



Asamblea General

Distr. limitada
7 de agosto de 1998
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

50º período de sesiones

Ginebra, 20 de abril a 12 de junio de 1998

Nueva York, 27 de julio a 14 de agosto de 1998

Proyecto de informe

9. Introducción por el Relator Especial del informe relativo a los proyectos de artículos 5 a 8 y 10 del capítulo II de la primera parte (A/CN.4/490/Add.5)

a) Introducción

1. El Relator Especial señaló que en el capítulo II se establecían los requisitos para que un comportamiento fuera atribuible al Estado con arreglo al derecho internacional. Los artículos de ese capítulo debían interpretarse en el contexto del artículo 3, que establecía los dos requisitos esenciales de la responsabilidad del Estado: a) una acción u omisión atribuible al Estado, y b) una violación de una obligación internacional del Estado. El capítulo II abordaba el primero de estos requisitos.

2. Aunque los proyectos de artículos del capítulo II se habían examinado a fondo, era tranquilizador observar que su estructura básica y muchas de sus formulaciones no habían sido puestas en entredicho por la práctica de los Estados ni fallos judiciales en los últimos 20 años. Más que introducir modificaciones de fondo sustanciales, los cambios propuestos en los proyectos de artículos tenían por objeto, en su mayor parte, aclarar ciertos aspectos y abordar algunos nuevos problemas.

3. El Relator Especial señaló la conveniencia de ocuparse de los artículos 5, 6, 7, 8 y 10, relativos a las condiciones ordinarias y generales de atribución, antes de abordar los artículos 9 y 11 a 15, referentes a determinados problemas especiales, incluida la propuesta de un nuevo artículo 15 bis.

b) Observaciones de los gobiernos

4. Las observaciones de los gobiernos sobre los artículos 5 a 15 tenían bastante trascendencia y se examinaban a fondo en el informe. Varios gobiernos indicaron que la base de atribución debía ser suficientemente amplia para que el Estado no pudiera eludir su responsabilidad apoyándose en definiciones formales de sus órganos constitutivos, habida cuenta sobre todo de la tendencia reciente, cada vez más extendida, a delegar funciones públicas, como el mantenimiento de prisiones, en el sector privado. En cambio, ningún gobier-

no había sostenido hasta la fecha que las condiciones de atribución debieran definirse de manera más restrictiva.

c) Práctica reciente de los Estados

5. Desde la aprobación de los artículos del capítulo II en el decenio de 1970, se habían registrado importantes decisiones y otras prácticas pertinentes en esa esfera del derecho internacional. Era importante velar por que se tuvieran plenamente en cuenta todas las novedades sustanciales.

d) Terminología

6. El Relator Especial observó que la Comisión había decidido emplear el término “atribución” en lugar de “imputabilidad”. El Comité de Redacción podría preferir emplear esta segunda expresión, dada su utilización en sentencias posteriores de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales, lo cual podría significar que el término “atribución” no había tenido aceptación. Sin embargo, el Relator Especial prefirió mantener el término “atribución” porque ponía de manifiesto el carácter jurídico del proceso, mientras que la expresión “imputabilidad”, al menos en inglés, comportaba innecesariamente un elemento de ficción.

7. El Relator Especial también propuso que se sustituyera el título del capítulo II, “El ‘hecho del Estado’ en el derecho internacional”, por “La atribución de un comportamiento al Estado según el derecho internacional”, para que estuviera en consonancia con el artículo 3 y no evocara el concepto específico de “hecho de Estado” reconocido en algunos ordenamientos jurídicos nacionales.

e) Principios básicos del concepto de atribución

8. El Relator Especial destacó determinados principios básicos del concepto de atribución, a saber, la responsabilidad limitada del Estado, la distinción entre el sector estatal y no estatal, la unidad del Estado, el principio de *lex specialis*, según el cual los Estados podían acordar que sus relaciones mutuas se rigieran por otros principios, y la distinción, sumamente importante, entre atribución e incumplimiento de una obligación.

f) Artículo 5

9. Pese a la propuesta de un gobierno de que se sustituyera el término “órgano” por “órgano o agente”, el Relator Especial prefirió mantener la distinción entre órganos y agentes, que se abordaban por separado en los artículos 5 y 8 porque merecían un tratamiento diferente.

10. Aun reconociendo que el derecho interno tenía una importancia decisiva para determinar si una persona o entidad debía considerarse un órgano del Estado, el Relator Especial apoyó la propuesta de varios gobiernos de que se suprimiera la referencia al derecho interno para que no pareciera que éste era necesariamente el criterio decisivo, y ello por varias razones. En primer lugar, porque el derecho interno, considerado aisladamente, podría inducir a error, pues en muchos ordenamientos la práctica y la costumbre también desempeñaban una función importante. En segundo lugar, porque el derecho interno podía no ofrecer una clasificación exhaustiva de los órganos del Estado, y ciertamente podía no utilizar el término “órgano” en el mismo sentido que el derecho internacional a los efectos de la responsabilidad del Estado. En tercer lugar, porque, en algunos casos, la calificación restrictiva de los “órganos” por el derecho interno podía equivaler a un intento de eludir la responsabilidad, lo cual era incompatible con el principio contenido en el artículo 4. La pertinencia del derecho interno como criterio importante podría explicarse en el comentario.

g) Artículo 6

11. Más que una norma de atribución, ese artículo explicaba el alcance del término “órgano” utilizado en el artículo 5. Aclaraba que los órganos del Estado podían pertenecer al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, que sus funciones podían tener un carácter internacional o interno y que era indiferente la posición que ocuparan en la organización del Estado. Aunque toda incertidumbre sobre estas cuestiones ya se había resuelto mucho antes de 1945, al menos dos tenían la importancia suficiente para merecer un reconocimiento expreso. El artículo 6 confirmaba además que *toda* actuación de un órgano del Estado en calidad de tal era atribuible al Estado, sin limitación alguna por razón de las competencias del órgano. A los efectos de la atribución de un comportamiento al Estado, no debía haber limitación o distinción alguna, a diferencia de lo que sucedía en otras esferas del derecho, como el de la inmunidad estatal.

12. Era, sin embargo, innecesaria la referencia del artículo 6 a la no pertinencia de la distinción entre las funciones de carácter internacional e interno, pues indicaba una división demasiado categórica entre el ámbito “internacional” y el “interno”. La cuestión era suficientemente obvia e indiscutible, por lo que bastaría abordarla en el comentario.

13. La referencia a la posición “superior o subordinada” de un órgano era demasiado restrictiva porque podía interpretarse en el sentido de excluir a los órganos intermedios o independientes y a los autónomos. El Relator Especial consideró que era preferible aclarar la disposición haciendo referencia a todos los órganos del Estado “cualquiera que sea su posición en la organización del Estado”.

14. El Relator Especial recomendó que los artículos 5 y 6 se mantuvieran, con los cambios de redacción propuestos, y que se refundieran en uno solo, pues el segundo era en realidad una aclaración del primero más que una norma específica de atribución.

h) Artículo 7

15. El párrafo 1 establecía el principio reconocido de que el comportamiento de un órgano de una entidad pública territorial formaba parte de la estructura del Estado, aunque gozara de autonomía dentro del mismo. Sin embargo, esa norma podía suprimirse porque el artículo 5, cuya formulación era más clara, atribuía los hechos de esas entidades al Estado.

16. El párrafo 2 se refería a las entidades que no formaban parte del Estado pero que ejercían prerrogativas del poder público, situación ésta que tenía una importancia práctica cada vez mayor dada la reciente tendencia a la delegación de esas prerrogativas en entidades del sector privado. Los gobiernos no habían formulado ninguna crítica a esa disposición; en todo caso, el interés se centraba en que la disposición fuera lo suficientemente amplia para abarcar la proliferación de esas entidades. Sin embargo, la disposición actual parecía comprender las diversas dificultades, especialmente si se ponía en relación con el artículo 8. El Relator Especial recomendó que se mantuviera esa disposición y que el concepto de prerrogativas del poder público se clarificara en el comentario, de manera que se tuviera en cuenta la práctica más reciente.

i) Artículo 8

17. Cuando una entidad actuaba por cuenta del Estado cumpliendo instrucciones expresas, sus actos eran claramente atribuibles al Estado en virtud del párrafo a). Se planteó el interrogante de si el comportamiento también debía atribuirse al Estado cuando la entidad actuara bajo la dirección y el control de éste. La jurisprudencia posterior servía en parte de base para sustituir la autorización expresa por un control efectivo más amplio. El Relator Especial recomendó que se aclarara el párrafo a fin de que abarcara los casos tanto de

instrucciones expresas como de control directo y efectivo, cuando existiera un nexo con el acto de que se tratara. Por otra parte, la disposición no debía redactarse de manera tan amplia que pudiera llegar a abarcar las actividades de las empresas estatales, que de hecho no actuaban bajo la dirección o el control del Estado.

18. El párrafo b) comprendía el caso excepcional, pero importante, de una persona o entidad que ejerciera prerrogativas del poder público en defecto de autoridades oficiales efectivas. Sin embargo, la formulación de esa disposición era algo paradójica, ya que sugería que un comportamiento potencialmente ilícito atribuible al Estado estaba, sin embargo, “justificado”. El Relator Especial recomendó que se mantuviera esa disposición, pero con una enmienda aclaratoria consistente en sustituir el término “justificaban” por “requerían”.

j) Artículo 10

19. Ese artículo se refería a las situaciones de comportamiento no autorizado o que supusieran una extralimitación de competencia, pero que era atribuible al Estado siempre que se hubiera actuado “en calidad” de entidad pública. El derecho de los tratados adoptaba un criterio estricto con respecto a la medida en que los Estados podían basarse en su derecho interno para evadir sus obligaciones internacionales; con mayor razón, ese debía ser el criterio por el que se rigiera el derecho de la responsabilidad de los Estados. La jurisprudencia posterior y las observaciones de los gobiernos ponían de manifiesto la existencia de un apoyo general a ese principio. El Relator Especial recomendó que se mantuviera la disposición; sin embargo el Comité de Redacción podría considerar la posibilidad de utilizar la frase “haya actuado en esa calidad o amparándose en ella” a fin de abarcar el concepto de la capacidad aparente, y enmendar la última frase para que dijera “aunque, en el caso de que se trate, el órgano o la entidad se hayan excedido en su competencia o hayan contravenido las instrucciones concernientes a su ejercicio”, con fines de mayor claridad y para que concordara con la propuesta de supresión de la referencia al derecho interno en el artículo 5.

10. Resumen del debate sobre los proyectos de artículos 5 a 8 y 10 del capítulo II de la primera parte

a) Observaciones generales

20. Se expresó amplio apoyo al planteamiento general del Relator Especial con respecto a los artículos contenidos en el capítulo II de la primera parte. Se expresó satisfacción por el hecho de que no se hubieran introducido cambios profundos o de gran alcance en el proyecto, el cual había sido objeto de la aprobación de los más altos órganos judiciales y habían merecido la más amplia aceptación.

b) Terminología

21. Se apoyó el mantenimiento del término “atribución” frente al de “imputabilidad” recomendado por el Relator Especial.

22. Por el contrario, algunos miembros se preguntaron si no sería más apropiado el concepto de “imputabilidad” en casos como los contemplados en el artículo 10 o en el de responsabilidad indirecta. También se expresó apoyo al término “imputabilidad” a la luz de la jurisprudencia pertinente. Se indicó que ambas expresiones podrían utilizarse en el proyecto de artículos y comentario, según procediera.

c) Título del capítulo II

23. Se respaldó la propuesta de nuevo título del capítulo por considerar que indicaba con más precisión su contenido y que era una forma de evitar toda posible confusión con la doctrina del “hecho de Estado”.

d) Artículo 5

24. Se expresó preocupación por la poco feliz redacción y la falta de claridad de la versión francesa de la frase “se considerará”, ya que, entre otras cosas, no se indicaba por quién. Se sugirió que la frase se sustituyera por “se considera”. Sin embargo, se manifestó la preferencia por el mantenimiento de esa expresión en la versión inglesa, en la que tenía menos prominencia, y que se hallara una solución diferente en la versión francesa.

25. Algunos miembros propusieron que se suprimiera la referencia al derecho interno, por considerar que era confusa y podía inducir a error, y que en cambio se aclarara la cuestión en el comentario. Se expresó la opinión de que no debía sobrestimarse la importancia del papel que desempeñaba el derecho interno en la determinación de la estructura del Estado ya que el derecho internacional desempeñaba una función decisiva a ese respecto a los efectos de la responsabilidad del Estado, como se desprendía de la jurisprudencia pertinente citada en el informe. Otro caso en el que no se había tenido en cuenta el derecho interno era el de los bantustanes en el antiguo régimen del *apartheid* en Sudáfrica. Aunque, en virtud del derecho de ese Estado, los bantustanes habían sido clasificados como independientes y no como “órganos del Estado”, la comunidad internacional y los tribunales nacionales de terceros Estados habían hecho caso omiso de esa clasificación y la habían rechazado. La supresión propuesta contó con apoyo por razones de seguridad jurídica, pero también se expresó la opinión de que la expresión “derecho interno” era suficientemente amplia para abarcar la práctica y los usos jurídicos.

26. Sin embargo, se manifestó considerable preocupación por la propuesta de supresión, dada la esencial relevancia del derecho interno en la determinación de los órganos de un Estado. Se observó que éstos sólo podían ser definidos por el derecho interno. También se señaló que la referencia era la razón de ser de ese artículo, que era compatible con el derecho de los Estados a determinar su propia estructura interna a falta de una definición a priori de la estructura del Estado por el derecho internacional. Se expresaron distintas opiniones con respecto a la pertinencia del principio de la libre determinación y la personalidad jurídica del Estado a ese respecto.

27. Hubo también quien se preguntó si la supresión de la referencia al derecho interno se justificaba por la posibilidad de que algunos Estados intentaran evadir su responsabilidad basándose en sus estructuras jurídicas internas y, en particular, en cambios introducidos en ellas *ex post facto*. Se indicó que esos asuntos estaban suficientemente cubiertos por los artículos 4, 7 y 8.

28. Se puso en tela de juicio la necesidad de la frase introductoria propuesta “para los fines de los presentes artículos”; por otra parte, se señaló que la atribución a los efectos de la responsabilidad del Estado era diferente de la relacionada con el derecho de los tratados o con actos unilaterales.

29. Si bien se expresó apoyo al mantenimiento de la frase final del artículo 5, también hubo quien consideró que era innecesaria y excesivamente restrictiva. Se manifestaron distintas opiniones con respecto a la propuesta de reformulación de esa frase. Por otra parte, la nueva formulación también se consideró que servía de aclaración útil en términos más neutrales. Un miembro preguntó si era necesario y útil hacer referencia a las funciones y la posición de los órganos del Estado. Según ese punto de vista, el artículo 6 podía simplemente suprimirse y quedar comprendido en el comentario.

30. Se indicó que, en la cláusula de definiciones propuesta, sería útil definir el término “Estado” en el sentido de “cualquier Estado según el derecho internacional, independientemente de su estructura u organización y de que fuera unitario, federal o de otro tipo”. También se señaló que la referencia a la estructura misma del Estado que figuraba en el artículo 7 debía tenerse en cuenta en la referencia a una entidad del Estado en el artículo 5. Se indicó asimismo que el concepto de entidad del Estado podría aclararse en el comentario.

e) Artículo 6

31. Hubo apoyo a la propuesta del Relator Especial de que se suprimiera el artículo 6 y se refundiera con el artículo 5. Sin embargo, también se expresó la opinión de que debía mantenerse el artículo 6 debido a la importancia del principio en él contenido.

f) Artículo 7

32. Se expresó acuerdo en la importancia atribuida por el Relator Especial a la necesidad de abordar el complejo problema de la delegación de funciones del Estado en el sector privado, y un miembro planteó si debía abordarse esa cuestión en el párrafo 2 del artículo 7 o en otra parte. Se indicó que era difícil definir a priori las funciones de un Estado a causa de la constante evolución de las funciones reservadas al sector público y las delegadas en el sector privado. También se señaló a la atención tres situaciones diferentes en ese proceso evolutivo: a) el Estado mantenía el monopolio de sus funciones, al mismo tiempo que delegaba el ejercicio de algunas de ellas en entidades públicas o privadas; b) el Estado renunciaba enteramente a sus funciones y las confiaba al sector privado; y c) el Estado conservaba sus funciones, pero al mismo tiempo permitía que el sector privado ejerciera funciones paralelas para fomentar la competencia.

33. Se expresaron distintas opiniones con respecto a la propuesta de supresión de la referencia a entidades públicas territoriales. Algunos miembros subrayaron la importancia de incluir entidades públicas territoriales tales como las unidades constitutivas de un Estado federal, que no eran lo mismo que los órganos del Estado. Se consideró especialmente importante confirmar que los actos de esos órganos eran atribuibles al Estado sobre la misma base que los realizados por órganos del gobierno central, aun cuando gozaran de la máxima autonomía y tuvieran una condición jurídica independiente suficiente para actuar en su propio nombre en el plano internacional, por ejemplo celebrando acuerdos. También se señaló a la atención el caso de las entidades regionales de un Estado que podían celebrar acuerdos transfronterizos. Se consideró que el asunto era suficientemente importante para que se incluyera en el artículo objeto de examen. El problema de una posible superposición con el artículo 5 podía resolverse incluyendo la referencia a las entidades públicas territoriales en el propio artículo 5. Sin embargo, se consideró que el hecho de abordar esta cuestión en ese artículo podría comportar una redacción complicada, reducir la claridad del artículo y tener implicaciones *a contrario* poco aconsejables.

34. Se indicó que sería preferible utilizar el término “funciones”, que era más amplio que el de “prerrogativas del poder público”, o por lo menos aclarar el empleo de esta última expresión en el comentario.

35. Al apoyar el mantenimiento de la disposición contenida en la frase final, se indicó que dicha disposición podría aclararse añadiendo las palabras “se establezca que” después de “siempre que”.

g) Artículo 8

36. Algunos miembros de la Comisión opinaron que los supuestos contemplados debían aclararse tanto en el texto del artículo como en el comentario. Era importante asegurarse de que la disposición fuera suficientemente amplia para comprender hechos como los juzgados por la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Nicaragua* y los casos de desapariciones en América Latina, que planteaban problemas de prueba especialmente difíciles y en los que era obviamente difícil o imposible obtener evidencia de que habían mediado instrucciones concretas. Se puso de relieve que a veces los Estados alentaban a personas o grupos de personas a cometer hechos ilícitos sin darles instrucciones formales expresas, o incluso sin ejercer un control directo sobre ellos.

37. Se expresó apoyo a la propuesta del Relator Especial de que se modificara el apartado a) del artículo 8 para que incluyera el criterio del control, y se puso de relieve el diverso grado de control suficiente necesario en las distintas situaciones jurídicas concretas. Aun apoyando el texto propuesto, se planteó la cuestión de si comprendería los casos en que un Estado creaba un Estado títere sujeto a su control político cuando no había un control militar manifiesto y, según el derecho interno del primer Estado, éste no era responsable del Estado títere. Se subrayó que los “Estados títeres” no debían equipararse a las entidades públicas territoriales.

38. Por otra parte, se objetó que la aclaración propuesta podía, en contra de los propósitos en que se basaba, dar origen a una norma de atribución más restrictiva y rígida, que haría más difícil determinar la responsabilidad. En respuesta a la objeción de que la nueva redacción pudiera ser demasiado restrictiva, se destacaron dos factores complementarios: el nuevo proyecto de artículo 15 bis, y la responsabilidad del Estado por no impedir acciones de personas o grupos de personas que no le fueran atribuibles.

39. Se consideró preferible mantener la expresión “justificaban” del apartado b) del artículo 8.

40. Se planteó una cuestión sobre el empleo de la expresión “de hecho” en los apartados a) y b) del artículo 8.

h) Artículo 10

41. Se opinó que este artículo no debía hacer referencia a las entidades públicas territoriales.

42. Se consideró que era preferible mantener la expresión “competencia”, sin perjuicio de que se aclarara en el comentario, en lugar de la expresión “autoridad”, que podía ser más limitada. Se advirtió además que el equivalente francés del término “competencia” designaba el poder ejercido de conformidad con la ley en oposición al poder ejercido de hecho.

11. Observaciones finales del Relator Especial sobre el debate relativo a los proyectos de artículos 5 a 8 y 10 del capítulo II de la primera parte

43. En cuanto al título del capítulo II, el Relator Especial observó que había consenso con respecto a la modificación propuesta.

44. En cuanto al artículo 5, era preciso responder a la grave preocupación expresada por algunos gobiernos impidiendo que un Estado eludiera su responsabilidad por la actuación de entidades que fueran realmente órganos suyos porque el derecho interno no las calificara como tales o incluso las calificara erróneamente. A ese respecto, había que reconocer la función complementaria que desempeñaba el derecho interno e internacional en la definición del concepto de órgano de un Estado. Por una parte, el término “órgano” tenía un significado específico en el derecho internacional. Por la otra, el concepto de órgano del Estado dependía

en gran medida de la estructura interna de éste, determinada por su derecho interno, incluida la práctica y la costumbre.

45. Se consideró conveniente emplear la expresión “haya actuado en esa calidad” en el artículo 5 para subrayar la distinción entre los órganos del Estado ordinarios a que se refería el artículo 5 y las entidades especiales a que se refería el párrafo 2 del artículo 7.

46. En relación con el artículo 6, su refundición con el artículo 5 parecía contar con amplio apoyo.

47. Con respecto al artículo 7, las entidades públicas territoriales se encuadraban mejor en el artículo 5 para evitar toda posible superposición entre esas disposiciones al abordar las preocupaciones expresadas en relación con la propuesta de suprimir el párrafo 1 del artículo 7. Además, era evidente que el comportamiento de las entidades comprendidas en el párrafo 2 del artículo 7 requería sin duda un examen más detallado.

48. En relación con el artículo 8, era preciso velar por que el apartado a) tuviera la suficiente amplitud y precisión, dada la importancia de esa disposición y las cuestiones planteadas por la jurisprudencia posterior. La propuesta de aclaración al apartado a) del artículo 8 pretendía ampliar, no restringir, la fórmula anterior, teniendo especialmente en cuenta el examen de las cuestiones planteadas en el caso de *Nicaragua*. No obstante, el Comité de Redacción podía examinar si era preferible otra formulación.

49. Parecía no haber objeciones al apartado b) del artículo 8, que era un principio establecido reconocido por la jurisprudencia. No obstante, debía examinarse si el proyecto de título del artículo 8 reflejaba con precisión su contenido.

50. Aunque el artículo 10 establecía un principio universalmente reconocido, su redacción podía mejorarse, y a ese respecto, se habían hecho valiosas sugerencias en el debate.
