asunto Malamatinis* se enunció también el principio de la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de sus funcionarios, independientemente de su rango, tomando prestado para ello la fraseología utilizada ya en las decisiones de la Comisión Estados Unidos de América/México [310]. Al parecer, fue la última vez que un gobierno demandado trató de invocar en su defensa, ante un órgano internacional, la tesis según la cual los comportamientos de órganos subalternos no deberían considerarse actos del Estado ni, por consiguiente, habrían de dar lugar a una responsabilidad internacional de éste.

158. El problema planteado por el carácter subordinado de determinados órganos del Estado no parece haber sido recientemente objeto de decisiones expresas de otros órganos internacionales. Ello, sin embargo, no quiere decir que los criterios en los que se han inspirado concretamente esos órganos en determinados casos hayan sido diferentes de los que han afirmado con tanta claridad y constancia las comisiones de reclamaciones mencionadas en el párrafo anterior. Esos órganos han debido ocuparse igualmente en más de un caso de las acciones u omisiones de autoridades subalternas y las han considerado automáticamente como acciones u omisiones que deberían imputarse al Estado y a las que, por consiguiente, podría vincularse una responsabilidad internacional. Por no citar más que un ejemplo, las comisiones de conciliación Italia/Estados Unidos de América, Italia/Francia e Italia/Gran Bretaña, creadas en virtud del artículo 83 del Tratado de Paz de 10 de febrero de 1947, han tenido que examinar con frecuencia el comportamiento de personas consideradas como órganos estatales subalternos, tales como depositarios de bienes embargados [311], síndicos [312] y agentes de policía [313]. La Comisión y las partes en

[303] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 1951.V.1), págs. 145 y ss.

[304] *Ibid.*, pág. 147. Se trataba del Asunto Quintanilla.

[305] *Ibid.*, págs. 155 y ss.

[306] *Ibid.*, pág. 159.

[307] *Ibid.*, pág. 159.

[308] *Ibid.*, pág. 400. Los términos empleados eran casi idénticos a los que utilizó la Comisión en el Asunto Massey.

[309] *Ibid.*, vol. VI (N.° de venta: 1955.V.3), págs. 328 y ss. En lo que respecta al acuerdo de 1926, véase B. L. Hunt, *American and Panamanian General Claims Arbitration*, Wáshington, U.S. Government Printing Office, 1934, pág. 324.

[310] Véase F. K. Nielsen, *American-Turkish Claims Settlement under the Agreement of December 24, 1923 . . . Opinions and Report*, Wáshington, U.S. Government Printing Office, 1937, págs. 608 y ss.

[311] En lo que respecta a la Comisión franco-italiana, véase Différend Société anonyme de filatures de Schappe (1954) [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 64.V.3), págs. 605 y 606], Différend concernant l'interprétation de l'article 79 (1955) (*ibid.*, págs. 431 y 432), Différend patrimoine Tagliarino Filippo (1959) (*ibid.*, págs. 481 y 482), Différend patrimoine Bonomo Francesco (1959) (*ibid.*, págs. 468 y 469). En lo que respecta a la Comisión anglo-italiana, véase Affaire Currie (1954) [*ibid.*, vol. XIV (N.° de venta: 65.V.4), pág. 24].

[312] Véase Différends Société Verdol (1949) [*ibid.*, vol. XIII (N.° de venta: 64.V.3), págs. 95 y 96] y Joseph Ousset (1954) (*ibid.*, pág. 262), decididos por la Comisión franco-italiana.

[313] Véase Différends Dame Mossé (1953) (*ibid.*, págs. 492 y ss.) y Dame Menghi née Gibey (1958) (*ibid.*, págs. 802 y 803), decididos por la Comisión franco-italiana.

las controversias han estado siempre de acuerdo en tratar la actuación de dichas personas como hechos imputables al Estado.

159. En lo que respecta a la doctrina más reciente, puede decirse que, salvo alguna que otra excepción, los internacionalistas formados en los sistemas más diferentes apoyan todos la tesis de la posibilidad de considerar como hechos del Estado los comportamientos de órganos incluso subalternos [314]. Algunos de ellos se caracterizan por subrayar vigorosamente los inconvenientes que surgirían si se siguiese la anterior teoría contraria. Debe notarse también que en ninguno de los proyectos de codificación, oficiales o privados —exceptuado, por supuesto, el de Harvard de 1929— se establece una distinción, a los fines que nos interesan, entre órganos superiores y órganos subordinados [315].

160. Por consiguiente, la conclusión que se impone en cuanto al tercero de los puntos examinados en el marco de la presente sección es la de que actualmente no puede admitirse en absoluto la idea, surgida en un momento determinado, de introducir una distinción entre los funcionarios y empleados del Estado según su rango en la jerarquía. No existe razón alguna para considerar que únicamente el comportamiento de los funcionarios superiores es un comportamiento del Estado a los fines de la responsabilidad internacional. Esta limitación tan sólo conoció un éxito limitado y momentáneo en la práctica de los Estados, en la jurisprudencia y en la doctrina, que actualmente la rechazan de modo casi unánime. Por otra parte, aun cuando no fuera así, habría que tomar partido contra semejante criterio por razones de conveniencia y desde el punto de vista del desarrollo progresivo del derecho internacional. Admitir dicha distinción equivaldría a introducir un grave elemento de incertidumbre; la línea de demarcación entre las dos categorías de funcionarios tendría forzosamente que ser arbitraria y los Estados encontrarían en ella una escapatoria demasiado cómoda para las consecuencias de sus propias acciones. El Estado ha de verse representado en todos a los que ha encargado que actúen por él: del más humilde al más elevado. Es ésta una exigencia que responde, a la vez, a la lógica y a la necesidad de claridad y de seguridad de las relaciones jurídicas internacionales.

161. Podemos dar actualmente por terminado el examen de las numerosas cuestiones que debían tratarse respecto de las diferentes categorías de órganos del Estado y de la posibilidad de imputar a este último sus acciones y omisiones. Hemos llegado a conclusiones claras y concordantes sobre los puntos esenciales y, en nuestra opinión, no necesitamos ya evocar especialmente otras cuestiones, de las que cabe decir que su solución se impone por sí misma. Ni que decir tiene que, por ejemplo, en el aspecto que nos interesa, no existe razón alguna para establecer una diferencia entre los funcionarios según el lugar en que desarrollen sus actividades o según el carácter permanente o temporal, remunerado u honorífico de sus funciones. La unidad del Estado, en cuanto sujeto de derecho internacional, que hemos visto surgir como principio cierto del examen de la realidad de las relaciones interestatales, exige que las acciones u omisiones de cualquier miembro, individual o colectivo, del aparato del Estado, sean consideradas en razón a ese mismo carácter como acciones u omisiones del Estado en el plano internacional y que, llegado el caso, puedan determinar la responsabilidad internacional del Estado. Por otra parte, sería absurdo pensar que hay una categoría de órganos especialmente indicados para cometer hechos internacionalmente ilícitos, al igual que existe una categoría de órganos destinados a realizar actos jurídicos internacionales [316]. Cualquier órgano del Estado, si tiene la posibilidad material de adoptar un comportamiento contrario a una obligación internacional de ese Estado, puede dar origen a un hecho internacionalmente ilícito de éste. Por supuesto, habrá órganos que, debido a la naturaleza de su función, tendrán prácticamente más posibilidades que otros a este respecto, pero la variedad extrema de las obligaciones internacionales no permite distinguir *a priori* entre la órganos que pueden cometer actos ilícitos internacionales y los que no lo pueden. El criterio único en esta materia es el de que el órgano esté afectado por su función a una actividad en el ejercicio de la cual puede penetrar en la esfera de una obligación internacional del Estado y, eventualmente, infringirla con su conducta.

162. Queda por preguntarse qué fórmula podría traducir de la manera más adecuada, dentro del marco del presente proyecto, el sentido de las conclusiones a que hemos llegado sucesivamente. Cabe subrayar, una vez más, que semejante fórmula será tanto más eficaz cuanto pueda expresar un criterio que sea único y sintético en el mayor grado posible. Al mismo tiempo, como ya hemos indicado, parece indispensable que la conclusión adoptada en relación con cada uno de los aspectos esenciales del problema global aquí examinado se desprenda con la claridad necesaria. Así pues, teniendo en cuenta estas exigencias, pensamos proponer la redacción siguiente :

---

[314] Véase Freeman, « Responsibility of States ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 284 y ss., y también, del mismo autor, *The International Responsibility of States ... (op. cit.)*, págs. 447 y ss.; Briggs, *The Law of Nations (op. cit.)*, pág. 697; Verdross, *Völkerrecht (op. cit.)*, págs. 380 y 381; Cheng, *op. cit.*, págs. 195 y 196; Reuter, *La responsabilité internationale (op. cit.)*, pág. 92; Meron, *op. cit.*, págs. 97 y 98; Accioly, « Principes généraux ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 392 y 393; Dahm, *op. cit.*, págs. 186 y 187; Cavaré, *op. cit.*, t. II, págs. 411 y ss. (si bien con concesiones, respecto del pasado, a la tesis contraria); Schüle, *op. cit.*, pág. 332; Münch, *op. cit.*, págs. 202 y 203; Levin, *Otvetsvennost gosudarstv ... (op. cit.)*, págs. 71 y 72; Quéneudec, *op. cit.*, págs. 55 y ss.; Amerasinghe, « Imputability ... », *Revue égyptienne ... (op. cit.)*, pág. 106; Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, págs. 546 y 547; Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la Unión Soviética, *op. cit.*, pág. 427; Greig, *International Law*, Londres, 1970, págs. 436 y 437.

[315] Esto se aplica también al nuevo proyecto de Harvard de 1961 y al *Restatement of the Law* del American Law Institute, cuyo comentario a la regla, ya citada, del artículo 169 (American Law Institute, *op. cit.*, pág. 513) critica la idea de que el comportamiento de un funcionario inferior no da lugar a responsabilidad internacional.

[316] Véase, a este respecto, Ago, « Le délit international » *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 468 y 469.

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, lesgislativo, 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.

4. ATRIBUCIÓN AL ESTADO, SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL, DE LOS HECHOS DE ÓRGANOS DE INSTITUCIONES PÚBLICAS DISTINTAS

163. Al enunciar el principio básico de la materia objeto del presente capítulo, es decir la atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, del comportamiento de personas o grupos de personas que, según su sistema jurídico interno, son sus « órganos », nos hemos apresurado a formular una doble reserva [317]. Hemos puntualizado, en primer lugar, que nada indica que ese principio sea necesariamente absoluto; como hemos dicho, sólo un análisis ulterior y detallado de lo que sucede en la realidad de la vida internacional puede permitirnos, eventualmente, llegar a la conclusión de que el comportamiento de *todos* los órganos del Estado puede considerarse como un hecho del Estado sujeto de derecho internacional. Tal análisis se ha realizado en la sección anterior. En segundo lugar, hemos querido subrayar, sobre todo, que nada indica que el principio básico mismo deba ser absoluto. Por el contrario, hemos dado a entender que probablemente el examen de la realidad mostrará que el inventario de los hechos que pueden ser atribuidos al Estado en cuanto fuente posible de responsabilidad internacional comprende también el comportamiento de otras personas o de otro grupos que, según el ordenamiento jurídico interno, no se calificarían estrictamente de órganos del Estado. En consecuencia, para disponer del cuadro completo de los hechos que pueden ser atribuidos al Estado en el ámbito internacional es preciso realizar un examen aún más concreto de una serie de situaciones diferentes. La primera tarea, que constituirá el objeto de esta sección, consistirá en estudiar desde este punto de vista el trato reservado a las acciones y omisiones de órganos de instituciones públicas distintas del Estado. En general, estas instituciones pueden clasificarse en dos grandes categorías, que serán estudiadas separada y sucesivamente : *a*) los establecimientos públicos y otras instituciones públicas dotados de personalidad propia, con autonomía de dirección y de gestión, cuya misión es prestar un servicio determinado o ejercer determinadas funciones; y *b*) las colectividades públicas territoriales, caracterizadas por una actividad pública de carácter general pero que se desarrolla en el plano local o regional.

164. La constitución y proliferación de establecimientos públicos es un fenómeno de nuestra época, fenómeno caracterizado en la actualidad por la doble tendencia hacia una diferenciación progresiva y hacia un distanciamiento más acentuado de la organización de tales instituciones respecto de la administración del Estado, sus estructuras y sus métodos. La diversidad de tareas de interés común que la colectividad debe realizar en una sociedad moderna, el número cada vez mayor de servicios que sólo la colectividad está en condiciones de atender, su progresiva extensión a los sectores más diversos de la vida económica, social y cultural, su naturaleza frecuentemente técnica que exige tanto una autonomía de decisión y de acción como la posesión de competencias especializadas, la necesidad de dar mayor flexibilidad a los procedimientos y de disminuir los controles en interés de la eficacia de los servicios, tales son en resumen las causas principales del fenómeno. De este modo se han constituido y se siguen constituyendo junto al Estado diversos establecimientos que, aun cuando por su misión presenten un carácter netamente público, poseen, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno, una personalidad distinta, una organización propia, separada de la del Estado, y que se encuentran sometidos en su actividad a un régimen jurídico *sui generis*, el cual, según las necesidades, es unas veces de derecho público y otras de derecho privado. Utilizando un neologismo quizás discutible desde el punto de vista de la pureza del idioma, pero eficaz desde el punto de vista de la descripción de la realidad, un grupo importante de estos establecimientos recibe a veces la denominación de instituciones « paraestatales », es decir, se califican precisamente de instituciones que poseen una organización propia y que, junto con el Estado pero de manera independiente, prestan servicios y desempeñan tareas de carácter público.

165. Al lado del fenómeno que se acaba de describir, y para los fines que aquí nos interesan, cabe mencionar otros. Sobre todo hay que citar un fenómeno que no concierne a una esfera especializada y casi siempre técnica, sino a una esfera claramente general y política. En algunos sistemas nacionales no se sigue el criterio consistente en confiar exclusivamente a los órganos del Estado la tarea de desempeñar determinadas funciones superiores de organización, orientación y dirección política. Estas funciones se atribuyen ante todo a una institución distinta, a una formación política organizada al margen de la máquina estatal, aunque estrecha e indisolublemente ligada a esta última. Esta institución, por otra parte, está encargada de ejercer las funciones indicadas, no sólo respecto de la colectividad como tal, sino sobre todo respecto de la misma máquina del Estado y de sus órganos. La formación política de que se trata, por lo tanto, es ciertamente una institución pública, y ello en el plano más elevado. Se trata del sistema característico de los países socialistas. El artículo 126 de la Constitución de la URSS prevé expresamente que el « partido comunista » es « el núcleo dirigente de todas las organizaciones de trabajadores, tanto de las organizaciones sociales como de las organizaciones del Estado ». Según el preámbulo de sus estatutos, el partido comunista de la URSS es « la forma superior de organización política y social, la fuerza que dirige y orienta la sociedad sovié-

[317] Véase *supra*, párrs. 107 y 122.

tica »; el artículo 35 de los estatutos confía a los órganos dirigentes del partido la tarea de orientar « el trabajo de los organismos centrales del Estado ». También en otros sistemas existe actualmente un « partido único », aunque su papel puede variar. En algunos países de constitución reciente, principalmente, el partido único es una institución pública encargada de desempeñar una función de organización, promoción y modernización de la sociedad y de mantener un contacto permanente entre la sociedad y los órganos del Estado. Por último, formaciones políticas caracterizadas también como partidos únicos, aunque constituidas sobre bases y con objetivos totalmente diferentes, han existido en un próximo pasado en países que estaban sometidos a regímenes totalitarios. En el marco del sistema entonces vigente en esos países, el carácter de organismo público del partido único, institución distinta del Estado pero integrada en éste en todos los planos, se ponía de patente en varios textos legislativos.

166. Los ejemplos citados no aspiran por supuesto a agotar la vasta gama, muy diversa según los sistemas y abierta además a otras posibilidades en el futuro, de instituciones distintas del Estado pero encargadas también de responder a exigencias de carácter público. Sus funciones pueden ser lo más diversas, situarse en un plano muy elevado o en otro más modesto, tener carácter general o especial, pero con todo son siempre funciones de índole pública, que atienden a intereses de la colectividad. Al mismo tiempo, colocándose en el cuadro del ordenamiento jurídico interno, se advierte que cada una de esas instituciones posee su propia maquinaria, que no forma parte del aparato estatal, y tiene sus propios órganos que, normalmente, por lo menos, no son órganos del Estado. Por consiguiente, se plantea el problema de si las acciones u omisiones de los órganos de esas instituciones pueden considerarse o no en el plano internacional como « hechos del Estado ».

167. La cuestión de la atribución al Estado sujeto de derecho internacional de una acción u omisión de órganos de un establecimiento público se planteó ante la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto relativo a determinados empréstitos noruegos*. En este litigio, en el que eran partes Francia y Noruega, el Gobierno de este último país alegaba que los bancos noruegos que habían concertado algunos de los empréstitos de que se trataba poseían una personalidad distinta de la del Estado. La responsabilidad internacional de este último no podía, por tanto, verse comprometida por la acción o la omisión de la dirección de esos bancos [318]. El Gobierno francés impugnaba la legitimidad de este argumento [319]. Durante el procedimiento oral, el profesor Gros, agente del Gobierno francés, expuso su posición como sigue :

> En derecho interno [. . .], la creación de un establecimiento público responde a una necesidad de descentralización; resulta a veces necesario conceder cierta independencia a determinados establecimientos u organismos, ya sea por motivos presupuestarios, ya sea por razón de la finalidad que persiguen, por ejemplo un objetivo de asistencia o cultural. Esa independencia se logra mediante la concesión en derecho interno de la personalidad moral.
>
> Pero si, en derecho interno, la personalidad jurídica de los establecimientos públicos, distinta de la del Estado, entraña como consecuencia que los procedimientos relativos a esos establecimientos deben ser entablados contra ellos y no contra el Estado [. . .], no hay que trasponer al derecho internacional esa consecuencia [. . .]. Desde el punto de vista del derecho internacional, esas personas públicas se confunden con el Estado [320].

Verdad es que la Corte no tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta importante cuestión porque, al aceptar otra excepción preliminar planteada por el Gobierno noruego, se declaró incompetente para conocer del litigio. Pero cabe pensar que, de no haber sido así, la Corte difícilmente habría podido fallar en favor de la tesis noruega, fundada en el hecho de que el Gobierno francés no había podido « invocar ninguna autoridad [. . .] ni en la doctrina ni en la jurisprudencia » en favor de la existencia de « una norma de derecho internacional que haga a un Estado internacionalmente responsable de las disposiciones adoptadas por los organismos estatales constituidos en personalidades jurídicas autónomas » [321]. Dos magistrados (Sir Hersch Lauterpacht y el Sr. Read) insistieron en pronunciarse sobre esta cuestión y subrayaron los fundamentos de la tesis francesa [322]; el Sr. Read destacó además la contradicción del Gobierno noruego que, con ocasión de un proceso entablado contra uno de esos bancos ante al Tribunal del Sena, había invocado en su favor la inmunidad de jurisdicción, inmunidad que se concede internacionalmente a los órganos de los Estados extranjeros. El propio Gobierno había pues sostenido, en esa otra circunstancia, que las actividades del establecimiento público de que se trataba debían considerarse como « hechos del Estado » en el plano internacional.

168. En cuanto a la práctica de los Estados, ninguno de los puntos del cuestionario dirigido a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación de 1930 se refería expresamente a los establecimientos públicos. Sin embargo, al contestar al punto VI (Actos u omisiones de entidades corporativas que ejercen funciones públicas de carácter legislativo o administrativo [municipios, provincias, etc.]), algunos gobiernos, y en particular los de Alemania y Gran Bretaña, señalaron que la responsabilidad del Estado subsistía también respecto de las acciones u omisiones de organismos distintos de las corporaciones de carácter local siempre que tales organismos estuvieran encargados asimismo de funciones públicas [323]. El Comité Preparatorio llegó a la conclusión de que convenía referirse al mismo tiempo no sólo a las colectividades territoriales, como los municipios y las provincias, sino también, en general, a las « instituciones autónomas »; en consecuencia, redactó a este respecto una base de discusión cuyo texto era el siguiente :

---

[318] Véase *C.I.J. Mémoires*, vol. I, págs. 136 y 137, 273 y ss., 445 y ss.

[319] *Ibid.*, págs. 181 y 182, 405 y ss.

[320] Audiencia pública del 15 de mayo de 1957 (*ibid.*, vol. II, pág. 72).

[321] Audiencia del 23 de mayo de 1957 (*ibid.*, pág. 175).

[322] Véase *C.I.J. Recueil 1957*, págs. 36 y 96.

[323] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 90 y 91.

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero a consecuencia de actos u omisiones de entidades corporativas (municipios, provincias, etc.) o de instituciones autónomas que ejercen funciones públicas de carácter legislativo o administrativo [...] [324].

La Tercera Comisión de la Conferencia desgraciadamente no tuvo tiempo de llegar al examen y adopción de esta base de discusión. No obstante, es significativa la decisión adoptada por el Comité Preparatorio, después de recibir las respuestas de los gobiernos, de reglamentar en una disposición única el problema de la atribución al Estado del comportamiento de los órganos de las colectividades territoriales —respecto de las cuales, como se verá, dicha atribución es generalmente aceptada— y el de las acciones u omisiones de los órganos de « instituciones autónomas que ejercen funciones públicas ».

169. En lo que concierne a las otras instituciones que hemos mencionado, y en particular los organismos distintos del Estado pero estrechamente vinculados con él y encargados de funciones de dirección y orientación política, algunos autores citan la decisión, ya aludida en este informe, de la Comisión de Conciliación Franco-italiana en el asunto *Dame Mossé*. En esta decisión, dictada el 17 de enero de 1953, la Comisión señaló que :

No es posible considerar como ajenas a esos órganos [los de la denominada República de Saló] [...] las fuerzas armadas del partido fascista reconstituido, debido a la situación que dicha República reservaba de hecho y de derecho a ese partido [...] [325].

A este respecto, algunos autores citan también precedentes emanados de la práctica de los Estados. Se alude, por ejemplo, a las observaciones que figuran en un estudio anexo al Informe de 1932 de la Comisión de estudio (Comisión Lytton) encargada por la Sociedad de las Naciones de indagar el boicoteo chino y las responsabilidades correspondientes. Este estudio señalaba que el boicoteo había sido ordenado, controlado y coordinado por el Kuomintang y no por el Gobierno nacionalista, pero advertía al mismo tiempo que ese movimiento era el creador y el amo del Gobierno, al que dirigía y controlaba, y que podía considerarse como la verdadera fuente del poder [326]. Se menciona también, más especialmente, un acuerdo concertado el 10 de mayo de 1935 por Alemania y Bélgica a raíz de ciertos incidentes de frontera causados por órganos del partido nacional-socialista. Alemania hubo de reconocer en ese acuerdo el principio de la responsabilidad internacional del Estado alemán por las acciones de personas que, según se indicaba, tenían « carácter oficial » y se encontraban directamente o « indirectamente » al servicio del Estado [327].

170. Por tratarse de situaciones especiales y relativamente recientes no es de extrañar que escaseen los precedentes en la jurisprudencia y la práctica de los Estados. En cambio, muchos autores han expuesto con bastante amplitud estos diversos puntos y han señalado las razones lógicas que llevan a atribuir al Estado, en el plano de las relaciones internacionales, las acciones u omisiones de órganos de instituciones diferentes que, si bien en el ámbito jurídico interno gozan de personalidad distinta a la del Estado, están asimismo encargadas de prestar servicios públicos o desempeñar funciones públicas, es decir, de ejercer actividades por cuenta de la colectividad [328]. Por lo demás, el principio de esta atribución figura en algunos proyectos de codificación [329]. Parece lógico en efecto que el criterio decisivo a este respecto sea el de la naturaleza de la función desempeñada y no el del ejercicio

[324] *Ibid.*, pág. 92.

[325] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 64.V.3), pág. 492. A este respecto, véase Reuter, *La responsabilité internationale (op. cit.)*, págs. 91 y 92; Quéneudec, *op. cit.*, págs. 52 y 53.

[326] Véase Sociedad de las Naciones, Appel du gouvernement chinois, Documents annexés au rapport de la Commission d'étude (documento C.663.M.320.1932.VII.Anexos), págs. 244 y 245. A este respecto, véase H. Lauterpacht, « Boycott in International Relations », *The British Year Book of International Law, 1933*, Londres, págs. 133 y 134; C. L. Bouvé, « The National Boycott as an International Delinquency », *American Journal of International Law*, Wáshington, vol. 28, N.° 1 (enero de 1934), págs. 36 y 37; L. Preuss, « International Responsibility for Hostile Propaganda against Foreign States », *ibid.*, N.° 4 (octubre de 1934), págs. 667 y 668.

[327] Véanse Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, pág. 170; Reuter, *La responsabilité internationale (op. cit.)*, pág. 91; Quéneudec, *op. cit.*, pág. 52. Sobre el problema de la responsabilidad del Estado por actos de los partidos únicos, véase también Ch. de Visscher, *Théories et réalités ... (op. cit.)*, págs. 340 y 341; E. Zellweger, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für die Presse*, Zürich, Polygraphischer, 1949, págs. 21 y ss.

[328] Además de los autores de artículos ya mencionados relativos a cuestiones especiales, véase W. Friedmann, « The Growth of State Control over the Individual and its Effects upon the Rules of International State Responsibility », *The British Year Book of International Law*, 1938, Londres, pág. 144, y « Some Impacts of Social Organization on International Law », *American Journal of International Law*, Wáshington, vol. 50, N.° 3 (julio de 1956), págs. 492 y 493; Romano, *Corso di diritto internazionale*, 4.ª ed., Padua, 1939, págs. 212 y 213; Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico (op. cit.)*, págs. 129 y ss.; Reuter, *La responsabilité internationale (op. cit.)*, pág. 91; Sørensen, *op. cit.*, pág. 225; Dahm, *op. cit.*, págs. 193 y ss.; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, págs. 173 y 174; Sereni, *op. cit.*, t. II, págs. 304 y 305, y t. III, pág. 1508; Münch, *op. cit.*, págs. 200 y 201 (con muchos ejemplos concretos); Quéneudec, *op. cit.*, págs. 44, 50 y ss.; Amerasinghe, « Imputability ... », *Revue égyptienne ... (op. cit.)*, pág. 103.

[329] El proyecto del profesor Roth (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, pág. 159, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo X) empleaba una fórmula muy amplia, ya que en su artículo primero atribuía al Estado, como fuente de responsabilidad, los actos cometidos por « cualquier persona natural o jurídica a la que haya encargado el desempeño de funciones públicas ». No cabe duda de que entre esas personas han de figurar los establecimientos e instituciones a que nos hemos referido.

De forma aún más explícita el proyecto elaborado en 1930 por la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (*ibid.*, pág. 156, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII) mencionaba a este respecto en el párrafo 3 del artículo primero, junto a los distintos poderes del Estado, las « entidades » y los « organismos que ejercen funciones públicas » en el territorio del Estado.

El artículo 17 del proyecto de convención preparado en 1961 por la Harvard Law School (*ibid.*, pág. 152, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII) excluía de entre los actos atribuibles al Estado los realizados por los órganos, organismos, funcionarios

(Continúa en la página siguiente.)

de esas funciones por órganos de la maquinaria estatal propiamente dicha o por órganos de instituciones distintas del Estado y únicamente coordinadas con él. El reparto de las funciones públicas entre el propio Estado y otros organismos constituye el resultado de una técnica de organización que varía de un sistema a otro; sería absurdo que, como consecuencia de ese reparto, se llegara en un caso a la conclusión de que, desde el punto de vista internacional, una acción u omisión realizada en el desempeño de una misma función pública ha de considerarse como un acto del Estado y, en otro caso, a la conclusión contraria. El principio, ya citado y universalmente reconocido, de la unidad del Estado desde el punto de vista internacional, no puede tener como único efecto hacer ignorar, a los fines de la atribución al Estado sujeto de derecho internacional, toda diferencia entre las acciones u omisiones emanadas de uno u otro de los poderes del Estado. El mismo principio debe igualmente llevar a no tener en cuenta, para los mismos fines, la distinción entre las diversas instituciones que, todas en un plano igualmente público, prestan a la colectividad determinados servicios o desempeñan funciones consideradas de interés para esa colectividad. Parece necesario, en otras palabras, reconocer categóricamente que, desde el punto de vista internacional, ha de considerarse el comportamiento de los agentes de esos establecimientos o instituciones como « hechos del Estado », hechos que pueden engendrar, en su caso, una responsabilidad internacional. Por fuerza ha de resultar cada vez más patente la importancia de este principio a medida que aumentan la complejidad y la diferenciación de la maquinaria estatal. Por ello, aun cuando en esta materia hubiera de vacilarse en llegar a la conclusión de que existe una norma ya sólidamente establecida en la práctica, en aras de la claridad de las relaciones internacionales y de la lógica misma de los principios que las regulan, habría por fuerza que confirmar esa regla en el marco del desarrollo progresivo del derecho internacional.

171. La conclusión que acaba de enunciarse tiene sólidos cimientos : el atribuir al Estado sujeto de derecho internacional las actividades de los órganos de establecimientos públicos o de otras instituciones públicas distintas del Estado, encuentra, por analogía, una confirmación ulterior en el principio que prevé tal atribución por el comportamiento de los órganos de las corporaciones locales o territoriales. La existencia de esas colectividades puede representar la aplicación de un criterio de reparto de funciones *ratione loci*, en tanto que la de los establecimientos e instituciones mencionados responde más bien a un criterio de reparto *ratione materiae*, pero, para lo que nos interesa, el fenómeno es fundamentalmente el mismo. Las corporaciones territoriales tienen, también, una personalidad jurídica distinta de la del Estado, poseen su propio aparato y disponen de sus propios órganos. Sin embargo, como se verá seguidamente, la atribución al Estado sujeto de derecho internacional de las acciones u omisiones de los órganos de esas corporaciones se admite generalmente.

172. A este respecto, el examen puede comenzar por las corporaciones territoriales características de un Estado con estructura unitaria : los municipios, las provincias, las regiones. Una afirmación ya antigua de la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de funcionarios municipales se encuentra en el dictamen del superárbitro en relación con la decisión dictada el 14 de agosto de 1905 por la Comisión Mixta de reclamaciones franco-venezolana, instituida por el Protocolo de 19 de febrero de 1902, en el *Asunto Pieri Dominique and Co.* [330]. Pero una reafirmación mucho más expresa y categórica del principio a que nos referimos se encuentra en la decisión dictada el 15 de septiembre de 1951 por la Comisión de conciliación franco-italiana, constituida en virtud del artículo 83 del Tratado de Paz de 10 de febrero de 1947, relativa al *Asunto de los herederos de S.A.R. Mgr. el Duque de Guisa.* Tal decisión parece, en efecto, ser tanto más significativa cuanto que es reciente y se refiere a una colectividad que goza de un grado más avanzado de autonomía. La Comisión se expresó así :

> Poco importa, para decidir en el presente asunto, que el decreto de 29 de agosto de 1947 emane no del Estado italiano sino de la Región siciliana. El Estado italiano es, en efecto, responsable de la aplicación del Tratado de Paz, incluso en lo que se refiere a Sicilia, a pesar de la autonomía concedida a ésta en las relaciones internas por el derecho público de la República italiana [331].

173. Se ha recordado ya [332] que en el punto VI del cuestionario dirigido a los gobiernos por el Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930 se preguntaba expresamente si el Estado asumía la responsabilidad por los « actos u omisiones de entidades corporativas que ejercen funciones públicas de carácter legislativo o administrativo (municipios, provincias, etc.) ». Veinticuatro Estados expusieron su parecer sobre esta cuestión y todos aceptaron el principio de que la responsabilidad del Estado se ve comprometida por tales acciones u omisiones [333]. Si bien posteriormente en la práctica de los Estados ha habido pocas oportunidades de reafirmar tal principio, ello obedece principalmente a que nunca ha sido puesto en tela de juicio y a que los Estados lo han aplicado espontáneamente.

(Continuación de la nota 329.)

o empleados de empresas comerciales pertenecientes en todo o en parte a un Estado, dotadas de personalidad jurídica y que no gocen de inmunidad de jurisdicción. A pesar de que la fórmula es muy confusa cabe deducir *a contrario* que los autores del proyecto consideran atribuibles al Estado los actos de los órganos de instituciones no comerciales, o incluso comerciales, siempre que el Estado haga valer para ellas la inmunidad.

Esta conclusión parece confirmada en el comentario de la norma general relativa a la inmunidad (« General Rule as to Attribution ») que figura en el *Restatement of the Law* del American Law Institute (American Law Institute, *op. cit.*, pág. 512).

[330] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 60.V.4), pág. 156.

[331] *Ibid.*, vol. XIII (N.° de venta: 64.V.3), pág. 161.

[332] Véase *supra*, párr. 168.

[333] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 90 y ss.; y *Supplément au tome III (op. cit.)*, págs. 3 y 18.

174. Al analizar los proyectos de codificación preparados por fuentes oficiales o privadas se observa que el artículo 2 del proyecto adoptado en Lausana en 1927 por el Instituto de Derecho Internacional prevé que :

El Estado es responsable de los actos de las corporaciones que ejercen funciones públicas en su territorio [334].

La misma conclusión se desprende del artículo 3 del proyecto de convención preparado por la Harvard Law School en 1929 [335] y del apartado *d* del párrafo 1 del artículo 17 del proyecto preparado por la misma institución en 1961 [336], del párrafo 3 del artículo primero del proyecto elaborado en 1930 por la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht [337], así como del artículo VII de los « Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, según la opinión de los Estados Unidos de América », preparados por el Comité Jurídico Interamericano en 1965 [338] y del párrafo 170 de la Nueva Enunciación de la Ley por American Law Institute [339]. En estos diferentes proyectos, de origen norteamericano generalmente, se emplea el término « subdivisiones políticas ». El Sr. García Amador siguió su ejemplo en el párrafo 1 del artículo 14 del anteproyecto revisado que elaboró en 1961 en su calidad de Relator Especial :

Los actos y omisiones de las subdivisiones políticas son imputables al Estado, cualesquiera que sean la organización interna de éste o el grado de autonomía legislativa, judicial o administrativa que disfrutan aquéllas [340].

Al comentar esta disposición el Sr. García Amador señalaba : « Se trata ... de un principio que, al menos en la actualidad, prácticamente no se discute » [341]. En efecto, todos los autores de derecho internacional que se han ocupado de la cuestión, desde los más antiguos a los más modernos, están de acuerdo en afirmar el mismo principio [342].

175. Constituye asimismo un principio sólidamente establecido la atribución al Estado federal de los hechos de los órganos de los Estados constitutivos, caso de tener que tomar en consideración en el plano internacional tales hechos como origen de responsabilidad. Desde 1875, por lo menos, una jurisprudencia constante ha consagrado este principio cuando el derecho interno no confiere al Estado federal medio alguno para obligar a los órganos de los Estados constitutivos a respetar las obligaciones internacionales. En la sentencia sobre el asunto del *Montijo*, dictado precisamente el 26 de julio de 1875 por el Tribunal Arbitral de Estados Unidos de América/Colombia, y que constituye el punto de partida de esta constante jurisprudencia, el árbitro Sr. Bunch subrayada que en caso de violación de una obligación internacional por uno de los Estados miembros del Estado Federal de Colombia, sólo cabía al Estado extranjero dirigirse al Gobierno Central. Agregaba lo siguiente :

Si se toma como base esta norma, que el infrascrito considera indiscutible, resulta que, en cada caso de culpa [...] ante los países extranjeros el responsable es él y sólo él [el Gobierno general de la República] [...].

Es probable que se alegue que al poder federal está prohibido, según la Constitución de Colombia, inmiscuirse en los desórdenes internos de los Estados [constitutivos] y que no puede hacérsele responsable en justicia de actos que no tiene el poder, en virtud de la carta fundamental de la República, de prevenir o castigar. El infrascrito responderá a este razonamiento que en tal caso un tratado prevalece sobre una constitución al cual ésta debe ceder paso. La legislación de la República debe adaptarse a los tratados y no los tratados a las leyes [...].

[...] A primera vista quizá parezca injusto hacer responsable moral y pecuniariamente al poder federal, y por conducto de éste al contribuyente del país, por hechos sobre los que no ejerce control alguno y que probablemente desaprueba o condena; pero la injusticia desaparece desde el momento en que se reconoce que este inconveniente es inseparable del sistema federal. Si una nación adopta deliberadamente esta forma de administración en sus asuntos públicos, lo hace con pleno conocimiento de las consecuencias que de ello se derivan. Sopesa las ventajas y los inconvenientes y no puede quejarse si estos últimos se dejan sentir de vez en cuando [343].

Entre las numeros decisiones arbitrales que luego han confirmado expresamente este principio cabe recordar, en particular, la decisión dictada en 1890 por la Comisión mixta Estados Unidos de América/Venezuela en el *Asunto De Brissot* [344]; la de la Comisión mixta de reclamaciones Gran Bretaña/Venezuela de 1903 en el *Asunto Davy* [345]; la decisión (ya mencionada anteriormente en relación con la responsabilidad del Estado por las actividades de órganos municipales) dictada el 14 de agosto de 1905 por la Comisión mixta Francia/Venezuela en el *Asunto Pieri Dominique and Co.* [346]; las de la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América/México en los asuntos *Janes* [347], *Swinney* [348], *Quintanilla* [349], *Youmans* [350], *Mallén* [351], *Venable* [352], *Tri-*

[334] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96, apéndice 8.

[335] *Ibid.*, pág. 225, documento A/CN.4/96, apéndice 9.

[336] *Ibid.*, *1969*, vol. II, pág. 152, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII.

[337] *Ibid.*, pág. 156, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII.

[338] *Ibid.*, pág. 161, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo XV.

[339] Véase *supra*, pág. 205, documento A/CN.4/217/Add.2.

[340] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1961*, vol. II, pág. 53, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición.

[341] *Ibid.*, pág. 58.

[342] Véase Triepel, *op. cit.*, págs. 356 y ss.; Anzilotti, *Corso ... (op. cit.)*, pág. 391; Ross, *op. cit.*, pág. 253; Fenwick, *op. cit.*, pág. 297; Rousseau, *op. cit.*, pág. 373; Schwarzenberger, *International Law (op. cit.)*, págs. 625 y 626; Dahm, *op. cit.*, pág. 193; Sereni, *op. cit.*, t. II, págs. 311 y 463, y t. III, pág. 1508; Münch, *op. cit.*, págs. 199 y 200; Levin, *Otvetsvennost gosudarstv ... (op. cit.,)* pág. 69; Brownlie, *op. cit.*, págs. 369 y 370.

[343] Véanse Moore, *History and Digest ... (op. cit.)*, págs. 1440 y 1441; Lapradelle y Politis, *op. cit.*, 1954, t. III, págs. 674 y 675.

[344] Véase Moore, *History and Digest ... (op. cit.)*, págs. 2967, 2970 y 2971.

[345] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 59.V.5), pág. 468.

[346] *Ibid.*, vol. X (N.° de venta : 60.V.4), pág. 156.

[347] Decisión del 16 de noviembre de 1925 [*ibid.*, vol. IV (N.° de venta : 1951.V.1), pág. 86].

[348] Decisión del 16 de noviembre de 1926 (*ibid.*, pág. 101).

[349] Decisión del 16 de noviembre de 1926 (*ibid.*, pág. 103).

[350] Decisión del 23 de noviembre de 1926 (*ibid.*, pág. 116).

[351] Decisión del 27 de abril de 1927 (*ibid.*, pág. 177).

[352] Decisión del 8 de julio de 1927 (*ibid.*, pág. 230).

bolet [353]; finalmente, la dictada el 7 de junio de 1929 por la Comisión de reclamaciones Francia/México en el *Asunto Pellat*. En esta decisión, el árbitro reafirmaba « el principio de la responsabilidad internacional, denominada a menudo indirecta, de un Estado federal por todos los actos de los Estados particulares que dan lugar a reclamaciones de Estados extranjeros » y señalaba especialmente que esa responsabilidad

[. . .] no puede negarse, ni siquiera en el caso de que la Constitución federal deniegue al Gobierno central el derecho de control de los Estados particulares o el derecho a exigir de ellos que ajusten su conducta a los preceptos del derecho internacional [354].

Hay que destacar que, en muchas de las decisiones citadas, el árbitro señalaba expresamente que la misma parte demandada reconocía el principio de que los hechos del Estado miembro deben ser atribuidos al Estado federal a los efectos de determinar una responsabilidad internacional.

176. Por supuesto, algunos Estados de estructura federativa trataron a veces de oponerse a demandas de reparación por actividades de órganos de un Estado miembro. No obstante, tales tentativas, que venían fracasando desde hacía mucho tiempo, se han hecho cada vez más raras en nuestro siglo. A este respecto, la práctica de los Estados Unidos de América y su evolución puede considerarse como un ejemplo típico. No puede exponerse mejor esa práctica que en las palabras de las propias autoridades norteamericanas. El agente de los Estados Unidos ante la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América/Mexico había pedido a su Gobierno si debía o no sostener que el Gobierno federal no era responsable en derecho internacional por las acciones u omisiones de órganos de los Estados Miembros. El Departamento de Estado contestó, el 25 de julio de 1925, en los siguientes términos :

Ha de recordarse que los gobiernos extranjeros no pueden formular protestas contra Estados [miembros] ni exigirles reparación. Los gobiernos extranjeros sólo pueden tratar con el Gobierno de los Estados Unidos, y como en virtud de los tratados y del derecho de gentes este Gobierno tiene la obligación de proteger debidamente a los extranjeros en su territorio, se plantea la cuestión de determinar si, cuando la falta de protección es debida a una acción o una omisión de una autoridad de un Estado [miembro] el Gobierno federal puede alegar válidamente este hecho como defensa [. . .]. Hay una larga lista de asuntos [. . .] en los que el Gobierno federal ha defendido la tesis de su falta de responsabilidad; por otra parte, algunos casos han sido zanjados sin que se planteara esta cuestión. El Presidente Harrison [. . .] envió un mensaje al Congreso, el 9 de diciembre de 1891 [355], en el que enunció el principio siguiente :

« Entiendo que [. . .] en tal caso los funcionarios del Estado [miembro] investidos con atribuciones judiciales y de policía deben, cuando se trata de cuestiones internacionales [. . .] ser considerados como agentes federales, de forma que este Gobierno responda de sus actos. »

[. . .] También es cierto que, en nuestras relaciones con gobiernos extranjeros que poseen un sistema federal semejante al nuestro, hemos insistido invariablemente en la responsabilidad del Gobierno federal, aunque el incumplimiento del deber de proteger a los ciudadanos norteamericanos o de perseguir en justicia a los autores de infracciones cometidas contra ellos fuese atribuible a los funcionarios de uno de los Estados o provincias constitutivos [. . .].

[. . .] Además, el Gobierno de los Estados Unidos ha pagado frecuentemente indemnizaciones para atender reclamaciones fundadas en tales motivos, no obstante el hecho de que se trataba de acciones u omisiones de funcionarios de los Estados [miembros] o de municipios [. . .]. El Departamento de Estado opina que no debe usted alegar especialmente la falta de responsabilidad basándose en que se trata de acciones u omisiones atribuibles a funcionarios de un Estado [miembro].

(It must be remembered that foreign Governments cannot make representations to the States and demand reparation from them. Foreign Governments can only deal with the Government of the United States, and as under treaties and the law of nations this Government owes a duty properly to protect foreigners within its territorial jurisdiction, the question arises whether, when the lack of protection is due to an act or omission of a State authority, this fact may properly be pleaded as a defense by the Federal Government [. . .]. There is a long list of cases [. . .] in which the Federal Government has taken the position of non-liability; on the other hand some cases have been settled without raising this question. President Harrison [. . .] sent a message to Congress on December 9, 1891, in which he laid down the following principle :

« It seems to me [. . .] that the officers of the State charged with police and judicial powers in such cases must, in the consideration of international questions [. . .], be regarded in such sense as Federal agents to make this Government answerable for their acts. »

[. . .] It is also true that, in our dealings with Foreign Governments having a federal system similar to our own, we have invariably insisted on the liability of the Federal Government, although the failure to protect American citizens or properly to prosecute for offenses against them was chargeable to the officials of one of the constituent states or provinces [. . .].

Moreover, the United States Government has frequently paid indemnity in settlement of claims based on such grounds notwithstanding the fact that the acts or omissions were those of officials of the States or Municipalities [. . .]. The Department is of the opinion that you should not specially plead inmunity from liability on the ground that the acts or omissions were those of State officials) [356].

177. Cuatro años más tarde, al contestar el 22 de mayo de 1929 al punto X del cuestionario que le había dirigido el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación de La Haya, el mismo Gobierno de los Estados Unidos de América decía :

En los Estados Unidos, la protección de los derechos de los extranjeros incumbe al Gobierno federal, de conformidad con los tratados y el derecho internacional. No obstante, la sanción de los delitos cometidos contra tales derechos es, en cierta medida, de la competencia de los distintos Estados [miembros]. Con frecuencia, el Gobierno federal ha pagado indemnizaciones por omisión de diversos Estados, cuando éstos no han asegurado la protección de los extranjeros ni reparado los daños causados [. . .]. En las reclamaciones contra Estados extranjeros, los

[353] Decisión del 8 de octubre de 1930 (*ibid.*, pág. 601).

[354] *Ibid.*, vol. V (N.° de venta : 1952.V.3), pág. 536.

[355] A raíz de la negativa de las autoridades judiciales y de policía de Luisiana a proceder contra los autores de la matanza de italianos en Nueva Orléans.

[356] Véase Hackworth, *op. cit.*, vol. V, Wáshington, U.S. Government Printing Office, 1943, págs. 594 y 595.

Estados Unidos se han negado a reconocer la tesis según la cual la organización federal del Estado demandado no está obligada, desde el punto de vista internacional, a mantener el orden y a conceder una reparación efectiva en las subdivisiones políticas que la constituyen [357].

178. En relación con el asunto que examinamos, el cuestionario del Comité Preparatorio de la Conferencia de 1930 estaba redactado de una manera que podía suscitar confusión y complicar tanto la formulación de las respuestas como su interpretación. Se ha visto ya que el punto VI hablaba de « entidades corporativas que ejercen funciones públicas »; los ejemplos que se citaban (municipios, provincias, etc.) no permitían estar seguros si se daba o no por sentado que los Estados miembros de un Estado federal quedaban comprendidos dentro de esta categoría. La existencia del punto X junto al punto VI parecía señalar hacia una conclusión negativa; sin embargo, hubo gobiernos, como el de los Estados Unidos de América, que en su respuesta al punto VI se refirieron a un asunto relativo a un Estado miembro de un Estado federal (Venezuela), asunto en el cual la decisión había puesto de relieve el hecho de que, desde el punto de vista internacional, la existencia del Estado miembro quedaba completamente absorbida por la del Estado federal [358]. Por su parte, el punto X formulaba una sola pregunta respecto de la « Responsabilidad del Estado en los casos de Estado subordinado, Estado protegido, Estado federal y otras uniones de Estados ». Algunas de las situaciones mencionadas entrañaban una relación que vincula entre sí a unidades políticas dotadas, tanto unas como otras, de personalidad internacional. Tal es el caso del protectorado y de otras formas de dependencia internacional, de las uniones de Estado de tipo confederal y también de otras uniones; es decir, casos en los que la responsabilidad del Estado superior por el Estado dependiente, o de la unión por el Estado miembro, sólo puede ser tomada en consideración en cuanto responsabilidad de un sujeto de derecho internacional por el hecho de otro sujeto. Junto a estas situaciones aparecía mencionada la del Estado federal, en la que la personalidad internacional del Estado miembro normalmente está totalmente excluida o sólo se admite excepcionalmente en función de una capacidad internacional de alcance sumamente limitado : tan limitado que prever la violación por un Estado miembro de una obligación internacional que le incumba directamente constituye en la práctica una hipótesis doctrinal. Tal referencia común a situaciones tan diferentes entre sí permitía que los gobiernos, en sus respuestas, incurrieran en malentendidos. La respuesta de Alemania, por ejemplo, tomaba en consideración fundamentalmente los casos de « coexistencia de varios sujetos de derecho internacional » e indicaba determinados criterios (por otra parte discutibles) de reparto de la responsabilidad entre esos distintos sujetos en la diversas hipótesis. Bulgaria y el Canadá se referían de modo aún más exclusivo al mismo tipo de situaciones y fijaban como criterio, Bulgaria, la responsabilidad del Estado que hubiera causado el daño y, el Canadá, la identidad entre el titular de la obligación transgredida y el titular de la responsabilidad. Polonia se limitaba prácticamente a hablar del caso del protectorado. En cambio Hungría, teniendo presente únicamente el caso de un Estado federal en el que los Estados miembros carecían de « capacidad de derecho internacional », se apoyaba en esta base para afirmar la responsabilidad del Estado federal. Italia y Noruega trataban también de distinguir el caso del Estado federal y reconocían la responsabilidad de éste por los hechos de los Estados miembros. Australia, Austria, Bélgica, Dinamarca, Japón, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Reino Unido y Sudáfrica afirmaban en términos generales la responsabilidad del Estado que hubiera asumido la representación o la responsabilidad de la dirección de las relaciones exteriores de otra entidad política, subrayando a veces (Bélgica) que se trataba de una responsabilidad « indirecta » [359]. En el párrafo anterior se ha mencionado ya la respuesta de los Estados Unidos de América. Por último, la respuesta del Gobierno suizo se distinguía por su claridad de ideas :

> [. . .] La responsabilidad internacional del Estado federal es de la misma naturaleza y del mismo alcance que la del Estado unitario.
>
> El derecho constitucional suizo [. . .] autoriza a la Confederación a asumir, en el plano internacional, la responsabilidad de los actos contrarios al derecho de gentes que puedan atribuirse a cantones [360].

Por lo demás, la posición del Gobierno suizo a este respecto fue confirmada en fecha más reciente por el Sr. Petitpierre, Jefe del Departamento Político, en una declaración hecha en 1955 ante el Consejo Nacional con ocasión del *Asunto de la Legación de Rumania en Berna :*

> La Confederación sólo tendría que intervenir si una persona que empeñe su responsabilidad, es decir, una persona que actúe en su nombre, realizara un acto contrario al derecho internacional. Esta persona podría ser una autoridad federal como el Consejo Federal o las autoridades de policía de Berna. Estas últimas no dependen de la Confederación, pero hay que reconocer que en lo que concierne a la vigilancia de las embajadas y las legaciones y a su actividad en el incidente de la Legación de Rumania obraban en nombre de la Confederación. Por consiguiente, la Confederación podría considerarse responsable, frente al exterior, de daños causados por culpa de la policía de Berna [361].

179. A pesar de la relativa confusión que se ha podido advertir en las respuestas de los gobiernos a un cuestionario redactado en términos equívocos, parece que

[357] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion . . ., Supplément au tome III (op. cit.)*, pág. 21.

[358] *Ibid.*, pág. 18.

[359] Para estas diversas respuestas, véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion . . . (op. cit.)*, págs. 121 y ss.; y *Supplément au tome III (op. cit.)*, pág. 4.

[360] Véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion . . . (op. cit.)*, págs. 123 y 124. Como consecuencia de las respuestas recibidas, el Comité Preparatorio comprendió la necesidad de prever al menos distintos apartados para las diferentes hipótesis y, siguiendo este criterio, formuló la Base de discusión N.° 23, cuyo segundo apartado estaba redactado como sigue :

> « Cuando un gobierno está encargado de la dirección de las relaciones exteriores de varios Estados, incumbe a dicho gobierno común o central la responsabilidad [. . .]. » (*Anuario de la Comisón de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 219, documento A/CN.4/96, apéndice 2.)

Sin embargo, la Conferencia de 1930 no tuvo tiempo de examinar este texto.

[361] Véase Société suisse de droit international, *Annuaire suisse de droit international, 1956*, Zürich, vol. XIII, 1957, pág. 175.

la conclusión que se desprende de la práctica de los Estados presenta suficiente certeza. El principio de que el Estado federal debe responder de las acciones y omisiones que constituyan un incumplimiento de sus obligaciones internacionales, indistintamente de que tales actividades emanen de órganos de los Estados miembros o de órganos federales, parece hallarse sólidamente arraigado en la manera de pensar de los Estados. Son más bien las opiniones, muy diversas, expresadas por la doctrina las que oscurecen la visión de las cosas a causa de discrepancias, a menudo más aparentes que reales, que se manifiestan entre las diferentes corrientes, discrepancias que a veces aparecen reflejadas en los textos de los distintos proyectos de codificación.

180. Un importante grupo de juristas ha actuado con realismo al tomar como objeto de sus exposiciones el fenómeno del Estado federal tal como ha evolucionado en los tiempos modernos un poco por doquier y particularmente en el continente americano, es decir como un fenómeno que pertenece al derecho constitutional y no al derecho internacional [362]. A su juicio, la estructura federal constituye una forma avanzada de descentralización, por lo que lógicamente ven en el principio de la responsabilidad del Estado federal, en las hipótesis aquí analizadas, la consecuencia de la atribución a éste, desde el punto de vista internacional, de las acciones y omisiones de los órganos de los Estados miembros [363], atribución basada en las mismas razones que la de las actividades de los órganos de cualquier otra clase de corporación territorial, una provincia, una región, etc. [364]. Se encuentra nuevamente la influencia de esta manera de ver el asunto en la fórmula del artículo 3 del proyecto preparado por la Harvard Law School en 1929 [365], en la del artículo 14 del anteproyecto revisado preparado en 1961 por el Sr. García Amador para la Comisión de Derecho Internacional [366], en el artículo VII de los principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, según la opinión de los Estados Unidos de América, preparados por el Comité Jurídico Interamericano en 1965 [367]; y en el artículo 170 de la Nueva enunciación de la Ley del American Law Institute [368]. En todas estas cláusulas, los términos « subdivisión », « subdivisión política » o « unidad política » se aplican a la hipótesis de una corporación territorial independientemente de que el Estado tenga una estructura unitaria o federal. También entra en el mismo grupo el artículo 17 del proyecto preparado en 1961 por la Harvard Law School ya que prevé al mismo tiempo el caso de una « subdivisión política » y el caso concreto de un Estado o de una provincia miembro de un Estado federal e indica en los mismos términos que, para los efectos del proyecto de convención se entiende por « órgano de un Estado » todo órgano de esa subdivisión o de ese Estado miembro [369].

181. Frente a esta concepción hay otra cuyos adeptos parecen haber tenido presente, en un principio, ciertas situaciones concretas de su tiempo con las que estaban más familiarizados. Para estos autores, sobre todo los más antiguos, el Estado federal no era tanto una unidad que había adoptado una estructura descentralizada como una « unión » de Estados : una asociación creada mediante pacto entre dos países, otrora soberanos, celosos de no dejarse absorber enteramente en la unión y de conservar por lo menos algunos restos de su primitiva soberanía internacional. Así pues, en opinión de esos autores, había que tener especialmente en cuenta la posibilidad de que el Estado miembro de un Estado federal poseyera, dentro de este último, una personalidad internacional propia, aunque limitada. Había que considerar, por tanto, dos hipótesis. La primera sería la de una acción u omisión de los órganos de un Estado miembro en una esfera en la que a ese Estado, de por sí, no pudiera reclamarse ninguna obligación internacional : tal acción u omisión tendría que aparecer pues como el comportamiento de un órgano descentralizado del Estado Federal, en forma igual al comportamiento de los órganos de un municipio. Sobre este punto, la conclusión de los autores de esta segunda concepción coincide con la de los autores de la primera. En cambio, la segunda hipótesis versaría sobre las acciones u omisiones de órganos de un Estado miembro en el sector restringido en el que éste aparecería como sujeto autónomo de derechos y deberes internacionales. En este caso no podría considerarse responsable al Estado federal de un hecho atribuible a aquél; podría invocarse a la vez su responsabilidad internacional,

[362] El artículo 2 de la Convención interamericana sobre Derechos y Deberes de los Estados (Montevideo, 1933) indica que el Estado federal « constituye una sola persona ante el Derecho Internacional ». Eagleton [*The Responsibility of States ... (op. cit.)*, pág. 32] recuerda una nota publicada por E. Clunet a propósito del incidente de Nueva Orleans en el *Journal du droit international privé*, en la que el jurista francés señalaba ya :

> « Todo el mundo reconoce que, en las relaciones internacionales el Estado federal constituye un todo indivisible, ya que cada uno de los Estados que lo componen ha quedado absorbido en él como consecuencia del abandono completo de su soberanía externa, y conserva sólo la autonomía interna, cuya apreciación no corresponde a los demás Estados [...] en el Estado federal la unidad es absoluta desde el punto de vista internacional. » (*Journal de droit international et de la jurisprudence comparée*, París, t. 18, 1891, pág. 1156.)

[363] Como se ha visto, en este concepto se inspiró el mensaje del Presidente Harrison de 9 de diciembre de 1891.

[364] En este sentido, aunque con claridad variable según los autores, véase Donot, *De la responsabilité de l'Etat fédéral à raison des actes des Etats particuliers*, París, 1912, págs. 7 y ss.; Borchard, *The Diplomatic Protection ... (op. cit.)*, págs. 201, 202 y 226; Schoen, *op. cit.*, págs. 28 y ss.; Eagleton, *The Responsibility of States ... (op. cit.)*, *loc. cit.*; Hyde, *op. cit.*, pág. 949; Fenwick, *op. cit.*, pág. 297; Anzilotti, *Corso ... (op. cit.)*, págs. 391 y 432; Cavaglieri, *op. cit.*, pág. 510; Ago, « La responsabilità indiretta ... », *Archivio di diritto pubblico (op. cit.)*, págs. 18 y ss.; Cheng, *op. cit.*, págs. 194, 195 y 197; Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico (op. cit.)*, pág. 349; Schwarzenberger, *International Law (op. cit.)*, págs. 625 y 626; Monaco, *op. cit.*, pág. 376; Accioly, « Principes généraux ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 390 y 391; Sørensen, *op. cit.*, pág. 224; Quéneudec, *op. cit.*, pág. 70; Brownlie, *op. cit.*, págs. 369 y 370; Amerasinghe, « Imputability ... », *Revue égyptienne ... (op. cit.)*, págs. 119 y ss.; Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, págs. 557 y 558.

[365] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 225, documento A/CN.4/96, apéndice 9.

[366] *Ibid., 1961*, vol. II, pág. 53, documento A/CN.4/134 y Add.1, adición.

[367] *Ibid., 1969*, vol. II, pág. 161, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo XV.

[368] Véase *supra*, pág. 205, documento A/CN.4/217/Add.2.

[369] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II, pág. 152, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII.

pero a título de responsabilidad de un sujeto de derecho internacional por el hecho de otro sujeto, es decir de responsabilidad « indirecta ». En este segundo aspecto, la posición de un Estado federal en relación con la del Estado miembro se asemejaría a la del Estado protector con respecto al Estado protegido o a la que puede existir en otras formas análogas de relaciones interestatales [370]. En el seno del grupo las opiniones únicamente difieren en cuanto a la justificación de esa responsabilidad indirecta, ya que algunos autores la creen ver en una relación de representación internacional que se establecería entre el Estado federal y el Estado miembro, al paso que otros citan razones diferentes (criterio de la fiscalización, « Eingriffstheorie », etc.). La influencia de esta manera de considerar la cuestión que acaba de resumirse se deja ver en el primer párrafo del artículo 9 del proyecto preparado en 1927 por el Instituto de Derecho Internacional, que establece la distinción expresa entre las dos hipótesis al afirmar que :

> El Estado federal es responsable de la actuación de los Estados particulares no sólo si ésta es contraria a las obligaciones internacionales del propio Estado federal, sino también cuando es contraria a las obligaciones internacionales que incumbirían a dichos Estados [371].

Lo mismo cabría decir del artículo 4 del proyecto preparado en 1930 por la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht [372].

182. Sin embargo, al analizar detenidamente estas divergencias de opinión se comprende que, por su naturaleza, no puede influir en la solución del problema que nos ocupa. Si se quiere, cabe admitir que en el plano de la teoría jurídica es posible defender las distinciones que los partidarios de la segunda corriente doctrinal consideran necesarias, en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad en que incurre el Estado federal por el Estado miembro en las diferentes situaciones anteriormente citadas. Por otra parte, puede señalarse también que es muy poco probable que se presente en la práctica la hipótesis de la actuación de un órgano de un Estado miembro que suponga el incumplimiento por éste de una obligación internacional que le incumbe directamente en cuanto sujeto autónomo de derecho internacional. Los autores más versados y modernos del grupo que sostiene la necesidad de la distinción mencionada reconocen también la dificultad de prever un caso concreto de hecho internacionalmente ilícito que pueda producirse dentro de la minúscula esfera de capacidad internacional que algunos sistemas federales dejan todavía a los Estados miembros. Indican asimismo la imposibilidad de citar un solo ejemplo en la práctica reciente y señalan también que la tendencia en la evolución del fenómeno federal no parece llevar a una ampliación de esa esfera [373]. Todo lo que cabe decir es que no puede excluirse *a priori* la hipótesis prevista, pues hay que recordar que no existe un tipo único de Estado federal cuya fisonomía esté definitivamente establecida : en la realidad histórica sólo hay situaciones específicas, cada una de las cuales tiene peculiaridades propias [374], y nadie puede prever qué situaciones van a producirse en lo futuro. Sin embargo, repitámoslo, todo ello es irrelevante en lo que respecta a lo que en la actualidad nos interesa. La cuestión en examen es la posibilidad de atribuir al Estado, desde el punto de vista internacional, las acciones u omisiones de órganos de instituciones públicas distintas al Estado. Más concretamente, tratamos de saber si en el plano internacional deben considerarse hechos del Estado federal, en cuanto sujeto de derecho internacional, los comportamientos de Estados miembros que sean contrarios a una obligación internacional contraída por el *Estado federal* En otras palabras ¿puede el Estado federal infringir sus propias obligaciones internacionales por la acción u omisión de personas que no son sus propios órganos sino órganos de los Estados miembros? He aquí la pregunta a la que tenemos que responder y, como se ha visto, la respuesta no da lugar a dudas. Por el momento, esto es todo lo que nos interesa. Cuando la Comisión se ocupe de los casos de responsabilidad de un sujeto de derecho internacional por

---

[370] La tesis aquí resumida ha sido expuesta particularmente por Triepel (*op. cit.*, págs. 359 y ss. y 366 y ss.), con referencias a la situación del que era entonces Imperio alemán. Con matices que varían según los autores, cabe citar en apoyo de la misma concepción : Strupp [« Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch ... (op. cit.)*, págs. 109 y ss.]; Ch. de Visscher [« La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana (op. cit.)*, págs. 105 y 106]; Klein (*op. cit.*, págs. 173 y ss. y 194 y ss.); M. V. Polak [« Die Haftung des Bundesstaates für seine Gliedstaaten », *Oestereichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, vol. I (nueva serie), 1948, págs. 382 y ss.]; Verdross [« Theorie der mittelbaren Staatenhaftung », *ibid.*, págs. 395 y ss., y *Völkerrecht (op. cit.)*, págs. 381 y 389]; G. Barile, (« Note a teorie sulla responsabilità indiretta degli Stati », *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Roma, vol. XXII, fasc. 3, 1948, págs. 444 y 445); Schüle (*op. cit.*, pág. 331); Levin [*Otvetsvennost gosudarstv ... (op. cit.)*, págs. 41 y ss.], y Münch (*op. cit.*, págs. 240 y ss., 243 y ss.).

Para completar el cuadro cabe mencionar también a los autores que presentan la responsabilidad del Estado federal por hechos del Estado miembro, en cualquier situación posible, como responsabilidad indirecta o derivada del hecho de un tercero. Véanse Ross, *op. cit.*, pág. 262; Rousseau, *op. cit.*, pág. 358; Cavaré, *op. cit.*, t. II, pág. 433.

[371] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956*, vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96, apéndice 8.

[372] « Los Estados federales serán responsables de sus Estados componentes, independientemente de que el caso se refiera a sus propias obligaciones impuestas por el derecho internacional o a las obligaciones análogas de dichos Estados componentes. » (*Ibid.*, *1969*, vol. II, pág. 156, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VIII.) Es interesante señalar la diferencia que a este respecto hay entre los proyectos individuales de los profesores Strupp y Roth. El artículo 5 del proyecto preparado en 1927 por el profesor Strupp (*ibid.*, pág. 158, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo IX) menciona la responsabilidad del « Estado soberano » por los actos del « Estado inferior o protegido » en relación con las tres hipótesis de federaciones, confederaciones u protectorados, presentados conjuntamente como hipótesis de « Estados compuestos ». El artículo 5 del proyecto preparado en 1932 por el profesor Roth (*ibid.*, pág. 159, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo X) no se refiere expresamente a la responsabilidad del Estado federal por hechos de los órganos del Estado miembro, que evidentemente asimila a los hechos de los órganos federales, sino que establece la responsaibilidad del Estado soberano por los actos del Estado inferior en el caso de las confederaciones y las dependencias regidas por el derecho internacional.

[373] Véase Münch, *op. cit.*, págs. 240 y 241.

[374] Véanse a este respecto las acertadas observaciones de Reuter en *La responsabilité internationale* (*op. cit.*), pág. 100.

hechos de otro sujeto de derecho internacional, habrá, sin duda alguna, la oportunidad de examinar también las eventuales hipótesis de responsabilidad del Estado federal por violación, por un Estado miembro, de una obligación internacional que directamente incumbe a este último. Podrá entonces optar por emplear una fórmula que abarque también esta hipótesis, por muy teórica que parezca. En cuanto al problema que ahora nos ocupa, queda exclusivamente reducido a los límites que acaban de definirse y no se plantea en el caso de un Estado federal en términos distintos del caso de un Estado unitario descentralizado según diferentes criterios.

183. Bastarán algunas consideraciones rápidas para indicar que lo dicho sobre la posibilidad de atribuir al Estado sujeto de derecho internacional los comportamientos de órganos de instituciones públicas distintas, ya sean especiales o territoriales, se aplica también por fuerza a los órganos de la administración autónoma de una colonia o, en términos más generales, de un territorio exterior al del Estado pero sometido a la soberanía de éste [375]. En nuestros días este problema ha perdido gran parte de su interés, por estar afortunadamente en vías de desaparición el fenómeno colonial. Con todo, todavía subsisten ejemplos y no existiría en realidad razón alguna para exonerar al Estado metropolitano de la responsabilidad que dimana de las actividades ilícitas de los órganos de la administración de la colonia. Evidentemente no hay que tener en cuenta, para los fines de nuestro actual examen, ni el caso en que la administración de la colonia esté directamente confiada a los órganos dependientes de la maquinaria del Estado metropolitano ni tampoco el caso en que el país dependiente sigue constituyendo, a pesar de todo, un Estado distinto con personalidad internacional propia (protectorado y situaciones análogas). En el primer caso, la atribución al Estado de los hechos de la administración colonial no es más que una aplicación de la imputación al Estado de los hechos de sus órganos propiamente dichos; en el segundo caso, en cambio, ya se ha dicho que, únicamente a título de responsabilidad indirecta, cabe hablar de la responsabilidad internacional del Estado llamado « superior » por hechos de órganos del Estado dependiente Queda la hipótesis, y a ella hay que referirse, de un país que no constituye en derecho internacional un sujeto distinto de la metrópoli aunque tenga una administración separada y autónoma. La práctica de los Estados, aunque poco copiosa, no deja lugar a dudas por lo que respecta a la posibilidad de considerar como hechos del Estado metropolitano las actividades de esa administración separada y de deducir como consecuencia, llegado el caso, la responsabilidad internacional del Estado metropolitano. El 11 de mayo de 1891, el Sr Ribot, Ministro francés de Relaciones Exteriores, hablando en el Senado de las dificultades opuestas por la colonia de Terranova a la aplicación del acuerdo anglo-francés de 11 de marzo de 1891 relativo a las pesquerías de Terranova, declaraba :

> Se ha recordado que ya en repetidas ocasiones la colonia de Terranova no se ha mostrado muy dispuesta [. . .] a facilitar la ejecución de los acuerdos concertados por Inglaterra [. . .]. Por lo que a nosotros respecta, no conocemos la colonia de Terranova; no la conocemos en cuanto poder público; únicamente conocemos a Inglaterra y a ella es a la que consideramos garante y responsable ante nosotros de la conducta de su colonia [. . .]
>
> [. . .] y si [. . .] la colonia de Terranova llegara a sustraerse posteriormente a las obligaciones que Inglaterra ha contraído, nosotros consideraríamos, y sin duda Inglaterra también lo consideraría así, que ésta se encuentra en el deber, obligada por su honor, de adoptar todas las medidas legislativas necesarias para vencer toda resistencia de la colonia y asegurar la plena e íntegra ejecución de la sentencia [376].

El criterio general que inspira toda la materia objeto de esta sección, una vez que se ha podido individualizar, dicta la solución que ha de adoptarse respecto a esta cuestión particular.

184. El criterio general que acaba de mencionarse sólo es, en definitiva, el corolario de esa unidad del Estado desde el punto de vista internacional que en varias ocasiones hemos señalado que constituye el aspecto más relevante que el examen de la realidad de las relaciones interestatales pone de manifiesto. En cuanto sujeto de derecho internacional, el Estado se presenta como una colectividad dotada de todo un conjunto de organismos que actúan por cuenta de él. Si bien es verdad que la acción de la colectividad se realiza ante todo por la acción de los miembros de la organización estatal propiamente dicha, hay que agregarle también la de la maquinaria de todas las demás instituciones que pertenecen al mismo conjunto, independientemente de que la razón de su existencia distinta sea la especialidad de sus funciones o el medio local o territorial en que actúan. Se muestra así que la previsión hecha al principio de esta sección estaba bien fundada. El examen de la realidad de la vida internacional nos ha probado que las acciones y omisiones de órganos del Estado no agotan la lista de los hechos que pueden ser atribuidos al Estado sujeto de derecho internacional. Las acciones y omisiones de los órganos de todas las instituciones públicas distintas también han de considerarse como hechos del Estado en el plano internacional, como fuentes eventuales de una responsabilidad internacional del Estado.

185 A nuestro juicio, la fórmula para expresar el principio de conjunto que se desprende de los sucesivos análisis efectuados a lo largo de esta sección, será, una vez más, tanto más eficaz cuanto más amplia y concisa sea. Proponemos el enunciado siguiente :

[375] Por ejemplo, los mandatos de tipo B y C de la Sociedad de las Naciones y quizá incluso ciertos territorios bajo administración fiduciaria todavía existentes.

[376] Véase Kiss, *Répertoire ... (op. cit.)*, N.° 935, pág. 568. Las respuestas de Australia, Estados Unidos de América y Gran Bretaña al punto X del Cuestionario del Comité Preparatorio de la Conferencia de la Haya confirmaban expresamente su postura respecto a las responsabilidades del Estado por la actuación de una colonia (véase Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion ... (op. cit.)*, págs. 121 y 122; y *Supplément au tome III (op. cit.)*, pág. 21). Los Estados Unidos modificaban así la postura que habían adoptado frente a Gran Bretaña en 1881-1885, con ocasión del Asunto Tunstall [véase Moore, *A Digest ... (op. cit.)*, págs. 663 y 664].

Artículo 7. — Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de hechos de órganos de instituciones públicas distintas

Se considerará también hecho del Estado en el plano del derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que, según el ordenamiento jurídico interno de ese Estado, tienen la calidad de órganos de un establecimiento público o de otra institución pública autónoma, o incluso de una colectividad pública territorial (municipios, provincias, regiones, cantones, Estados miembros de un Estado federal, administraciones autónomas de territorios dependientes, etc.) y que, en el caso considerado, actúen en tal calidad.

5. ATRIBUCIÓN AL ESTADO, SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL, DE LOS HECHOS DE PARTICULARES QUE EJERZAN EFECTIVAMENTE FUNCIONES PÚBLICAS O QUE ACTÚEN EFECTIVAMENTE POR CUENTA DEL ESTADO

186. Para su atribución al Estado como sujeto de derecho internacional, se han tenido en cuenta hasta ahora las acciones u omisiones de personas consideradas, en derecho interno, como órganos de la administración estatal o como órganos de las instituciones públicas de carácter especial o territorial que, por sus propias funciones, completan las funciones de interés público que desempeña directamente el propio Estado. Examinemos ahora el caso de las acciones u omisiones de personas que no tienen ninguna de las cualidades indicadas y que, sin embargo, en vista de las condiciones en que se han cometido esas acciones u omisiones y los fines perseguidos, pueden ser consideradas también como « hechos del Estado » y capaces de engendrar una responsabilidad internacional si constituyen la ocasión de incumplimiento de una obligación internacional.

187. En efecto, hay una serie de situaciones diversas en las que una persona —o incluso un grupo de personas— que no tenga ninguna calidad oficial según el ordenamiento jurídico interno tiene efectivamente que ejercer una función que, normalmente, debería ser desempeñada por un órgano de la administración del Estado o de alguna otra institución o colectividad pública, o bien está encargada de prestar un servicio o desempeñar una tarea determinada por cuenta del Estado, sin asumir por ello la calidad de funcionario de este último. En relación con estas situaciones, la teoría del derecho administrativo de ciertos países ha elaborado el concepto de « funcionario de hecho » y ha buscado una justificación de esta definición bien en la idea de apariencia o en la de necesidad o incluso en la de *negotiorum gestio*. Hay que decidir inmediatamente que estas distintas explicaciones de la validez de los actos realizados en tales condiciones y de la responsabilidad que puede derivarse de ellos en derecho interno para el Estado u otras instituciones públicas sólo tienen sentido en el ámbito nacional y no guardan relación con el problema de derecho internacional que nos ocupa. La consideración de estos actos como « hechos del Estado » en la esfera internacional es independiente de su atribución al Estado en la esfera del derecho interno, aun cuando pueda haber en muchos casos una coincidencia entre ambos.

188. Algunas veces se cita como ejemplo de « funcionario de hecho » el de una persona que asumiese funciones públicas sin haber sido habilitada o en virtud de un nombramiento abusivo, o bien que, aunque hubiese sido nombrada regularmente, quedase posteriormente suspendida de sus funciones durante la tramitación de un proceso en contra suya. Se dice que entonces esta persona sólo tiene la apariencia de funcionario : si, de buena o mala fe, se conduce como si ocupase regularmente su cargo, sus actos no son los actos de un funcionario y ni siquiera son asimilables a los de un funcionario que haya traspasado los límites de su competencia o que haya actuado infringiendo el derecho pues tal personal, en el momento en que actúa, no es funcionario en modo alguno. Su caso, según la opinión a que nos referimos, es el de un particular que ejerce de hecho funciones públicas. A pesar de ello, se considera normalmente en derecho interno que sus actos y decisiones son válidos respecto de los terceros que hayan podido ignorar razonablemente la realidad de la situación [377]. Así pues, es normal que estos mismos actos y decisiones se consideren del Estado desde el punto de vista del derecho internacional. Esta conclusión, como tal, es indudablemente exacta; en cambio cabe dudar, al menos en relación con ciertas hipótesis, de la exactitud de la idea según la cual un funcionario nombrado irregularmente es un simple particular que ejerce de hecho funciones públicas. En efecto, mientras su nombramiento irregular no haya sido anulado, su situación se asemeja más bien a la de un funcionario auténtico.

189. En todo caso, no es ésa ciertamente la más típica de las situaciones a cuyo conjunto debemos referirnos aquí. Hay circunstancias en las que, por un motivo u otro, han desaparecido las autoridades administrativas regulares. Por ejemplo, durante la última guerra, en los países beligerantes o invadidos algunas administraciones locales huyeron ante el invasor o, más tarde, ante los ejércitos de liberación. Ocurrió entonces que algunas personas asumieron espontáneamente, para prestar servicio a la colectividad, la administración provisional de determinados asuntos comerciales, o que algunos comités de particulares se hicieron cargo provisionalmente de los asuntos públicos, emitieron ordenanzas, ejecutaron actos, administraron bienes, pronunciaron juicios, etc. [378]. En tales circunstancias, puede

[377] Véase, para un análisis de estas situaciones desde el punto de vista del derecho interno, Jèze, *Principes de droit administratif*, 3.ª ed., París, 1930, t. II, pág. 288; Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 8.ª ed., Milán, 1958, vol. I, págs. 306 y 307; Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, vol. I, págs. 300 y ss.; A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, t. 1, pág. 239; Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, Milán, 1966, vol. I, págs. 96 y ss.; E. Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand*, traducido al francés por M. Fromont, Bruselas, Bruylant, 1969, pág. 361; Giannini, *Diritto amministrativo*, Milán, 1970, vol. I, págs. 272 y ss.; y, para un enfoque de dichas situaciones desde el punto de vista del derecho internacional, Reuter, *La responsabilité internationale (op. cit.)*, pág. 90; Quéneudec, *op. cit.*, págs. 45 y 46.

[378] Para ejemplos, véase M. Waline, *Droit administratif*, 8.ª ed., París, Sirey, 1959, pág. 401; Sayagués Laso, *op. cit.*, pág. 301; Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 10.ª ed., Nápoles, 1969, pág. 147; de Laubadère, *op. cit.*, pág. 240.

ocurrir también que algunos particulares asuman espontáneamente funciones de carácter militar : por ejemplo, cuando la población civil de una ciudad amenazada de invasión se arma y organiza por sí misma la defensa del lugar [379]. Hay otras situaciones en las que se deplora una carencia de órganos de la administración debida a acontecimientos naturales, como un terremoto, una inundación u otra forma de siniestro de grandes proporciones. También en este caso los particulares, sin estar investidos en modo alguno de una función pública, pueden verse en la necesidad a asumirla para mantener unos servicios que no pueden interrumpirse o que incluso deben asegurarse precisamente a causa de la situación excepcional [380]. Algunas legislaciones nacionales disponen la obligatoriedad de ese desempeño de cargos públicos por parte de particulares en caso de peligro público, motín o siniestro, e incluso castigan el incumplimiento de tales obligaciones [381].

190. Dentro del mismo contexto y con los mismos fines, cabe mencionar las hipótesis —muy diversas por otra parte— según las cuales las personas físicas o morales privadas, al propio tiempo que conservan claramente esa condición, son encargadas por los poderes públicos del ejercicio de un servicio o de la ejecución de una tarea determinada. La variedad de esta hipótesis es muy amplia : por ejemplo, puede encargarse a una empresa privada que preste un servicio de interés público en materia de transportes, comunicaciones postales, etc.; puede asimismo utilizarse asociaciones no oficiales o incluso grupos de meros particulares como auxiliares de las agrupaciones sanitarias oficiales de las fuerzas de policía, de los institutos armados; o utilizarse conductores de servicios de transporte privados para transportar tropas al frente, etc. [382]. Otras veces se confía secretamente a particulares la ejecución de misiones o tareas determinadas que los órganos estatales prefieren no encargar directamente a auténticos agentes del Estado; o se envía a personas, en calidad de supuestos « voluntarios », a prestar ayuda a un movimiento de insurrección en un país vecino; los ejemplos podrían multiplicarse [383].

191. En el plano interno, el Estado asume frecuentemente la responsabilidad de las infracciones cometidas por personas privadas que ejercen excepcionalmente funciones públicas en sustitución de funcionarios de derecho que dejan o no están en condiciones de cumplirlas. También se considera muchas veces al Estado como responsable de la acción de las personas físicas o morales privadas encargadas de prestar un servicio público determinado, o de la de individuos o grupos encargados de desempeñar, por cuenta del Estado, cualquier misión. Parece que, con mayor motivo, el Estado sujeto de derecho internacional debe ser responsable del comportamiento de estas diversas categorías de personas cuando este comportamiento afecte a alguna de las funciones, tareas o misiones que se acaban de indicar y cuando tal comportamiento haya conducido al incumplimiento de una obligación internacional del mismo Estado. El criterio en que se inspira el derecho internacional (criterio que va apareciendo con más claridad a medida que avanzamos en nuestro análisis) exige que se tenga en cuenta el carácter público de la función o de la misión en cuyo ejercicio se haya cometido la acción u omisión contraria al derecho internacional, más que la vinculación formal a la organización estatal de la persona responsable de comportamiento en cuestión. La acción de la persona investida del modo más seguro de la calidad jurídica de órgano del Estado no constituye en todo caso un « hecho del Estado » cuando el individuo-órgano sólo actúa a título particular. Paralelamente, es lógico que la acción de un particular que, de un modo u otro, ejerza una función o desempeñe una tarea de carácter manifiestamente público, sea considerada como una acción atribuible a la colectividad y pueda comprometer la responsabilidad del Estado en el plano internacional. Por otra parte, se encuentra la confirmación de lo acertado de esta conclusión en la jurisprudencia y en la práctica internacionales, aun cuando la primera sobre todo, sólo haya tenido que ocuparse ocasionalmente de las actividades de personas o grupos que, a pesar del carácter diferente de las situaciones de que se trata, pueden englobarse bajo la denominación común de « órganos de hecho ». Las hipótesis que se han concretado en la realidad

[379] Verdross [« Règles générales ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 466 y 467, y *Völkerrecht (op. cit.)*, pág. 350] recuerda el artículo 2 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre [a] anexo al Convenio N.º IV de La Haya de 18 de octubre de 1907 que extiende la consideración de « beligerante » a la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, toma espontáneamente las armas para combatir a las tropas de invasión sin haber tenido el tiempo de organizarse. Verdross indica que las acciones de esta población se atribuyen al Estado, y que éste es responsable de ellas. [Este parecer no lo comparte Morelli (*op. cit.*, pág. 210) ni Sereni (*op. cit.*, t. II, pág. 513), pero difícilmente se comprende el fundamento de su opinión.] Se pueden hacer reflexiones análogas respecto del artículo 4, párr. A, apartado 6 del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato de los prisioneros de guerra.[b]

[a] Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 10ª. ed., Ginebra, 1953, pág. 28.

[b] Comité Internacional de la Cruz Roja, *op. cit.*, pág. 159.

[380] Véase Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 8.ª ed., Padua, 1969, vol. I, pág. 219; A. Grisel, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1970, págs. 236 y 237.

[381] Véase Mortati, *op. cit.*, págs. 215 y 216.

[382] En épocas pasadas, también ocurría frecuentemente que los gobiernos concedían a compañías privadas cartas que les autorizaban para ejecutar misiones de exploración y de colonización de regiones determinadas. Sin embargo, cabe preguntarse si las compañías así autorizadas seguían siendo sociedades privadas o si las condiciones previstas por la carta de concesión las transformaban en instituciones públicas dependientes del gobierno. En todo caso, sus actividades se consideraban como hechos que podían originar una responsabilidad internacional del Estado. Para ejemplos tomados de la práctica del siglo pasado (incidentes anglo-franceses relativos a las actividades de la Royal Niger Company en el Níger y de la East Africa Company en Uganda), véase Kiss, *Répertoire ... (op. cit.)*, N.º 940, págs. 571 y 572, y N.º 893, págs. 518 y ss.

[383] Dahm, *op. cit.*, pág. 193, menciona en el caso del empresario encargado, en país ocupado, de contratar, en violación del derecho internacional, mano de obra extranjera, o el del médico encargado de realizar experimentos con prisioneros. Otros autores, como Sereni (*op. cit.*, t. III, pág. 1512), citan especialmente el caso de personas privadas a las que se confía secretamente la tarea de realizar misiones de espionaje, sabotaje, terrorismo, secuestro, etc., cuya ejecución constituye ciertamente una acción del Estado, aunque esté disfrazada de acto privado.

de la vida internacional han sido sobre todo aquellas en que las actividades de las personas en cuestión les ofrecían más probabilidades de entrar en contacto con el extranjero. Se han tomado en consideración, para atribuirlos al Estado como hechos que dan lugar a una responsabilidad internacional, por una parte, los comportamientos de particulares o grupos utilizados como auxiliares de las fuerzas de policía o de los institutos armados, o enviados como « voluntarios » a países vecinos y, por otra parte, las actividades de personas encargadas de ejecutar ciertas misiones, confesables o no, en territorio extranjero.

192. En relación con el primer grupo de situaciones, se menciona frecuentemente un caso que se remonta a la guerra entre España y los Estados Unidos de América, pero que no fue juzgado hasta el 30 de noviembre de 1925 por un tribunal de arbitraje anglo-americano : el *Asunto Earnshaw y otros* (Zafiro *Case*). La cuestión que se planteaba en este litigio consistía en determinar si se podía considerar como un hecho del Estado el comportamiento en tierra de la tripulación de un buque mercante norteamericano. Los Estados Unidos de América alegaban que el *Zafiro*, « matriculado como buque mercante », debía considerarse como tal y no podía « ser considerado como un buque público, de cuya conducta se pudiera hacer responsable a los Estados Unidos ». El tribunal de arbitraje rechazó este argumento y afirmó como principio que la cuestión de la responsabilidad del Estado debía decidirse en función de la naturaleza del servicio a que se destinase el buque y de la finalidad para la que se emplease. El tribunal decidió que el comportamiento de la tripulación del *Zafiro* debía atribuirse al Estado norteamericano y comprometer la responsabilidad de éste, ya que el buque, independientemente de su régimen jurídico, se utilizaba para el avituallamiento en las operaciones de guerra marítima de los Estados Unidos y, con este fin, su capitán y tripulación estaban de hecho a las órdenes de un oficial de la marina de guerra, destinado a bordo para controlar y dirigir los movimientos del buque [384].

Otra aplicación del mismo principio aparece también en la decisión del *Asunto Stephens*, juzgado el 15 de julio de 1927 por la Comisión general de reclamaciones Estados Unidos de América/México. Un súbdito norteamericano, Stephens, había sido muerto por un llamado Valenzuela, miembro de un grupo de auxiliares de las fuerzas armadas mexicanas. Refiriéndose a estos auxiliares, la Comisión comentó lo siguiente :

> Es difícil determinar con precisión la condición de estos guardias como auxiliares irregulares del ejército, tanto más cuanto que no llevaban ni uniforme ni insignias, pero en todo caso « actuaban para » México. (It is difficult to determine with precision the status of these guards as an irregular auxiliary of the army, the more so as they lacked both uniforms and insignies, but at any rate they were « acting for » Mexico.)

Sobre esta base, la Comisión decidió, por consiguiente, que Valenzuela debía ser asimilado a un soldado y que su acción debía comprometer las responsabilidad de México [385].

Por último, cabe citar el caso de los pretendidos voluntarios enviados a España por Potencias extranjeras durante la guerra civil (1936-1939), acerca de los cuales el delegado mexicano en la Sociedad de las Naciones, Sr. Fabela, decía :

> Para poder admitir que los soldados extranjeros que combaten en España son voluntarios, sería indispensable considerar que han abandonado sus países ilegalmente, o sea, como delincuentes. Pero todos ustedes saben que esos soldados no han sido así considerados, sino más bien como héroes que merecieron calurosas felicitaciones de su gobierno. Por consiguiente, sus actos son actos del gobierno y comprometen la responsabilidad de éste [386].

193. En relación con el segundo grupo de situaciones se citan los asuntos *Black Tom* y *Kingsland*, relativos a unos actos de sabotaje cometidos en los Estados Unidos de América durante el período de neutralidad de estos últimos en la primera guerra mundial; estos actos se atribuían a saboteadores alemanes. La Comisión mixta de reclamaciones germano-norteamericana, instituida en virtud del Acuerdo de 10 de agosto de 1922, excluyó en su decisión de 16 de octubre de 1930, la responsabilidad de Alemania pero únicamente porque no se había probado que los incendios que habían causado daños se hubiesen debido verdaderamente a la acción de las personas sospechosas de sabotaje; en otro caso, la atribución de esta acción al Estado alemán no habría ofrecido ninguna duda [387]. En el mismo contexto se mencionan también los casos notorios de secuestros de personas en el territorio de otro Estado. El secuestro de Cesare *Rossi*, residente en Lugano, lo llevaron a cabo el 28 de agosto de 1928 personas de las que cabía suponer que actuaban de acuerdo con la policía italiana. Estas personas atrajeron a Rossi a Campione, en territorio italiano, en donde lo detuvo la policía. El 27 de septiembre, el Sr. Motta, jefe del Departamento Política Federal suizo, declaró a este respecto en el Consejo Federal :

> [. . .] es evidente que agentes de la policía italiana o personas que actuaban de acuerdo con ella han realizado actos, en territorio suizo, destinados a provocar y lograr la detención, en territorio italiano, de personas buscadas en Italia. El Consejo Federal suizo considera que estas actividades atentan contra la seguridad territorial de Suiza y, por consiguiente, son contrarias al derecho internacional [388].

---

[384] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 1955.V.3), págs. 160 y ss. Sobre este asunto, véanse los comentarios de T. Meron, *op. cit.*, pág. 106.

[385] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta : 1951.V.1), pág. 267.

[386] Véase Sociedad de las Naciones, Decimoctava Asamblea, Sexta Comisión, Actes de la dix-huitième session ordinaire de l'Assemblée, Procès-verbal de la Sixième Commission, 1937 (*Journal officiel, Supplément spécial N.° 175*), pág. 61.

[387] La propia Alemania, en el acuerdo de 10 de agosto de 1922, había declarado que estaba dispuesta a reparar los daños causados por los saboteadores alemanes en el caso de que se hubiese demostrado que dichos daños habían sido causados verdaderamente por las personas en cuestión. Para una exposición de los dos casos aquí citados y para el texto de la decisión de la Comisión mixta, véase *American Journal of International Law*, Wáshington, vol. 25, N.° 1 (enero de 1931), págs. 147 y ss.

[388] Citado por Scheuner : « Der Notenwechsel zwischen der Schweiz und Italien in der Angelegenheit Cesare Rossi », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Berlín, t. I, segunda parte, 1929, pág. 283.

En su respuesta, de fecha 1.º de octubre, el Gobierno italiano rechazó la acusación relativa a la cooperación de la policía italiana y declaró que jamás había tenido la intención de atentar contra la soberanía territorial de Suiza. En nuevas notas, de 11 de octubre y 1.° de noviembre, respectivamente, los dos Gobiernos mantuvieron sus puntos de vista. A pesar de esta divergencia acerca de los hechos, el principio de derecho en que se basaba el Gobierno suizo, y que el Gobierno italiano no impugnaba, era que la responsabilidad de Italia habría quedado comprometida si se hubiese demostrado que los autores de las actividades en territorio suizo habían actuado de acuerdo con la policía italiana y por cuenta de la misma [389]. Siete años más tarde debía volverse a producir una situación análoga, cuando un periodista alemán refugiado en Suiza Berthold *Jacob*, fue secuestrado el 9 de marzo de 1935, por personas manifiestamente encargadas de esta tarea por la Gestapo, y transportado a Alemania. A consecuencia de las protestas del Gobierno suizo, el Gobierno alemán aceptó firmar, el 25 de juilo de 1935, un convenio de arbitraje [390]. Después de la segunda guerra mundial, en 1960, Adolf *Eichmann*, súbdito alemán activamente buscado por crímenes de guerra, fue encontrado en la noche del 11 al 12 de mayo por un grupo de nacionales israelíes en un suburbio de Buenos Aires en donde Eichmann se había refugiado después de haber vivido sucesivamente en diversos países. Secuestrado por estas personas, fue transportado el 25 de mayo a Israel para ser juzgado. El Gobierno israelí, tanto en su correspondencia diplomática con el Gobierno argentino como más tarde ante el Consejo de Seguridad, ante el que había recurrido la Argentina, afirmó que el secuestro era obra de un « grupo de voluntarios » que habían actuado espontáneamente sin que el Gobierno israelí estuviese informado de ello. No obstante, expresó su pesar « en el caso de que el grupo de voluntarios hubiese infringido las leyes argentinas o atentado contra la soberanía argentina ». En cambio, el Gobierno argentino veía en esta misma expresión de pesar el reconocimiento, por parte del Gobierno israelí, de su responsabilidad. Según su tesis, la operación la habían llevado en realidad emisarios secretos del Gobierno israelí y, aun admitiendo la idea de que los voluntarios hubiesen actuado sin saberlo el Gobierno israelí, de todas formas era patente que este último había aprobado seguidamente el hecho consumado en menoscabo de la soberanía argentina y se había solidarizado con sus autores [391]. El 23 de junio de 1960, el Consejo de Seguridad aprobó su resolución 138 (1960) en la que se señalaban los peligros que entrañaría la repetición de actos semejantes y se pedía al Gobierno de Israel que hiciese una reparación adecuada al Gobierno argentino, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con las normas del derecho internacional [392]. Unos años más tarde, el ex coronel *Argoud*, uno de los jefes de la OAS, fue secuestrado por varias personas en un hotel de Munich y transportado a París, donde la policía, avisada por una llamada telefónica anónima, lo encontró atado en una furgoneta en una calle del centro de la ciudad. Fue detenido y procesado criminalmente por atentado a la seguridad del Estado. Este asunto originó discusiones prolongadas, tanto en la esfera de la política interior alemana como en la esfera internacional; en efecto, un determinado sector del Bundestag planteó la cuestión de la responsabilidad internacional de Francia por este secuestro y pidió una investigación, presionando al mismo tiempo al Gobierno alemán para que exigiese la devolución del coronel Argoud. En diciembre de 1963, éste se decidió a dirigir una solicitud en ese sentido a las autoridades francesas. El Gobierno francés negó toda participación en el secuestro. Tuvo lugar otro intercambio de notas entre los dos Gobiernos, y posteriormente un intercambio de cartas personales entre los jefes de los dos Estados parece haber puesto fin al incidente [393].

[389] Después de este intercambio de notas, se consideró que el conflicto había quedado prácticamente liquidado. Véase, acerca de este asunto, Ch. Rousseau, « L'aménagement des compétences en droit international », *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. IV, 1930, pág. 445, nota 71; y Scheuner, *op. cit.*, págs. 280 y ss.

[390] Sin embargo, este arbitraje no tuvo lugar y la controversia germano-suiza sobre el Asunto Jacob quedó resuelta, el 17 de septiembre de 1935, por un acuerdo extrajudicial entre los dos Gobiernos en virtud del cual Jacob fue entregado a las autoridades suizas y detenido por éstas. Véase el texto del compromiso de arbitraje en « Die deutsch-schweizerische Schiedsordnung im Falle Jacob », *Die Friedens-Warte*, Ginebra, vol. 35, N.º 4, 1935, págs. 157 y 158; y en *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. X, N.º 5 (septiembre-octubre de 1936), pág. 638.

[391] De este modo, el Gobierno argentino hacía suya, indirectamente, la antigua tesis según la cual el Estado responde a veces del acto del particular cuando, con una aprobación *a posteriori*, apoya ese acto y lo hace suyo. Véase a este respecto Eagleton, *The Responsibility of States ... (op. cit.)*, pág. 79. Se continuará el examen de esta cuestión al tratar de las actividades de los particulares propiamente dichos.

[392] La diferencia de interpretación, a saber si esa reparación debía consistir en la restitución de Eichmann o en la presentación de excusas por parte de Israel, quedó zanjada definitivamente por un comunicado conjunto de los dos Gobiernos de 3 de agosto de 1960. El texto de la resolución del Consejo de Seguridad y el del comunicado conjunto de los dos Gobiernos se reproducen en *International Law Reports*, Londres, vol. 36, 1968, págs. 58 y ss. Para un análisis detallado de este asunto, véase la crónica publicada en *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXI, N.º 4 (octubre-diciembre de 1960), págs. 772 y ss., y, para sus aspectos de derecho internacional, los artículos de P. O'Higgins, « Unlawful Seizure and Irregular Extradition », *The British Year Book of International Law*, 1960, Londres, 1961, págs. 279 y ss.; de H. Silving, « In Re Eichmann : A Dilemma of Law and Morality », *American Journal of International Law*, Wáshington, vol. 55, N.º 2, abril de 1961, págs. 307 y ss.; de J. E. S. Fawcett, « The Eichmann Case », *The British Year Book of International Law, 1962*, Londres, 1964, págs. 181 y ss.; y de L. Green, « Aspects juridiques du procès Eichmann », *Annuaire français de droit international, 1963*, París, vol. IX, 1964, págs. 150 y ss. Para una bibliografía completa del asunto Eichmann, véase *International Law Reports*, Londres, vol. 36, 1968, págs. 342 y ss.

[393] Las dos cartas estaban fechadas el 18 de febrero y el 8 de abril de 1944, respectivamente. En relación con el asunto Argoud, véase la información que figura en la *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 25, N.º 2, mayo de 1965, págs. 295 y ss.; *ibid.*, 1967, págs. 188 y 189; y A. Cocatre-Zilgien, *L'Affaire Argoud*, París, 1965.

Sobre los problemas de responsabilidad internacional en caso de secuestros realizados por supuestos particulares, véase B. de Schutter, « Competence of the National Judiciary Power in Case the Accused has been Unlawfully Brought within the National

194. Nos hemos limitado a citar, para cada uno de los dos grupos de situaciones descritas al final del párrafo 191, casos que fueron objeto de una decisión de arbitraje internacional o que ocasionaron la adopción de posiciones definidas jurídicamente en la correspondencia diplomática entre los Estados interesados. Es evidente que, habida cuenta del número y la diversidad de situaciones que pueden presentarse, sería fácil señalar otros casos concretos, incluso recientes, sobre todo en la esfera muy variada de las actividades en territorio extranjero de personas o agrupaciones vinculadas de hecho —si no formalmente— al Estado. Se podrían recordar igualmente ciertas posiciones adoptadas a veces con motivo de incidentes ocasionados por el comportamiento de la prensa, la radio, la televisión, etc. Ha ocurrido que el país que se considera perjudicado ha invocado una responsabilidad internacional por tal comportamiento, apoyando su argumento en el hecho de que, en el país en que se habían producido, la prensa y los demás medios de información de masas no eran libres y dependían efectivamente del gobierno [394]. Las actividades deploradas no deberían considerarse entonces como hechos de meros particulares, sino como hechos de personas que actuaban en realidad por instigación y cuenta del gobierno. Sin embargo, no parece necesario detenerse a citar otros ejemplos concretos de aplicación del principio a que se refiere la presente sección, puesto que ese principio es prácticamente inconcuso. La atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, del comportamiento de personas que actúen efectivamente por su cuenta o bajo su instigación, sin tener ni adquirir por ello la calidad de órganos, no ya del propio Estado sino ni siquiera de una institución oficial distinta destinada a un servicio público o que desempeñe una función pública, cuenta con el apoyo unánime de los autores de derecho internacional que han tratado de esta cuestión [395].

195. Se ha tratado algunas veces de equiparar a las situaciones aquí examinadas el caso de ciertas instituciones consideradas en la sección 4 del presente informe, como los partidos únicos que, en diversos países, desempeñan funciones públicas especialmente importantes. Sin embargo, en los países en que existen, estas instituciones son verdaderas instituciones públicas, aunque distintas del Estado; las funciones públicas que desempeñan son reglamentariamente funciones que les pertenecen y no funciones del Estado que ejercerían por cuenta de éste. Así pues, no cabe asimilar estas instituciones a particulares o a grupos privados que actúen de un modo más o menos ocasional por cuenta del Estado o en sustitución de los órganos de éste.

196. Tampoco creemos que se pueda equiparar el caso de los « funcionarios de hecho » al caso de los que se suele denominar « gobiernos *de facto* ». El funcionario de hecho supone la existencia de un gobierno en el poder y de un mecanismo estatal que depende de él, a cuyos miembros reemplaza o cuya acción completa en ciertas circunstancias, permaneciendo fuera de dicho mecanismo, pero actuando de hecho como si formase parte del mismo. Por el contrario, el gobierno *de facto* sí es un mecanismo estatal, que ha reemplazado —por razones que, por otra parte, pueden variar— el mecanismo estatal que existía anteriormente. Se designa algunas veces como « gobierno *de facto* », o también como « gobierno *de facto* general », a un gobierno que, sin haber sido investido según las formalidades constitucionales previstas, se ha hecho cargo plena y definitivamente del poder por haber desaparecido el gobierno anterior. La calificación de que se trata no es entonces más que la expresión de la existencia de un problema de legitimidad relativo al origen del nuevo gobierno : de un problema que, por otra parte, sólo subsiste mientras se lo considere desde el punto de vista de una regla constitucional que, probablemente, también dejará de existir al ser sustituida por una regla nueva, escrita o no escrita [396]. Pero todo esto no afectar a los problemas de la responsabilidad internacional, en relación con los cuales no se puede establecer ninguna diferencia entre un Estado regido por un gobierno *de facto* y un Estado regido por un gobierno *de jure*. Un Estado cuyo gobierno haya sido establecido de conformidad con las normas constitucionales y un Estado cuyo gobierno proceda de un cambio revolucionario se enfrentan con la responsabilidad internacional exactamente en las mismas condiciones y con los mismos títulos [397]. La organiza-

Frontiers », *Revue belge de droit international*, Bruselas, vol. 1965-I, 1965, págs. 97 y ss.; N. Ronzitti, « La cattura di un individuo all'estero : In margine al caso Argoud », *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. XLVIII, fasc. 1, 1965, págs. 64 y ss.

[394] Véase también, para ejemplos de casos prácticos, Friedmann, « The Growth of State Control ... », *The British Year Book ... (op. cit.)*, págs. 145 y ss.; Zellweger, *op. cit.*, págs. 40 y ss.; Münch, *op. cit.*, págs. 233 y 234; Quéneudec, *op. cit.*, pág. 54. Uno de los casos más recientes que se citan es el de un artículo publicado en 1964 en *Izvestia*, que ocasionó una protesta del Gobierno alemán por considerarse que el artículo era injurioso para el Presidente de la República Federal, Sr. Luebke. El Gobierno Federal aceptó las excusas presentadas en la Embajada alemana en Moscú por un redactor del diario. Véase *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXV, N.º 4 (octubre-diciembre de 1964), págs. 922 y 923.

[395] Véase, a este respecto, Anzilotti, *Corso ... (op. cit.)*, pág. 387; Verdross, *Völkerrecht (op. cit.)*, pág. 380; Reuter, *La responsabilité internationale (op. cit.)*, págs. 90 y ss.; Cheng, *op. cit.*, págs. 196 y 197; Morelli, *op. cit.*, pág. 191; Sereni, *op. cit.*, t. III, pág. 1512; Dahm, *op. cit.*, pág. 193; Münch, *op. cit.*, pág. 199; Quéneudec, *op. cit.*, págs. 47 y ss.; Ténékidès, « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international (op. cit.)*, pág. 787; Vitta, « Responsabilità degli Stati », *Novissimo Digesto Italiano (op. cit.)*, pág. 735.

[396] Este aspecto se ha puesto de manifiesto desde hace mucho tiempo en la jurisprudencia internacional. Véase, por ejemplo, la decisión de 17 de octubre de 1923 del árbitro Taft en el Asunto Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims (Tinoco Case), en Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : 1948.V.2), págs. 375 y ss. y, en particular, págs. 381 y 382. Véanse también los otros casos citados por Cheng, *op. cit.*, págs. 188 y 189.

[397] Véase, a este respecto, Borchard, *The Diplomatic Protection ... (op. cit.)*, págs. 205 y ss.; Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch ... (op. cit.)*, págs. 89 y ss.; J. Spiropoulos, *Die de facto-Regierung im Völkerrecht (Beiträge zur Reform und Kodifikation des Volkerrechts*, N.º 2), Kiel, Verlag des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1926, págs. 172 y ss.; Anzilotti, *Corso ... (op. cit.)*, pág. 167; Verdross, « Règles générales ... », *Recueil des cours ... (op. cit.)*, págs. 336 y 337, y *Völkerrecht (op. cit.)*, pág. 322; Cheng, *op. cit., loc. cit.*; Schwarzenberger, *International Law (op. cit.)*, pág. 135; Sereni, *op. cit.*, t. III, pág. 1508; Quéneudec, *op. cit.*, pág. 46.

ción del Estado existe tanto en un caso como en el otro; las personas que forman parte de esta organización no dejan de ser « órganos », y órganos verdaderos, porque el gobierno tenga un origen *de facto* y no *de jure* [398]. Así pues, su caso no guarda ninguna relación con el de meros particulares que ejercen de hecho una función pública o que desempeñan de hecho una misión por cuenta del Estado. La cuestión se complica en los casos en que la calificación de « gobierno de hecho » se atribuye retroactivamente por un gobierno regular reconstituido a un gobierno establecido anteriormente en su territorio como resultado de una revolución o de un golpe de Estado, o por instigación de un Estado extranjero que ocupe el territorio y que desee servirse de él como de una *longa manus* para sus propios fines. En tal caso podrán plantearse problemas complicados de responsabilidad directa o indirecta y problemas de sucesión de gobiernos, pero se trata de problemas de naturaleza especial que habrá que examinar en un contexto distinto del de las cuestiones correspondientes a la presente sección.

197. Hechas estas últimas aclaraciones, parece posible proceder ahora a la formulación del proyecto de artículo que debe expresar el principio expuesto en los párrafos precedentes. Habida cuenta de las observaciones hechas y de la necesidad de ofrecer una fórmula global que pueda abarcar una serie de situaciones diversas, proponemos el texto siguiente :

Artículo 8. — Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de los hechos de particulares que ejerzan efectivamente funciones públicas o que actúen efectivamente por cuenta del Estado

Se considerará también como un hecho del Estado, en el plano del derecho internacional, el comportamiento de una persona o un grupo de personas que, aunque carezcan formalmente, según el ordenamiento jurídico interno del Estado, de la calidad de órganos de éste o de una institución pública distinta, ejerzan efectivamente funciones públicas o actúen efectivamente por cuenta del Estado.

6. Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de los hechos de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional

198. La determinación progresiva de los hechos que, desde el punto de vista del derecho internacional, deben considerarse « hechos del Estado » que eventualmente pueden entrañar su responsabilidad internacional nos ha llevado a establecer una serie de puntos. En primer lugar, hay que hacer constar lo siguiente : las acciones u omisiones de las personas que, en el ordenamiento jurídico interno, se consideran órganos del Estado y que, en el caso de que se trate, actúan en calidad de tales, constituyen hechos del Estado en el plano del derecho internacional. Ha quedado claro también que esta conclusión se imponía, sin que fuese necesario establecer una distinción, entre esas acciones u omisiones, según que sus autores pertenecieran a una u otra rama de los poderes estatales, según su posición superior o subordinada o según el carácter de sus funciones o el lugar en que éstas se ejercen. Se ha hecho constar seguidamente que había que considerar asimismo hechos del Estado, desde el punto de vista del derecho internacional, las acciones y omisiones de las personas que, en el marco también del ordenamiento jurídico interno, constituyen órganos de instituciones públicas distintas del Estado : organismo públicos, instituciones públicas autónomas, colectividades territoriales, etc. Se ha visto también que había que añadir a esta serie las acciones y omisiones de los particulares que, en circunstancias especiales, ejercen de hecho funciones públicas o en realidad actúan por cuenta del Estado. Para terminar la lista, queda por estudiar un grupo concreto de actos : los que emanan de órganos puestos a la disposición de un Estado por otro o por una organización internacional.

199. Se impone una primera aclaración para determinar bien el tema. La situación a la que se hace referencia es aquella en que un Estado o una organización internacional pone uno de sus órganos, individual o colectivo, a disposición de otro Estado; y ello para que éste último pueda utilizarlo en su propio marco, encargándole, en relación con su propio aparato, una tarea o función pública determinada o la prestación de un servicio público, para los cuales su propia organización no cuenta con medios adecuados y suficientes. Cabe pues establecer una clara distinción entre esta situación y aquella en que los órganos de un Estado desempeñan algunas de sus funciones propias que, normal o excepcionalmente, deben realizarse en territorio extranjero : tales funciones son y siguen siendo funciones del Estado del que dependen esos órganos y en tal caso no se establece ningún lazo entre estos últimos y la máquina del Estado en cuyo territorio actúan.

200. Dicho esto, se puede fácilmente prever los posibles casos de « préstamo » de órganos de un Estado a otro o de una organización internacional a un Estado. Un Estado pone a disposición de otro fuerzas de policía o fuerzas armadas para que, junto con las fuerzas del Estado prestatario, ayuden a aplastar una insurrección o a resistir una agresión exterior; envía una sección de sus servicios sanitarios, hospitalarios o de otra índole como ayuda en caso de epidemia u otra calamidad natural; autoriza a algunos de sus funcionarios a administrar, sobre el territorio de un tercer Estado, un servicio de otro Estado, cuando, por una u otra razón, los funcionarios de este último se hallan imposibilitados de hacerlo; envía técnicos de administración para prestar ayuda en organizar o readaptar un servicio, la puesta en marcha de instalaciones, programas o reformas de estructura, etc. Es obvio que tales prestaciones puede realizarlas no sólo otro Estado sino también una organización o institución internacional. No es menester insistir en que es muy probable que proliferen tales situaciones en el marco ampliado de los programas de asistencia bilateral o multilateral.

[398] De Laubadère (*op. cit.*, pág. 240) cita como ejemplos el Gobierno de defensa nacional constituido en Francia en 1870 y el Gobierno provisional establecido también en Francia en 1944; señala acertadamente que los funcionarios del Estado bajo esos gobiernos eran funcionarios de derecho y no de hecho.

201. Se trata, pues, de saber si los actos de esos órganos « prestados » o « puestos a disposición » [399], de esos « transferred servants », como dicen los autores anglosajones [400], deben atribuirse, en el plano internacional, al Estado dentro de cuyo marco quedan destinados para el ejercicio de funciones determinadas. La respuesta no parece ofrecer dudas. Si se trata de órganos que, aun cuando pertenezcan a un Estado determinado (o a una organización internacional), son realmente « puestos a disposición » de otro Estado, son verdaderamente colocados, para su utilización durante un período más o menos largo, bajo la autoridad y las órdenes de éste, las acciones y omisiones que puedan cometer en tales condiciones sólo cabe atribuirlas a este último Estado. El principio, claro está, puede revestir diferentes modalidades. Puede ocurrir que el órgano de un Estado se ponga temporalmente a la disposición exclusiva de otro Estado y que cese entonces toda actividad por cuenta del Estado a que pertenece. Cabe, por el contrario, que la posibilidad que se ofrece a otro Estado de utilizar los servicios de ese órgano no sean tan acaparadora que impida que el órgano siga actuando paralela, si bien separadamente, como órgano de su propio Estado. Será necesario entonces comprobar, en cada caso concreto, por cuenta de quién y bajo qué autoridad se ha cometido una acción u omisión determinada. Cabe la posibilidad de que el Estado a cuya disposición un Estado extranjero ha puesto una persona que pertenece a su organización, conceda un cargo a ésta en su propia máquina administrativa, de suerte que, en un momento dado, esa persona sea, al mismo tiempo y oficialmente, órgano de dos Estados diferentes [401]. En tal caso, las acciones y omisiones de la persona de que se trate en el ejercicio de una función del Estado prestatario serían hechos de este Estado a título de acciones u omisiones de órganos propiamente dichos. Si, por el contrario, la misma persona no figura oficialmente entre los órganos del Estado prestatario, su actuación seguirá considerándose como hechos de ese Estado, pero entonces más bien en calidad de acciones u omisiones de particulares que ejercen de hecho funciones estatales, pues la calidad de órgano en el sistema jurídico del Estado de origen carece de valor para el sistema jurídico del Estado prestatario. Sea como fuere, la conclusión fundamental es la misma : se atribuyen a un Estado las acciones u omisiones de los órganos puestos a su disposición por otros sujetos de derecho internacional si en realidad tales acciones u omisiones se cometen en el ejercicio de una función de ese Estado y bajo su autoridad real y exclusiva. La respuesta a la pregunta formulada al principio de este párrafo sigue siendo pues positiva en todas las diferentes hipótesis previstas hasta aquí.

202. Sin embargo, no es por azar el que constantemente hayamos recordado, al formular la hipótesis de órganos « prestados » de Estado a Estado, una condición fundamental para atribuir la actuación de esos órganos al Estado beneficiario del « préstamo » y para justificar las consecuencias que se imponen en materia de responsabilidad internacional. En el ejercicio de las funciones que se le confían dentro del sistema de otro Estado, el órgano « prestado », mientras tenga esa categoría y actúe en calidad de tal, debe depender real y exclusivamente de la autoridad de ese otro Estado. Sólo si se cumple tal condición se puede verdaderamente hablar de un órgano de un Estado « puesto a disposición » de otro Estado. Es evidente, por ejemplo, que esta condición no se da cuando un Estado acepta que órganos de un Estado extranjero, por ejemplo tropas de un Estado con el que ha concertado un tratado de alianza defensiva, entren en su territorio y actúen allí, pero siempre en calidad de órganos de ese Estado extranjero [402]. Además, es indispensable señalar que las situaciones de que se trata no pueden tampoco asimilarse a aquellas en que un Estado, en virtud de una relación de dependencia, de protectorado, de mandato, de ocupación militar, de unión desigual u otra, se halle obligado a tolerar que se prescinda de la actuación de su propio aparato y se sustituya, en proporciones más o menos amplias, por la del de otro Estado. En tales casos, independientemente de las palabras que se utilicen para guardar las apariencias, el Estado superior, protector, ocupante, etc., no pone en absoluto sus propios órganos a disposición del Estado subordinado, protegido, ocupado... Lo que hace en realidad es sustituir, en determinados sectores, la actividad de los órganos de ese Estado por la de los suyos propios, que continuarán acatando sus instrucciones. No hay pues ningún « préstamo », ninguna verdadera « puesta a disposición » de un Estado de personas que pertenecen al aparato de otro. Se trata más bien de una transferencia de funciones, pero en sentido inverso : se sustraen a los órganos del Estado territorial determinadas funciones

[399] La expresión « órganos puestos a disposición » (de otro sujeto de derecho internacional) se encuentra, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Civil de Túnez en el Asunto Trochel (*Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, París, 1953, pág. 564) y en un informe de 18 de julio de 1960 del Secretario General de las Naciones Unidas sobre las fuerzas de las Naciones Unidas en el Congo (*Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, Decimoquinto Año, Suplemento de julio, agosto y septiembre de 1960*, documento S/4389). J.-P. Ritter [« La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *Annuaire français de droit international, 1962*, París, 1963, vol. VIII, pág. 444] emplea tanto esta expresión como la de « órganos prestados ».

Nos referimos aquí únicamente a los casos en que el beneficiario de un « préstamo » de órganos por parte de otro Estado o una organización internacional es un Estado, ya que el tema exclusivo del presente proyecto es precisamente la responsabilidad de los Estados. Pero evidentemente puede darse también el caso inverso de que sea una organización internacional la beneficiaria de un préstamo de órganos por parte de un Estado; puede entonces suscitarse un problema de responsabilidad internacional por lo que se refiere a esa organización. Convendrá incluso ver como se han resuelto algunos de esos casos en la práctica, pues puede resultar una confirmación indirecta del principio que aquí se afirma.

[400] Véase Brownlie, *op. cit.*, pág. 376.

[401] Pese a esta situación oficial, tal persona, en realidad, no actuará sino para uno de los dos Estados o, todo lo más, en condiciones distintas para uno y otro. Su situación no debe confundirse con la de un órgano « común », previsto como tal en un acuerdo entre ambos Estados. Los actos de un órgano común son al mismo tiempo de cada uno de los dos Estados y, por consiguiente, pueden desencadenar paralelamente su responsabilidad internacional.

[402] Ritter observa : « Un Estado es responsable de los actos de sus fuerzas armadas, siempre que conserve su mando o se haya reservado el control, aun cuando, en el caso de una alianza o de que se haya solicitado una intervención, las haya puesto al servicio de los intereses de una Potencia amiga. » (*Op. cit.*, pág. 445.)

que normalmente desempeñan y se transfieren a órganos de otro Estado que se encargan de ejercerlas bajo la autoridad y el control de éste. Las acciones y omisiones de esos órganos son en este caso claramente, desde el punto de vista internacional, acciones y omisiones del Estado al que pertenecen, del llamado Estado « superior », y pueden por tanto ocasionar la responsabilidad internacional de dicho Estado. Conviene pues distinguir claramente entre las diferentes situaciones en que órganos de un Estado pueden ejercer funciones en otro Estado; y esta distinción repercute necesariamente en la solución que se dé al problema de la determinación del Estado al que deben atribuirse los actos de tales órganos. El criterio para atribuir a un Estado y no a otro las acciones u omisiones de las personas de que se trata no es el de su pertenencia de origen a un aparato estatal determinado, ni tampoco —o, más bien, no sólo— el del marco en que actualmente desempeñan su actividad. El elemento decisivo es el de la autoridad de que dependen realmente cuando actúan. Si en ese momento se encuentran verdaderamente a disposición de otro Estado, si obran bajo su autoridad, sus acciones y omisiones se atribuyen a ese Estado y pueden occasionar su responsabilidad internacional; si continúan actuando bajo la autoridad de su propio Estado y acatando sus instrucciones hay que considerar a éste último como autor de sus actos y responsable en el plano internacional [403].

203. Nos parece que la jurisprudencia y la práctica internacionales vienen a confirmar el principio enunciado. La primera de ellas, a decir verdad, sólo en muy contadas ocasiones ha tenido que ocuparse del problema que aquí se trata. Cabe recordar, sin embargo, la sentencia de 9 de junio de 1931 dictada en el *Asunto Chevreau* por el árbitro Beichmann, nombrado en el compromiso firmado en Londres el 4 de marzo de 1930 entre Francia y el Reino Unido [404]. Un ciudadano francés residente en Persia, Julien Chevreau, fue detenido en 1918 por fuerzas de las tropas expedicionarias británicas del General Dunsterville que operaban cerca del Mar Caspio, y más tarde deportado por sospechoso de tratos con el enemigo. El árbitro, encargado en primer término de establecer si las medidas contra Chevreau se habían tomado en circunstancias que justificasen una reclamación en derecho internacional, debía decidir en particular si Gran Bretaña estaba obligada a indemnizarle por la pérdida de determinados bienes, libros y documentos que, según Chevreau, se hallaban en su vivienda en el momento de su detención y que después fueron sustraídos o se perdieron por falta de vigilancia de las autoridades consulares británicas. En realidad los libros y documentos de Chevreau se habían enviado a petición del Cónsul de Francia en Recht, a la sazón ausente de Persia, al Cónsul de Gran Bretaña que, cuando faltaba el primero, se ocupaba de los asuntos del Consulado francés. El árbitro rechazó, en su decisión, la reclamación francesa, diciendo

> que no puede considerarse responsable al Gobierno británico de una negligencia cometida por su cónsul, en calidad de gerente del consulado de otra Potencia [405].

La situación de hecho corresponde, pues, a una de las hipótesis formuladas más arriba [406] : aquella en que el órgano de un Estado se encarga de administrar en país extranjero, una oficina de otro Estado, en sustitución de un órgano de este último que se encuentra en la imposibilidad de ejercer por sí mismo sus funciones. Y la decisión del árbitro, que descartaba la posibilidad de atribuir a Gran Bretaña una negligencia cometida por un órgano del Estado británico en un momento en que ejercía funciones por cuenta del Estado francés, reconocía manifiestamente el principio que, a nuestro juicio, rige en esta materia : toda acción u omisión cometida por el órgano de un Estado en el ejercicio de funciones por cuenta de otro Estado (en beneficio del cual se le ha encargado que actúe), debe considerarse, en el plano internacional, hecho de ese otro Estado.

204. El análisis de la práctica de los Estados es también revelador de los criterios que deben seguirse en la materia objeto de este estudio. El principio de la responsabilidad del Estado por hechos de órganos puestos a su disposición por otro Estado para que los emplee como auxiliares de sus propios órganos se halla claramente reconocido por el Gobierno de El Salvador en el *Asunto Gattorno*, que dio lugar a un canje de notas entre el Gobierno italiano y el salvadoreño en 1872-73. El ciudadano italiano Gattorno, residente en Amapala (Honduras), sufrió daños por la actuación de tropas de un general hondureño, Streber, que mandaba una compañía que el Gobierno de El Salvador había puesto a disposición de Honduras en calidad de « fuerzas auxiliares ». El encargado de negocios italiano en Guatemala, Sr. Anfora, se dirigió primero al Gobierno de El Salvador para obtener la indemnización de los daños sufridos por el Sr. Gattorno. En su escrito observaba que :

> En la época en que Amapala fue ocupada y se cometieron los lamentables actos de violencia, el General Streber era comandante en jefe de la vanguardia salvadoreña de Oriente y dependía del Ministerio de la Guerra de El Salvador, como se deduce de un informe suyo enviado el 8 de mayo y publicado en la Gaceta Oficial del 16 del mismo mes [407].

---

[403] Conviene señalar que, pese a las diferencias que las separan, tanto una como otra hipótesis constituyen casos de responsabilidad directa, es decir de responsabilidad por hechos propios. No deben pues confundirse a su vez con las hipótesis de responsabilidad indirecta o por ajenos que, como se verá más adelante, surge cuando los miembros del aparato de un Estado determinado siguen desempeñando ellos mismos sus propias funciones, aun cuando se hallen bajo el control y las directrices de un Estado extranjero.

Conviene también poner de manifiesto que la conclusión indicada en este trabajo por lo que se refiere a la responsabilidad internacional asumida por un Estado en las situaciones mencionadas, no puede verse afectada por la conclusión, quizá diferente, adoptada o que se haya impuesto en el plano interno en cuanto a la responsabilidad civil o administrativa.

[404] Véase Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 1949.V.1), págs. 1115 y 1116.

[405] *Ibid.*, pág. 1141.

[406] Véase *supra*, párr. 200.

[407] Sr. Anfora a Sr. Arbiju, 14 de noviembre de 1872 (*Archivio del Ministero degli Affari Esteri italiano*, Serie Política A, N.° 1244).

Sin embargo, el Gobierno de El Salvador contestó al Sr. Anfora que los actos de la compañía mandada por el General Streber incumbían a Honduras país que debía, por tanto, responder de ellos. A este respecto el Gobierno de El Salvador indicaba que :

Los documentos publicados en los periódicos oficiales de esta República y de la de Honduras prueban que en los meses de mayo y junio la acción de las fuerzas armadas salvadoreñas dejó de tener carácter internacional a partir del momento en que pisaron territorio hondureño, ya que fueron puestas a disposición del Gobierno provisional del Sr. Arias en cuanto « fuerzas armadas auxiliares ». Por tanto, el General Streber ocupó el 8 de mayo el puerto de Amapala en calidad de comandante en jefe de la vanguardia del ejército salvadoreño auxiliar del Gobierno provisional de Honduras. Esto se recoge textualmente en la capitulación efectuada el mismo día con el Coronel Clotter, comandante de Amapala, publicada en el N.º 53 del Boletín Oficial de Esta República, el 16 de mayo del año en curso.

Dado el carácter auxiliar de las fuerzas salvadoreñas, incluso si el Sr. Streber no era ciudadano hondureño, creo que V. S. estará de acuerdo conmigo en que el responsable es el gobierno *bajo cuyas órdenes* operaban tales fuerzas y no el de El Salvador [408].

El Sr. Anfora transmitió seguidamente al Ministerio italiano de Relaciones Exteriores la respuesta del Gobierno de El Salvador y propuso que se insistiese ante este último para que accediese a la reclamación en favor del Sr. Gattorno, aun cuando después repitiese contra el Gobierno de Honduras. Pero el Sr. Artom, Secretario General del Ministerio, no aceptó esta propuesta y, en su respuesta al Sr. Anfora, señaló que la norma aplicable cuando se trataba de determinar la responsabilidad por un hecho de tropas enviadas por un gobierno a otro en calidad de auxiliares, dependía sobre todo de los acuerdos concretos celebrados entre ambos gobiernos en el momento en que uno de ellos había accedido a enviar al otro tropas. El Gobierno italiano parecía pues, de este modo, aceptar el punto de vista del Gobierno de El Salvador, pues precisamente de esos acuerdos había de deducirse si las fuerzas del General Streber operaban verdaderamente por cuenta del Gobierno de Honduras y bajo sus órdenes, como afirmaba el Gobierno de El Salvador. El Sr. Anfora recibió por tanto órdenes de dirigir su reclamación al Gobierno de Honduras, para saber si este último aceptaba la responsabilidad por los actos del General Streber [409].

205. Esta misma interpretación se deduce de la carta que el 16 de junio de 1911 dirigió el Sr. Geoffray, Embajador de Francia en Madrid, al Sr. Cruppi, Ministro francés de Relaciones Exteriores. El Sr. Geoffray manifestaba que había contestado en los siguientes términos a una nota del Ministerio de Estado español, Sr. García Prieto, en la que éste se lamentaba del comportamiento de un oficial francés, el Sr. Moreaux, puesto por Francia a disposición del Gobierno marroquí :

En cuanto a la presencia del capitán Moreaux en las cercanías de El Ksar, a la que hace referencia al final de su carta, permítame señalarle que se trata de una mehala jerifiana, mandada por un oficial que esta normalmente al servicio del Sultán. No tenemos pues que ocuparnos de sus movimientos que, sin duda, le han sido ordenados por el propio Gobierno jerifiano [410].

206. Parece pues deducirse claramente de estas interpretaciones gubernamentales que la acción u omisión cometida por un órgano puesto por un Estado a disposición de otro y que actúa, en el caso de que se trate, por cuenta de ese otro Estado, debe atribuirse a éste último. Tal idea se halla sin embargo condicionada, una vez más, por el criterio fundamental de la efectividad en que se basan constantemente los principios de derecho internacional y en que debe inspirarse su interpretación. La « puesta a disposición » debe ser real, y no constituir una simple apariencia. Dicho de otro modo, para que tenga lugar la atribución al Estado « prestatario », el órgano « prestado » por otro Estado debe hallarse *realmente* bajo la autoridad del primero y recibir instrucciones suyas sobre su comportamiento. En cambio, siempre que el órgano, aun cuando actúe en territorio de un Estado extranjero y en nombre de éste, no se halle en modo alguno bajo la autoridad de tal Estado ni acate sus instrucciones, el principio es el de la atribución de los actos de dicho órgano al Estado a que pertenece y del que sigue dependiendo. En derecho internacional, el Estado en nombre del cual sólo opera aparentemente, no se considera autor de sus actos ni asume la responsabilidad.

207. A este respecto, es interesante analizar la posición adoptada por el Gobierno italiano en la controversia sobre los daños ocasionados por las tropas francesas durante el bombardeo y la toma de la ciudad de Sfax, en Túnez. En julio de 1881, dicha ciudad se sublevó contra el Bey. El Gobierno francés, que se había comprometido por el tratado de Casr Saïd a prestar su apoyo al Bey de Túnez « contra todo peligro que pudiera perturbar la tranquilidad de sus Estados », envió tropas para aplastar la insurrección. Durante estos sucesos, muchos nacionales italianos que residían en Sfax sufrieron daños; la propia casa consular fue ocupada y sus archivos incautados. El Ministro de Relaciones Exteriores de Italia, P. S. Mancini, encargó al Cónsul General de Italia en Túnez y, por conducto suyo, al agente consular italiano en Sfax que determinaran la cuantía de los daños sufridos y verificaran si éstos habían sido ocasionados por el bombardeo o por los saqueos y robos perpetrados al quedar abandonadas las viviendas. En particular quería saber si los autores de los diferentes actos lesivos habían sido insurrectos tunecinos o soldados franceses, y señalaba que

esta última hipótesis [. . .] tendría especial gravedad e importancia para la definición de los problemas concernientes a la responsabilidad por los daños causados [411].

Por consiguiente, el Sr Mancini quería esperar al resultado de la investigación pedida, antes de hacer una gestión oficial con el Gobierno francés. Como entretanto se constituyó, por iniciativa de este Gobierno,

[408] Sr. Caseres a Sr. Anfora, 23 de noviembre de 1872 *(ibid.)*. [Subraya el Relator Especial.]

[409] Sr. Artom a Sr. Anfora, 9 de julio de 1873 (S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, pág. 854). Desgraciadamente no se conoce cómo terminó el asunto.

[410] Véase Kiss, *Répertoire ... (op. cit.)*, N.º 926, pág. 558.

[411] Véase S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, pág. 855.

una comisión mixta de investigación sobre los hechos de Sfax, se dieron al delegado italiano instrucciones de hacer valer que la tarea de la comisión era determinar quiénes habían sido los autores de los daños y distinguir

> la parte de responsabilidad que, según los resultados de la investigación, recaerá respectivamente sobre Francia y Túnez, éste por no haber sabido impedir la rebelión y aquélla por haberse excedido en los medios de ataque y represión [412].

En su correspondencia, el Ministro Mancini insistía especialmente en este segundo aspecto y subrayaba que

> la grave responsabilidad incurrida en este caso por Francia, por la acción de sus tropas, parece estar fuera de duda [413].

Por su parte, el Gobierno francés sostenía en primer lugar que los daños sufridos por nacionales italianos eran debidos a actos de guerra que, a su juicio, no daban origen a ninguna responsabilidad; sin embargo, se declaraba dispuesto a conceder una indemnización a título de gracia. Además, formulaba la tesis de que, en caso de que hubiera habido que reconocer una responsabilidad, ésta habría recaído sobre Túnez y no sobre Francia [414]. Pero el Gobierno italiano mantuvo su actitud y protestó contra la disolución unilateral de la comisión de investigación, declarada por su Presidente francés antes de que hubiera podido determinar las responsabilidades respectivas de Túnez y de Francia [415]. La controversia se prolongó durante dos años. El Gobierno italiano sólo admitía dos medios para resolverla : o bien que el Gobierno francés ordenara la reanudación de la investigación sobre el origen de los daños, o que se comprometiera a repararlos íntegramente, aunque luego discutiera directamente con el Bey la cuestión de la imputación del pago. En 1883, el Gobierno francés comunicó al Gobierno italiano que el Bey había promulgado un decreto concediendo a los nacionales italianos, *ex gratia*, una suma global equivalente a la totalidad de las indemnizaciones exigidas por Italia. El Sr Mancini aceptó esto, pero señaló que la cuestión de determinar si la indemnización pagada debía imputarse al Tesoro tunecino o al Tesoro francés era asunto que sólo concernía a Francia y a Túnez. Para Italia ese pago era sólo « la ejecución de un compromiso que el Gobierno francés ha aceptado con respecto a nostros » [416].

208. A este respecto, ciertas afirmaciones de los miembros de la Cámara de los Lores acerca del *Asunto Nissan* parecen también instructivas. El Sr Nissan, de nacionalidad británica, reclamaba a las autoridades de su país una indemnización por los daños que sufrió el hotel que poseía en Chipre, que estuvo requisado por las fuerzas británicas de la isla entre el 29 de diciembre de 1963 y el 27 de marzo de 1964. El Gobierno británico se negaba a pagar una indemnización, alegando como motivo que sus propias fuerzas habían sido puestas a disposición del Gobierno de Chipre para ayudarle a restablecer la paz en la isla. Por consiguiente, el Gobierno británico pretendía (y éste es el aspecto que nos interesa) que esas fuerzas debían ser consideradas como órganos del Estado chipriota. En su opinión, el caso del Sr. Nissan era un caso de responsabilidad de Chipre por los daños ocasionados a un nacional extranjero y no un caso puramente interno de responsabilidad del Gobierno británico por un perjuicio causado por sus agentes a uno de sus nacionales. Sin embargo, los tribunales británicos de primera [417] y de segunda instancia [418], así como los jueces de la Cámara de los Lores [419] en sus diferentes « speeches », estuvieron de

---

[412] *Ibid.*, pág. 856.

[413] *Ibid.*, pág. 855.

[414] Con frecuencia los tribunales franceses han imputado al Estado protegido la responsabilidad financiera de los daños ocasionados a particulares por negligencias de funcionarios de policía franceses encargados de mantener el orden público en nombre del soberano local. En apoyo de sus decisiones, esos tribunales invocaban el argumento de que los referidos funcionarios actuaban por cuenta del Estado protegido y no del Estado protector. En relación con esto muchas veces se traen a colación las sentencias del Tribunal Civil de Túnez en el Asunto Trochel (*Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, París, 1953, págs. 564 y ss., con nota de Ladhari) y las del Tribunal Administrativo del Sena (*ibid.*, 1959, págs. 357 y 358, con nota de Silvera) y del Consejo de Estado francés [*Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXIV, N.º 1 (enero-marzo de 1963), págs. 220 y 221, con nota de Rousseau] en el Asunto prince Sliman Bey. Tanto en un caso como en el otro se consideró que el hecho de que las fuerzas francesas encargadas de los servicios de seguridad ejercieran sus funciones en Túnez por delegación de la autoridad del Bey y en nombre de éste debía tener prelación sobre el hecho, que se alegaba en contra, de que esas fuerzas dependían del Residente General y ejecutaban las órdenes de este funcionario francés. (Véanse también los casos citados por R. Drago, « La réparation des dommages causés par les attroupements et les attentats en Tunisie », *Revue tunisienne de droit*, Túnez, vol. I, N.º 2, abril-junio de 1953, en particular págs. 125 y ss.) Pero si la cuestión de la responsabilidad se hubiese planteado, no en el ámbito interno, sino en el ámbito internacional, es muy dudoso que el hecho puramente formal de la soberanía en cuyo nombre se ejercían los poderes de policía del Residente General y de sus subordinados hubiese podido prevalecer sobre el hecho real de que estos servicios dependían en la práctica del poder del Estado protector y actuaban bajo la autoridad y siguiendo las instrucciones de éste. Por otra parte, parece que incluso en el ámbito del derecho interno el Gobierno francés ha adoptado, en fecha más reciente, una actitud que se aproxima a la que se impondría en el ámbito del derecho internacional. Después de cesar el Protectorado de Marruecos, el Gobierno marroquí se negó a indemnizar a los nacionales franceses victimas de atentados en la época del Protectorado, porque los servicios de seguridad los ejercía entonces Francia; y el Gobierno francés, tras oponerse inicialmente, luego aceptó al parecer la tesis marroquí. Véanse a este respecto los debates de la Asamblea Nacional sobre una ley que concedía una pensión a los franceses víctimas de atentados en Marruecos, en : Francia, *Journal officiel de la République française, Débats parlementaires: Assemblée nationale*, París, 28 de julio de 1959, año 1958-1959, N.º 52 A.N., págs. 1509 y 1510; y *Annuaire français de droit international, 1959*, París, vol. V, 1960, págs. 895 y 896.

[415] Véase S.I.O.I.-C.N.R., *op. cit.*, págs. 856 y 857.

[416] *Ibid.*, págs. 857 y 858.

[417] Véase el fallo dictado por la Queen's Bench Division el 17 de febrero de 1967 (*The All England Law Reports, 1967*, Londres, vol. 2, págs. 200 y ss.).

[418] Véase el fallo dictado por la Court of Appeal el 29 de junio de 1967 (*ibid.*, págs. 1238 y ss.).

[419] Véase el fallo dictado por la House of Lords el 11 de febrero de 1969 (*ibid., 1969*, vol. 1, págs. 629 y ss.). Sobre todo el asunto, véase I. Brownlie, « Decisions of British Courts during 1968 involving Questions of Public or Private International Law », *The British Year Book of International Law, 1968-69*, Londres, 1970, págs. 217 y ss.

acuerdo en afirmar que la acción cometida por las fuerzas británicas al tomar posesión del hotel del reclamante no podía imputarse al Gobierno chipriota, pues en ese caso dichas fuerzas no habían actuado en modo alguno como « agentes » de ese Gobierno. Habían actuado, en efecto, bajo mando británico, sin estar sujetas a ningún control del Gobierno de Chipre y sin recibir ningunas instrucciones de él [420].

209. Por consiguiente, parece posible resumir así el principio básico que se desprende de toda la práctica examinada : los comportamiento de un órgano prestado por un Estado a otro son imputables, según el derecho internacional, al segundo Estado si el órgano ha sido efectivamente puesto a disposición de este último, es decir, si actúa en lo sucesivo bajo la autoridad y ateniéndose a las instrucciones del Estado « beneficiario ». En cambio, se imputan al primer Estado si el préstamo es sólo aparente, si en realidad el órgano no ha sido puesto a disposición del segundo, porque de hecho sigue actuando bajo el control y según las instrucciones del Estado al que pertenece.

210. La cuestión que nos interesa en el presente informe es únicamente la responsabilidad de los Estados. Por consiguiente, sólo podemos tomar en consideración la hipótesis de la posible responsabilidad de un Estado por las actuaciones de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional. Sin embargo, no parece inútil indicar que la confirmación de la validez del principio enunciado en el párrafo anterior la suministra ciertamente la práctica relativa a los casos de acciones u omisiones de órganos puestos por Estados a disposición de organizaciones internacionales. Una vez más, el criterio decisivo para determinar la responsabilidad en tales casos resulta ser el de las condiciones efectivas en que se han cometido las correspondientes acciones u omisiones. Cuando el hecho de poner órganos estatales a disposición de la organización ha tenido un carácter meramente formalista y esos órganos han seguido en realidad actuando bajo el único control de su propio Estado y ateniéndose a las instrucciones de éste se ha considerado responsable de su comportamiento a ese Estado y no a la organización. En cambio, cuando los órganos han sido colocados verdaderamente por sus Estados de pertenencia bajo la autoridad exclusiva de la organización y han actuado cumpliendo las instrucciones emanadas realmente de ésta, la organización misma ha reconocido su responsabilidad y ha soportado sus consecuencias financieras; y lo ha hecho, cosa que merece señalarse, sin que ninguno de los Estados miembros haya formulado objeciones. La situación que se ha producido respectivamente en Corea y en el Congo es particularmente instructiva a este respecto.

211. Cuando fuerzas de los Estados Unidos de América y de algunos otros países intervinieron en Corea en 1950 en nombre de las Naciones Unidas, esas fuerzas habían sido colocadas bajo la autoridad de un mando unificado, creado por el Gobierno de los Estados Unidos. Dichas tropas recibían las órdenes « de operación » únicamente de ese Gobierno [421]. Por consiguiente, dejando a un lado la cuestión de saber si la decisión tomada en aquella ocasión por el Consejo de Seguridad era legal, o ilegal como afirmaba la Unión Soviética, lo que interesa señalar aquí es que en dicho caso las fuerzas enviadas a Corea no habían sido colocadas efectivamente bajo la dependencia y las órdenes de la organización en cuyo nombre actuaban. Los Gobiernos de la Unión Soviética, de la República Popular de China y de la República Popular Democrática de Corea sostuvieron, en consecuencia, que la responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos que según ellos habían sido cometidos por miembros de las fuerzas estadounidenses recaía exclusivamente sobre el Gobierno de los Estados Unidos. Y aunque este último Gobierno afirmó que esas protestas debían dirigirse a las Naciones Unidas y no a él, declaró, no obstante, en varias ocasiones, que en caso de que una investigación objetiva probara los hechos alegados en las referidas protestas, pondría a disposición de las Naciones Unidas los fondos necesarios para reparar los daños sufridos [422]. Pero de esto no se desprende que las Naciones Unidas en cuanto tales hayan tomado nunca en consideración

[420] Lord Reid, en su exposición, hacía esta observación :

« Las fuerzas británicas debían actuar bajo mando británico, y nada permite pensar que el Gobierno de Chipre tuviese control alguno sobre ellas. » (« The British forces were to act under British command, and there is no suggestion that the Cyprus Government had any control over them. »)

Por su parte, Lord Morris ponía de relieve que las fuerzas británicas jamás se habían hecho « agentes » del Gobierno chipriota. Entre esas fuerzas y este Gobierno no había, señalaba Lord Morris, ninguna « relationship of principal and agent » (relación de mandante a mandatario). La exclusión de la existencia de una relación cualquiera de mandato (« agency ») también se subrayaba en las exposiciones de Lord Pearce, Lord Wilberforce y Lord Pearson. Este último se basaba sobre todo en que las fuerzas británicas no ejecutaban en modo alguno instrucciones del Gobierno de Chipre.

Debe señalarse que la instancia suprema del Reino Unido mantuvo el principio de la responsabilidad del Gobierno británico por los daños causados al Sr. Nissan a consecuencia de la ocupación de su hotel por las tropas británicas, incluso durante el período comprendido entre el 27 de marzo y el 5 de mayo de 1964, es decir, cuando esas fuerzas habían pasado a ser parte integrante de la Fuerza de las Naciones Unidas en Chipre. Contrariamente a la tesis sostenida por el Gobierno, que se negaba a responder de los actos de un contingente que entretanto había pasado a formar parte de esa Fuerza, y contrariamente también a las decisiones de los tribunales de primera y segunda instancia (*The All England Law Reports, 1967*, Londres, vol. 2, págs. 200 y ss. y 1238 y ss.), la Cámara de los Lores afirmó la responsabilidad del Gobierno británico. En opinión de los Lores, en los acuerdos concertados con las Naciones Unidas no había ninguna cláusula de la cual se dedujera que la Corona hubiese quedado liberada de su responsabilidad por la continuación de una acción ilícita cometida por fuerzas que no habían dejado de estar formadas por soldados británicos (*ibid., 1969*, vol. 1, págs. 629 y ss., y en particular págs. 646 y ss.).

[421] Sobre la independencia del « mando unificado » respecto de las Naciones Unidas, véase D. W. Bowett, *United Nations Forces : A Legal Study of United Nations Practice*, Londres, Stevens, 1964, págs. 40 y ss.; F. Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leiden, Sijthoff, 1966, págs. 41, 98 y 99.

[422] El Gobierno de la URSS envió dos notas de protesta al Gobierno de los Estados Unidos de América en septiembre y octubre de 1950, respectivamente (Bowett, *op. cit.*, pág. 57; Seyersted, *op. cit.*, págs. 110 y 111; M. Bothe, *Streitkräfte internationaler*

(Continúa en la página siguiente.)

alguna responsabilidad por los hechos de las fuerzas que operaban en Corea bajo la bandera de las Naciones Unidas.

212. La situación con respecto a la intervención de las Naciones Unidas en el Congo en 1961 era a todas luces diferente. La Fuerza de las Naciones Unidas que operaba en el Congo, aunque estaba constituida por contingentes nacionales, dependía de la autoridad de un comandante designado directamente por las Naciones Unidas y operaba exclusivamente bajo las órdenes de éstas. Ni los gobiernos de los Estados que habían proporcionado los contingentes ni el Gobierno del Congo tenían la posibilidad de dar órdenes de « operaciones » a los miembros de la Fuerza y mucho menos la de colaborar con el Secretario General en la dirección de las operaciones. Además, el costo de las operaciones corría enteramente a cargo de las Naciones Unidas. En consecuencia, el Gobierno belga se dirigió a éstas para obtener la reparación de los daños ocasionados a nacionales belgas por miembros de la Fuerza, y las Naciones Unidas admitieron su propia responsabilidad. La controversia entre el Gobierno belga y las Naciones Unidas, que se prolongó por la dificultad de verificar los hechos, fue resuelta en Nueva York por las cartas, de fecha 20 de febrero de 1965, canjeadas entre el Secretario General de las Naciones Unidas U Thant y el Ministro de Relaciones Exteriores de Bélgica, Sr. Spaak : en ellas se aceptaba el principio de la responsabilidad de las Naciones Unidas por los perjuicios injustificables ocasionados a inocentes por « agentes de las Naciones Unidas » y se concedía una indemnización global al Gobierno belga [423]. Al parecer, ni Bélgica ni las Naciones Unidas llegaron siquiera a considerar la posibilidad de presentar una reclamación a los Estados que habían proporcionado los contingentes. Acuerdos semejantes al concertado con Bélgica se establecieron con Grecia el 20 de junio de 1966, con Luxembourg el 28 de diciembre de 1966 y con Italia el 18 de enero de 1967 [424]. El principio de la responsabilidad de las Naciones Unidas por los daños ilícitamente causados por miembros de la Fuerza de las Naciones Unidas en Katanga fue enunciado también en el Parlamento británico por el Subsecretario de Estado de Asuntos Exteriores en una declaración del 7 de marzo de 1962 [425].

213. Los tratadistas de derecho internacional que han examinado los problemas discutidos en la presente sección se declaran en general, algunos más claramente que otros, partidiarios de los criterios derivados de la práctica internacional. Brownlie y Durante parecen ser los únicos discuten expresamente la responsabilidad por el comportamiento de órganos puestos por un Estado a disposición de otro. Brownlie, sin profundizar demasiado en la distinción entre situaciones diferentes, afirma que en estos casos el Estado a cuya disposición se encuentran esos órganos es el que debe responder de sus acciones y omisiones. En cambio, Durante reconoce la importancia que tiene, a este respecto, el hecho de que la actividad de estos órganos haya sido dirigida

(Continuación de la nota 422.)

Organisationen, Colonia, Heymanns, 1968, pág. 68). El Gobierno de los Estados Unidos se negó a recibirlas indicando que deberían haberse enviado al Consejo de Seguridad. Sin embargo, después de la segunda nota, que protestaba contra el bombardeo de un aeropuerto en territorio soviético, el representante de los Estados Unidos en las Naciones Unidas, Sr. Austin, envió al Secretario General una carta (*Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, Quinto Año, Suplementos de enero-diciembre de 1950*, documento S/1856) en la que admitía el bombardeo, debido a un error, aseguraba que se tomarían medidas disciplinarias contra los pilotos responsables, presentaba excusas por la violación de la frontera soviética y se declaraba dispuesto a suministrar fondos para reparar los daños ocasionados a bienes soviéticos si estos daños eran probados por una comisión de las Naciones Unidas o por otro procedimiento adecuado. El Ministro de Relaciones Exteriores de la República Popular de China, además de las protestas y las reclamaciones dirigidas al Secretario de Estado de los Estados Unidos, envió varios telegramas al Secretario General de las Naciones Unidas denunciando el bombardeo del territorio chino por aviones de las fuerzas estadounidenses en Corea (*ibid.*, documentos S/1722, S/1743, S/1808, S/1857, S/1870, S/1876; A/1410). Pero con esas denuncias no pretendía imputar responsabilidad alguna a las Naciones Unidas, sino que por el contrario quería que éstas condenaran a los Estados Unidos. El representante de los Estados Unidos en las Naciones Unidas volvió a declarar que su país estaba dispuesto a pagar una indemnización al Secretario General y a tomar medidas disciplinarias contra los responsables en caso de que una comisión de investigación designada por el Consejo de Seguridad comprobara que había tenido lugar efectivamente un ataque aéreo en territorio chino (*Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, Quinto Año, N.º 35*, 493.ª sesión, págs. 12 y 13; *ibid., N.º 41*, 499.ª sesión, pág. 5; *ibid., N.º 43*, 501.ª sesión, pág. 2; *ibid., Quinto Año, Suplementos de enero-diciembre de 1950*, documentos S/1727, S/1832, S/1813; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Primera Comisión*, 439.ª sesión, pág. 627). En relación con estos dos incidentes, la URSS presentó al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General varios proyectos de resolución en los que se pedía que se condenara al Gobierno de los Estados Unidos por los hechos cometidos y se declaraba responsable por los daños ocasionados a la República Popular de China (S/1745/Rev.1, A/C.1/660, A/1777). El Consejo de Seguridad y la Asamblea General rechazaron esas propuestas, no porque en ellas se considerara al Gobierno de los Estados Unidos responsable de los hechos cometidos por las fuerzas que operaban en Corea bajo la bandera de las Naciones Unidas, sino porque no se habían probado los hechos alegados (*Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, Quinto Año, N.º 43*, 501.ª sesión; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Primera Comisión*, sesiones 439.ª a 441.ª; *ibid., Sesiones plenarias*, 328.ª sesión).

[423] Cabe señalar que la oposición al pago de tal indemnización por el representante de la URSS, Sr. Mozorov, no se basaba en que pusiese en tela de juicio en general el principio de la responsabilidad de las Naciones Unidas por los hechos de las fuerzas dependientes de su autoridad sino en la razón específica de que, a su entender, Bélgica había cometido una agresión contra la República del Congo y que como agresor no tenía títulos morales ni jurídicos para presentar reivindicaciones a las Naciones Unidas ni en nombre propio ni en el de sus ciudadanos (*Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, Vigésimo Año, Suplemento de julio, agosto y septiembre de 1965*, documento S/6589).

Sobre la controversia con Bélgica, véase P. de Visscher, « Observations sur le fondement et la mise en œuvre du principe de la responsabilité de l'Organisation de Nations Unies », *Revue de droit international et de droit comparé*, Bruselas, N.os 3-4, 1963, págs. 165 y ss.; y J. J. A. Salmon, « Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965 », *Annuaire français de droit international, 1965*, París, vol. XI, 1966, págs. 468 y ss., 469 y 497.

[424] El texto de estos acuerdos ha sido publicado en Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1966* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta : S.68.V.6), págs. 41 y ss.; *ibid., 1967* (N.º de venta : S.69.V.2), págs. 82 y ss.

[425] Véase E. Lauterpacht, *The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1962, pág. 100. Sobre la reparación pagada por las Naciones Unidas al Comité Internacional de la Cruz Roja por el asesinato, en Elisabethville, de tres miembros del Comité, véase Seyersted, *op. cit.*, pág. 195.

y organizada por uno u otro de los dos Estados [426]. Entre los que toman en consideración la doble hipótesis de órganos puestos por el Estado y disposición de una organización internacional y por una organización a disposición de un Estado, Ritter es el que se expresa con mayor claridad Dice así :

> La organización no responde de los actos de personas sometidas a la autoridad de otros sujetos de derecho internacional, especialmente de los Estados miembros, ni siquiera cuando éstos hayan hecho actuar a esas personas de acuerdo con la organización [427].

Por otra parte, hace la observación siguiente :

> Si las personas encargadas de ejecutar una operación decidida por una organización internacional son colocadas bajo la autoridad exclusiva de ésta, estará justificado calificarlas de agentes de la organización, a pesar de su condición anterior de agentes de Estados miembros, y declarar que sus actos, incluidos los ilícitos, son imputables a la organización.
>
> Recíprocamente, si un agente de la organización es puesto a disposición de un Estado [...] *la responsabilidad por los actos de esta persona será imputada al Estado o a la organización, según que el referido agente esté obligado a seguir* [...] *las instrucciones de aquél o de ésta* [428].

Otros juristas como Seyersted [429], Bothe [430] y P. de Visscher [431] llegan también a conclusiones análogas. Este último define así el criterio decisivo para resolver el problema de la responsabilidad por los actos de fuerzas armadas prestadas por un Estado a una organización internacional : de los dos, es responsable el que tiene el « dominio efectivo » de esas fuerzas.

214. Cuando se trata, pues, de un « préstamo », o de un « traspaso » de órganos de Estado a Estado, o de un Estado a una organización internacional, o de una organización internacional a un Estado, un criterio único se impone : el de hacer asumir al sujeto beneficiario del « préstamo » o del « traspaso » la responsabilidad de las posibles violaciones del derecho internacional cometidas por el órgano puesto a su disposición, cuando la acción de este último es realizada efectivamente en nombre y por cuenta de ese sujeto y las órdenes de tal acción emanan de él y sólo de él. Como se ha podido advertir, aunque la práctica internacional no confirmara este criterio, se impondría ya por la fuerza misma de la lógica jurídica, de la eficacia y de la equidad. En vista del creciente número de casos en que habrá que aplicarlo en lo futuro, sobre todo en las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales, formularlo claramente es contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional. Por consiguiente, nuestra tarea actual es encontrar una defición que lo exprese de manera adecuada y que indique en términos claros la condición esencial a la cual estará subordinada la posibilidad de considerar como hechos de un Estado determinado las acciones y omisiones de una persona que forma parte del sistema de un Estado o, más en general, de otro sujeto de derecho internacional. Analizados los diferentes elementos que hay que tomar en consideración, nos parece posible la fórmula siguiente :

Artículo 9. — Atribución al Estado, sujeto de derecho internacional, de los hechos de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional

En derecho internacional, se considerará también como hecho del Estado el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que tengan la condición de órganos en el ordenamiento jurídico de otro Estado o de una organización internacional y que hayan sido puestos a disposición de aquel Estado, siempre que dichos órganos dependan efectivamente de la autoridad del Estado a cuya disposición se hallen y que actúen según instrucciones que de éste emanen.

---

[426] Véase Brownlie, *Principes ... (op. cit.)*, pág. 376; Durante, *Responsabilità internazionale e attività cosmiche*, Padua, 1969, págs. 40 y ss.

[427] Véase Ritter, *op. cit.*, pág. 441.

[428] *Ibid.*, pág. 444. [Subraya el Relator Especial.]

[429] Véase Seyersted, *op. cit.*, págs. 117 y ss.

[430] Véase Bothe, *op. cit.*, págs. 53 y ss., 67 y ss., 166 y ss.

[431] Véase P. de Visscher, *op. cit.*, pág. 169.