

sensu a causa de la diferencia entre la posición de un particular que desea presentar una reclamación contra un Estado y la de un Estado que considera la posibilidad de una acción similar en el contexto de las relaciones establecidas en virtud de un tratado. La segunda es que, además del supuesto previsto en el párrafo 1 del artículo 10, que se refiere al comportamiento de órganos que actúan en su carácter oficial pero excediendo su competencia, y del supuesto del artículo 11, que se refiere al comportamiento de simples particulares, puede darse un tercer supuesto en el que un órgano exceda manifiestamente su competencia o infrinja manifiestamente la ley que rige su actividad. A juicio del orador, la responsabilidad del Estado en este supuesto no es indirecta y no surge solamente si el Estado ha omitido actuar para prevenir el hecho ilícito. El órgano de que se trate no ha de ser considerado tampoco como simple particular por el hecho de haber actuado fuera de los límites de su competencia. Por el contrario, el mero hecho de que el autor del acto sea un órgano del Estado significa que el Estado es responsable de su comportamiento, aunque naturalmente su responsabilidad no será la misma que si el órgano hubiera actuado dentro de los límites de su competencia.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

1306.ª SESIÓN

Viernes 9 de mayo de 1975, a las 10.45 horas

Presidente: Sr. Abdul Hakim TABIBI

Miembros presentes: Sr. Ago, Sr. Bilge, Sr. El-Erian, Sr. Elias, Sr. Hambro, Sr. Kearney, Sr. Martínez Moreno, Sr. Pinto, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Ramangasoavina, Sr. Reuter, Sr. Šahović, Sr. Sette Câmara, Sr. Tammes, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Yasseen.

Responsabilidad de los Estados

(A/CN.4/264 y Add.1¹; A/9610/Rev.1²)

[Tema 1 del programa]
(continuación)

PROYECTO DE ARTÍCULOS PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL

ARTÍCULO 10 (Comportamiento de los órganos que actúan excediendo su competencia o en contra de las disposiciones que rigen su actividad)³ (continuación)

1. El PRESIDENTE pide al Relator Especial que conteste a las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión.

¹ *Anuario... 1972*, vol. II, págs. 75 a 172.

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 10 [Anuario... 1974, vol. II (primera parte), págs. 157 a 337].*

³ Para el texto, véase la 1303.ª sesión, párr. 1.

2. El Sr. AGO (Relator Especial) ha comprobado con satisfacción que, a juicio de los miembros de la Comisión, el principio enunciado en el párrafo 1 del artículo 10 es un principio establecido. La cuestión de que trata este artículo, lejos de ser teórica, como algunos pueden haber creído, tiene una importancia práctica innegable. En la Comisión de Derecho Internacional, el principio se ha justificado en diversas formas. El Sr. Kearney ha aducido las nociones de equidad y de seguridad en las relaciones internacionales; el Sr. Bedjaoui, el control del Estado sobre su propio territorio y las consecuencias que de tal control se desprenden; el Sr. Hambro, el Sr. Quentin-Baxter y el Sr. Tammes, la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. El Sr. Martínez Moreno ha hecho una reseña histórica de la cuestión para explicar la actitud contraria a este principio que hubieron de adoptar algunos países en determinadas circunstancias; subrayó, no obstante, que eso es cosa de tiempos pasados y que ahora concurren las condiciones para que el principio pueda tener aceptación general.

3. Las únicas dificultades que plantea tal principio se refieren a su aplicación y a su formulación. El Sr. Tammes señalaba que, cuando se trata de la aplicación práctica, las consideraciones de carácter político algunas veces prevalecen sobre las de carácter jurídico. En efecto, es innegable que, en ciertas esferas, como la de la protección diplomática, el Estado no tiene el deber sino solamente la facultad de proteger a sus nacionales en el extranjero. A fin de no comprometer sus relaciones con un Estado determinado, el Estado interesado prefiere a veces no conceder su protección diplomática, dando así la primacía a sus intereses políticos. A esta observación, el Relator Especial contesta que la cuestión de la protección diplomática se refiere a la aplicación de la responsabilidad, mientras que el problema de que se ocupa la Comisión es el de definir la responsabilidad y determinar los hechos del Estado que comprometen su responsabilidad, independientemente de si esa responsabilidad es aplicada o no.

4. Ciertos miembros de la Comisión han mencionado el hecho de que el principio con arreglo al cual el Estado es responsable de todos los actos de sus fuerzas armadas está codificado en uno de los convenios de La Haya⁴. Sin embargo, ese convenio muy particular no puede servir de base para formular el artículo que se examina. En efecto, el convenio va más allá de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y prevé una verdadera garantía que se extiende a todos los daños que puedan causar las fuerzas armadas, tanto en los casos en que hayan actuado como órganos como en aquellos en que hayan actuado como particulares.

5. Casi todos los miembros de la Comisión han señalado que los casos que ofrecen la práctica, la jurisprudencia y la doctrina internacionales se refieren principalmente a los casos de daños causados a los particulares y que, en esos mismos casos, es frecuente el uso de medios

⁴ Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haya (IV), De Martens, *Nouveau Recueil général des traités*, 3^e série, t. III, Leipzig, 1910, pág. 461. [Para una versión española del Convenio, véase A. S. de Bustamante, *La Segunda Conferencia de la Paz reunida en El Haya en 1907*, tomo segundo, Madrid, 1908, pág. 285 y ss.]

coercitivos. Sobre este último punto, el Relator Especial hace observar que en un cierto número de casos no se reprocha al Estado el uso de medios coercitivos sino una omisión o una denegación de justicia. En cambio, es cierto que muchos casos se refieren a la violación de las obligaciones jurídicas internacionales que asume el Estado en cuanto al trato de los extranjeros. Ahora bien, incumbe a la Comisión ir más lejos que la práctica, la jurisprudencia y la doctrina internacionales y elaborar una norma verdaderamente general que prevea todos los casos de violación de las obligaciones internacionales y, ante todo, de las obligaciones fundamentales de los Estados, ya se refieran a la seguridad, la paz, la soberanía y la independencia de los Estados o a protección de los derechos humanos fundamentales. A veces se ha hecho referencia a las obligaciones que el Estado asume, no respecto de otro Estado sino respecto a toda la comunidad internacional; con la evolución del derecho internacional, la variedad y el número de tales obligaciones tienden a acrecentarse.

6. En cuanto a la cuestión de si es preferible expresar tal norma en forma positiva o negativa, la mayoría de los miembros de la Comisión parecen partidarios de una fórmula positiva. Por ejemplo, el Sr. Kearney ha sostenido que con una fórmula positiva se reducen las posibilidades de evadir la responsabilidad. Los Sres. Ushakov y Ramangasoavina, que comparten la misma idea, han hecho incluso reservas acerca del uso de la expresión «sin embargo» que tiende, según ellos, a dar un carácter negativo a la fórmula propuesta por el Relator Especial. El Sr. Bedjaoui desearía, en cambio, acentuar el carácter negativo de la fórmula a fin de que la excepción resulte más evidente. Al igual que la mayoría de los miembros de la Comisión, el Relator Especial juzga preferible sentar el principio de que ciertos comportamientos se atribuyen al Estado, aun cuando sus autores han actuado excediéndose en su competencia según el derecho interno o infringiendo disposiciones del derecho interno.

7. En lo que se refiere a la redacción propiamente dicha del párrafo 1, cabe preguntarse en primer lugar si sólo hay que mencionar a los órganos del Estado o también a las otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público. Personalmente, el Relator Especial está convencido de que hay que prever también el caso de una acción *ultra vires* de un órgano de esas entidades. Por ejemplo, si un embajador extranjero con destino en Roma va a Cerdeña, se encuentra a la vez bajo la protección del Estado italiano y de la región autónoma sarda. Si sufre un daño debido al comportamiento de un miembro de la policía sarda que ha actuado fuera de su competencia o en contra de las instrucciones recibidas, se considerará que hay un hecho del Estado. Refiriéndose a un ejemplo favorito del Sr. Tsuruoka, el Relator Especial menciona el caso en que la policía particular de la Compañía nacional de ferrocarriles japoneses tuviera que intervenir en un tren por una alarma de bomba. Si, en contra de las instrucciones recibidas de sus jefes, un miembro de esa policía registrara la valija diplomática de un viajero, su comportamiento entraría dentro del ámbito de aplicación de la disposición que se examina. De ahí la importancia de encontrar una fórmula que sea lo suficientemente general para incluir todos los casos.

8. Algunos miembros de la Comisión han señalado que no era necesario, teniendo en cuenta la redacción de los artículos precedentes, calificar de «oficial» el carácter en que actúa el órgano de que se trate. El Relator Especial está dispuesto a aceptar esa opinión, pero no puede aceptar ninguna de las otras expresiones propuestas. La expresión «amparada en su calidad de órgano» le parece demasiado gráfica, y las expresiones *under the colour* y *ostensible authority* pueden ser excelentes en inglés, pero son intraducibles; la expresión «competencia real o aparente» es vaga y podría proporcionar escapatorias. Por último, la expresión «sirviéndose de los medios puestos a su disposición» no es aceptable. Puede ocurrir que un policía, en lugar de servirse de su arma, tome el arma de un particular para matar a un diplomático o que empuje a un particular a cometer tal acto; en uno y otro caso, hay hecho del Estado. Además, esta última fórmula no es apropiada para los casos de omisión que, sin embargo, son tan frecuentes como los casos de comisión. Por ello, es mejor prever sencillamente que el órgano debe haber actuado en su calidad de órgano, sin perjuicio de especificar en el comentario al artículo 10 que esta fórmula debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a toda clase de hipótesis.

9. Algunos miembros se han preguntado si realmente convenía distinguir entre los casos de incompetencia y los casos de violación de las instrucciones recibidas. A juicio del Relator Especial, esta distinción es indispensable, porque puede ocurrir que el comportamiento de un órgano, aun estando dentro de los límites de su competencia, constituya una violación de determinadas instrucciones. Una eventualidad no excluye la otra y sería peligroso no mencionar las dos.

10. Algunos miembros de la Comisión han recordado casos en los que una responsabilidad personal se añade a una responsabilidad del Estado e incluso han hecho alusión al proceso de Nuremberg. No obstante, conviene guardarse de introducir este tipo de cuestiones en un debate que debe centrarse sobre la atribución al Estado de hechos internacionalmente ilícitos, como fuente de la responsabilidad del Estado mismo.

11. Teniendo en cuenta la coincidencia de las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión sobre el párrafo 1 del artículo 10, el nuevo texto que a continuación se expone no debería plantear dificultades:

«1. El comportamiento de un órgano del Estado o de otra entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional, aunque en el caso de que se trate el órgano se haya excedido en su competencia según el derecho interno o haya violado las disposiciones de ese derecho aplicables a su actividad, siempre que haya actuado en calidad de órgano.»

12. En lo que se refiere al párrafo 2, el Sr. Šahović quería saber si enunciaba una norma subsidiaria o limitaba la norma principal del párrafo 1. La intención era poner límites a la norma principal, como se encuentra en la doctrina, la jurisprudencia y los proyectos de codificación sobre la materia. Si bien algunos miembros se han declarado partidarios de límites de este tipo y no han formulado más que observaciones relativas a la redacción, otros han expresado dudas acerca de la nece-

alidad del párrafo 2 y han considerado además que la excepción que contenía era demasiado amplia. En particular, el Sr. Ushakov teme que se haga de esta disposición una norma de aplicación general, puesto que no puede aplicarse a otros casos que a los de violación de las obligaciones asumidas por los Estados con respecto a los extranjeros. En el caso, por ejemplo, de un órgano ejecutivo que enviara tropas al extranjero sin obtener previamente el consentimiento constitucionalmente necesario del órgano legislativo y que por lo tanto se excediera manifiestamente en su competencia, se trataría de un hecho imputable al Estado.

13. Si el Relator Especial ha incluido un párrafo 2 en su proyecto de artículo 10, ha sido solamente para tener en cuenta la opinión de la gran mayoría de los autores, que reconocen límites al principio general. Pero en lo que personalmente le concierne, ha sostenido una opinión contraria desde 1939 cuando expresó que no hace falta saber si,

desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno del Estado, el acto del órgano debe calificarse de acto válido o de acto nulo o ilícito, ya que, incluso si ese acto es nulo, o constituye un hecho ilícito, sigue siendo un acto que ha realizado una persona en su calidad de órgano y valiéndose de dicha calidad [...]. En conclusión, por lo tanto, el derecho internacional considera como eventualmente calificable de hecho ilícito imputable al Estado todo comportamiento de un órgano que haya actuado en su calidad de órgano en el caso de que se trate ⁵.

El Relator Especial sigue convencido de que no se deben prever excepciones en casos particulares de responsabilidad. Las obligaciones que asumen los Estados en materia de trato a los extranjeros son también obligaciones de derecho internacional y deben estar comprendidas plenamente en la norma general.

14. Según el Sr. Kearney, sería difícil apreciar, en la práctica, si el comportamiento de un órgano es ajeno a sus «funciones específicas», y el empleo de esa expresión podría proporcionar una escapatoria a los Estados. Los Sres. Tammes y Ushakov, han señalado que el término «manifiesta» se refiere a una situación muy diferente de la que se prevé en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados ⁶. Parece que no podría establecerse una analogía entre el caso de un Estado que concluye un acuerdo con otro Estado y el caso de un Estado que comete un hecho ilícito. El Sr. El-Erian ha distinguido tres categorías de situaciones: la primera comprende los casos de acciones o de omisiones que pueden atribuirse a un Estado porque son el hecho de un órgano de ese Estado o de una entidad facultada para el ejercicio de prerrogativas del poder público, que actúa en su esfera de competencia y de conformidad con las instrucciones recibidas. Opuesto a éste es el caso en que el órgano no ha actuado como órgano sino en calidad de particular. Aunque en esos casos no exista hecho del Estado, puede ocurrir que así y todo el Estado contraiga responsabilidad, no en virtud del artículo 10 sino en

virtud del artículo 11, si otros órganos del Estado no han hecho lo necesario para evitar el hecho o castigar al culpable. Pero eso no altera el hecho de que la acción cometida por el órgano que ha actuado como simple particular no pueda ser atribuida al Estado. En una categoría intermedia, el Sr. El-Erian sitúa los casos en los que el órgano ha actuado como órgano, pero excediéndose en su competencia o en contravención de instrucciones recibidas.

15. El principio básico es el de atribuir al Estado el comportamiento de sus órganos cuando éstos hayan actuado excediéndose en su competencia en tanto permanezcan dentro del marco aparente de sus funciones. En su informe el Relator Especial ha tratado de mostrar la evolución histórica de los principios pertinentes en esta materia. Esa evolución se ha detenido en cierta forma ante el caso de incompetencia manifiesta del órgano, excluyendo la atribución al Estado cuando el órgano no es competente ni en realidad, ni en apariencia. La Comisión podría considerar ahora dar un paso más. Si quiere reforzar las normas relativas a la responsabilidad de los Estados y contribuir de ese modo al desarrollo progresivo del derecho internacional, podría decidir renunciar a toda excepción a fin de evitar que los Estados puedan sustraerse a su responsabilidad. En cambio, si quiere hacer codificación pura, la excepción general debería figurar en el artículo 10. En realidad, sólo en cierto clima internacional, que ha cambiado mucho en nuestros días, fueron válidas las excepciones. En interés de la seguridad de las relaciones internacionales, podría ser mejor abolir todas las limitaciones al principio consagrado en el párrafo 1.

16. Por lo dicho, el Relator Especial propone, o bien mantener sólo el párrafo 1, o bien conservar, en un párrafo distinto, la idea expresada en el actual párrafo 2, pero situándola en un contexto diferente. En lugar de decir que no puede atribuirse al Estado cierto comportamiento cuando ese comportamiento es completamente ajeno a las funciones del órgano o que la incompetencia es manifiesta, se diría que el único caso de no atribución es aquel en que el hecho es hasta tal punto ajeno a las funciones del órgano que es manifiesto que éste ha actuado no como órgano sino como particular. Ese caso caería entonces dentro del artículo 11. Ahora bien, una medida tan radical no puede adoptarse sin que la Comisión celebre un nuevo debate y justifique esa medida.

17. El Sr. USHAKOV, refiriéndose al párrafo 1 del artículo 10, señala que la alternativa entre la competencia según el derecho interno y las disposiciones del derecho interno relativas a la actividad del órgano no es muy satisfactoria. En uno y otro caso, el artículo 10 remite al derecho interno siendo así que las disposiciones dictadas o las instrucciones dadas a un órgano pueden emanar de otro órgano, sin tener por ello el carácter de preceptos de derecho interno. Convendría que el Comité de Redacción buscara una fórmula más afortunada.

18. Después de un breve intercambio de pareceres en el que participan el Sr. ŠAHOVIĆ, el Sr. ELIAS, el Sr. TSURUOKA, el Sr. YASSEEN y el Sr. EL-ERIAN, el Sr. AGO (Relator Especial) sugiere que el artículo 10 no se remita inmediatamente al Comité de Redacción

⁵ R. Ago, «Le délit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1939-II, vol. 68, París, Sirey, 1947, pág. 472.

⁶ 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. 320.

sino que la Comisión prosiga el debate sobre la cuestión de si conviene o no conservar el párrafo 2.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

1307.^a SESIÓN

Lunes 12 de mayo de 1975, a las 17.05 horas

Presidente: Sr. Abdul Hakim TABIBI

Miembros presentes: Sr. Ago, Sr. Bilge, Sr. El-Erian, Sr. Elias, Sr. Hambro, Sr. Kearney, Sr. Martínez Moreno, Sr. Pinto, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Ramangasoavina, Sr. Reuter, Sr. Šahović, Sr. Sette Câmara, Sr. Tammes, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Ustor, Sir Francis Vallat, Sr. Yasseen.

Responsabilidad de los Estados

(A/CN.4/264 y Add.1¹; A/9610/Rev.1²)

[Tema 1 del programa]
(continuación)

PROYECTO DE ARTÍCULOS PRESENTADO POR EL RELATOR ESPECIAL

ARTÍCULO 10 (Comportamiento de los órganos que actúan excediendo su competencia o en contra de las disposiciones que rigen su actividad)³ (continuación)

1. El Sr. AGO (Relator Especial) dice que la Comisión tiene ahora que decidir si mantiene o abandona la excepción enunciada en el párrafo 2 del artículo 10 y qué texto debe adoptar. Teniendo en cuenta las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión durante el debate, propone una nueva versión del artículo 10 del tenor siguiente:

«El comportamiento de un órgano del Estado o de otra entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público se considerará hecho del Estado con arreglo al derecho internacional aunque, en el caso de que se trate, el órgano se haya excedido en su competencia según el derecho interno o haya contravenido las instrucciones relativas a su actividad, siempre que haya actuado en calidad de órgano.

»[La atribución al Estado del comportamiento del órgano no se excluirá más que en el caso de que sea manifiesto que el órgano sólo ha actuado con carácter privado.]»⁴

2. El segundo párrafo, que va entre corchetes, no le parece absolutamente indispensable, pues no hace sino

¹ Anuario... 1972, vol. II, págs. 75 a 172.

² Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 10 [Anuario... 1974, vol. II (primera parte), págs. 157 a 337].

³ Para el texto, véase la 1303.^a sesión, párr. 1.

⁴ Cf. el texto propuesto en la sesión anterior, párr. 11.

confirmar el principio enunciado en el primer párrafo; pero esto corresponde decidirlo a la Comisión.

3. El Sr. TSURUOKA señala que la noción de un «órgano» es una noción de derecho internacional o una noción de derecho interno reconocida y consagrada por el derecho internacional. Las palabras «sólo ha actuado con carácter privado» completaría esta noción y la haría más precisa, por lo que es partidario de mantener el segundo párrafo.

4. El Sr. SETTE CÂMARA da las gracias al Relator Especial por haber modificado el proyecto de artículo 10. No obstante, sigue creyendo que ese artículo debería concretarse al primer párrafo. El segundo párrafo se refiere a un órgano que «sólo ha actuado con carácter privado». Se trata, evidentemente, de particulares que forman parte de un órgano y actúan en cuanto particulares no con carácter oficial. El comportamiento de esos particulares, que excede por supuesto de la competencia del órgano, incumbe de hecho al artículo 11 (Comportamiento de simples particulares).

5. Por consiguiente, el Sr. Sette Câmara sugiere que se suprima el segundo párrafo del artículo modificado; esa disposición podría ser una fuente de confusiones y debilitar el alcance del primer párrafo.

6. El Sr. USHAKOV se pronuncia a favor de la supresión pura y simple del segundo párrafo.

7. El Sr. ŠAHOVIĆ aprueba la posición de principio adoptada por el Relator Especial en la nueva versión del artículo 10, que, en su opinión, corresponde al desarrollo progresivo de la regla relativa a la responsabilidad de los Estados. La nueva formulación del primer párrafo es más sencilla que la primera versión y, por consiguiente, preferible para expresar una regla general aplicable a todos los casos. El Sr. Šahović estima, al igual que el Sr. Sette Câmara, que el segundo párrafo no es necesario, ya que la nueva fórmula propuesta en el primer párrafo deja resuelta la cuestión planteada por el Sr. Ushakov durante el debate del artículo 10⁵.

8. El Sr. YASSEEN considera que la nueva versión del artículo 10 propuesta por el Relator Especial está mejor redactada y es manifiestamente superior a la del texto anterior. No estima necesario mantener el segundo párrafo, ya que no hay simetría entre los dos párrafos; la excepción enunciada en el segundo no es enteramente la inversa de la regla enunciada en el primero.

9. El primer párrafo le parece, por tanto, suficiente, pero le suscita dudas el sentido exacto de la última cláusula: «siempre que haya actuado en calidad de órgano». En efecto, ¿cómo apreciar si el órgano ha actuado o no en cuanto órgano? ¿Se utiliza para ello un criterio subjetivo u objetivo? ¿Es suficiente con que el órgano haya actuado aparentemente en cuanto tal? El Sr. Yasseen piensa que debería elucidarse esta cuestión a fin de saber qué criterio aplicar para determinar si el órgano ha actuado o no en calidad de órgano.

10. El Sr. RAMANGASOAVINA dice que la nueva versión del artículo 10 es mejor que la anterior y toma en cuenta las observaciones formuladas por los miembros

⁵ Véase la 1304.^a sesión, párrs. 24 y ss.