

52. De todos modos, hay que evitar las simplificaciones que complican las cosas: la definición de las declaraciones interpretativas no es el contexto apropiado para hacer el balance del régimen jurídico que les es aplicable y parece muy prematuro pensar en transponer a las declaraciones interpretativas las disposiciones del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, relativo a la formulación de reservas.

53. Asimismo, las suspicacias con respecto al verbo «atribuir» y las consideraciones relativas a los límites que han de imponerse al poder de interpretación conducen nuevamente a la cuestión del régimen jurídico de las declaraciones interpretativas. En cambio, la observación según la cual la declaración interpretativa tiene por objeto definir o aclarar, no el sentido o el alcance del tratado sino la posición del Estado declarante con respecto al tratado, es pertinente en la etapa de la definición. Incorporar a la definición el verbo «interpretar» la haría un tanto tautológica.

54. Por lo demás, prever que la declaración interpretativa puede referirse al conjunto del tratado se ajusta a la práctica, y no sería atinado privarse de la solución de las declaraciones interpretativas transversales retomando la limitación introducida, sin razón, por la Convención de Viena de 1969.

55. Por último, hacer decir a la definición que la declaración interpretativa se propone también definir o aclarar las condiciones de aplicación del tratado equivaldría a introducir de nuevo en esa definición la problemática de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, problemática que remite más bien al proyecto de directriz 1.2.6.

56. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea remitir al Comité de Redacción el proyecto de directriz 1.2.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.05 horas.

2553.ª SESIÓN

Viernes 31 de julio de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdicia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu,

Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados¹ (continuación*) (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3², A/CN.4/490 y Add.1 a 7³, A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)

[Tema 2 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) presenta la sección C del capítulo II de su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/490 y Add.1 a 7), dedicada al capítulo II de la primera parte del proyecto de artículos (El «hecho del Estado» en el derecho internacional), y señala que los artículos 5 a 15 de que se ocupa ese capítulo responden a la primera de las dos condiciones establecidas por el artículo 3 (Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado) para que haya responsabilidad del Estado, a saber, que el comportamiento de que se trata sea atribuible al Estado; la segunda condición es que ese comportamiento constituya el quebrantamiento de una obligación internacional del Estado. Desde la aprobación de esos artículos en primera lectura en los años setenta, la jurisprudencia en la materia se ha ampliado considerablemente, al impulso de la CIJ y de otros tribunales diversos, arbitrales o de derechos humanos. Algunos de esos artículos han sido citados en dicha jurisprudencia y, por lo tanto, deben ser tratados con cautela, aun cuando a juicio de otros el margen operacional sea más extenso. Las observaciones de los gobiernos sobre ese capítulo proceden en realidad de un número limitado de Estados, pero no por ello son menos sustantivas. En conjunto, la preocupación general de los gobiernos consiste en velar por que la atribución pueda hacerse sobre una base suficientemente amplia, para que el Estado no pueda liberarse de su responsabilidad mediante la excusa de definiciones formales de sus órganos o agentes y también para que la evolución reciente hacia la privatización del sector público no signifique un estrechamiento del ámbito de las reglas de atribución. Es preciso que la Comisión tenga presentes esas observaciones en la continuación de sus trabajos sobre el tema. Sin embargo, ningún gobierno ha propuesto que se modificara la estructura básica de esos artículos con miras a una formulación positiva sobre la atribución, por lo que las diversas modificaciones propuestas por el Relator Especial tienen fundamentalmente una función aclaratoria. En esa estructura de base se pue-

* Reanudación de los trabajos de la 2547.ª sesión

¹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

² Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

³ *Ibid.*

den distinguir dos grupos de artículos, los artículos 5 a 8 y 10, que se refieren a la atribución en general, y los artículos 9 y 11 a 15, que se ocupan de casos específicos; a estos últimos, el Relator Especial añade un artículo 15 *bis* relativo a un caso que no estaba previsto en el proyecto.

ARTÍCULOS 5 A 8 Y 10

2. Los artículos «generales» sobre la atribución plantean dos problemas de terminología. El primero se relaciona con el hecho de que la Comisión haya preferido el término «atribución» al término «imputación»⁴ empleado originalmente por el antiguo Relator Especial, Sr. Ago⁵. Ahora bien, la CIJ ha seguido usando en sus casos ulteriores la palabra «imputación». La elección de la Comisión no deja de ser razonable, pues el término «imputación» introduce un elemento de ficción donde no lo hay. Además, el título del capítulo II del proyecto encierra entre comillas la expresión «hecho del Estado», con el deseo de evitar confusión con formulaciones próximas que puedan encontrarse en los diversos sistemas jurídicos internos. El Relator Especial propone que se supriman las comillas y se eviten los riesgos de confusión adoptando el título más informativo de «Atribución del comportamiento al Estado en el derecho internacional». A pesar de esos aspectos terminológicos, los artículos «generales» sobre la atribución adoptan los principios fundamentales en que se basa el concepto de atribución y que se describen en el párrafo 154 del informe; a ese respecto, el punto esencial es la distinción entre la atribución y el quebrantamiento de una obligación: aun cuando haya una estrecha vinculación entre el fundamento de la atribución y la obligación que parece haber sido violada, la atribución del comportamiento al Estado en sí no implica, en modo alguno, que ese comportamiento constituya una violación de la obligación de que se trata. Este primer grupo de artículos se ordena en torno a los artículos 5 (Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos), 7 (Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público), 8 (Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado); los artículos 6 (No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado) y 10 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad) cumplen una función explicativa y se relacionan con el artículo 5 solamente, en el caso del artículo 6, y con los tres artículos (5, 7 y 8), en el caso del artículo 10.

ARTÍCULOS 5 Y 6

3. El artículo 5 se ocupa de la atribución al Estado del comportamiento de sus órganos; en esencia, los problemas que plantea giran alrededor de esa noción de órgano. Así, en los comentarios y observaciones recibidos de los

gobiernos sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/488 y Add.1 a 3) el Gobierno francés ha propuesto que en el artículo se añadieran las palabras «o agente» después de las palabras «todo órgano», pero, aparte de que el concepto de agente se considera en el artículo 8, el artículo 5 se refiere únicamente a las entidades que forman parte orgánicamente de la estructura estatal. Según los términos del artículo 5, un órgano del Estado es toda entidad que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado. Ahora bien, el derecho interno no siempre es suficiente para determinar dicha condición y, en algunos casos, es preciso referirse a prácticas, convenciones, etc. Además, no es frecuente que el sentido que se da al término «órgano» en los sistemas jurídicos nacionales corresponda exactamente al que debe tener para los fines de la responsabilidad de los Estados. En ciertos sistemas, no se trata sino de los niveles superiores del aparato estatal, mientras que en relación con el tema que se examina, el término puede abarcar todos los niveles jerárquicos. En consecuencia, siguiendo el ejemplo de muchos gobiernos, el Relator Especial propone que se suprima esa referencia al derecho interno, pero indicando claramente en el comentario que, aun siendo particularmente pertinente, ese derecho no constituye el criterio determinante único.

4. Varios aspectos del concepto de órgano se hacen explícitos en el artículo 6, que precisa en primer lugar que el órgano puede pertenecer a los poderes constituyente, legislativo, judicial u otros. Esa aclaración es importante, pero ha motivado que algunos autores se pregunten si no introduce en el artículo 5 la noción limitativa del ejercicio de prerrogativas del poder público a que se refiere el artículo 7 en lo que respecta a las entidades paraestatales, o incluso las limitaciones que se encuentran, por ejemplo, en el derecho de las inmunidades, por conducto de la distinción entre funciones gubernamentales y no gubernamentales. A juicio del Relator Especial, la Comisión no había tenido ese propósito al elaborar el proyecto de artículo 6 y es evidente que el comportamiento de cualquier órgano que actúe en calidad de tal es atribuible al Estado, mientras que la clasificación de esas funciones carece de toda importancia en la materia. La segunda precisión aportada por el artículo 6 —«si esas funciones tienen un carácter internacional o interno»— enuncia una verdad evidente en materia de atribución y parece tanto más superflua cuanto que plantea una dicotomía cuya existencia tampoco es clara en la realidad. La tercera precisión —«cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado»— corresponde a una práctica bien establecida, pero su formulación entraña el riesgo de excluir a los órganos intermedios, autónomos o independientes. Sería preferible decir «cualquiera que sea la posición que tenga en la organización del Estado».

5. Por consiguiente, el Relator Especial propone que se conserve la sustancia de los artículos 5 y 6, se elimine la referencia al derecho interno y se combinen los dos artículos para formar el nuevo artículo 5 que propone al final de su primer informe en la sección C.3 del capítulo II.

⁴ Véase *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 228, doc. A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párr. 50.

⁵ Véase *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 200 y ss., doc. A/CN.4/233.

ARTÍCULO 7

6. El párrafo 1 del artículo 7 incorpora el concepto de entidad pública territorial. Sin embargo, tanto las observaciones formuladas por Checoslovaquia en 1981⁶ como el comentario del propio artículo 7⁷ indican claramente que la estructuración del Estado por el derecho interno no afecta al principio de «la unidad del Estado» para los fines del derecho internacional, incluido el caso de los Estados federales. Por lo tanto, ese párrafo no es sino una repetición —además confusa— del artículo 5 y debería ser suprimido. En cambio, el párrafo 2 plantea el problema muy interesante e importante del ejercicio de las prerrogativas del poder público por entidades que no forman parte de la estructura misma del Estado: compañías aéreas que ejercen funciones de control de la inmigración, empresas privadas encargadas de la gestión de establecimientos penitenciarios, etc. Las observaciones de los gobiernos no revelan oposición alguna a la norma de la atribución presentada en ese párrafo, pero un gobierno ha pedido a la Comisión que definiera el concepto de poder público. Por cierto, la Comisión podría aclarar ese concepto mediante ejemplos incluidos en el comentario, pero no debería ensayar una definición. El poder público no se define solamente en función del contenido, sino también en relación con su tratamiento en el derecho interno. Además, no corresponde al derecho internacional estipular *a priori* qué comportamientos deberían ser públicos y qué otros no.

ARTÍCULO 8

7. Al igual que el artículo 7, el artículo 8 tiene una estructura dual, pues su apartado *a* se ocupa de la situación normal en que una persona o un grupo de personas actúa de hecho por cuenta del Estado y su apartado *b* de la situación menos frecuente en que la persona o el grupo de personas ejerce de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justifican el ejercicio de esas prerrogativas. El apartado *a* plantea dos problemas. En primer término, empieza con la fórmula «consta que», que singulariza sin razón alguna el artículo 8 en relación con los artículos 5 y 7: la exigencia de que se establezca que el comportamiento es atribuible al Estado la plantea el artículo 3 como principio general y es aplicable a los tres artículos. Por consiguiente, no se justifica la repetición de esa fórmula respecto del artículo 8 únicamente. El segundo problema es más importante, porque atañe al alcance de la expresión «por cuenta de», a cuyo respecto cabe preguntarse si se limita a los casos en que hay instrucciones expresas o si abarca otros casos. En su opinión disidente en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (véase pág. 189, nota 1), el Sr. Ago reprochó a la CIJ el haber adoptado el criterio del «control efectivo», que excede al de las «instrucciones expresas» (párrafo 198 del primer informe). El concepto de «control» ha sido utilizado en diversas formas en

varios casos ulteriores. Lo ha empleado el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia con el objeto de determinar si el comportamiento de los serbios de Bosnia podía atribuirse a la República Federativa de Yugoslavia (párrs. 201 y ss.); por cierto, no se trataba exactamente de un problema de responsabilidad de los Estados, pero el criterio adoptado fue sin duda el de control. Lo han empleado igualmente el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (párrs. 205 y 206) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (párrs. 207 y 208).

8. Parece, pues, que hay en el artículo 8 una ambigüedad que debe aclararse y que hace falta indicar con precisión que el comportamiento es atribuible al Estado no solamente cuando responde a instrucciones expresas, sino también cuando se produce en una situación en que el Estado ejerce facultades de dirección y control. Sin embargo, habrá que evitar al mismo tiempo que esa ampliación del alcance de la expresión «por cuenta de» extienda la norma de atribución a todo comportamiento de una sociedad perteneciente al Estado y por tanto sujeta a su control, lo que introduciría una contradicción entre el artículo 8 y el párrafo 2 del artículo 7. En consecuencia, es necesario encontrar una fórmula que precise además que no debe tratarse de un control genérico y que la dirección y el control pueden estar relacionados con el comportamiento que es objeto de la reclamación. La nueva formulación propuesta por el Relator Especial para el apartado *a* del artículo 8 en la sección C.3 del capítulo II cumple esas condiciones gracias a la nueva frase «o bajo la dirección y el control de ese Estado al tener ese comportamiento». Habida cuenta de la ambigüedad de la redacción inicial del artículo 8, la nueva formulación propuesta no puede ser en definitiva sino una aclaración del alcance de la norma de atribución y no su ampliación.

9. La segunda situación prevista en el apartado *b* del artículo 8 es aquella en que los órganos del Estado se vuelven inoperantes (revolución, derrocamiento del gobierno) y en que las prerrogativas del poder público son ejercidas por personas o grupos de personas a raíz de la falta de autoridades oficiales. Esa situación se relaciona en cierto modo con la célebre institución del «levantamiento en masa», de que se ocupa el derecho de los conflictos armados. El principio así enunciado no se aplica a menudo, pero puede llegar a desempeñar un papel importante, como lo atestigua su empleo por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Por lo tanto conviene retenerlo, aun cuando su formulación plantee problemas; en efecto, la redacción inicial estipulaba que las prerrogativas del poder público debían ejercerse «en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas». Ahora bien, si el comportamiento se considera ilícito, será difícil que se lo pueda «justificar». Se trata de un mero problema de formulación que puede resolverse diciendo: «en circunstancias que requerían el ejercicio de esas prerrogativas».

10. Al optar por el verbo «requerir» se quiere decir que efectivamente la situación exigía que se ejercieran prerrogativas del poder público, aunque no necesariamente el comportamiento en cuestión. De mantenerse la redacción actual del apartado *b* del artículo 8, se mantendría también esa contradicción. El último punto que se ha de abordar —y que es de suma importancia— es el del artículo 10,

⁶ Anuario... 1981, vol. II (primera parte), pág. 83, doc. A/CN.4/342 y Add.1 a 4.

⁷ Véase Anuario... 1974, vol. II (primera parte), págs. 281 y ss., doc. A/9610/Rev.1.

relativo a la atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad. Se trata en este caso del problema clásico del comportamiento *ultra vires*, que requiere que el comportamiento de un órgano del Estado se considere hecho del Estado aunque el órgano haya actuado sin estar autorizado para ello, se haya excedido en su competencia o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad. Ese principio se encuentra igualmente en el derecho de los tratados, que regula con mucho rigor las condiciones en que un Estado puede invocar su derecho interno para liberarse de sus obligaciones. Si ese principio es válido en el derecho de los tratados, que estipula la existencia de una obligación, tanto más lo es en el derecho de la responsabilidad de los Estados, que reglamenta en qué casos se viola una obligación. Además, la jurisprudencia posterior a 1975 y los comentarios formulados por los gobiernos disipan toda duda acerca de la validez del artículo 10.

ARTÍCULO 10

11. Sin embargo, ese artículo presenta un problema de formulación que también se observa en relación con otros artículos, a saber, el significado del concepto de «calidad» aplicado a una entidad o un órgano. La jurisprudencia ha dado a esa formulación un significado demasiado amplio. El comentario cita como formulación prácticamente definitiva la que se basa en la decisión de la Comisión de Reclamaciones Francia-México en el caso *Caire*, donde se dijo que los funcionarios culpables de hechos ilícitos habían actuado «al amparo de su carácter oficial» e incluso que «se habían valido de su calidad oficial»⁸. El concepto de «calidad» sigue siendo demasiado vago y el problema consiste en determinar si cualquier persona que invoque su calidad de agente del Estado actúa efectivamente en su calidad oficial incluso cuando su comportamiento sea extremadamente ilícito. Por lo tanto, es necesario determinar si la redacción del artículo 10 y de otros artículos del capítulo II es suficientemente clara o si habrá que precisar el sentido de la expresión «al amparo de su calidad oficial». Se podría adoptar la formulación «haya actuado en su calidad oficial o amparándose en ella» en el artículo 10, con el objeto de confirmar la observancia de la jurisprudencia actual. Habida cuenta de que el artículo 10 no ha sido cuestionado y de que las normas que consagra se han aplicado en varios casos, no se puede afirmar que tal modificación sea indispensable, pero al menos merece ser examinada por el Comité de Redacción.

12. En resumen, el Relator Especial propone que se mantenga la formulación actual de la mayor parte del proyecto de artículos referente a la cuestión central de la atribución, es decir, los artículos 5 a 8 y 10, con excepción de algunas modificaciones menores, sobre todo de redacción. Las modificaciones más importantes consistirían en suprimir la referencia al derecho interno en el artículo 5, eliminar el apartado *a* del artículo 8, que es superfluo, y añadir la expresión «o bajo la dirección y el control de ese

Estado al tener ese comportamiento». Aparte de esas pocas modificaciones, los artículos deberían mantenerse sin variación, dado que han podido resistir perfectamente el transcurso del tiempo.

13. El Sr. BROWNLIE se congratula de la labor cumplida por el Relator Especial y se asocia a las propuestas que ha presentado. Considera positivo que el Relator haya mantenido en general el texto actual del proyecto de artículos, pues no hay que olvidar que esa serie de artículos existe desde hace varios decenios, ha figurado en diversas compilaciones de derecho internacional y ha servido de base para decisiones importantes. Aun cuando el Relator Especial no haya recibido el mandato de mantener el *statu quo*, no está mal que se asegure una cierta continuidad por conducto de algunas mejoras.

14. Pueden formularse algunas observaciones. En primer lugar, no es posible resolver los múltiples problemas que plantea la responsabilidad del Estado desplegando todo un arsenal de conceptos jurídicos. Los artículos tienden a reflejar el carácter empírico de las fuentes del derecho internacional, principalmente la experiencia útil adquirida por los tribunales y comisiones ante situaciones delicadas. El Sr. Brownlie ha prestado especial interés al contenido de los artículos 8 y 10. El artículo 8 se refiere al caso en que una entidad actúa de hecho en nombre de un Estado. Para dar una solución en situaciones de esa índole, basta con poseer la prueba de que una entidad actúa en calidad de agente del Estado, a igual que en los casos de comportamiento *ultra vires* previstos en el artículo 10.

15. En cambio, la cuestión de la delegación de funciones estatales es mucho más delicada, por ejemplo, cuando se encomienda al sector privado la gestión del sistema penitenciario o cuando se privatizan determinadas funciones del ejército. Ello no encaja muy bien en el marco del párrafo 2 del artículo 7. El Sr. Brownlie indica que, cuando se refiere a la delegación de funciones estatales, se limita a promover el debate empleando términos convencionales. En realidad, la expresión «prerrogativas del poder público» plantea muchas cuestiones. En efecto, cabe preguntarse acerca del contenido que abarca, y ello sin entrar en consideraciones ideológicas. No es posible resolver la verdadera dificultad que plantea la delegación de funciones que hasta ahora incumben al Estado como, por ejemplo, el mantenimiento de las prisiones, sino imponiendo al Estado una obligación referente al resultado, es decir, que el Estado se obligue a garantizar el respeto de las normas relativas al mantenimiento de las prisiones. En ese caso, poco importa que las prisiones se consideren o no órganos del Estado: ya no se trata de un problema de atribución, sino de un problema de normas sustantivas.

16. El Sr. Brownlie plantea un segundo punto, de menor importancia, relativo al Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, cuya jurisprudencia ha citado el Relator Especial. Es necesario guardar un cierto grado de prudencia a ese respecto, porque las normas aplicadas por dicho Tribunal no corresponden estrictamente al derecho inter-

⁸ Decisión n.º 33 de 7 de junio de 1929 de la Comisión de Reclamaciones Francia-México (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V [n.º de venta: 1952.V.3], págs. 530 y ss.).

nacional público, de manera que en ese caso no se aplican necesariamente los principios del derecho como en otros.

17. Por lo que toca al concepto de «control», el Relator Especial, tal vez involuntariamente, ha opuesto ese concepto a la existencia de una autorización específica emanada del Estado. Después, ha propuesto una redacción mucho más satisfactoria que une los conceptos de control y dirección, suponiendo la existencia misma del control que el comportamiento es aprobado. Ese caso puede relacionarse con el de un Estado que convalida el comportamiento de entidades que no actúan por su cuenta. En un caso, hay una relación de causalidad directa y, en el otro, los actos de terceras entidades son convalidados una vez realizados.

18. Por último, la opinión del Sr. Ago en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* se presenta como si ese magistrado tratara de «defender su territorio». En realidad, los argumentos presentados en el caso de Nicaragua en favor de la parte nicaragüense estaban fundados en el derecho internacional general. Los proyectos de la Comisión, lejos de ser desconocidos u omitidos, han sido invocados simultáneamente con otros elementos. Si se quiere abordar el concepto de control desde el punto de vista de las decisiones tomadas en ese caso, no hay que olvidar que la Corte debía dictaminar en un contexto muy especial y sobre todo determinar si los Estados Unidos de América mantenían con los contras y su cadena de mando lazos que comprometieran su responsabilidad por las violaciones del derecho internacional humanitario de que se acusaba a los contras. Con toda razón, la Corte se ha mostrado prudente, y se vuelve en este punto a la cuestión de las normas primarias, aplicándose el concepto de control suficiente de forma diferente según los contextos jurídicos.

19. El Sr. LUKASHUK dice que el Relator Especial ha presentado en su exposición toda una serie de problemas muy complicados a cuyo respecto el orador se referirá después de haber examinado detenidamente el informe. Sin embargo, desea plantear de entrada una cuestión que a su juicio no ha sido mencionada con suficiente claridad en la presentación oral. En efecto, cabe distinguir dos formas de responsabilidad del Estado: la responsabilidad directa por los actos realizados por el propio Estado y la responsabilidad indirecta por los actos realizados por personas físicas o jurídicas sujetas a su jurisdicción. El Sr. Lukashuk agradecería que el Relator Especial tuviera a bien emitir una opinión sobre esa cuestión.

20. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), en respuesta al Sr. Lukashuk, dice que el Estado no podría considerarse indirectamente responsable por la sola razón de que el hecho ilícito se haya cometido en su territorio; se requiere un factor complementario como, por ejemplo, un acto o una omisión de un órgano del Estado, una persona física o jurídica u otra entidad. El proyecto no prevé que el Estado pueda ser indirectamente responsable y siempre hay interacción entre las reglas de la atribución y otras normas. El Estado sólo es responsable por los actos u omisiones de sus órganos.

21. El Sr. BENNOUNA indica que apoya en conjunto el criterio adoptado por el Relator Especial pero que, sin embargo, ese criterio plantea una cuestión, la de la defini-

ción de los órganos del Estado y de la referencia al derecho interno. Los artículos 8 y 10 del proyecto infieren consecuencias del ejercicio de las prerrogativas del poder público y el Sr. Bennouna se pregunta si ese concepto está bien establecido o si se trata más bien de un concepto en evolución. En efecto, los Estados delegan cada vez más unas funciones que hace apenas algunos años se consideraban inseparables del Estado.

22. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que en verdad el párrafo 2 del artículo 7 y el apartado b del artículo 8 recurren al concepto de prerrogativas del poder público para determinar si efectivamente una entidad es un órgano del Estado. De hecho, no se puede responder a esa cuestión sino en cada caso particular; si el derecho internacional debe definir lo que es el Estado para los fines de la responsabilidad, no lo hace *a priori* e incumbe a cada Estado decidir acerca de su organización interna, aun cuando se considere *a priori* que determinadas esferas como la justicia, la administración penitenciaria y el Parlamento pertenecen al Estado. Ciertamente hay una evolución y, a ese respecto, las cuestiones de procedimiento —la medida en que el sistema interno considera que una actividad determinada corresponde al ejercicio de prerrogativas del poder público— revisten particular importancia.

23. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA felicita al Relator Especial por la labor muy constructiva que ha realizado en la sección C del capítulo II de su informe y por su esfuerzo de simplificación, en la inteligencia de que el daño debe estar vinculado a una entidad estatal. Sin embargo, el orador se pregunta por qué se emplea la expresión «se considerará» a lo largo del proyecto de artículos. Resulta inevitable preguntarse por quién el hecho en cuestión «se considerará» un hecho del Estado, por el derecho internacional o por la Comisión. Esa expresión es desafortunada y sería preferible suprimirla y decir en cambio «es» un hecho del Estado.

24. Por otro lado, el Sr. Pambou-Tchivounda cree que el Relator Especial ha querido suprimir toda referencia al derecho interno y deplora profundamente ese propósito. En efecto, el derecho interno es en primer lugar el que determina cuáles son los órganos del Estado, y las entidades o personas físicas o jurídicas a que se refieren los diversos artículos del proyecto en examen funcionan dentro del marco territorial del Estado. Además, ese derecho interno se halla implícitamente presente: por ejemplo, cuando en el artículo 7 se habla de una entidad «facultada por el derecho interno de ese Estado» o, en el artículo 8, de «instrucciones» impartidas por el Estado, es evidente que las entidades son tales en virtud del derecho interno. Por lo tanto, tal vez sea necesario indicar a ese respecto, en una cláusula general, que el derecho internacional se remite al derecho interno.

25. Por último, el Sr. Pambou-Tchivounda manifiesta su sorpresa por la inclusión de las palabras «de hecho» en el artículo 8: si una persona actúa según instrucciones o bajo el control del Estado, actúa de derecho y no de hecho. En consecuencia, propone que se supriman esas dos palabras.

26. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) reconoce que las palabras «de hecho» empleadas en el artículo 8 son poco felices y señala que en francés son mucho más

enfáticas que en inglés. Seguramente el Comité de Redacción podrá resolver ese problema. En cambio, el Relator Especial cuestiona la idea de haber querido suprimir toda referencia al derecho interno. Lo ha hecho en verdad en el artículo 5 pero no en el párrafo 2 del artículo 7, y ello únicamente para indicar que el derecho interno no es determinante. En efecto, ocurre a veces que el sistema jurídico interno no refleja la organización del Estado. El Relator Especial no se opone a que se restablezca la referencia al derecho interno en el artículo 5, pero a condición de que no se presente ese derecho como criterio determinante para la atribución.

27. El Sr. GOCO se pregunta si no es ambigua la expresión *act of State* («hecho del Estado»). En efecto, ella remite a un medio de defensa utilizado a veces por los dirigentes destituidos para reclamar inmunidad por hechos cometidos en la época en que ejercían el poder. Tal vez sea preferible la expresión «acto de gobierno».

28. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) precisa que la doctrina del «hecho del Estado» que adopta el derecho de algunos Estados y que menciona el Sr. Goco no es objeto del presente debate. Se trata de una cuestión de derecho interno y el proyecto se refiere a la atribución de un hecho ilícito al Estado en relación con el derecho internacional.

29. El Sr. PELLET dice que agradece al Relator Especial el haber conservado la estructura general del proyecto de artículos, pero que no está de acuerdo con las dos modificaciones principales que se han propuesto, a saber, la supresión de la referencia al derecho interno en el artículo 5 y la eliminación del párrafo 1 del artículo 7. En apoyo de la primera de esas «innovaciones», el Relator Especial ha señalado dos razones: el derecho internacional puede ser pertinente para definir lo que es un órgano del Estado y, en general, los derechos nacionales no utilizan la palabra «órgano». Con referencia al primer punto, es difícil imaginar un derecho interno que no tenga en cuenta lo que el derecho internacional prevé en esa esfera y, en cuanto al segundo, la conclusión es de poca importancia, pues lo esencial consiste en averiguar si los derechos nacionales permiten determinar lo que se considera o no un órgano del Estado. A juicio del Sr. Pellet, la referencia al derecho interno es la propia razón de ser del artículo 5. Como afirma el mismo Relator Especial en el párrafo 174 de su primer informe, la posición de entidades separadas es diferente; ahora bien, para determinar si una entidad es «separada» o no lo es, es necesario remitirse al derecho interno, porque recurrir para ello al derecho internacional contravendría el principio de la libertad del Estado de organizarse en la forma que deseara. El derecho internacional se remite al derecho interno sobre ese punto y ello vuelve indispensable la referencia al derecho interno.

30. En la nota 3 del proyecto de artículo 5, en el párrafo 284 del primer informe, el Relator Especial explica que remitirse al derecho interno equivale a ofrecer al Estado la posibilidad de eludir su responsabilidad negando que una entidad que haya actuado contrariamente al derecho internacional sea un órgano del Estado. Ahora bien, ese temor es infundado, porque el hecho internacionalmente ilícito debe apreciarse en el momento en que se realice,

como lo indican los artículos 24 y siguientes. Además, la propia función de los artículos 7, 8 y 10 y, en particular, del apartado *a* del artículo 8, consiste en evitar tales soluciones de continuidad en la responsabilidad del Estado.

31. En lo que atañe a la segunda modificación propuesta, la eliminación del párrafo 1 del artículo 7, ella resulta de la misma concepción *a priori* de lo que es o debería ser el Estado con respecto al derecho internacional. Para los propósitos de la responsabilidad de los Estados, el Estado debe ser considerado persona jurídica y no objeto sociológico. Al suprimir la referencia concreta a las «entidades territoriales» se hace una amalgama entre dos personas jurídicas distintas. Una entidad territorial —una comuna, por ejemplo— no es el Estado, aun cuando naturalmente un hecho suyo pueda comprometer la responsabilidad internacional del Estado. A ese respecto, el concepto de atribución es particularmente interesante, ya que permite imputar a una entidad un acto cometido por otra con personalidad jurídica distinta. Parece, pues, esencial afirmar que esas entidades, que no son el Estado con respecto al derecho interno —e incluso al derecho internacional—, pueden comprometer la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, el Sr. Pellet manifiesta su sorpresa por la supresión del párrafo 1 del artículo 7, tanto más porque todos los Estados que han formulado observaciones sobre el punto han insistido en la importancia de esa disposición, llegando algunos hasta a pedir que fuese más explícita. Por ejemplo, al final del artículo 5 podría añadirse la frase «ya se trate de un órgano central o de uno descentralizado» o alguna otra cláusula con el mismo efecto. De todos modos, parece indispensable restaurar en el artículo 5 la referencia al derecho interno y conservar la idea expresada en el párrafo 1 de la versión anterior del artículo 7.

32. Las otras observaciones que menciona el informe son menos importantes. A igual que el Sr. Pambou-Tchivounda, el Sr. Pellet considera necesario que se suprima la expresión «se considerará». Asimismo, en la etapa actual tampoco se justifica la frase «para los fines de los presentes artículos», que en todo caso podrá reponerse si el proyecto de artículos pasa a ser tratado. Por lo demás, el orador propone que se supriman las palabras «que haya actuado en esa calidad» que figuran en los artículos 5, 7 y 10 y que, antes del texto actual del artículo 10, se agregue un nuevo apartado para indicar que la responsabilidad del Estado queda comprometida cuando sus órganos o entidades han actuado «en esa calidad».

33. El Sr. Pellet conviene con el Relator Especial en que el término «atribución» es preferible al de «imputación», habida cuenta de que la atribución abarca, por un lado, la imputación al Estado de un acto cometido por otra entidad y, por el otro, la circunstancia de que quede comprometida la responsabilidad del Estado por su propio hecho. Además, en los comentarios al proyecto de artículos⁹ se había considerado que el concepto de atribución evitaba

⁹ Véanse los comentarios a los artículos 1 a 6 en *Anuario...1973*, vol. II, págs. 176 y ss., doc. A/9010/Rev.1; véanse los comentarios a los artículos 7 a 9 en *Anuario... 1974* (nota 7 *supra*).

una aproximación excesiva al derecho interno. El Sr. Pellet aprueba igualmente la eliminación del artículo 6.

34. En lo que respecta al artículo 8, el Relator Especial ha declarado que la Comisión podría precisar lo. El Sr. Pellet no está seguro de que siempre tenga que aclararse lo que no es claro. Con referencia a algunos casos examinados por jurisdicciones internacionales —*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* y *Tadić*¹⁰—, el orador estima que, en esa esfera, la Comisión saldría ganando si evitara ser demasiado precisa. Los cambios propuestos por el Relator Especial, encaminados en realidad a aclarar el derecho, tienden a hacer más severas las normas de la atribución, con el riesgo de incomodar a ciertos Estados y dificultar la determinación de la responsabilidad en el plano internacional. El Sr. Pellet indica que no podría hacer suya la filosofía en que se basa ese rigor y que abriga reservas con respecto a la interpretación restrictiva del fallo emitido en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* que ha hecho el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Tadić*. Cuando el derecho no está completamente estabilizado, la Comisión no debería tomar partido. En lo que atañe al apartado *b* del artículo 8, el Relator Especial propone que se reemplace la palabra «justificaban» por la palabra «requerían»; el Sr. Pellet entiende que en francés es preferible el término *justifiaient*.

35. Por último, el Sr. Pellet desea expresar su total desacuerdo con una observación formulada por el Sr. Pambou-Tchivounda al comienzo de su exposición, a saber, que la atribución apuntaba a determinar si un «daño» podía atribuirse a una persona. En realidad, la atribución no se propone en modo alguno determinar quién es el autor del daño, sino antes bien quién es el autor del hecho internacionalmente ilícito. La cuestión del daño se prevé en una etapa ulterior. Esto es sumamente importante, porque se trata nada menos que de la propia filosofía del proyecto.

36. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que no se opone a la propuesta del Sr. Pellet de que se haga referencia a las entidades territoriales en el artículo 5, con sujeción a que se evite una repetición entre el artículo 5 y el párrafo 1 del artículo 7. En lo que respecta a las palabras «para los fines de los presentes artículos», que en un primer momento él mismo había pensado suprimir, decidió conservarlas para destacar la diferencia existente entre el derecho relativo a la atribución para los fines de la responsabilidad de los Estados y en otras esferas como el derecho de los tratados y el derecho en materia de actos unilaterales. El Relator Especial considera en cambio que la propuesta del Sr. Pellet relativa al artículo 10, que permite evitar la repetición de las palabras «que haya actuado en esa calidad», es útil y contribuye a la aclaración del proyecto de artículos.

37. Por lo que toca a la concepción del Estado en el derecho internacional, el Relator Especial manifiesta que no comparte la opinión del Sr. Pellet: en el derecho inter-

nacional debe entenderse por Estado no solamente los órganos centrales sino también todas las subdivisiones establecidas por el derecho interno. A ese respecto, contrariamente a lo que parece pensar el Sr. Pellet, no es raro que los Estados invoquen su derecho interno para sustraerse a su responsabilidad internacional. Así, en el marco del arbitraje que oponía la sociedad Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company y el Gobierno de la República Árabe Libia, el Gobierno de la República Árabe Libia sostuvo la pretensión de que la responsabilidad del Estado libio no podía quedar comprometida en virtud de un contrato celebrado por el Ministerio libio de petróleo y gas¹¹. En otro arbitraje en que participó en fecha reciente el Relator Especial, un Estado sostuvo que solamente le eran imputables los actos contratados por su gobierno —a saber, según su derecho interno, por el Presidente y el Consejo de Ministros únicamente—. Para los fines de la responsabilidad de los Estados, esa definición del Estado es inaceptable. El Relator Especial no desconoce la importancia del derecho interno ni la libertad del Estado de organizarse de la forma que desee, pero insiste en la función complementaria que corresponde al derecho internacional. Estaría de acuerdo en que se restableciera la referencia al derecho interno en el artículo 5, siempre que la mayoría de los miembros de la Comisión así lo quisiera y con sujeción a que el derecho interno no fuera presentado como criterio determinante, porque ello contravendría el artículo 10 y no se ajustaría al derecho internacional.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

¹¹Véase *International Law Reports* (Cambridge), vol. 53, 1979, excepciones preliminares de 27 de noviembre de 1975, págs. 392 y ss., en particular pág. 415, párr. 23 a.

2554.ª SESIÓN

Lunes 3 de agosto de 1998, a las 10.20 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Illueca, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Yamada.

¹⁰ *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a «Dule»*, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, caso n.º IT-94-1-T, Sala de Primera Instancia II, fallo de 7 de mayo de 1997.