

«internacionalmente ilícito». ¿Se trata de un hecho ilícito según el derecho internacional? A su juicio, la palabra «internacionalmente» tiene connotaciones políticas.

60. El Sr. AGO explica que en su informe había comenzado usando la expresión «hecho ilícito internacional»⁶. A su juicio ambas expresiones son equivalentes y pueden usarse indistintamente.

61. El PRESIDENTE dice que durante el debate no se ha propuesto formalmente que la Comisión realice el estudio de la cuestión de la responsabilidad por riesgo. El problema de la decisión que ha de adoptar la Comisión con respecto a la nueva materia podrá plantearse, por supuesto, en relación con el tema 5. Entretanto, si no hay otras observaciones, entenderá que la Comisión acuerda remitir el artículo 1 al Comité de Redacción que ha de constituirse, para que lo examine habida cuenta del debate.

*Así queda acordado*⁷.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

⁶ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970*, vol. II, pág. 189.

⁷ Véase la reanudación del debate en la 1225.ª sesión, párr. 50.

1205.ª SESIÓN

Lunes 14 de mayo de 1973, a las 15.15 horas

Presidente: Sr. Mustafa Kamil YASSEEN

Presentes: Sr. Ago, Sr. Bartoš, Sr. Bedjaoui, Sr. Bilge, Sr. Elias, Sr. Hambro, Sr. Kearney, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Ramangasoavina, Sr. Reuter, Sr. Sette Câmara, Sr. Tammes, Sr. Thiam, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov.

Colaboración con otros organismos

[Tema 8 del programa]

1. El PRESIDENTE dice que el Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha invitado a la Comisión a enviar un representante a la reunión que va a celebrar del 21 al 25 de mayo. Como la Comisión no puede enviar a uno de sus miembros mientras ella misma está celebrando un período de sesiones, el Presidente propone que se transmitan sus excusas al Comité y se le pida envíe a la Comisión su informe, como de costumbre.

Así queda acordado.

Responsabilidad de los Estados

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

[Tema 2 del programa]

(reanudación del debate de la sesión anterior)

2. El PRESIDENTE invita a la Comisión a reanudar el examen del proyecto de artículos presentado por el Relator Especial.

ARTÍCULO 2

3.

Artículo 2

Condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito

Existe un hecho internacionalmente ilícito cuando:

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

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

4. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar el artículo 2 de su proyecto.

5. El Sr. AGO (Relator Especial), al presentar el artículo 2, señala que según el principio fundamental establecido en el artículo 1, no existe en derecho internacional ningún hecho ilícito que no entrañe responsabilidad. La continuación de su estudio se apoya en dos nociones que se derivan de ese principio: el hecho ilícito internacional y las consecuencias que se derivan de este hecho. Una vez aceptado el principio que se enuncia en el artículo 1, hay que definir las condiciones para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, y ésta es la finalidad del artículo 2.

6. Los autores, la jurisprudencia y la práctica de los Estados reconocen casi unánimemente que para este fin son necesarios al menos dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. En primer lugar, ha de haber una acción u omisión que pueda atribuirse al Estado, es decir que pueda considerarse un hecho del Estado; en segundo lugar, este hecho ha de constituir incumplimiento de una obligación internacional del Estado que lo comete. El Sr. Ago señala que, por la lectura de sus informes tercero y cuarto, los miembros se habrán dado cuenta del gran número de problemas que suscita la cuestión de la atribución de un hecho al Estado. A continuación, será necesario resolver otro grupo de problemas: los que origina el reconocimiento de una infracción internacional, es decir, las condiciones en las que una acción o una omisión atribuida al Estado según el derecho internacional se define como un incumplimiento de una obligación internacional, teniendo en cuenta los casos en que no existe violación porque una circunstancia excepcional ha privado al hecho de su carácter ilícito.

7. No obstante, conviene dejar bien claros desde el principio ciertos puntos fundamentales. Es menester, ante todo, enunciar precisamente el principio general según el cual los dos elementos mencionados deben hallarse reunidos para que haya hecho internacionalmente ilícito.

8. De la práctica, la doctrina y la jurisprudencia, así como de los anteriores intentos de codificación, en particular de la Conferencia de Codificación de 1930 y de las respuestas de los Estados a la petición de información que les envió el Comité Preparatorio de dicha Conferencia, se deduce claramente que el hecho del Estado tanto puede ser una omisión como una acción. Para atribuir una acción u omisión al Estado, no es preciso establecer la existencia de un vínculo de causalidad natural entre el autor del acto y el acto mismo. La atribución al Estado, en cuanto sujeto, de un comportamiento que es necesariamente un comportamiento de seres humanos constituye siempre una operación de conexión jurídica.

9. Además, el Estado al que se atribuye un comportamiento es el Estado en cuanto persona, en cuanto sujeto de derecho, no el Estado en el sentido de orden jurídico. Más aún, se trata del Estado como sujeto de derecho internacional, no en cuanto persona de derecho interno. La atribución de un hecho al Estado en el plano del derecho internacional se hace con respecto a un sujeto que no es el mismo que el sujeto de derecho interno.

10. El hecho se atribuye al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional, y se le atribuye en el plano del orden jurídico internacional. Por tanto, son tres los puntos esenciales que la Comisión debe tener en cuenta: la atribución de un hecho al Estado es una operación de conexión jurídica, se realiza en el plano del derecho internacional y el hecho se atribuye al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional, no en cuanto sujeto de derecho interno.

11. Como ha dicho, la segunda condición para que exista un hecho ilícito internacional es que el comportamiento atribuido al Estado constituya incumplimiento por el Estado de una obligación internacional existente a su cargo. Es unánime la opinión sobre este punto, pero conviene destacar que este incumplimiento debe definirse desde el punto de vista del derecho en sentido subjetivo; en otras palabras, no como violación de una norma sino como violación por un sujeto de derecho de la obligación que le impone la norma. En derecho internacional, la idea de incumplimiento de una obligación equivale a la de infracción del derecho subjetivo de otro.

12. Otras tres cuestiones se plantean con respecto al artículo 2: el abuso del derecho, la distinción posible entre diferentes supuestos de infracción, y el daño. En lo que se refiere al abuso del derecho, la Comisión decidió en su 22.º período de sesiones ocuparse más adelante de esta cuestión¹. Por su parte, el Relator Especial sigue opinando que la Comisión no necesita examinar el fondo del problema, porque si bien hay situaciones de derecho internacional en las que el ejercicio de un derecho está sujeto a límites, ello se debe a que hay una norma que impone la obligación de no rebasar dichos límites. En otras palabras, el ejercicio abusivo de un derecho constituiría en tal caso incumplimiento de una obligación. Por tanto, la afirmación del principio de que el hecho internacionalmente ilícito se considera como un incumplimiento de una obligación es suficiente para abarcar el supuesto del abuso del derecho.

13. Por lo que respecta a la posible distinción entre diferentes supuestos de infracción, el comportamiento como tal puede bastar por sí solo para que quede incumplida una obligación internacional del Estado: por ejemplo, si el Estado no cumple un tratado en virtud del cual se ha comprometido a introducir determinada legislación.

14. En otros casos, hay que añadir al comportamiento un elemento suplementario, un acontecimiento exterior, para que se convierta en un hecho internacionalmente ilícito: por ejemplo, si en tiempo de guerra la aviación de un Estado bombardea una ciudad sin tomar las precauciones necesarias para evitar la destrucción de los hospitales, solamente habría incumplimiento de la obligación internacional de respetar los hospitales del enemigo si

resultara alcanzado un hospital. Puede verse, por tanto, que el delito de simple conducta y el delito de acontecimiento existen en derecho internacional, lo mismo que en derecho interno. El Relator Especial ha considerado si debía mencionar esta distinción en el artículo 2, pero ha llegado a la conclusión de que es preferible no hacerlo y volver sobre ella cuando la Comisión examine la cuestión del incumplimiento de una obligación en sus diversos aspectos. Por el momento, basta decir que el comportamiento del Estado ha de constituir incumplimiento de una obligación internacional. Esto abarca todos los supuestos.

15. Por último, cabe preguntarse si el daño debe incluirse como un elemento ulterior y distinto entre los elementos que constituyen un hecho internacionalmente ilícito. También en este caso, la Comisión debe tratar de hacer abstracción del derecho interno. En derecho interno, además, puede haber infracción penal sin daño. En varios países, por ejemplo, la tentativa de suicidio se considera como infracción punible. Cuando se habla de daño en derecho internacional, se hace referencia normalmente al concepto de daño en derecho civil, es decir, a un perjuicio económico. La palabra francesa «*préjudice*», en inglés «*injury*», que es el término utilizado por el Sr. Reuter en su curso de La Haya², designa la lesión naturalmente causada por una acción que constituye incumplimiento de una obligación internacional. Pero no es necesariamente un daño en el sentido económico que generalmente se da a este término. El motivo por el cual algunos autores consideran que el daño es el tercer elemento constitutivo del hecho ilícito internacional es que han considerado la responsabilidad exclusivamente en relación con los daños ocasionados a los extranjeros, es decir, en una esfera en que la obligación transgredida consiste precisamente en la obligación de no causar o de prevenir el daño. En otros casos, el daño se confunde con el acontecimiento, es decir, con el elemento exterior que a veces debe acompañar al comportamiento para causar un perjuicio a otros.

16. Sin embargo, no faltan ejemplos para demostrar que en derecho internacional puede haber incumplimiento de una obligación sin que haya daño. Así, un Estado que no adopta la legislación que en virtud de un tratado se ha comprometido a adoptar, estrictamente hablando no causa un daño a otros Estados partes en el tratado, aunque haya habido incumplimiento de una obligación. Al mismo tiempo, todos los autores reconocen que todo incumplimiento de una obligación implica un perjuicio. En consecuencia, no puede decirse que el elemento denominado del «daño» sea la tercera condición de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, ya que hay hechos internacionalmente ilícitos que no acarrearán daños económicos y, si bien es cierto que todo incumplimiento de una obligación implica un perjuicio, el elemento de perjuicio está ya comprendido en el incumplimiento de la obligación.

17. El Sr. TAMMES manifiesta el propósito de hacer algunas observaciones en lo que se refiere, no tanto al artículo 2, sino más bien a las consideraciones que lo preceden en el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/246).

18. En los párrafos 66 a 70, el Relator Especial trata del concepto de abuso de derecho y expone los motivos que

¹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970, vol. II, pág. 333, párr. 79.

² Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1961-II, vol. 103, págs. 425 a 655.

le inducen a pensar que sería prematuro incluirlo entre los elementos objetivos del hecho ilícito. Este concepto presenta algunos aspectos evidentemente peligrosos y su formación supondría establecer una norma sustantiva o primaria de derecho internacional, distinta de las normas típicas de la responsabilidad de los Estados.

19. El orador no desea entablar un debate sobre el contenido de este principio, pero está convencido de que, en algún momento, la Comisión tendrá que decidir si procede o no incluir el abuso de derecho entre los elementos objetivos del hecho internacionalmente ilícito. Varios miembros han señalado ya que el pensamiento jurídico internacional se encuentra actualmente en una fase de fluidez y de rápida evolución. Existen cada vez más posibilidades de que un tribunal internacional responda a ese cambio en el pensamiento jurídico mediante conceptos generales, aun antes de que ese pensamiento sea incorporado en normas progresivas.

20. La aplicación de un concepto como el del abuso de derecho quizás entrañe un riesgo jurídico, pero si se eludiera también se correría en realidad un riesgo. Existen muchos textos internacionales en los que se formula el concepto del abuso de derecho sin utilizar la expresión misma. Un ejemplo de esto es el artículo 2 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Alta Mar³, que dispone que las cuatro libertades del mar que enumera serán ejercidas por los Estados «con la debida consideración para con los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de alta mar».

21. Conviene con el Relator Especial en que toda formulación no tautológica del concepto del abuso de derecho como elemento objetivo de la responsabilidad de los Estados supondría elaborar una norma sustantiva. Sin embargo, esa norma sería más sustantiva que conceptos tales como la legítima defensa, el estado de necesidad y la diligencia debida, que se abordarán ulteriormente. Según se indicaba en la nota del Relator Especial de 15 de junio de 1967⁴, estas materias forman parte de la responsabilidad de los Estados y no pueden ser tratadas como cuestiones separadas. Si la Comisión no las trata en el contexto de la responsabilidad, que es el único que les corresponde, no serán tratadas en modo alguno.

22. Más adelante, en otro pasaje de su informe (párrs. 70 y ss.), el Relator Especial menciona algunos casos en que el hecho ilícito no produce efectos materiales o verificables de otro modo. A su juicio, en tales casos hay que buscar orientación en la distinción que se hace en el apartado *a* del artículo 2 entre el comportamiento consistente en una acción y el comportamiento consistente en una omisión. La violación por un Estado de una prohibición internacional se efectuaría mediante un comportamiento por acción. En su opinión, en la mayoría de los casos de este tipo el Estado sería responsable de una tentativa de violación aun cuando ésta no produjera efectos perjudiciales materiales.

23. En cambio, el comportamiento por omisión crearía una situación de peligro latente que el derecho trata de impedir imponiendo al Estado una responsabili-

dad internacional, aunque la prueba sería muy difícil y no resultarían afectados todavía los intereses de ningún Estado determinado. El orador nada objetaría a que se incluyera una norma tan radical, pero no está en absoluto seguro de que tal sea el verdadero propósito del Relator Especial en el apartado *b* del artículo 2.

24. Este punto tal vez podría aclararse en el comentario sobre el artículo 2. En su forma actual, el texto del apartado *b* daría lugar a responsabilidad por la anulación de cualquier situación basada en derecho. Quizás existan algunas normas restrictivas, como se indica en el informe, pero no parece posible incluir sistemáticamente tales restricciones en el proyecto sin afectar al enunciado definitivo del propio artículo 2.

25. El Sr. ELIAS dice que puede aceptar los dos apartados del artículo 2, sin perjuicio de algunas cuestiones de redacción, porque el nuevo texto tiene en cuenta la mayoría de las objeciones formuladas respecto del texto primitivo durante el extenso debate celebrado por la Comisión en 1970 y las deliberaciones posteriores de la Sexta Comisión. Además, sería conforme al derecho aceptar las dos condiciones fijadas en los apartados *a* y *b* para que los Estados empuen su responsabilidad internacional.

26. Por lo que respecta al elemento subjetivo, el criterio adoptado en el apartado *a* es que el comportamiento de que se trate se atribuya al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional; si un comportamiento determinado puede atribuirse a un Estado en vez de a un individuo o un grupo, se podrá considerar responsable a ese Estado.

27. El elemento objetivo, enunciado en el apartado *b*, es que el comportamiento constituya incumplimiento de una obligación internacional. Considerado en ese sentido, el comportamiento abarca las acciones y las omisiones, pero el Relator Especial ha señalado acertadamente que los casos de omisión son probablemente más abundantes que los de acción. Este punto queda de manifiesto en los casos sometidos a la Corte Permanente de Justicia Internacional y a la Corte Internacional de Justicia.

28. Es necesario tener presente que el hecho del Estado ha de ser un hecho atribuido al Estado por el derecho, pero el problema consiste en determinar si en tal caso por derecho se entiende el derecho interno o el derecho internacional. La opinión comúnmente aceptada es que por derecho se entiende el derecho internacional; esa opinión ha sido aceptada incluso por autores como Anzilotti y Kelsen, que al principio adoptaron un punto de vista diferente. El orador estima por su parte que difícilmente podría ser de otro modo, ya que la violación es específicamente una transgresión del derecho internacional; aunque las consideraciones de derecho interno no pueden pasarse por alto, la pauta debe ser la establecida por el derecho internacional.

29. Conviene con el Relator Especial en que la doctrina, algo ambigua, del abuso de derecho no ha de incorporarse al artículo 2 como uno de los elementos del hecho ilícito internacional. Este artículo trata de la violación de obligaciones internacionales, de deberes impuestos a los Estados por el derecho internacional, y no del ejercicio, excesivo o no, de un derecho por un Estado. Nada tendrá que objetar si el Relator Especial incluye más adelante

³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 450, pág. 115.

⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1967*, vol. II, págs. 339 a 341.

una disposición sobre la cuestión del abuso de derecho; pero esa disposición no tiene cabida en el artículo 2.

30. El informe menciona varias veces la cuestión del daño, que algunos autores han considerado como tercer elemento de la existencia de la responsabilidad de los Estados. El Relator Especial ha obrado con acierto al dejar esta cuestión fuera del ámbito del artículo 2. El concepto de daño se introdujo en relación con la responsabilidad de los Estados en una época en que esta materia se confundía con la de los perjuicios ocasionados a particulares extranjeros. La Comisión sólo se ocupa ahora del perjuicio que en derecho internacional un Estado puede causar a otro, y no del perjuicio que un órgano o funcionario del Estado podría ocasionar a un particular extranjero.

31. El Sr. ELIAS opina que el concepto de daño económico no es estrictamente pertinente en relación con el tema de la responsabilidad de los Estados. El mero incumplimiento de una obligación internacional causa un perjuicio al Estado respecto del cual se ha contraído la obligación.

32. Hay finalmente en el apartado *a* dos cuestiones de redacción que el orador desea mencionar. En primer lugar, la expresión inglesa «*act or omission*» es más apropiada que «*action or omission*». En segundo lugar, para expresar mejor lo que se quiere decir, convendría sustituir en el texto inglés las palabras «*in virtue of*», antes de «*international law*», por una preposición como «*by*» o «*under*».

33. El Sr. SETTE CÂMARA dice que el Relator Especial considera que el hecho ilícito contiene dos elementos. El primero es el elemento subjetivo, constituido por un comportamiento que se ha de atribuir al Estado y no a individuos o grupos de individuos que son el instrumento físico de ese comportamiento. Cuando el Relator Especial se refiere al Estado en ese contexto, quiere decir al Estado como sujeto de derecho internacional y no como sistema de normas. El segundo es el elemento objetivo, que consiste en el hecho de que, con su comportamiento, el Estado ha incumplido una obligación internacional a la que estaba sujeto.

34. En su texto cuidadosamente formulado, el Relator Especial ha evitado la terminología tradicional que ha favorecido algunas veces la utilización del término «imputabilidad»; al hacerlo así se ha abstenido deliberadamente de establecer analogías peligrosas con los conceptos del derecho penal interno. En efecto, la noción de imputabilidad en derecho penal contiene elementos tales como el de la intención, o *voluntas sceleris*, que evidentemente no se pueden tener en cuenta en derecho internacional.

35. El Relator Especial también ha sido muy cauto en su proyecto al tratar del elemento objetivo, puesto que habla de «incumplimiento de una obligación internacional» en vez de utilizar expresiones amplias como «violación de una regla» o «violación de una norma de derecho internacional». La responsabilidad tiene su origen en una nueva relación jurídica derivada de una situación objetiva en la que no se ha cumplido una obligación internacional. Ese matiz es muy importante, puesto que la mayoría de

los casos en los que se tratará de la responsabilidad no entrañarán una «violación de una regla» o «norma» de derecho internacional, sino sólo el incumplimiento de una obligación internacional. La terminología utilizada por el Relator Especial está apoyada en la práctica y es conforme a la solución de que era partidaria la propia Comisión cuando examinó anteriormente este asunto. El empleo de términos como «violación de una norma internacional» restringiría demasiado el campo de aplicación de la responsabilidad y sería contraria a la práctica de los Estados.

36. Con respecto al apartado *a* del artículo 2, nadie pondrá en duda que el comportamiento que se pueda considerar como una violación de una obligación tal vez sea el resultado de una acción o de una omisión. Como el Relator Especial ha señalado en el párrafo 55 de su tercer informe (A/CN.4/246), cabe 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 abundantes que aquellos en los que el fundamento es una acción.

37. Con respecto al importante problema de determinar cuándo y cómo se podrá considerar como hecho de un Estado una acción efectuada por un individuo o grupo de individuos, el Relator Especial sostiene que la atribución al Estado es una operación de conexión jurídica que se distingue de un nexo de causalidad natural. Ese aspecto es muy importante en el desarrollo de toda la doctrina del proyecto, puesto que la responsabilidad de los Estados dependerá de alguna relación especial existente entre los individuos o grupos de individuos que sean los instrumentos físicos de comportamiento, y el propio Estado.

38. Otro importante aspecto del texto propuesto por el Relator Especial es el que se señala en el párrafo 60 de su tercer informe, a saber, que sólo en virtud del derecho internacional puede atribuirse al Estado un comportamiento individual en concepto de hecho ilícito internacional. Es obvio que si la responsabilidad se considera desde el punto de vista del derecho interno, se plantea un problema completamente diferente, a saber, el caso de un particular que trate de obtener de un Estado, en virtud del sistema normativo de ese Estado, la reparación de un daño que haya sufrido y que se pueda atribuir al Estado. Esta sería una cuestión estrictamente interna que no afectaría a las relaciones entre un Estado y otro. El problema de la responsabilidad internacional propiamente dicha sólo surgirá cuando se hayan agotado las soluciones internas y cuando se haya atribuido la conducta al Estado como sujeto de derecho internacional.

39. El orador opina que el Relator Especial estuvo acertado al no tratar, en el texto de los artículos, el problema del ejercicio abusivo de un derecho. La doctrina del abuso de derecho está lejos de ser admitida por la práctica de los Estados en las decisiones internacionales. En el párrafo 68 de su informe, el Relator Especial ha adoptado un enfoque pragmático del problema. Si se reconoce internacionalmente la existencia de una norma que limite el ejercicio de los derechos, el ejercicio abusivo de tales derechos constituirá violación de una obligación internacional, a saber, la obligación de respetar esos límites. En tal caso, quedará bien determinado el elemento objetivo del hecho ilícito. Esa solución responde perfecta-

mente al espíritu de lo que decidió la propia Comisión en su 22.º período de sesiones.

40. En el párrafo 73 de su informe, el Relator Especial ha examinado detenidamente la cuestión de si se debe incluir el «daño» como elemento del hecho ilícito. Ha establecido una distinción entre el concepto de «daño» propiamente dicho y la necesidad de que se produzca un acontecimiento exterior que ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad internacional. Considera que la insistencia en incluir el elemento de daño es resultante de la costumbre de pensar con arreglo al derecho interno y de considerar solamente los casos en que la responsabilidad proceda de los perjuicios causados a particulares extranjeros. El Relator Especial estima que el problema del elemento económico del daño está totalmente comprendido en la regla que impone la obligación de no causar daños a los extranjeros. Sin embargo, todavía existen en la Comisión algunas dudas acerca de la necesidad de considerar el «daño» como elemento esencial del hecho ilícito. El Sr. Reuter ha expresado su recelo a este respecto, y el Sr. Thiam ha manifestado muy claramente sus propias dudas⁵. Por consiguiente, el orador estima que el Relator Especial debe seguir estudiando esta cuestión, a fin de disipar todas las vacilaciones que puedan subsistir.

41. En realidad, el problema de la responsabilidad también se debe considerar desde un punto de vista práctico. No basta enunciar claramente que todo hecho ilícito del Estado compromete su responsabilidad internacional, puesto que en la práctica ese principio es la fuente de una nueva relación entre un Estado y otro, basada siempre en el concepto de perjuicio y en la reparación del perjuicio. Si no hay ningún daño ni ninguna demanda de reparación de ninguna clase, la responsabilidad seguirá siendo un principio teórico del que no se derivará ninguna consecuencia.

42. Cuando el Relator Especial rechazó la idea de incluir el daño como elemento del hecho ilícito, tenía presente un concepto muy específico: el del «daño económico» o perjuicio concreto a los individuos, que se puede medir en términos materiales. Pero existe una gama muy amplia de daños que van mucho más allá que las pérdidas materiales de los particulares. Esos daños los puede sufrir el Estado y no el particular. Por ejemplo, si un oficial de aduanas abre la valija diplomática perteneciente a un Estado, se trata de un hecho ilícito que puede originar una responsabilidad internacional, aun cuando la valija no contenga documentos o materiales confidenciales. No se puede alegar ningún daño material directo, pero existe un daño moral a la dignidad del Estado que es víctima del hecho ilícito: el daño a su derecho de desempeñar normalmente su labor diplomática, además de la violación de un deber internacional propiamente dicho.

43. El elemento de daño es siempre el que autoriza a un Estado a formular una reclamación contra otro y a pedir reparación. La doctrina reconoce tradicionalmente que, en la práctica, un hecho internacionalmente ilícito, o «un delito internacional» según la antigua terminología, origina un derecho del Estado que ha sufrido el daño a pedir al Estado delincuente reparación por el daño causa-

do. El orador espera que el Relator Especial aclarará este punto a base de un concepto más amplio del daño que el que examina en los párrafos 73 y 74 de su tercer informe.

44. El artículo 2 suministra a la Comisión nuevos elementos para tratar el problema de la responsabilidad originada por hechos lícitos del Estado. Según ha puesto claramente de manifiesto el debate, la clave del problema está en el hecho de que la práctica moderna de los Estados con respecto a las nuevas actividades tecnológicas conducirá necesariamente a normas que impongan nuevas obligaciones a los Estados. Estas normas están aún en vías de formación y, como ha observado el Sr. Hambro, muchas actividades que se habían considerado hasta ahora como lícitas se están convirtiendo actualmente en ilícitas.

45. El Sr. HAMBRO dice que vacila en alentar un debate sobre la cuestión del abuso de derecho, pues teme que ello no sirva más que para desviar la atención del problema principal. A su juicio, uno de los pasajes más interesantes del tercer informe del Relator Especial es el párrafo 60, en el que subraya la importancia de distinguir entre derecho interno y derecho internacional. Sin embargo, espera que no se interpretará esta distinción en el sentido de excluir la posibilidad de establecer, cuando proceda, analogías útiles con el derecho interno. Insiste, en especial, en la importancia de los «principios generales de derecho» y pone en guardia a la Comisión contra la aceptación de la declaración de la Corte Permanente de Justicia Internacional de que el derecho interno debe considerarse como un mero hecho.

46. El Sr. KEARNEY se muestra halagado de que el Relator Especial, en la nota 69 de su tercer informe, mencione el hecho de que el orador ha señalado especialmente la íntima conexión entre los elementos subjetivo y objetivo de todo hecho ilícito internacional. Se muestra dispuesto a aceptar el contenido del artículo 2, tal como lo ha redactado el Relator Especial.

47. No está seguro de que la cuestión del abuso de derecho lleve necesariamente, como teme el Sr. Hambro, a desviar la atención del tema principal; se ha planteado en relación con el artículo 1 con respecto a los cambios que ocurren en el derecho internacional, pero reconoce que el examen de este problema puede dejarse para más adelante. Lo mismo puede decirse del problema del daño, el cual, si bien no constituye un elemento esencial de la definición del hecho internacionalmente ilícito, constituye una materia difícil que, debido a sus muy diversos aspectos, probablemente requerirá un capítulo especial.

48. El orador puede aceptar las dos enmiendas propuestas a la formulación del apartado *a* y se inclina a objetar a la redacción del apartado *b*. Sugiere que, en lugar de las palabras «ese comportamiento constituye un incumplimiento de una obligación internacional del Estado», se empleen las que figuran en el apartado *c* del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y se diga «ese comportamiento constituye violación de una obligación internacional». A juicio del Sr. Kearney esa fórmula es clarísima, puesto que la omisión en sí constituye una violación de una obligación internacional, como, por ejemplo, en el caso de un Estado

⁵ Véase la 1202.ª sesión, párrs. 36 y 39.

que no proporciona un número suficiente de guardias a una embajada extranjera.

49. El Sr. REUTER declara que puede aceptar, a primera vista, el artículo 2 tal como se propone.

50. Al parecer, el Relator Especial lo ha formulado considerando al hecho internacionalmente ilícito desde un punto de vista muy general que le ha llevado a la conclusión de que sólo han de reunirse dos condiciones en todos los casos. Por eso descartó, por no considerar que constituyese una condición absolutamente general, la existencia de un daño o aun la de un perjuicio. Pero el Relator Especial no ha querido decir que esas dos condiciones siempre sean suficientes; ha reconocido que, en cierto número de casos de responsabilidad derivada de un hecho ilícito con respecto a particulares, el daño es un elemento que debe tenerse en cuenta. Pero no siempre es así; por ejemplo, cuando un Estado actúa contrariamente a la Convención Europea de Derechos Humanos, la reclamación contra él puede ser presentada por un Estado distinto del que depende el particular, y ello basta para poner en marcha un mecanismo internacional de reparación. Por otra parte, el Relator Especial tampoco ha sostenido que nunca sea un requisito la existencia de un daño cuando un Estado es directamente víctima del incumplimiento de una obligación internacional.

51. Convendrá por tanto aclarar más adelante en qué casos tiene que haber habido daño y cuál ha de ser la naturaleza del daño. Limitar los criterios de determinación de la existencia de un hecho ilícito internacional a las dos condiciones enunciadas por el Relator Especial supone atenerse a un mecanismo análogo al mecanismo penal del derecho interno. Ahora bien, el derecho internacional clásico tiende a medir los derechos de los Estados según el carácter de los perjuicios que han sufrido. Por ejemplo, en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁶ se establecen distinciones según la índole del perjuicio causado por la violación de un tratado.

52. El Relator Especial ha explicado bien por qué debía preferirse el término «obligación» al de «norma», pero no ha aclarado con respecto a quién se está obligado. Cabe entonces presumir que se refiere tanto a los hechos ilícitos que perjudican a la comunidad internacional en su conjunto como a los que perjudican a ciertos Estados. Conviene sin embargo establecer distinciones entre esos distintos tipos de hechos ilícitos internacionales.

53. Al parecer, el Relator Especial considera que el elemento de daño o de perjuicio está implícitamente contenido en el concepto de obligación, aunque no constituya un tercer elemento de tal concepto porque no es de carácter suficientemente general. El proyecto de artículo debería interpretarse desde ese punto de vista.

54. El Sr. USHAKOV apoya en principio el artículo 2 en cuanto al fondo, pero ha de hacer algunas observaciones en cuanto a su redacción. La expresión «Existe un hecho internacionalmente ilícito cuando» exige una enunciación de los hechos del caso. En cambio, la expresión siguiente,

en particular las palabras «se atribuye al Estado en virtud del derecho internacional», implican que alguien ha de atribuir determinado comportamiento a un Estado. Tal vez sería preferible utilizar el término «atribuible».

55. Las palabras «en virtud del derecho internacional» se pueden suprimir, puesto que un hecho internacionalmente ilícito puede a veces derivarse de la existencia misma de cierto comportamiento de un Estado, sin necesidad de referirse al derecho internacional.

56. En cuanto al concepto de «obligación», por el que se ha inclinado el Relator Especial, es tan semejante al de «deber» que quizá convendría mencionar ambos en el artículo 2, a menos que ulteriormente, en el artículo sobre terminología, la Comisión defina el término «obligación».

Se levanta la sesión a las 18 horas.

1206.ª SESIÓN

Martes 15 de mayo de 1973, a las 11.55 horas

Presidente: Sr. Jorge CASTAÑEDA

Presentes: Sr. Ago, Sr. Bartoš, Sr. Bedjaoui, Sr. Bilge, Sr. El-Erian, Sr. Elias, Sr. Hambro, Sr. Kearney, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Ramangasoavina, Sr. Reuter, Sr. Sette Câmara, Sr. Tammes, Sr. Thiam, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Yasseen.

Provisión de vacantes ocurridas después de la elección

(A/CN.4/268 y Add.1 y 2)

[Tema 1 del programa]

(reanudación del debate de la 1202.ª sesión)

1. El PRESIDENTE anuncia que, en una sesión privada, la Comisión ha elegido al Sr. Juan José Calle y Calle, del Perú, al Sr. C. W. Pinto, de Sri Lanka, al Sr. Alfredo Martínez Moreno, de El Salvador y a Sir Francis Vallat, del Reino Unido, para ocupar, respectivamente, las plazas que han quedado vacantes a consecuencia del fallecimiento del Sr. Gonzalo Alcívar y de la dimisión del Sr. Nagendra Singh, el Sr. José María Ruda y Sir Humphrey Waldo a raíz de su elección como Magistrados de la Corte Internacional de Justicia.

Responsabilidad de los Estados

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

[Tema 2 del programa]

(reanudación del debate de la sesión anterior)

ARTÍCULO 2 (Condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito) *(continuación)*

2. El PRESIDENTE invita a la Comisión a proseguir el examen del artículo 2, que figura en el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/246).

⁶ Véase *Documentos 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. 321.