

1573.ª SESIÓN

Viernes 20 de julio de 1979, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. Milan ŠAHOVIĆ

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

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 (conclusión)

ARTÍCULO 31 (Fuerza mayor) y

ARTÍCULO 32 (Caso fortuito)¹ (conclusión)

1. El Sr. AGO, respondiendo a las observaciones formuladas en el curso del debate, toma nota, en primer lugar, de que los miembros de la Comisión aceptan, en general, las tres normas enunciadas en los artículos 31 y 32. En estas condiciones, es preferible, por ahora, prescindir de las cuestiones de terminología que los dividen. No obstante, el Sr. Ago quisiera observar que, contrariamente a la opinión expresada por el Sr. Sucharitkul en la sesión anterior, no se trata realmente de trasladar al derecho internacional conceptos del derecho interno. En efecto, las expresiones empleadas por el Sr. Ago para designar las situaciones previstas en los artículos que se examinan ya han sido abundantemente utilizadas en derecho internacional por los gobiernos, los autores, así como los árbitros y los jueces. La dificultad reside en el hecho de que, incluso en el derecho interno, la terminología fluctúa.

2. Además, hay que dejar a un lado la determinación de los factores externos que originan las situaciones que se han de tener en cuenta, para concentrarse únicamente en esas mismas situaciones. Parece generalmente admitido que deben contemplarse tres situaciones, a las que corresponden las tres normas. La primera es la de la imposibilidad material o absoluta. Algunos miembros de la Comisión vacilan ante el empleo de algún adjetivo, pues estiman que, en las hipótesis consideradas, o bien hay imposibilidad de cumplir la obligación internacional de que se trata o bien, simplemente, no hay tal imposibilidad. Pero eso no quita para que la expresión «imposibilidad absoluta» se emplee en la doctrina y existan en realidad varias clases de imposibilidad. La persona que sólo puede optar entre un comportamiento que no está en conformidad con una obligación internacional del Estado por cuya cuenta actúa y un comportamiento que está en conformidad con esa obligación, pero que equivale a un

suicidio, se halla indiscutiblemente en una situación de imposibilidad, inclusive si no se trata de una imposibilidad absoluta. Ahora bien, esta categoría de situaciones es precisamente la que la doctrina conoce con la expresión «imposibilidad relativa». La imposibilidad material, real o absoluta, que es la primera situación prevista en los proyectos de artículos, se caracteriza por el hecho de que el Estado (o la persona que actúa por su cuenta) no puede de ninguna forma cumplir una determinada obligación internacional y no tiene opción. En la segunda situación, la del peligro extremo, en rigor hay opción entre un comportamiento que no está en conformidad con la obligación internacional y un comportamiento teóricamente posible, pero que no se puede exigir normalmente a un ser humano que se encuentre en tal situación. La opción existe, pues, pero no es libre. En la tercera situación, además, sería absurdo hablar de opción ya que, a causa de un factor exterior e imprevisible, la persona que actúa por cuenta del Estado se encuentra en la imposibilidad de saber que su comportamiento no está en conformidad con una obligación internacional.

3. En cada una de las hipótesis previstas interviene un factor exterior e imprevisible. Desde luego que, como han señalado varios miembros de la Comisión, casi no existen acontecimientos que no sean previsibles en alguna forma. No obstante, para los efectos de los artículos que se examinan, lo que hay que averiguar es si la realización del factor determinante podía, en ese caso, haber sido previsto en condiciones normales de diligencia. Un mismo factor puede intervenir en cada una de las hipótesis, pero sus consecuencias varían según el caso. En el primero, resulta una situación de imposibilidad material de cumplimiento; en el segundo, una alternativa prácticamente inexistente, y en el tercero, una situación en que el agente del Estado no puede percatarse de la falta de conformidad de su comportamiento con la obligación internacional. En esta fase es donde comienza la diversidad de pareceres entre los miembros de la Comisión. Todos admiten que el factor exterior e imprevisible puede obedecer a un hecho de la naturaleza o a una acción humana, pero los separan problemas de terminología. Con todo, cualesquiera que sean las expresiones y las clasificaciones a que recurran, llegan a las mismas consecuencias. Por ejemplo, el Sr. Ushakov, que hace una distinción (1571.ª sesión) entre la fuerza mayor y el caso fortuito según obedezca el factor en cuestión a la naturaleza o al hombre, señalaba que sus consecuencias eran no obstante las mismas. Así, el avión cuya ala está averiada por un rayo o por un explosivo lanzado por un terrorista puede verse obligado, tanto en un caso como en el otro, a efectuar un aterrizaje forzoso. Como destacaba Sir Francis Vallat (*ibid.*), lo que cuenta, en todos los casos, es en definitiva la situación de imposibilidad material de cumplir la obligación internacional, ya sea que esa situación se deba a un hecho de la naturaleza, a un acto de autoridad o a una acción humana. El Estado que se comprometió con otro Estado a entregar determinadas cantidades de productos de su suelo o de su subsuelo puede hallarse en la imposibilidad de cumplir su obligación internacional, por ejemplo, a causa de la sequía, de una plaga de la langosta, de una huelga o incluso del hecho de que el territorio en que se encuentran esos productos sea objeto de una invasión extranjera.

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

4. En cuanto al factor exterior, que el Sr. Reuter quisiera (*ibid.*), por su parte, que se precisara, no es necesario que se deba a una acción intencional o negligencia del Estado que lo invoca para justificar un comportamiento no conforme a una obligación internacional.

5. Varios miembros de la Comisión han considerado que se ha de hablar del hecho del Estado y no del órgano que actúa por cuenta de aquél. Según el Sr. Ago, esa observación casi sólo se aplica a la primera norma. Las palabras «si el autor del comportamiento atribuible al Estado se halla en la imposibilidad absoluta de actuar de otro modo» en el párrafo 1 del artículo 31 podrían reemplazarse por «si ese hecho se ha cometido en la imposibilidad física de actuar de otro modo». Es de señalar, sin embargo, la diferencia que existe entre las obligaciones de hacer y las obligaciones de no hacer. Respeto de las obligaciones de la primera categoría, es evidente que sólo se puede hablar del Estado. En cambio, en el caso de las obligaciones de la segunda categoría, como la obligación de no cruzar una frontera, no es verdaderamente el Estado, sino el piloto de un avión o el comandante de un navío del Estado, quien se halla en la imposibilidad de actuar de otro modo. El Sr. Ago no afirma, sin embargo, que la expresión «el autor del comportamiento atribuible al Estado», que propone en los artículos 31 y 32, sea insustituible.

6. Como los miembros de la Comisión aprueban la primera norma, habrá que encontrarle un título, y en este punto las opiniones están divididas. El Sr. Ushakov se opone a la expresión «fuerza mayor», mientras que el Sr. Yanko y el Sr. Verosta (1572.ª sesión) son partidarios de esa expresión. En realidad, la expresión «fuerza mayor» no es sino la traducción de la expresión latina *vis major*, que se refiere a una fuerza superior y a la que no se puede resistir. Al parecer, nada exige que esa fuerza sea natural y que no se deba a una acción humana. Es cierto que en algunos sistemas jurídicos el concepto de fuerza mayor sólo se refiere a los hechos de la naturaleza, como ha señalado el Sr. Ushakov, pero la Comisión podría superar esa dificultad aclarando, en el artículo que lleve el título de «fuerza mayor», que se refiere a un factor exterior, ya sea natural o humano. Sin embargo, si los miembros de la Comisión no se pronuncian en favor de esa solución, el Sr. Ago podría aceptar otra expresión, como «fuerza irresistible». La expresión «contrainte irrésistible», propuesta por el Sr. Reuter (1571.ª sesión), debería evitarse ya que el término «contrainte» se emplea en otro artículo del proyecto con un sentido diferente. Pero en definitiva esas cuestiones de terminología son secundarias y debería resolverlas el Comité de Redacción.

7. Si las dos normas enunciadas en los párrafos 1 y 2 del artículo 31, respectivamente, figurasen en artículos distintos, es evidente que la disposición del párrafo 3 debería aplicarse a una y otra. En efecto, la ilicitud subsiste en todos los casos en que la situación de imposibilidad proviene del Estado. Como lo han destacado el Sr. Sucharitkul (1572.ª sesión) y el Sr. Riphagen (1571.ª sesión), en todas las situaciones que prevé el artículo 31 interviene un elemento subjetivo muy importante.

8. En la formulación de la norma relativa a la situación de peligro extremo, que figura en el párrafo 2 del artículo 31, es imposible dejar de mencionar al agente del

Estado, puesto que no es el Estado mismo sino su agente el que se encuentra en esa situación. En efecto, no se puede desconocer el hecho de que en el centro de esa situación se encuentra un ser humano. Sin embargo, podría suceder que, en presencia de la situación de peligro extremo en que se halle uno de sus agentes, un Estado no intervenga para sacarlo del apuro en circunstancias que podría hacerlo. En ese caso, el comportamiento del Estado sería ilícito y se aplicaría al párrafo 3 del artículo 31. Tal sería el caso del Estado que, hallándose en condiciones de salvar a uno de sus buques en situación de peligro extremo en alta mar, se abstuviese de intervenir.

9. También hay que tener en cuenta el aspecto humano de la situación prevista en el párrafo 2 del artículo 31 para distinguirla del estado de necesidad. Esta última hipótesis, que se tratará en el artículo 33, fue también señalada por el Sr. Ushakov (1571.ª sesión) mediante la expresión «necesidad extrema». En su deseo de hacer un estudio completo, el Sr. Ago ha mencionado en su informe casos que de hecho no pertenecen a la fuerza mayor ni al caso fortuito, sino más bien al estado de necesidad. Así, en un litigio con Bélgica, Grecia sostuvo que el reembolso de su deuda la habría colocado en una situación de bancarrota y que el Estado no podía afrontar semejante peligro². Por su parte, el Sr. Ushakov ha mencionado el caso en que un Estado, después de haber autorizado mediante un tratado a otro Estado a pescar determinada especie de peces en sus aguas territoriales, advierte que a consecuencia de ello una parte de su población puede verse privada de un importante recurso alimentario. Pueden calificarse de situaciones de «estado de necesidad» las situaciones en las que se perciba un peligro grave para la existencia del Estado o para un interés esencial del Estado. Ahora bien, esas situaciones deben distinguirse de aquellas en las que el que está en peligro y el que está obligado a actuar es el órgano del Estado para salvarse del peligro extremo en que se encuentra. Como ha puesto de relieve el Sr. Riphagen, hay que considerar, en esa segunda hipótesis, el caso del ser humano que actúa por cuenta del Estado pero en función de una situación en la que se encuentra como ser humano.

10. Otra cuestión planteada con respecto al párrafo 2 del artículo 31 es la de la proporcionalidad entre el interés propio que se protege y el ajeno que se sacrifica mediante el no cumplimiento de la obligación internacional. Como se ha hecho observar, es posible que no se sacrifique ningún interés verdadero o, en todo caso, que no se ocasione ningún daño material. Sobre ese aspecto, el Sr. Riphagen ha establecido dos hipótesis. En la primera, suponía que, por ejemplo, desaparece la isla que un Estado tiene la obligación de ceder a otro, en tanto que subsisten, claro está, el mar en torno de ella y la plataforma continental de la misma. Cabe preguntarse entonces cuál debe ser el destino de estos dos últimos elementos. Por su parte, el Sr. Ago se inclina a favor de la desaparición pura y simple de la obligación, pero observa que la cuestión se sale, en realidad, del tema que la Comisión está encargada de estudiar. La segunda hipótesis es aquella en la que un hecho cuya ilicitud está excluida

² Véase A/CN.4/318 y Add.1 a 4, párr. 120.

produce consecuencias perjudiciales para terceros Estados. También en este caso la solución cae fuera del ámbito de los artículos examinados. Sin embargo, el Sr. Ago está dispuesto a aceptar, si la Comisión lo juzga útil, que un párrafo indique expresamente que la exclusión de la ilicitud se entiende sin perjuicio de otras consecuencias que puedan resultar por otras razones del hecho del Estado en cuestión. Hay que considerar, además, que la falta de una proporción normal entre los intereses protegidos y los intereses sacrificados hace reaparecer la posibilidad de una ilicitud de ese hecho.

11. En cuanto a la tercera norma, que constituye el objeto del artículo 32, se refiere igualmente a la situación del agente del Estado autor del hecho, pues el Estado propiamente dicho puede incluso saber que uno de sus aviones ha traspasado los límites de su territorio, mientras que el piloto del aparato no se ha percatado de ello. Por consiguiente, es importante que se diga expresamente en el proyecto de artículo que es el agente, en cuanto ser humano, el que se halla en una situación en que le es imposible percatarse de que ha actuado en contra de una obligación internacional. Por lo que se refiere al título del artículo, la expresión «caso fortuito» parece ser una fuente de dificultades debido al sentido particular que se le atribuye en algunos sistemas jurídicos. Corresponderá al Comité de Redacción examinar ese aspecto.

12. En general, el Sr. Reuter (1571.ª sesión) ha estimado que sería preferible no investigar si los principios generales enunciados se aplican a las relaciones económicas internacionales. El Sr. Ago simpatiza con esa opinión y desearía que la Comisión evite toda referencia concreta a las obligaciones económicas, incluso en su comentario, aunque la CIJ haya resuelto admitir la excepción de fuerza mayor respecto de esas obligaciones.

13. Algunos miembros han señalado que se ha de velar por que no se permita ningún abuso que sea peligroso para los Estados débiles. Según el Sr. Ago, el riesgo de esos abusos parece poco probable en la medida en que las normas elaboradas por la Comisión tienden precisamente a proteger a los Estados más débiles. Incluso en el caso, previsto por el Sr. Thiam, de un Estado de reciente independencia que teniendo que hacer frente a una insurrección en una parte de su territorio se encuentre en la imposibilidad de cumplir una obligación internacional relativa a ese territorio, el proyecto de artículos ofrecería una protección adecuada puesto que esa situación correspondería a la primera norma, basada en la imposibilidad material de cumplimiento, y que el incumplimiento estaría, por consiguiente, desprovisto de todo carácter ilícito.

14. El Sr. Verosta señalaba en la sesión anterior que podrían existir situaciones en las que la ilicitud no esté excluida, pero en las que se deban tener en cuenta las circunstancias del caso como circunstancias atenuantes para fijar la cuantía y las formas de la indemnización del perjuicio. El Sr. Ago señala que esos casos corresponderían a la segunda parte del proyecto, que tendrá por objeto determinar, no ya la existencia, sino las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito.

15. El Sr. REUTER aprueba sin reservas la exposición del Sr. Ago y considera también, por su parte, que la Comisión debe razonar en términos de situaciones, es decir, de situaciones de imposibilidad. Ello supone que no

se entra a considerar la causa de la situación, ya se trate de un hecho de la naturaleza o de un hecho del hombre. A este propósito, el Sr. Ago ha dicho que sería preferible, para designar las situaciones de imposibilidad material debidas a causas naturales y sobre todo humanas, evitar el término «*contrainte*», empleado en otras disposiciones con un sentido determinado. El Sr. Reuter ha visto en ello una alusión al artículo 28³, y advierte en efecto que la cuestión examinada por la Comisión hace pensar en la materia objeto del artículo 28.

16. Concretamente, en efecto, se puede pensar en distintas situaciones convencionales en las que la convención como fuente de obligaciones internacionales lleva consigo muchos elementos de lo que entre particulares se denominaría un contrato. Ese es, en particular, el caso de las convenciones entre Estados que se refieren a la entrega de productos o materiales. En ese caso, el hecho de terceros puede tener una incidencia. Así, en el caso de un tratado que prevé la entrega por un Estado a otro Estado de aviones que el primer Estado no puede fabricar sin haber concertado previamente otro acuerdo con un tercer Estado para el suministro de material indispensable, si el tercer Estado no suministra el material, se está ante un hecho de un tercer Estado que impide la ejecución del primer tratado y hay que determinar si, por ese hecho, el incumplimiento de su obligación por el Estado que se comprometió a entregar aviones en virtud de ese tratado pierde su carácter de ilicitud. El Sr. Ago ha mencionado a ese respecto el concepto de acto de autoridad, tomado del derecho privado, que designa el hecho del Estado que impide el cumplimiento de contratos privados. Una situación de ese tipo puede presentarse efectivamente en las relaciones internacionales particularmente en la hipótesis de que una decisión internacional impida el cumplimiento de tratados.

17. El Sr. Reuter considera que la Comisión no podrá eludir el estudio de problemas complejos de este tipo si decide referirse a las causas y piensa, como el Sr. Ago, que sería preferible referirse exclusivamente a las situaciones.

18. El Sr. USHAKOV dice que él ha considerado siempre que se ha de establecer una distinción entre los acontecimientos naturales, que eximen al Estado de su responsabilidad, y los hechos de origen humano, en que la situación es diferente. Estima, además, que la Comisión debe eliminar de su comentario todos los ejemplos de casos concretos que no sean claros e indiscutibles, pues se impone una gran prudencia.

19. El Sr. VEROSTA dice que sigue lamentando que no se haya insertado a continuación de los artículos 31 y 32 un artículo 33 que los complete y que defina el estado de necesidad. Cree, en efecto, que convendría reunir los casos en que el Estado se encuentre en peligro mortal y los casos de peligro extremo de los órganos del Estado, pues el autor del comportamiento atribuible al Estado suele ser un órgano del Estado.

20. El Sr. SUCHARITKUL aclara que sólo para recordarlo con carácter general ha mencionado el peligro de adoptar en derecho internacional público una terminología de derecho privado. En el presente caso, no se opone

³ 1567.ª sesión, párr. 1.

al empleo de las palabras «fuerza mayor», sobre todo después de las explicaciones dadas por el Sr. Ago.

21. El Sr. AGO opina, como el Sr. Reuter, que se pueden evitar muchas dificultades si no se hace referencia a las causas. Recuerda, sin embargo, que la Comisión está encargada de redactar normas generales de derecho internacional y que es evidente que en la hipótesis en que un tratado internacional contuviese una norma diferente, sería esta última la que se aplicaría, puesto que los textos redactados por la Comisión sólo tienen el valor de normas subsidiarias.

22. Por otra parte, en el caso concreto expuesto por el Sr. Reuter de la imposibilidad de cumplir un convenio de venta internacional por el hecho de un tercer Estado, sería de aplicación el párrafo 3 del artículo 31, pues se podría considerar que el Estado había sido imprudente y negligente al concertar un tratado de suministro de material cuya producción no dependía exclusivamente de él. En la hipótesis diferente de sanciones internacionales, podría aplicarse el artículo 30 (contramedidas)⁴.

23. El Sr. Ago considera, lo mismo que el Sr. Ushakov, que se ha de proceder con una gran prudencia en la redacción del comentario de la Comisión.

24. En cuanto a la cuestión de la distinción entre el estado de necesidad y la situación de peligro extremo planteada por el Sr. Verosta, el Sr. Ago pone de relieve que el estado de necesidad es muy distinto de la situación de peligro extremo, y se estudiará ulteriormente.

25. Por último, el Sr. Ago coincide con el Sr. Sucharitkul en el deseo de que se utilice una terminología clara y precisa que no dé lugar a dudas.

26. El PRESIDENTE propone que si no se formula ninguna objeción, la Comisión decida remitir los proyectos de artículos 31 y 32 al Comité de Redacción, que los examinará teniendo en cuenta el debate y la propuesta presentada por el Sr. Ushakov (1571.ª sesión, párr. 20).

*Así queda acordado*⁵.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

⁴ *Ibid.*

⁵ Para el examen de los textos presentados por el Comité de Redacción, véase 1579.ª sesión.

1574.ª SESIÓN

Lunes 23 de julio de 1979, a las 15.15 horas

Presidente: Sr. Milan ŠAHOVIĆ

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

Immunities jurisdictionales de los Estados y sus bienes (A/CN.4/323)

[Tema 10 del programa]

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Sucharitkul, Relator Especial, a presentar su informe preliminar sobre la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (A/CN.4/323).

2. El Sr. SUCHARITKUL (Relator Especial) dice que en la preparación de su informe ha utilizado como base de trabajo el informe del Grupo de Trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, creado por la Comisión en su 30.º período de sesiones¹, pero al propio tiempo ha procurado hacer un examen general de esta materia. Como se explica en la introducción del informe preliminar, la finalidad de éste es determinar los diversos tipos de documentación de que se dispone, a fin de poner de relieve los sectores de interés y definir el contenido del tema. Se espera que este método permita examinar de modo sistemático el conjunto de normas consuetudinarias y evolutivas del derecho internacional aplicable en la materia.

3. El Sr. Sucharitkul puede informar a la Comisión que ocho gobiernos han respondido hasta ahora a la circular del Secretario General enviada a los Gobiernos de los Estados Miembros a petición de la Comisión, invitándoles a presentar materiales pertinentes sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes para el 30 de junio de 1979. Algunos de esos ocho gobiernos han indicado que no se han registrado casos bien definidos en sus países, pero en cambio otros han proporcionado una información valiosa sobre sus leyes y su práctica.

4. El capítulo I del informe, titulado «Esbozo histórico de las actividades internacionales de codificación», se refiere a la labor de la Sociedad de las Naciones, de la Comisión misma y de los comités jurídicos regionales. El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano ha suspendido su examen de las «Restricciones de la inmunidad de los Estados con respecto a las transacciones comerciales efectuadas por los Estados o en nombre de ellos y por empresas comerciales estatales»; por otra parte, los miembros observarán que el Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha contribuido a la conclusión de la Convención Europea sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972, y que el actual programa de trabajo del Comité Jurídico Interamericano comprende un tema titulado «La inmunidad de jurisdicción de los Estados». Varias instituciones profesionales se han interesado también por la evolución jurídica en materia de inmunidades de los Estados, entre ellas, el Institut de Droit International, la Asociación de Derecho Internacional, la Harvard Law School (Research in International Law) y la Asociación Internacional de Abogados.

5. El capítulo II del informe se ocupa de las fuentes del derecho internacional de las inmunidades de los Estados. Como ha señalado en el párrafo 22, esas fuentes se salen de lo corriente en cuanto que parecen estar mucho más dispersas de lo que normalmente cabe esperar. Los

¹ A/CN.4/L.279/Rev.1 [cuya sección III se reproduce en el *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 150, documento A/33/10, cap. VIII, secc. D, anexo].