

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.

extranjero. Esa situación ha podido producirse porque la torre de control del aeropuerto del Estado no le ha proporcionado las informaciones necesarias o porque ha habido negligencia en el mantenimiento del aparato. Sir Francis opina que en casos de ese tipo, en que lo sucedido se debe a algún descuido del Estado, éste debe sobrellevar la responsabilidad, incluso si el individuo se ha hallado en peligro y ha tenido que remediarlo. El párrafo 3 responde en cierta medida a esa consideración, pero sin abordar la cuestión de cómo se ha producido la situación, cuestión que debe tratarse de un modo más positivo.

4. En el artículo 32 se insiste también en la situación del individuo, «el autor del comportamiento»: también en este caso Sir Francis se pregunta si no debería haber un vínculo más directo con el Estado. Además, abriga dudas respecto del paso de la formulación negativa de los párrafos 1 y 2 del artículo 31 a la formulación adoptada en el artículo 32 y dudas todavía más serias sobre la cuestión de si, en derecho, es aplicable el criterio de la imprevisibilidad. No obstante, la principal dificultad que le plantea el artículo 32 se refiere al pasaje «en la imposibilidad de percatarse de que su comportamiento no está en conformidad con la obligación internacional»; en este punto, agradecería algunas aclaraciones. Es posible que se produzca una situación en la que el Estado posea elementos de información, pero no el particular, y Sir Francis duda de que en tal caso se libere al Estado de su responsabilidad. En derecho interno, por ejemplo, sucede a menudo que una persona comete una falta con toda inocencia, pero ello no la exime necesariamente de responsabilidad.

5. El Sr. SUCHARITKUL considera que los tres principios generales enunciados, respectivamente, en los párrafos 1 y 2 del artículo 31 y en el artículo 32 son aceptables, pero teme las dificultades de comprensión y de interpretación que por fuerza habría de suscitar la transposición al derecho internacional de expresiones propias del derecho interno. No sólo las situaciones previstas en los artículos que se examinan se definen con expresiones que varían de un país a otro, sino que además se da el caso de que una misma expresión se utilice en dos sistemas jurídicos para designar situaciones diferentes. Por otra parte, el alcance de esas expresiones puede variar, en derecho interno, según sean utilizadas, por ejemplo, en materia penal o en materia civil.

6. Con frecuencia, la expresión «fuerza mayor» ha sido una fuente de confusión, ya sea que ha sido empleada en el derecho interno, en contratos internacionales, como los contratos para la compraventa internacional de mercaderías, o bien en convenciones internacionales. Incluso si esa expresión está definida en el derecho interno, puede suceder, dado el principio de la autonomía de la voluntad, que las partes en un contrato le den un sentido diferente. Lo mismo que el Sr. Ago, el orador opina que no hay que limitar el concepto de fuerza mayor a los hechos de la naturaleza que sobrevengan, sino que hay que ampliarlo a los hechos originados por acciones humanas. Por lo demás, el principio que figura en el párrafo 1 del artículo 31 debería aplicarse no sólo a las obligaciones convencionales y consuetudinarias, sino también a las que puedan dimanar de decisiones del Consejo de Seguridad, de sentencias arbitrales o de fallos de la CIJ. En el *Asunto del*

derecho de paso por territorio indio, que enfrentó a Portugal con la India ante la CIJ, ésta resolvió en 1960² que Portugal tenía en 1954 un derecho de paso hacia dos enclaves; ahora bien, mientras tanto, esos enclaves habían dejado de estar bajo la soberanía de Portugal. La aparición de ese factor dio lugar, pues, a que el cumplimiento de la obligación de la India fuera absoluta y materialmente imposible. Desde luego, se puede preguntar si, en ese caso, la situación así creada no ha sido causada «por el Estado al que sea atribuible el comportamiento que no esté en conformidad con la obligación», en los términos del párrafo 3 del artículo 31. En el *Asunto de la apelación relativa a la competencia del Consejo de la OACI*³, que la CIJ tuvo que examinar poco antes de la desaparición del Pakistán Oriental, se trataba del sobrevuelo del territorio indio por los aviones civiles pakistaníes. También en ese caso, la obligación de la India había dejado de tener objeto y su cumplimiento era imposible; pero también en ese caso cabe preguntarse si esa imposibilidad no era atribuible a la India.

7. En lo concerniente a la situación de peligro extremo, el Sr. Sucharitkul se inclina a pensar, como Sir Francis, que se refiere más bien a los particulares que a los Estados. Según el Sr. Ago, esa situación, que califica de imposibilidad relativa, se caracteriza por la elección entre el cumplimiento de la obligación internacional y otro comportamiento que permita eludir un peligro grave.

8. Lo mismo que Sir Francis, el orador duda de que el concepto de factor imprevisible constituya un criterio atinado. Señala que, si bien muchos acontecimientos son previsible, como el hecho de que ocurran ciclones, por lo general no es posible determinar con anticipación el momento preciso en que han de ocurrir. En definitiva, en todos los casos previstos en los artículos 31 y 32 hay que considerar un elemento subjetivo que se expresa en el grado de diligencia del autor del comportamiento atribuible al Estado. En ese sentido, se podría distinguir, como en el derecho romano, entre la *culpa lata*, la *culpa levis* y la *culpa levissima*. Con frecuencia, el piloto que tiene que hacer un aterrizaje forzoso se encuentra a merced de factores naturales o mecánicos que dificultan mucho el pilotaje del avión. Por este motivo, el Sr. Sucharitkul desearía que la Comisión insistiese en un concepto como el de la fuerza física o moral o bien la «insuperabilidad» en lugar de «control».

9. El Sr. NJENGA dice que la norma enunciada en el artículo 31 se basa en la idea de que un acontecimiento exterior respecto del cual el Estado no tiene ningún control pueda colocar a éste en la imposibilidad de cumplir su obligación, de modo que la ilicitud no puede provenir de su acto. El Sr. Njenga no puede, pues, admitir que, por las necesidades de los proyectos de artículos, haya que interpretar la doctrina de la fuerza mayor en forma restrictiva, como aplicable únicamente a las catástrofes naturales. A este respecto, observa que en el párrafo 107 del informe del Sr. Ago (A/CN.4/318 y Add.1 a 4) se dice: pero ese factor exterior «también puede ser resultado de la acción humana, por ejemplo, la pérdida de la soberanía o, simplemente, del control sobre una parte

² C.I.J. Recueil 1960, pág. 6.

³ C.I.J. Recueil 1972, pág. 46.

del territorio estatal». Por consiguiente, parece que el propio Sr. Ago no ha excluido la posibilidad de que una causa distinta de una catástrofe natural pueda conducir a un caso de fuerza mayor.

10. El Sr. Njenga desearía saber si, cuando se excluye la ilicitud por razones de fuerza mayor, también hay la intención de excluir la indemnización de la otra parte igualmente inocente. Su inquietud a ese respecto proviene del hecho de que en el párrafo 124 de su informe el Sr. Ago ha citado, al parecer aprobándolo, el párrafo 6 del artículo 10 del proyecto de codificación elaborado por Graefrath y Steiniger, que dice: «La obligación de reparar cesa de existir si hay fuerza mayor o estado de necesidad.» El Sr. Njenga teme que, si la Comisión se aventura por ese camino, tendrá las manos atadas cuando examine la cuestión de la responsabilidad por hechos que no están prohibidos por el derecho internacional. Por ejemplo, si un petrolero, al dirigirse de un Estado A a un Estado B, entra en colisión con otro barco debido a una neblina densa y, por ello, se derrama petróleo sobre las playas de un Estado C, se trataría claramente de un caso de fuerza mayor, y el Sr. Njenga no admite que el Estado C sufra las consecuencias únicamente porque en derecho no haya una parte responsable. Se podría exigir a las partes que realizan empresas sumamente arriesgadas que se aseguren de antemano contra los riesgos que ello entraña y que establezcan una especie de mecanismo para remediar esas situaciones. Existe en el *common law* una norma (*Rylands v. Fletcher*⁴) que impone lo que equivale a una responsabilidad absoluta por los daños resultantes de esas empresas.

11. También hay que considerar lo que podría denominarse «fuerza mayor económica», cuestión que se aborda en el *Asunto concerniente al pago de diversos empréstitos serbios emitidos en Francia* y en el *Asunto concerniente al pago en oro de los empréstitos federales brasileños emitidos en Francia*, mencionados en los párrafos 118 y 119, respectivamente, del informe del Sr. Ago. El hecho de que un país haya sido víctima de una catástrofe como consecuencia de la cual se encuentra en la incapacidad absoluta de cumplir sus deudas no puede, a juicio del Sr. Njenga, excluirse de los casos de fuerza mayor. Por ejemplo, el alza sin precedente del precio del petróleo y de los artículos manufacturados combinada con la caída del precio de las materias primas ha conducido a muchos países en desarrollo al borde de la bancarrota. Si ello no constituyera un caso de fuerza mayor, el Sr. Njenga se pregunta qué podría constituirlo. Reconociendo este estado de cosas, algunos países acreedores, entre ellos los Países Bajos y los países escandinavos, han declarado que están dispuestos a renunciar al reembolso de los préstamos que han concedido a los países en desarrollo.

12. Por último, en cuanto se refiere a la formulación de los artículos 31 y 32, el Sr. Njenga propone que se pida al Comité de Redacción que estudie la posibilidad de refundirlos o ajustarlos de modo que se puntualice la intención de los mismos y se establezca un nexo entre sus disposiciones. Sin embargo, el orador comparte plenamente la opinión del Sr. Tabibi acerca de la necesidad de limitar el

alcance, de modo que esos artículos no puedan servir de excusa para infringir los derechos de los países más débiles.

13. El Sr. YANKOV dice que desaprueba lo que aparece como un propósito de descartar el uso de la expresión «fuerza mayor». La Comisión faltaría a su deber si decidiese que es más prudente prescindir de la fuerza mayor en vista de que este concepto tiene demasiadas connotaciones diferentes. La expresión «fuerza mayor» es un término técnico, no sólo en muchos sistemas de derecho interno, que dejan a la doctrina y a la jurisprudencia el cuidado de determinar cómo interpretarlo, sino también en derecho internacional e incluso en la terminología de la propia Comisión. Si algunos países no emplean esa expresión, la Comisión debe precisar su alcance en el comentario. Por fortuna, el Sr. Ago ha determinado y aclarado perfectamente, como se le había pedido, los factores que justifican el incumplimiento de una obligación internacional. El artículo 31 expone claramente el elemento, muy importante, de la imposibilidad de cumplir una obligación, así como la situación de peligro extremo que excluye la ilicitud internacional de un hecho del Estado. El artículo 32 prevé que puede «haber sobrevenido un factor exterior e imprevisible», pero es verdad que, como el proyecto se refiere a la responsabilidad de los Estados, quizás sería preferible que se evitase el empleo de la expresión «el autor del comportamiento». Sin duda, el Comité de Redacción podrá mejorar el texto de los proyectos de artículos habida cuenta de las propuestas que se han hecho a la Comisión, pero hay que felicitar al Sr. Ago por su análisis detallado y minucioso de la cuestión y del fondo mismo de los artículos que propone.

14. El Sr. USHAKOV insiste en la necesidad de que sólo se prevean las situaciones que hacen entrar en juego al Estado. Hay que evitar en absoluto referirse, en los artículos que se examinan, a los órganos del Estado, a los particulares y a otros autores de un comportamiento atribuible al Estado. En efecto, hay que remitirse al capítulo II del proyecto para determinar cuáles son los comportamientos que pueden atribuirse al Estado.

15. La expresión que se suele emplear en ruso para traducir la expresión «fuerza mayor», y que figura principalmente en el párrafo 3 del artículo 14 de la Convención de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua⁵, se refiere a los hechos de la naturaleza, con exclusión de las acciones humanas. Esa expresión podría traducirse al francés con las palabras «*force insurmontable*» o «*force irrésistible*». Sería, pues, preferible abstenerse de emplear en el proyecto la expresión «fuerza mayor». El Sr. Ushakov es partidario de dos artículos separados dedicados, respectivamente, a los acontecimientos fortuitos debidos a una actividad humana y a los acontecimientos incontenibles debidos a la fuerza de la naturaleza, porque considera que el Estado puede ser tenido por responsable de un acontecimiento debido a una actividad humana, mientras que la fuerza mayor no puede considerarse como resultante de una actividad del Estado. Al referirse al ejemplo dado en la 1571.ª sesión por el Sr. Reuter, el Sr. Ushakov se pregunta si el Estado que, a pesar de las

⁴ Reino Unido, *The Law Reports, English and Irish Appeal Cases before the House of Lords*, Londres, Council of Law Reporting, 1868, vol. III, pág. 330.

⁵ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 516, pág. 235.

previsiones meteorológicas pesimistas, autoriza el despegue de un avión de su territorio viola realmente una obligación internacional. En conclusión, propone que se consideren los hechos de la naturaleza así como los hechos del hombre, en la medida en que el Estado los origine.

16. El Sr. QUENTIN-BAXTER opina que no hay que dejarse llevar a examinar todos los aspectos del tema que puedan tener una repercusión sobre la responsabilidad de las consecuencias perjudiciales de hechos que en sí mismos no son ilícitos. Admite que no sea posible tratar, en los artículos 31 y 32, la cuestión de las obligaciones sustitutivas y comparte el sentir general de que dichos artículos deben referirse expresamente al Estado y no al autor de tal o cual comportamiento. Sin embargo, puesto que se insiste en este último aspecto, hay que reconocer que la perspectiva de las tres disposiciones principales de los artículos 31 y 32 no es enteramente idéntica.

17. En el plano humano, es fácil estimar que lo que se ha calificado de «fuerza mayor» sea la principal consideración y que, en el contexto del párrafo 2 del artículo 31, la imposibilidad de cumplir una obligación debe apreciarse según un criterio bastante diferente cuando la existencia y la suerte de seres humanos se encuentren en peligro. En el plano del Estado, sin embargo, se puede vislumbrar una relación diferente entre las tres principales disposiciones. Claro está que la situación de peligro extremo prevista en ese párrafo no puede separarse de su contexto humano, aunque sea difícil determinar la línea divisoria entre el concepto de peligro extremo y el de estado de necesidad, que la Comisión todavía no ha examinado. La liberación de las aguas retenidas por una presa que, al acumularse, provocan inundaciones en las ciudades de los países situados río arriba, puede acarrear pérdidas de vidas humanas y de bienes en un país vecino situado río abajo; ahora bien, ese caso se consideraría normalmente como un caso de estado de necesidad más que como un caso de peligro extremo. No obstante, la similitud entre los dos conceptos es demasiado grande para que no se tenga en cuenta o para que la Comisión pueda fijar su posición sobre una antes de haberse formado una opinión sobre la otra. Si se abrigan dudas respecto del vínculo existente entre el párrafo 2 del artículo 31 y el estado de necesidad, también debe haberlas respecto del vínculo existente entre la fuerza mayor y el caso fortuito.

18. Según el Sr. Ago, la diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito consistiría en que en un caso hay incapacidad absoluta de influir en el curso de los acontecimientos y en el otro ignorancia absoluta del hecho de que el curso de los acontecimientos es potencialmente ilícito. Según el Sr. Ushakov, se puede hacer una distinción general y satisfactoria entre el peligro que resulta de las causas naturales y el que resulta del hecho humano. Pero las cosas humanas son tan complejas que de ordinario no es fácil atribuir un acontecimiento a una causa o a otra. Así, una cosecha catastrófica puede imputarse a la sequía, pero también a la interrupción en las entregas de insecticidas. Tanto en el párrafo 1 del artículo 31 como en el artículo 32, el elemento esencial consiste en la impotencia para modificar la situación. El artículo 32 hace intervenir factores similares a los que se tienen en consideración en el párrafo 3 del artículo 31. La expresión «por

haber sobrevenido un factor exterior» se refiere probablemente a un factor al que el Estado de que se trata no ha contribuido, mientras que la expresión «factor [...] imprevisible» recurre probablemente a consideraciones de obligación de diligencia razonable, aunque el Sr. Quentin-Baxter abriga dificultades a ese respecto. Evidentemente, los términos del artículo 32 se comprenden fácilmente en el caso simple del piloto que, sin que haya la menor negligencia por su parte, no se da cuenta de que ha violado el espacio aéreo de un país extranjero. Pero el proyecto está destinado al Estado y no al piloto o a la tripulación, ¿y qué ocurrirá si ha habido falta de diligencia, por ejemplo si el personal de tierra ha equipado al aparato con un compás defectuoso?

19. El Sr. Sucharitkul ha señalado la importancia del factor tiempo. Las distinciones que la Comisión trata instintivamente de establecer entre las situaciones mencionadas en el párrafo 1 del artículo 31 y en el artículo 32 podrían efectivamente relacionarse con el elemento tiempo. La cuestión de saber si un factor es o no previsible tiene que plantearse a menudo respecto de la fuerza mayor y no es casualidad que las obras citadas por el Sr. Ago dejen poco claro el concepto de caso fortuito. El artículo 32 se refiere a un aspecto fundamental de la situación general que examina la Comisión, pero las vacilaciones del Sr. Quentin-Baxter se refieren a la línea de demarcación entre los dos conceptos e incluso a la cuestión de si los dos conceptos pueden en realidad distinguirse el uno del otro. Felizmente, el breve debate que la Comisión ha dedicado a la cuestión habrá desbrozado el camino para un examen útil y constructivo de los artículos 31 y 32 en el Comité de Redacción.

20. El Sr. TSURUOKA considera que habida cuenta de las divergencias de criterio que existen sobre el sentido que se ha de dar a expresiones como «fuerza mayor», «caso fortuito», «estado de necesidad» o «peligro extremo», es necesario formular de modo sumamente preciso las normas aplicables a esas situaciones y definir muy claramente la terminología empleada. Como se trata de normas que permiten excluir la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional y que pueden, en consecuencia, dar lugar a abusos en la vida práctica, habría que limitar hasta donde fuera posible el alcance de esas normas a fin de garantizar la estabilidad del orden jurídico internacional.

21. El Sr. Tsuruoka es partidario de dividir el artículo 31 en dos artículos. Desearía que todos los artículos relativos a la fuerza mayor, al caso fortuito y al estado de peligro extremo contuvieran una salvedad análoga a la que figura en el párrafo 3 del artículo 31.

22. El Sr. VEROSTA observa que el párrafo 127 del documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4 se ocupa de una situación que no puede servir al Estado «de justificación ni excusa». Ahora bien, el Sr. Verosta considera que hay que abstenerse de confundir la justificación y la excusa, que son dos conceptos totalmente distintos. En efecto, entre los casos fortuitos hay casos en que la ilicitud desaparece y hay otros en que la ilicitud persiste, pero con circunstancias atenuantes.