

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.

3. El Sr. YASSEEN dice que aprueba en principio el texto propuesto por el Relator Especial para el artículo 2. Los dos elementos que enuncia son sin duda los elementos constitutivos fundamentales de un hecho internacionalmente ilícito.

4. Conviene con el Relator Especial en que, para que exista un hecho internacionalmente ilícito, ha de haber un comportamiento —acción u omisión— atribuido al Estado, y que este comportamiento se le atribuya en virtud del derecho internacional. Es claro que el hecho ilícito puede ser una acción o una omisión y que ha de atribuirse al Estado en cuanto sujeto de derecho, no en cuanto orden jurídico, y como sujeto de derecho internacional, no de derecho interno. Por último, es indispensable que todo ello se sitúe enteramente en el plano del derecho internacional. La atribución significa que el acto de un individuo o de un grupo de individuos se considera en derecho internacional como un hecho del Estado. No se trata de una cuestión de causalidad natural sino de un vínculo jurídico creado de conformidad con las normas del derecho internacional positivo, con exclusión de toda otra norma.

5. La existencia del hecho internacionalmente ilícito está también subordinada a la existencia del segundo elemento mencionado en el artículo: el elemento objetivo. El Relator Especial ha tenido razón en emplear las palabras «incumplimiento de una obligación», ya que el término «incumplimiento» es más neutral que «violación» y el término «obligación» es más adecuado que «norma». El Sr. Yasseen pone en duda que sea necesario añadir otros elementos o condiciones para que exista un hecho internacionalmente ilícito.

6. Algunos miembros de la Comisión han planteado la cuestión de si deberían también tenerse en cuenta las nociones de abuso del derecho y de daño. En cuanto al abuso de derecho, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que es preferible no tratarlo por ahora. Lo que la Comisión está llamada a codificar es la responsabilidad internacional. Querer introducir la noción de abuso del derecho —cuyo interés e importancia no subestima el orador— requeriría un estudio detallado que no entra en el marco de los trabajos de la Comisión. Si se aceptara, como hacen algunos juristas, que el derecho cesa donde comienza el abuso, las consecuencias del abuso de derecho fácilmente podrían caer dentro del marco de la responsabilidad. Pero podría ocurrir que el concepto del abuso de derecho siguiera una evolución propia y que se hallasen soluciones apropiadas para poner remedio a las consecuencias del abuso del derecho. Por ello es preferible que la Comisión no estudie esta cuestión por el momento.

7. En cuanto al daño, es difícil concebir que pueda haber responsabilidad en ausencia de todo daño. La máxima «No hay acción sin interés» parece tan válida en derecho internacional como en derecho interno. El daño o perjuicio podría caracterizarse por la lesión de un derecho. Pero, como ha dicho el Relator Especial, todo incumplimiento de una obligación internacional implica la lesión de un derecho subjetivo. Por consiguiente, el concepto de daño o de perjuicio está implícitamente contenido en el de incumplimiento de una obligación, aunque, por supuesto, no se trata necesariamente

del daño material. En consecuencia, no es preciso mencionar el daño separadamente, como tercer elemento constitutivo de un hecho internacionalmente ilícito.

8. Por estos motivos, el Sr. Yasseen considera que el artículo 2, en su forma actual, refleja el derecho internacional positivo.

9. El Sr. TSURUOKA opina que el artículo 2, cuya redacción aprueba en principio, ocupa el lugar adecuado en el plan general del proyecto. Es un artículo básico que enuncia una norma general fundamental. Es un artículo claro, no hay en él ambigüedad, y la solución de cuestiones secundarias tales como el daño y el abuso de derecho puede, por tanto, dejarse para más tarde. El valor práctico del artículo dependerá en gran medida de cómo se resuelvan estas cuestiones o incluso de la actitud que la Comisión adopte con respecto a ellas en el comentario.

10. El Sr. BEDJAOUÍ se muestra de acuerdo, en general, con las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito tal como se exponen clara y sencillamente en el artículo 2. No cabe la menor duda de que debe existir el elemento subjetivo y de que éste implica la atribución jurídica de un hecho a un Estado en cuanto sujeto de derecho internacional. Tampoco es difícil aceptar el elemento objetivo, es decir, la existencia de un comportamiento que constituya un incumplimiento de una obligación internacional, una violación de una obligación o de un deber, aunque el Sr. Bedjaoui no ve mucha diferencia entre deber y obligación.

11. El Sr. Bedjaoui acepta también la redacción utilizada por el Relator Especial, incluso la fórmula «en virtud del derecho internacional», que debe mantenerse a pesar de las críticas de que ha sido objeto. Un hecho, en efecto, sólo puede atribuirse al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional y de conformidad con las normas de derecho internacional, no de derecho interno.

12. El Sr. Bedjaoui lamenta, no obstante, que se haya descartado provisionalmente la cuestión del abuso de derecho. Espera que la Comisión vuelva a ocuparse de ella en una etapa ulterior de su trabajo de codificación, ya que se trata de una materia que ofrece grandes posibilidades de desarrollo progresivo. Lo característico de la teoría del abuso de derecho no es un límite fijado por una norma jurídica que obstruye el ejercicio del derecho, sino más bien la existencia de una norma potencial en formación; de otro modo solamente existiría un conflicto entre dos normas.

13. El Sr. Bedjaoui agradece al Relator Especial que no haya incluido la existencia previa de daño o perjuicio como tercera condición para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. Esta exclusión podría ser un medio de incluir el daño en el sentido más amplio de la palabra, ya que podría haber, si no daño material, al menos un perjuicio moral derivado del menoscabo de la dignidad del Estado.

14. El Sr. THIAM acepta el artículo 2, tal como lo propone el Relator Especial. Conviene en que las cuestiones del daño y del abuso de derecho no están comprendidas en el artículo, pero es evidente que, por motivos de carácter práctico, tarde o temprano la Comisión tendrá que volver a referirse a ellas, deberá hacer un

examen cabal de las mismas y decidir si han de tratarse en el proyecto y, en tal caso, en qué parte.

15. El Sr. BILGE dice que, aunque no era miembro de la Comisión cuando se decidió en qué forma habría de tratarse la cuestión de la responsabilidad de los Estados, apoya totalmente las decisiones adoptadas.¹

16. Aprueba sin reservas el artículo 2. Las dos condiciones que en él se enumeran siempre se consideran necesarias, tanto en la jurisprudencia internacional como en la práctica de los Estados y la doctrina. El elemento subjetivo no suscita ninguna dificultad: la atribución de determinado comportamiento a un Estado, como sujeto de derecho, se hace en virtud del derecho internacional.

17. El elemento objetivo, en cambio, suscita tres cuestiones. Primeramente, ¿debe introducirse en el artículo 2 el concepto del abuso de derecho? El orador está convencido de que este concepto tiene cabida en el ordenamiento jurídico internacional, pero ni la doctrina ni la jurisprudencia internacionales parecen dispuestas a aceptarlo en el contexto del hecho internacionalmente ilícito. Es preferible, pues, dejar de momento a un lado esta cuestión.

18. En segundo lugar, ¿debe establecerse una distinción entre los distintos tipos de incumplimiento de una obligación, y especialmente entre un comportamiento que constituya en sí mismo un hecho ilícito y un comportamiento al que deba añadirse algún acontecimiento externo para constituir un hecho ilícito? El orador estima, como el Relator Especial, que no es necesario establecer tales distinciones y opina que sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza y la finalidad de la obligación.

19. Por último, ¿debe considerarse al daño como una tercera condición para que exista un hecho internacionalmente ilícito? ¿Puede disociarse el hecho internacionalmente ilícito del daño, y tratarse este último elemento por separado? La respuesta parece ser negativa, pues aunque en derecho interno la ilicitud siempre esté ligada al concepto de daño, en las relaciones interestatales la existencia de un daño no es factor determinante. Además, por lo que respecta a los daños causados a extranjeros, el Estado no interviene, como en el derecho interno, en cuanto verdadero titular de los derechos. En consecuencia, sólo deben establecerse dos condiciones para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito.

20. El artículo 2 es por tanto aceptable tal como ha sido presentado. El Comité de Redacción podría quizá introducir algunos cambios en su formulación, de conformidad con las sugerencias hechas en el debate, e invertir el orden de los apartados *a* y *b* puesto que, cronológicamente, el incumplimiento de una obligación internacional del Estado es siempre precedente a la posibilidad de atribuirlo al Estado en virtud del derecho internacional.

21. El Sr. BARTOŠ apoya el artículo 2 propuesto por el Relator Especial. Sin embargo, ha de señalar una situación que podría producirse y que evidentemente

dificultaría la redacción del artículo si quisiera mencionarse en él, pero que debe ciertamente ser examinada por la Comisión. Puede suceder que un comportamiento, sin haber sido realmente probado y atribuido al Estado, constituya una mera presunción de responsabilidad. En ciertos casos, por ejemplo, solamente se presume que un Estado ha dejado de cumplir una obligación internacional, antes de poder atribuirle con certeza determinado comportamiento.

22. A su juicio, un abuso de derecho sólo puede ser fuente de responsabilidad si se han violado las normas que determinan los límites del ejercicio de un derecho. En derecho interno, puede haber abuso de derecho si se han determinado los límites del ejercicio del derecho y tales límites se han transgredido, o si el abuso es tan manifiesto que está en contradicción con la interpretación corriente de una norma. Pero en derecho internacional, es indispensable, en interés de la seguridad mundial, establecer los límites del ejercicio de los derechos. A falta de tales límites, es difícil determinar a partir de qué momento hay incumplimiento de una obligación que compromete la responsabilidad internacional de un Estado.

23. Esta cuestión presenta un interés que no es puramente teórico. La práctica de los Estados puede constituir una fuente de derecho. Todo comportamiento que no esté en conformidad con esa práctica habrá de ser considerado como una violación del orden jurídico internacional. Por tanto, sin cambiar el texto propuesto, la Comisión debería ponerse de acuerdo sobre el concepto del ejercicio normal de los derechos.

24. En cuanto al problema del daño como elemento del hecho internacionalmente ilícito, el orador considera indispensable determinar si se ha lesionado un interés. En el caso del incumplimiento de una obligación internacional, se ha lesionado el orden internacional. En términos generales, los Estados tienen interés en el mantenimiento del orden internacional. Tienen también el deber de protegerlo, pues en caso de violación de una obligación internacional, ellos son víctimas directas o indirectas de esa violación.

25. El artículo 2 propuesto por el Relator Especial es por tanto satisfactorio, sin perjuicio de las mejoras que pueda introducir el Comité de Redacción, habida cuenta del debate.

26. El PRESIDENTE, que hace uso de la palabra como miembro de la Comisión, dice que está de acuerdo tanto con la formulación del artículo 2 como con las consideraciones de carácter teórico y práctico que lo preceden en el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/246, párrs. 49 a 74).

27. Apoya la idea de que el concepto básico de la responsabilidad del Estado está integrado por dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo está constituido por un comportamiento que puede ser imputado al Estado de que se trate, y no a un individuo ni a un grupo de individuos. Ese vínculo con el Estado es de carácter jurídico. No es una conexión natural. Como señala Kelsen, no se trata de un vínculo de causa a efecto sino, como todos los vínculos jurídicos, de una relación de medios a fines.

¹ Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963*, vol. II, págs. 265 a 267, y vol. I, pág. 91, párr. 75.

28. A ese respecto, el orador está totalmente de acuerdo con el criterio de que esa conexión jurídica debe establecerse en derecho internacional y no en derecho interno. La atribución de responsabilidad a un Estado se rige por el derecho internacional y no por el derecho interno.

29. En cuanto al elemento objetivo, conviene con el Relator Especial en que lo que da lugar a la responsabilidad del Estado no es la violación de una norma fundamental del derecho internacional, sino más bien el incumplimiento de una obligación internacional del Estado. Una obligación de esa índole puede derivarse, por ejemplo, de derechos establecidos en un tratado o de una sentencia o un laudo arbitral.

30. Apoya la forma en que el Relator Especial ha tratado el problema del abuso de derecho. No es que se ponga en duda la importancia de ese problema en el contexto de la responsabilidad del Estado, pero no tiene incidencia directa en las normas secundarias que rigen la responsabilidad del Estado como tal. El problema está en saber si existe una norma primaria de derecho internacional que limite el ejercicio de los derechos o de las competencias del Estado. Si el derecho internacional reconoce una limitación de esa índole, el ejercicio abusivo de un derecho por un Estado entrañará necesariamente una violación de la norma primaria que establece tal limitación.

31. El Relator Especial ha hecho bien en no incluir el daño entre los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado. Ha surgido cierta confusión a ese respecto porque, en la cuestión del trato a los extranjeros, se ha sostenido repetidas veces que no se puede presentar una reclamación cuando el extranjero interesado no ha sufrido un daño. Esto se basa, como es natural, en que la obligación de un Estado a este respecto es esencialmente no causar daño injustamente a los extranjeros ni permitir que se les dañe en determinadas circunstancias. Cuando no se puede determinar el daño, no hay violación de la norma primaria pertinente de derecho internacional, y por tanto no entra en juego la responsabilidad del Estado. Pero eso no significa que la existencia de un daño sea un elemento necesario de la responsabilidad del Estado.

32. Por último, hay ciertas omisiones que constituyen de por sí violación de una obligación de derecho internacional, y de ellas se deriva una responsabilidad del Estado. Ejemplo de esto sería un tratado que exigiera del Estado la promulgación de cierta legislación; el incumplimiento de esa obligación implicaría una responsabilidad internacional. La omisión es suficiente de por sí, puesto que en una situación de esa índole el daño, moral o material, a los demás Estados partes en el tratado es inherente a tal situación. Así por ejemplo, los pactos de derechos humanos establecen la obligación de los Estados partes de adoptar ciertas medidas legislativas en beneficio de sus propios nacionales. Cualquier otro Estado parte en el tratado podrá reclamar por que no se hayan adoptado tales medidas: el incumplimiento de una obligación internacional de esa índole basta de por sí para causar un daño a los demás Estados.

33. El orador apoya la propuesta de que el artículo 2 se remita al Comité de Redacción para que lo examine teniendo en cuenta el debate.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1207.^a SESIÓN

Miércoles 16 de mayo de 1973, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Jorge CASTAÑEDA

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

Bienvenida a Sir Francis Vallat

1. El PRESIDENTE da la bienvenida a Sir Francis Vallat, que ha sido elegido miembro de la Comisión para ocupar una de las cuatro vacantes imprevistas que se produjeron después del último período de sesiones. Muchos miembros de la Comisión conocen a Sir Francis desde 1950, como distinguido colega y amigo en la Sexta Comisión de la Asamblea General en la Sede de las Naciones Unidas.

2. Sir Francis VALLAT dice que considera su elección a la Comisión como uno de los mayores honores que se pueden hacer a un jurista internacional. Expresa su gratitud por la cálida acogida que ha recibido y, aunque no desea intervenir en la fase actual de las deliberaciones, tiene la esperanza de que, poco a poco, podrá contribuir algo a ellas.

Designación de un Comité de Redacción

3. El PRESIDENTE sugiere que la Comisión designe a un Comité de Redacción de once miembros, que estaría compuesto por el Primer Vicepresidente como Presidente, el Relator General y los siguientes miembros de la Comisión: Sr. Ago, Sr. Elias, Sr. Kearney, Sr. Pinto, Sr. Reuter, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov y Sir Francis Vallat, junto con uno de los dos miembros latinoamericanos recientemente elegidos, el Sr. Martínez Moreno o el Sr. Calle y Calle.

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)

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

4. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a recapitular el debate sobre el artículo 2.

5. El Sr. AGO (Relator Especial) dice que las observaciones formuladas durante el debate han versado principalmente sobre puntos que había tratado en su exposición de presentación, pero para indicar la conveniencia de no mencionarlas en el texto del artículo 2. En general, los miembros de la Comisión se han declarado en favor del texto propuesto, sin perjuicio de algunas modificaciones de forma.