

1571.ª SESIÓN

Miércoles 18 de julio de 1979, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Milan ŠAHOVIĆ

Miembros presentes: Sr. Barboza, Sr. Dadzie, Sr. Díaz González, Sr. Njenga, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Sucharitkul, Sr. Tabibi, Sr. Thiam, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Francis Vallat, Sr. Verosta, Sr. Yankov.

También presente: Sr. Ago.

Responsabilidad de los Estados (continuación) (A/CN.4/318 y Add.1 a 4) [Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS
PRESENTADO POR EL SR. AGO (continuación)

ARTÍCULO 31 (Fuerza mayor) y

ARTÍCULO 32 (Caso fortuito)¹ (continuación)

1. El Sr. RIPHAGEN dice que los artículos 31 y 32 presentados por el Sr. Ago constituyen una base excelente de discusión. En efecto, la Comisión no puede desatender las circunstancias especiales previstas en esos artículos, si quiere respetar las exigencias de la justicia, que no sólo es universal y permanente sino también concreta, como lo indica el adagio *jus in causa positum*. Sin embargo, al tener en cuenta los efectos de las situaciones concretas de fuerza mayor y de caso fortuito en el proyecto de artículos se suscitan dificultades especiales puesto que ese proyecto se sitúa en un nivel muy elevado de abstracción, y en un nivel de abstracción doble: primero, porque el proyecto aborda la relación jurídica entre los Estados que son en sí mismos abstracciones y, en segundo lugar, porque trata de la responsabilidad de los Estados independientemente del contenido de la obligación cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad, como se desprende de los artículos 1 y 16², e independientemente del contenido, de las formas y del grado de responsabilidad, cuestiones que se analizarán ulteriormente en la segunda parte del proyecto.

2. En cuanto al primer grado de abstracción, los artículos 31 y 32 tienen en cuenta la situación en que se halla el autor del comportamiento atribuible al Estado, en otras palabras, la situación del particular por medio del cual se considera que el Estado actúa; pero también hay que tener en cuenta la situación de los particulares por medio de los cuales se lesiona al Estado, como lo indica la segunda frase del párrafo 2 del artículo 31. En lo que concierne al segundo nivel de abstracción, hay que esforzarse por resolver el problema sin establecer diferencia entre los dos elementos de la relación jurídica entre los Estados, a saber, el contenido de la obligación de uno de los Estados y el contenido del derecho del otro Estado. Este es, pues, el contexto en que la Comisión debe dar

cima a la compleja labor que consiste en tratar los efectos de lo imprevisible.

3. En el problema entra en juego una obligación abstracta de un Estado a la que corresponde un derecho abstracto de otro Estado, y viceversa, lo cual afecta al contenido de la llamada norma primaria. Por otra parte, la Comisión debe ocuparse también de la responsabilidad, en otros términos, de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación abstracta, consecuencias que se presentan en forma de derechos por parte del otro Estado, lo que afecta a las normas denominadas secundarias. Esos dos aspectos del problema forman parte integrante de la relación jurídica entre los dos Estados.

4. Corresponde a la Comisión adaptar las obligaciones y derechos abstractos de la relación jurídica a las circunstancias concretas de lo que se podría denominar, por ahora, la fuerza mayor y el caso fortuito. No obstante, no hay que perder de vista que la adaptación puede hacerse de distintas maneras y no sólo con miras a prevenir la ilicitud del comportamiento habida cuenta de todas las consecuencias jurídicas que ese comportamiento entrañaría normalmente (es decir, desde un punto de vista abstracto) en virtud de las llamadas normas secundarias. Por ejemplo, quizás habría que adaptar la obligación y el derecho en virtud de la norma primaria o incluso en virtud de las normas secundarias. El problema esencial consiste en saber cuál de los dos Estados que entran en la relación jurídica, tanto desde el punto de vista del aspecto primario como del aspecto secundario de esa relación, debe asumir el riesgo de lo imprevisible. Además, quizás habría que ver si sería posible hacer compartir el riesgo a los Estados interesados y adaptar la obligación y el derecho por medio de una transformación de toda la relación jurídica, en otros términos, mediante el cumplimiento por un Estado de una obligación sustitutiva o el reconocimiento al otro Estado de un derecho de sustitución.

5. La justicia exige manifiestamente que se tengan en cuenta las circunstancias particulares de un caso concreto de incumplimiento de una obligación internacional, pero ello se puede hacer de distintas maneras. En cuanto a la adaptación de la obligación, se observará que en el párrafo 103 del octavo informe del Sr. Ago (A/CN.4/318 y Add.1 a 4) se trata de hipótesis «indiscutibles», que son, por ejemplo, casos de destrucción de bienes que un Estado estaba obligado a entregar a otro Estado, provocada por causas naturales incontrolables. Pero ¿sucede siempre así? ¿No se podría cumplir una obligación sustitutiva? Los manuales plantean con frecuencia la hipótesis de un Estado que tenga la obligación de transferir una isla a otro Estado y afirman que dejaría de existir esa obligación si la isla aludida desapareciera como consecuencia, por ejemplo, de una erupción volcánica. Sin embargo, la zona de la meseta continental subsistiría y podría en rigor presentar un valor o un interés para el Estado al que hubiese sido transferida la isla. En cuanto a la adaptación del derecho, se observará que en los párrafos 113 y 132 del mismo documento se consideran los casos de fuerza mayor y de grave peligro en relación con el derecho de paso inocente a través del mar territorial. Ahora bien, en ese contexto la fuerza mayor y la situación de peligro no constituyen circunstancias que justifiquen un comportamiento que, de no concurrir tales

¹ Véanse los textos en la 1569.ª sesión, párr. 1.

² Véase 1532.ª sesión, nota 2.

circunstancias, sería ilícito: constituyen simplemente los elementos necesarios del derecho mismo de paso inocente. Es interesante observar que la fuerza mayor y el caso fortuito no se mencionan expresamente en el artículo 38 del Texto integrado oficioso para fines de negociación/revisión 1³ —empleado en las negociaciones en curso sobre el derecho del mar— respecto del derecho de paso en tránsito a través de los estrechos, puesto que el paso en tránsito se considera como parte integrante de la libertad de navegación y de sobrevuelo a los efectos del tráfico continuo y rápido a través del estrecho.

6. En el párrafo 115 del informe, que cita el caso de unos búlgaros que no pudieron regresar a sus propiedades en Grecia, se ofrece un ejemplo de la posibilidad de adaptar las consecuencias jurídicas del incumplimiento de una obligación. Grecia no respetó su obligación de permitir que los búlgaros volvieran a ocupar sus propiedades, pero cumplió una obligación sustitutiva al pagarles una indemnización. El párrafo 118 expone el *Asunto concerniente al pago de diversos empréstitos serbios emitidos en Francia*, en el que la CPJI consideró que la obligación contraída no era la de reembolsar los empréstitos «en metálico». Ahora bien, si la Corte hubiese considerado que Servia estaba obligada a pagar «en metálico», ¿habría declarado entonces, en las circunstancias del caso, que la obligación había dejado de existir? El Sr. Riphagen no puede imaginar que un tribunal llegue a una conclusión tan injustificada. Otra posibilidad de adaptación de la obligación de un Estado parece preverse en la nota 290 del informe, que establece que puede ser difícil hacer una distinción entre un caso fortuito, en calidad de circunstancia que excluye la ilicitud, y la determinación del «grado de diligencia requerido», que es una cuestión de contenido de la obligación.

7. La respuesta a la cuestión de saber qué parte soportará el riesgo consiste, hasta cierto punto, en el carácter de la violación, en particular cuando ésta no entraña daños materiales, lo que perfectamente puede producirse en caso de violación de fronteras, por ejemplo. Parece que este problema general sirve de fundamento a las consideraciones desarrolladas en los párrafos 133 a 136 del informe, relativos a la fuerza mayor, y en el párrafo 145, concerniente al caso fortuito. En cuanto a los párrafos 133 a 136, es difícil a primera vista establecer una distinción entre el incumplimiento de la obligación de no violar la frontera de otro Estado —violación que con frecuencia no entraña daños reales— y el incumplimiento de otras obligaciones que hace entrar en juego un interés que resulta sacrificado (párr. 133).

8. La norma de la proporcionalidad entre el interés protegido por el recurso a un comportamiento no conforme a una obligación internacional y el interés protegido por la obligación parece fácil de aplicar en el caso de violaciones que no entrañen daño real. Sin embargo, el interés favorecido por el acto aparentemente ilícito es el de una persona o de una entidad distinta de aquella cuyo interés ha sido perjudicado, lo que conduciría a la conclusión de que lo que está en juego más que una jerarquía de intereses es una jerarquía de normas, a saber, el conflicto entre el derecho a preservar su existencia y la

obligación de no perjudicar a otros. Incluso en tal caso, el conflicto podría hasta cierto punto resolverse mediante la adaptación de las consecuencias del incumplimiento de la obligación.

9. El párrafo 145 pone de manifiesto el mismo vínculo entre la naturaleza y el contenido de la obligación y las consecuencias de la existencia de un caso fortuito. A ese respecto, la distinción establecida anteriormente por la Comisión entre las obligaciones de abstenerse de adoptar un determinado comportamiento, las obligaciones de hacer y las obligaciones de impedir que se produzca alguna cosa presenta un interés evidente desde el punto de vista de los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito. En estos casos incluso, parece que es posible no sólo adaptar la obligación, sino también adaptar las consecuencias del incumplimiento objetivo de la obligación, es decir, el cumplimiento de una obligación sustitutiva.

10. Las dificultades que reviste la aplicación de los dos conceptos que se examinan no excluyen evidentemente la posibilidad de redactar al respecto proyectos de artículos. Los artículos propuestos por el Sr. Ago son sumamente útiles, siempre que no se los considere como una respuesta completa a todos los problemas. El párrafo 1 del artículo 31 es perfectamente claro y lógico y el párrafo 3 del mismo artículo es su contrapartida evidente. Se plantea no obstante la cuestión de si la segunda parte del párrafo 2 de ese artículo, que menciona «una situación de peligro igual o mayor», trata en forma adecuada todas las consecuencias de la regla de la proporcionalidad. En lo que se refiere al artículo 32, hay incertidumbre en cuanto al punto de saber si el hecho de sobrevenir «un factor exterior e imprevisible» no es en principio una cosa respecto de la cual el Estado autor del hecho debe asumir el riesgo. Ese Estado podría, al menos, excusarse y reparar todo el daño efectivamente causado por ese hecho, lo que significa que un hecho que no se considera ilícito puede, sin embargo, tener consecuencias. Si bien puede considerarse que algunas circunstancias excluyen la ilicitud de un hecho particular del Estado, ello no quita para que ese hecho tenga ciertas consecuencias jurídicas. Sin embargo, las consecuencias jurídicas de un hecho que no es ilícito constituyen un tema distinto.

11. El Sr. TABIBI dice que le ha impresionado mucho el análisis efectuado por el Sr. Ago de los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, análisis que comprende la doctrina, la práctica de los Estados y, más especialmente, las opiniones expresadas en conferencias internacionales reunidas con los auspicios de la Sociedad de las Naciones y de las Naciones Unidas. El orador no puede menos de suscribir la conclusión formulada en el párrafo 125 del informe, a saber, que, en derecho internacional, existe un principio bien arraigado y unánimemente reconocido según el cual un comportamiento que no esté en conformidad con lo que exige una obligación no constituye un hecho ilícito si el sujeto se ha encontrado en la imposibilidad absoluta de actuar de otro modo. Los términos del párrafo 1 del artículo 31 están en perfecta armonía con esa conclusión. En general, el Sr. Tabibi apoya los principios que constituyen la base de los artículos 31 y 32.

12. El Sr. Tabibi considera, sin embargo, que la cuestión del caso fortuito presenta numerosas trampas y que hay que esforzarse por redactar los artículos de modo que se

³ Véase A/CN.4/318 y Add.1 a 4, párr. 113.

evite todo abuso y proceder de modo que las obligaciones internacionales no sean violadas con distintos pretextos. La buena fe debe servir de punto de partida para determinar las intenciones del autor del incumplimiento de una obligación cuando ese incumplimiento se deba a un caso fortuito. La carga de la prueba no debe corresponder a la víctima, sino al autor del comportamiento atribuible al Estado. El tercer aspecto que exige un examen muy atento es la medida entre el hecho cometido y la obligación de que se trate. Por ejemplo, un Estado responsable de un daño causado en una autopista de un Estado vecino puede aducir que no cuenta con medios financieros para reparar el daño, y ese daño puede ser tan importante que interrumpa la circulación por esa autopista. Habría que precisar los términos de los párrafos 2 y 3 del artículo 31 para que se ajusten a los objetivos previstos en el párrafo 1. En el artículo 32, el criterio fundamental debería ser simplemente el hecho de «haber sobrevenido un factor imprevisible» y la palabra «exterior» debería eliminarse. Por último, el Comité de Redacción podría estudiar la posibilidad de formular un artículo único, con una parte relativa a la fuerza mayor y otra relativa al caso fortuito.

13. El Sr. THIAM no tiene la intención de extenderse sobre la distinción que se ha de hacer entre la fuerza mayor y el caso fortuito, pues el sentido dado a esas expresiones varía según el sistema jurídico al que uno se refiera. Observa que de ordinario parece admitirse que la fuerza mayor y el caso fortuito son, en principio, causas de exención de la responsabilidad. De ahí que colocándose en el plano práctico puede uno preguntarse, en cada caso concreto, si unas circunstancias particulares constituyen un caso de fuerza mayor o un caso fortuito.

14. El Sr. Thiam se pregunta cuál es el valor de las normas enunciadas en los artículos 31 y 32 respecto de los Estados de reciente independencia. Recuerda que, en sus primeros informes, el Sr. Ago planteó la cuestión de la responsabilidad en el caso de los Estados de reciente independencia y que la Comisión decidió examinar esa cuestión más adelante, cuando examinase las causas de exención de la responsabilidad. Se planteó entonces la cuestión de si habría que prever disposiciones particulares para los Estados de reciente independencia o si se podían encontrar elementos de una solución en el enunciado de una norma general. El Sr. Thiam celebraría que el Sr. Ago diese respuesta a esta cuestión.

15. El Sr. USHAKOV reconoce que existen circunstancias que impiden a un Estado cumplir sus obligaciones internacionales y que, por su naturaleza, excluyen la ilicitud del hecho del Estado y, por ende, su responsabilidad. Pero opina que hay que distinguir muy claramente entre los tres tipos de circunstancias que pueden excluir la ilicitud y que son, según él, la fuerza mayor, el caso fortuito y la «necesidad extrema».

16. La fuerza mayor y el caso fortuito tienen las mismas consecuencias: colocan al Estado en la imposibilidad material de cumplir su obligación. Pero sus causas son diferentes: la fuerza mayor (en inglés, «act of God») es una circunstancia producida por un acontecimiento de la naturaleza, independientemente de la voluntad del hombre, mientras que el caso fortuito es una circunstancia producida por una acción humana: individual o colecti-

va. Así, un aterrizaje forzoso provocado por la tempestad constituye un caso de fuerza mayor, pues se debe a una circunstancia natural, mientras que un aterrizaje forzoso provocado por la explosión de una bomba colocada a bordo del avión por un terrorista es un caso fortuito, pues se debe a una acción humana.

17. El Sr. Ushakov se adhiere al criterio del representante de Haití que, durante la Conferencia internacional de la paz de 1907, que revisó el sistema de arbitraje establecido por la Convención de 1899 para el arreglo pacífico de controversias internacionales, definió las circunstancias constitutivas de fuerza mayor como «los hechos ajenos a la voluntad del hombre»⁴. En cambio, no está de acuerdo con el Sr. Ago cuando éste dice, en el párrafo 107 de su informe, que la fuerza mayor es un factor exterior que «también puede ser resultado de la acción humana». A ese respecto, considera que la expresión «fuerza mayor» se ha utilizado desacertadamente en el párrafo 5 del artículo 42 de la Convención sobre las misiones especiales⁵, y que hubiera sido mejor referirse a las «circunstancias excepcionales», como en el texto ruso. En efecto, según el Sr. Ushakov, la fuerza mayor siempre es un acontecimiento natural. Ese acontecimiento es previsible en ciertos casos, en la medida en que, por ejemplo, se puede prever una inundación o una erupción volcánica, pero sus consecuencias son insoslayables.

18. Así, hay fuerza mayor cuando un Estado no puede cumplir sus obligaciones debido a un acontecimiento natural y hay caso fortuito cuando un Estado no puede cumplir sus obligaciones a causa de una acción humana. Por ejemplo, si un Estado se ha comprometido a exportar hacia otro Estado el producto de una mina y esa mina es destruida por un terremoto, se trata de un caso de fuerza mayor, si una Potencia enemiga ocupa la mina, se trata de un caso fortuito. En ambos casos, la consecuencia es la misma: el Estado se halla en la imposibilidad real de cumplir su obligación.

19. Lo que distingue la fuerza mayor y el caso fortuito de la «necesidad extrema» es que en este último caso el Estado no se encuentra en la imposibilidad material de cumplir su obligación. Podría satisfacerla, pero su comportamiento iría hasta tal punto en contra de sus propios intereses e incluso, en algunos casos, en contra de los intereses de toda la comunidad internacional, que se halla en una situación en que le es imposible cumplir su obligación. Por ejemplo, si un Estado puede reembolsar una deuda, pero al hacerlo podría verse expuesto a una situación financiera catastrófica que amenazaría su propia existencia, se puede considerar que está en la necesidad de diferir el pago de su deuda. Asimismo, si un Estado se obliga, en virtud de un acuerdo, a autorizar a otro Estado la caza de la ballena en su mar territorial y hay el peligro de desaparición de ese animal como consecuencia de una superexplotación, el primer Estado puede seguir autorizando la caza de la ballena, pero se halla en la «necesidad extrema» de prohibirla a fin de proteger una especie en vías de desaparición.

20. En consecuencia, el Sr. Ushakov propone que se reemplacen los proyectos de artículos 31 y 32 por las disposiciones siguientes:

⁴ *Ibid.*, párr. 116.

⁵ Resolución 2530 (XXIV) de la Asamblea General, anexo.

«Fuerza mayor

»La ilicitud de un hecho del Estado que no esté en conformidad con su obligación internacional quedará excluida si ese hecho se debe a fuerza mayor.»

«Caso fortuito

»La ilicitud de un hecho del Estado que no esté en conformidad con su obligación internacional quedará excluida si ese hecho se debe a un acontecimiento fortuito que implique la imposibilidad real de un comportamiento del Estado que no sea el comportamiento no conforme a su obligación internacional.»

21. El Sr. VEROSTA quería saber, para la orientación futura de los trabajos de la Comisión, qué ha previsto el Sr. Ago en lo que se refiere al estado de necesidad, que debe ser materia del artículo 33.

22. El Sr. AGO, respondiendo a la pregunta del Sr. Verosta, pone de relieve la distinción que ha hecho, principalmente en el párrafo 102 de su informe, entre la fuerza mayor y el estado de necesidad. Algunos de los ejemplos de necesidad extrema dados por el Sr. Ushakov no corresponden ni al artículo 31 ni al artículo 32, sino al artículo que seguirá a esas dos disposiciones y que se dedicará al estado de necesidad. En el párrafo 120 del informe se reseña el asunto de la *Société commerciale de Belgique*, entre Grecia y Bélgica, sometido a la CPJI. Al sostener que no podía cumplir su obligación internacional sin comprometer el funcionamiento normal de sus servicios públicos, el Gobierno griego invocaba en realidad el estado de necesidad, es decir, una necesidad extrema que le impulsaba, si no a renunciar definitivamente al pago de su deuda, al menos a diferirlo para evitar la bancarrota del Estado. Cuando hay estado de necesidad, normalmente es la existencia misma del Estado o uno de sus intereses fundamentales lo que está en juego, pero también puede estarlo, como ha señalado el Sr. Ushakov, uno de los intereses fundamentales de una pluralidad de Estados o de la comunidad internacional. Los casos de estado de necesidad relativos a una situación de necesidad extrema del Estado no tienen ninguna relación con los casos de situación de peligro extremo de un agente del Estado colocado ante una alternativa que no constituye una opción real: no se puede exigir a un piloto que se suicide antes que violar una obligación internacional.

23. Es cierto que en la materia la terminología es cambiante. Si en un texto se ha empleado una expresión en vez de otra, es simplemente porque correspondía mejor al pensamiento de su autor, pero el Sr. Ago quiere recordar que ninguna de ellas tiene un sentido natural indiscutible. Sería preferible, en esas condiciones, hacer abstracción de las expresiones provisionalmente empleadas para designar las situaciones reales contempladas en los artículos que se examinan y dedicarse a la redacción de disposiciones generalmente aceptables. No está excluido que pueda considerarse, como lo hace el Sr. Ushakov, que el concepto de fuerza mayor sólo se refiere a los hechos de la naturaleza, pero sería mejor no insistir, por el momento, en que se utilice una expresión de preferencia a otra.

24. El Sr. VEROSTA dice que la Comisión tendrá que optar un día por expresiones y que debería desde ahora

pensar seriamente en ello. La terminología consagrada por la práctica de los Estados es muy variada, pero habría que procurar que no se utilicen expresiones que sean extrañas para determinados Estados. Personalmente, el Sr. Verosta no puede admitir el concepto de imposibilidad relativa y desearía, como el Sr. Ushakov, limitar el concepto de fuerza mayor a los hechos de la naturaleza. Por otra parte, considera que la Comisión no puede excusar totalmente el estudio de las consecuencias que el Sr. Riphagen ha puesto de relieve.

25. El Sr. REUTER opina que hay que evitar, por ahora, que expresiones como «fuerza mayor», «caso fortuito» y «estado de necesidad» figuren en los artículos, o incluso en los comentarios, salvo que vayan entre paréntesis. El sentido de esas expresiones varía tanto de un país a otro que su empleo por la Comisión debería quedar excluido, puesto que sería peligroso. Quizá podría emplearse, por ejemplo, la expresión «contrainte irrésistible».

26. Para progresar en el estudio de los artículos que se examinan, la Comisión debe limitarse a las tres cuestiones planteadas en la sesión anterior por el Sr. Ago (1570.ª sesión, párr. 66). Si la Comisión abordase las cuestiones planteadas por el Sr. Riphagen y tratase de determinar qué es lo que ocurre con la obligación internacional una vez establecida la ilicitud del comportamiento adoptado se encontraría en un callejón sin salida. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados se guardó muy bien de reglamentar las cuestiones de responsabilidad, que sólo fueron tratadas ligeramente en el artículo 60 de la Convención de Viena⁶.

27. Los principios que el Sr. Ago enuncia en los artículos que se examinan son principios generales válidos en todos los casos. So pena de encontrarse también allí en un callejón sin salida, la Comisión no debe ponerse a averiguar si esos principios se aplican a las relaciones económicas. La jurisprudencia que cita el Sr. Ago en materia de empréstitos ya es antigua, como ha señalado el Sr. Ushakov. En la actualidad, las cuestiones económicas de ese tipo son casi siempre objeto de convenciones particulares en las que la expresión «fuerza mayor» se emplea en un sentido totalmente distinto de su sentido general. Es cierto que la Comisión no tiene que establecer reglas para los casos comprendidos en esos acuerdos, pero podría tratar de demostrar que a falta de todo acuerdo, las dificultades monetarias o económicas pueden justificar el incumplimiento temporal de una obligación internacional, y aun la reducción de una deuda. Sobre ese punto existe no sólo una antigua jurisprudencia arbitral, sino también una jurisprudencia reciente. En su comentario, la Comisión podría pues precisar que establece normas generales y que se abstiene deliberadamente de elaborar disposiciones más matizadas sobre determinadas categorías de obligaciones.

28. En cuanto al fondo, el Sr. Reuter responde afirmativamente a las tres cuestiones planteadas por el Sr. Ago. Por lo que respecta al párrafo 1 del artículo 31, se congratula de que el Sr. Ushakov, en su propuesta (párr. 20 *supra*), renuncie a referirse al autor del comportamiento atribuible al Estado. Entre el párrafo 1 del artículo 31,

⁶ Véase 1533.ª sesión, nota 2.

por una parte, y el párrafo 2 de ese mismo artículo y el artículo 32, por la otra, existen grandes diferencias. Como ha señalado el Sr. Ago, se pueden ejercer coacciones ya sea sobre el Estado, ya sea sobre sus agentes. De ahí que en la Convención de Viena se dedicaron dos artículos, respectivamente, a la coacción ejercida sobre un Estado y a la coacción ejercida sobre el representante de un Estado. La hipótesis prevista en el párrafo 2 del artículo 31 parece referirse a las personas físicas. Como ya ha señalado el propio orador respecto de otro artículo, la cuestión se plantea en términos diferentes para los Estados puesto que, en algunas circunstancias, deben resignarse a perecer. Como el Sr. Ago desea tratar separadamente el problema de la necesidad para el Estado y el de la necesidad para el individuo, convendría quizá que el párrafo 2 del artículo 31 pasara a ser un artículo separado. En cuanto a la idea que el Sr. Ago tiene del concepto de caso fortuito, ella es contraria al uso del idioma francés y es probable que no se ajuste a varios sistemas jurídicos. Además, cabe preguntarse si el artículo 32 no se refiere fundamentalmente a las personas físicas como se desprende de los ejemplos dados por el Sr. Ago. ¿Se puede excusar a un Estado por hallarse en la imposibilidad de percatarse de que su comportamiento no está en conformidad con una obligación internacional? Por consiguiente, quizá conviniere reunir el párrafo 2 del artículo 31 y el artículo 32 en una disposición única.

29. En el párrafo 1 del artículo 31, el Sr. Ago sólo menciona la imposibilidad absoluta de actuar de otro modo. El Sr. Ushakov no querría ir tan lejos, mientras que el Sr. Reuter querría ir más lejos y mencionar la causa. Sin embargo, no sería prudente mencionar las posibles causas en el texto mismo del artículo. En el comentario, la Comisión podría indicar en primer lugar las causas naturales, como los cataclismos. ¿Habría que mencionar en tal caso las causas desconocidas? Si una presa construida en un Estado cede y las aguas que contiene se derraman sobre el territorio de un Estado vecino, la causa de esa catástrofe puede ser un terremoto, un vicio de construcción o un vicio de construcción revelado por el terremoto. ¿Podrían admitirse dos causas concomitantes? ¿A quién correspondería la carga de la prueba? En determinados sistemas jurídicos, la expresión «caso fortuito» se refiere precisamente a las situaciones originadas por una causa desconocida. Por eso no habría que entrar en el detalle de las causas, sino quizás incluir en el párrafo 1 del artículo 31 dos elementos que figuran en el artículo 32, a saber, el carácter exterior del factor determinante y su carácter imprevisible. Se puede replicar, claro está, que ese factor sólo puede ser exterior, puesto que está previsto, en el párrafo 3 del artículo 31, que la situación de imposibilidad o de peligro extremo no debe haber sido causada por el Estado al que sea atribuible el comportamiento que no esté en conformidad con la obligación. Para ilustrar la necesidad del carácter imprevisible, el Sr. Reuter da el siguiente ejemplo: aunque los servicios meteorológicos internacionales hayan anunciado una tempestad y avisado a los aeropuertos de que ya no han de dejar despegar a los aviones, un Estado autoriza a un avión a despegar, pero éste ha de aterrizar poco después en el territorio de otro Estado, provocando graves daños. Como el factor que ha determinado la adopción de un comportamiento que no era conforme a

la obligación internacional era previsible, ese comportamiento no puede considerarse lícito.

30. Sir Francis VALLAT dice que, a pesar del amplio acuerdo existente con respecto a los principios aludidos, la forma en que procede expresarlos crea alguna dificultad.

31. Leyendo la sección 4 del capítulo V del octavo informe del Sr. Ago (A/CN.4/318 y Add.1 a 4) se puede observar que ya existen casos en los que determinados elementos tienen un efecto sobre las consecuencias del hecho y sobre la naturaleza de la obligación, y otros casos en que el Estado tiene una disculpa o en que la ilicitud de su hecho queda excluida por razón de las circunstancias. El estudio de la Secretaría sobre la fuerza mayor y el caso fortuito⁷ también ha expuesto otras muchas situaciones que confirman el carácter marginal de la cuestión. Para el caso de que se trata, sin embargo, los términos propuestos por el Sr. Ago parecen apropiados a las circunstancias, ya que la presencia de las palabras «[hecho del Estado] que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional», que se aplican a cada una de las tres situaciones previstas en los artículos 31 y 32, significa que, si se modifica la obligación hasta el punto de que nazca otra obligación, la cuestión debe regirse por otra disposición. Por consiguiente, Sir Francis considera que la Comisión puede aceptar sin riesgo una formulación como la que se propone, sin perjuicio de expresar claramente en el comentario que los artículos 31 y 32 sólo se refieren al caso en que una obligación existe y en que el comportamiento atribuible al Estado no está en conformidad con esa obligación, y que, por tanto, no se aplican a la hipótesis de la modificación de una obligación.

32. En cuanto a la estructura del proyecto de artículos, Sir Francis opina que la diferencia entre los párrafos 1 y 2 del artículo 31, por una parte, y el artículo 32, por la otra, no reside exclusivamente, y tal vez ni siquiera principalmente, en la naturaleza del acontecimiento, pues esa diferencia es igualmente marcada según el tipo de situación prevista. Así, el párrafo 1 del artículo 31 se refiere a las circunstancias que la Convención de Viena considera como casos de imposibilidad de cumplimiento, el párrafo 2 del artículo 31 a una situación de peligro extremo y el artículo 32 a la imposibilidad de percatarse de que los hechos realizados constituyen una violación de una obligación. Esas tres situaciones, que son enteramente diferentes, participan tanto de la esencia de los artículos como las circunstancias a las que deben su origen. En realidad, Sir Francis optaría por insistir más en las circunstancias que son la consecuencia de la situación más bien que en aquellas que son la causa y preferiría, con esa perspectiva, incorporar los dos elementos del párrafo 3 del artículo 31, es decir, la imposibilidad de cumplir la obligación y la situación de peligro extremo, a los párrafos 1 y 2 del artículo, respectivamente.

33. Por otra parte, la fórmula «el autor del comportamiento», que figura en el párrafo 1 del artículo 31, aparece por primera vez en el proyecto, pues la fórmula habitual es más bien «el comportamiento de un órgano del Estado». Sir Francis duda de que en esta etapa sea

⁷ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/315.

recomendable adoptar una terminología nueva. Lo esencial no es saber si era imposible para el autor o para el órgano del Estado proceder de otro modo, sino si era imposible para el propio Estado hacerlo. En caso de desaparición de una isla, por ejemplo, la imposibilidad de transferir la isla no sólo recae en el órgano del Estado, sino en el Estado en calidad de tal. Cabe temer que todo intento de distinguir entre la imposibilidad para el autor del comportamiento y la imposibilidad para el Estado autorice a este último a pretender que, por haber sido su agente incapaz de proceder de otro modo, él por su parte no es responsable de su comportamiento. Lo importante, en fin de cuentas, es determinar si era o no imposible para el Estado cumplir la obligación; la cuestión de si un particular estaba o no en condiciones de hacerlo sólo tiene un interés secundario.

34. Sin proponer expresamente una enmienda, Sir Francis cree que la preocupación que ha expresado desaparecería si la parte final del párrafo 1 del artículo 31 fuese reemplazada, después de las palabras «quedará excluida», por las palabras «si, debido a circunstancias independientes de su voluntad, el Estado se halla en la imposibilidad de actuar en conformidad con la obligación».

35. Aunque considera que la Comisión debería examinar la cuestión de hacer una mención de las circunstancias que dan origen a la imposibilidad, Sir Francis se ha abstenido de abordar la cuestión, porque estima que el estudio de esas circunstancias sólo podría plantear dificultades. Parece indudable, sin embargo, que el Estado debe poner a salvo su responsabilidad demostrando que los hechos que se han producido eran independientes de su voluntad, y, por consiguiente, se puede sostener que todo el problema consiste en saber si el Estado habría podido evitar la situación.

36. Por último, sería peligroso establecer un criterio de previsibilidad, que por fuerza sería puramente subjetivo y dependería del punto de vista del Estado o del órgano interesado. En realidad, Sir Francis duda de que haya algo que se pueda considerar como imprevisible, dado que los casos de fuerza mayor más frecuentes —sismos, desaparición de una isla por la actividad volcánica, fenómenos climáticos extremos, por ejemplo— pueden ser previstos y lo han sido.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1572.ª SESIÓN

Jueves 19 de julio de 1979, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Milan ŠAHOVIĆ

Miembros presentes: Sr. Barboza, Sr. Dadzie, Sr. Díaz González, Sr. Njenga, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Sucharitkul, Sr. Tabibi, Sr. Thiam, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sir Francis Vallat, Sr. Verosta, Sr. Yankov.

También presente: Sr. Ago.

Responsabilidad de los Estados (*continuación*) (A/CN.4/318 y Add.1 a 4) [Tema 2 del programa]

PROYECTO DE ARTÍCULOS
PRESENTADO POR EL SR. AGO (*continuación*)

ARTÍCULO 31 (Fuerza mayor) y

ARTÍCULO 32 (Caso fortuito)¹ (*continuación*)

1. Sir Francis VALLAT dice que el examen que ha de efectuar la Comisión sobre las cuestiones relativas a la fuerza mayor y al caso fortuito quizás se facilitaría si las tres disposiciones de fondo de los artículos 31 y 32 se tratasen en artículos separados, al menos para los efectos de la redacción inicial. Esta observación se aplica, en particular, al párrafo 2 del artículo 31, que debería incorporar la disposición pertinente del párrafo 3. En efecto, sería útil que el Comité de Redacción pudiese examinar aisladamente la cuestión del peligro extremo.

2. Habida cuenta de que la causa de justificación o la excusa del peligro extremo se invoca la mayoría de las veces en el caso de buques o de aeronaves, ese concepto reviste un carácter particular y, en cierto modo, la cuestión debería tratarse preferentemente en su contexto propio. La generalización de la excusa fundada en el peligro extremo da lugar a dificultades, una de las cuales —y no la menor— es la noción misma de peligro extremo: en qué consiste éste, a quién y en qué circunstancias se aplica, son otras tantas cuestiones que exigen un examen a fondo. Sir Francis supone, tras la lectura del párrafo 2 del artículo 31, que ese concepto se aplica al caso de un individuo, en contraposición al de una sociedad o de un Estado. Si esta suposición es justa, habría que señalarla. Sir Francis se pregunta además cuál es exactamente la naturaleza del peligro extremo previsto en este párrafo. Si la vida de una persona está en peligro, se trata claramente de un caso de peligro extremo. Pero ¿ha de hallarse un hombre en peligro de muerte para tener la posibilidad de adoptar un comportamiento que, de no ser así, entrañaría la violación por el Estado de una obligación de derecho internacional? Es una pregunta a la que le resulta difícil responder. Asimismo, Sir Francis no está seguro de que el criterio de evaluación del comportamiento enunciado en el mismo párrafo, a saber, que el comportamiento «no origine una situación de peligro igual o mayor para un tercero», sea el que corresponde. A su juicio, debería aplicarse el principio de la proporcionalidad para establecer un vínculo entre las medidas de protección efectivamente adoptadas y lo que es necesario, o razonablemente necesario, para evitar el peligro.

3. Un punto un poco más importante es que el párrafo 2, en su redacción actual, hace pensar que la elección de los medios queda enteramente a la discreción de la persona colocada en una situación de peligro extremo, lo que parece romper el vínculo entre el individuo que será normalmente el órgano del Estado y el propio Estado. Por ejemplo, el piloto de un avión en vuelo puede hallarse en una situación en que, para salvar vidas, esté obligado a cruzar una frontera o a aterrizar en el territorio de un país

¹ Véanse los textos en la 1569.ª sesión, párr. 1.