

por un estado de necesidad y adoptaría contra el Estado A contramedidas legítimas conforme al artículo 30. El Sr. Ushakov desearía que el Sr. Ago indicara cuáles serían, en esta hipótesis, el Estado que actúa según su derecho y el Estado que incurre en responsabilidad internacional.

28. Del mismo modo, si el Estado A estima que las contramedidas adoptadas por el Estado B en la referida hipótesis no son legítimas, pues las justificaciones invocadas por el Estado A excluyen la ilicitud de su hecho inicial, y a su vez adopta contramedidas, se planteará de nuevo la cuestión de la responsabilidad. De esta manera, la hipótesis puede complicarse indefinidamente.

29. En opinión del Sr. Ushakov, conviene determinar todas las relaciones que podría suscitar el artículo 33 y examinar detenidamente las conexiones entre esta disposición y el artículo 30.

30. El Sr. ROMANOV (Secretario de la Comisión), refiriéndose a las observaciones formuladas por el Sr. Díaz González al comienzo de la sesión, pide a la Comisión que tenga a bien excusar los errores de traducción de la versión española del documento A/CN.4/318/Add.5. Las observaciones del Sr. Díaz González se señalarán a la atención de la Sección de traducción española, en Nueva York, y se adoptarán todas las medidas necesarias para rectificar los errores.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

1616.ª SESIÓN

Viernes 20 de junio de 1980, a las 11.35 horas

Presidente: Sr. C. W. PINTO

Miembros presentes: Sr. Barboza, Sr. Calle y Calle, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Riphagen, Sr. Šahović, Sr. Schwebel, Sr. Ushakov, Sir Francis Vallat, Sr. Verosta, Sr. Yankov.

También presente: Sr. Ago.

Responsabilidad de los Estados (continuación) (A/CN.4/318/Add.5 a 7, A/CN.4/328 y Add.1 a 4)

[Tema 2 del programa]

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

ARTÍCULO 33 (Estado de necesidad)¹ (continuación)

1. El Sr. FRANCIS dice que en la sesión anterior de la Comisión, y aún al comienzo de la sesión en curso,

¹ Véase el texto en la 1612.ª sesión, párr. 35.

abrigaba serias dudas acerca de la conveniencia de considerar el estado de necesidad como circunstancia excluyente de la ilicitud y de incluir una disposición en tal sentido en el proyecto de artículos que se examina. Pensaba especialmente en los grandes abusos a que la noción de necesidad se ha prestado en el pasado.

2. Sin embargo, sus dudas se han disipado tras un examen detenido del excelente estudio de la Secretaría titulado «La “fuerza mayor” y el “caso fortuito” como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina»² y de la sección 5 de la adición al octavo informe del Sr. Ago (A/CN.4/318/Add.5 a 7). El Sr. Ago ha analizado un gran volumen de información sobre la práctica de los Estados, así como las decisiones judiciales y arbitrales internacionales y la doctrina. Ha encontrado el hilo conductor que permite orientarse a través de las polémicas doctrinales. En su informe ha presentado a la Comisión los elementos incontrovertibles de la cuestión de la necesidad reducidos a su sencillez esencial y ha demostrado en forma indiscutible que el artículo 33 debe incluirse en el proyecto de artículos que se examina.

3. El Sr. Ago ha cumplido con éxito su tarea, y el orador ve ahora con claridad que los posibles abusos de la excusa de necesidad no debieron preocuparle tanto, pues ofrece salvaguardias contra ellos —y, en consecuencia, una justificación del proyecto de artículo 33— el marco jurídico general constituido por la Carta de las Naciones Unidas (en particular el párrafo 4 de su Artículo 2) y por la jurisprudencia de la Organización, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas³, la Definición de la agresión⁴ y los artículos 53 y 73 de la Convención de Viena⁵.

4. El proyecto de artículo 33 halla también una justificación práctica en las innovaciones tecnológicas que se han producido durante los últimos años en la estructura del régimen del Estado moderno y en las fuerzas sociales, económicas y políticas que actúan en el mundo actual, que difiere bastante del mundo de hace apenas cinco o diez años.

5. Con respecto a la tecnología, el orador piensa que cabe imaginar, por ejemplo, sin plantear hipótesis rebuscadas, que un Estado que procede a la exploración y explotación de los recursos de los fondos marinos o de la plataforma continental tropiece con dificultades que le obliguen a invocar la excusa de necesidad para justificar el comportamiento adoptado para superarlas.

6. En cuanto a la estructura del régimen del Estado moderno, el Sr. Francis señala que cuando se crearon las Naciones Unidas en 1945, sus Miembros eran 51. Son actualmente más del triple. Si los primeros 51 Miembros de la Organización estimaron necesario pre-

² Anuario... 1978, vol. II (primera parte), pág. 65, documento A/CN.4/315.

³ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

⁴ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo.

⁵ Véase 1615.ª sesión, nota 3.

ver la noción de necesidad, con mayor razón querrán invocar ese concepto los Miembros actuales.

7. Es notorio que las fuerzas sociales, económicas y políticas que actúan en el mundo de hoy han trastornado completamente las finanzas de muchos países, y en particular de los países en desarrollo. Conviene hacer notar, en este sentido, la observación del Sr. Reuter (1614.ª sesión) de que con respecto a algunas convenciones internacionales relativas a las drogas estos últimos países han asumido obligaciones que no cabía, razonablemente, esperar que cumplieran. En la medida en que el Sr. Ago ha fundado su justificación de la noción de necesidad en ejemplos de obligaciones financieras, el orador estima que el proyecto de artículo 33 sería aplicable directamente, pero no exclusivamente, a la situación de los países en desarrollo.

8. Finalmente el Sr. Francis cree, como otros miembros de la Comisión, que cuando se trata del recurso a la utilización de la fuerza no puede admitirse la necesidad como circunstancia que excluya la ilicitud.

9. El Sr. SCHWEBEL dice que el informe del Sr. Ago es un modelo de erudición, de perspicacia en el análisis y, realmente, de valentía, pues hace falta valentía moral para sostener que el estado de necesidad excluye la ilicitud de un hecho de un Estado. El Sr. Schwebel compartía el sentimiento de malestar que experimentaban otros miembros de la Comisión al tener que examinar un proyecto de artículo relativo al concepto de estado de necesidad, que suscita recelos por fundadas razones, pero a pesar suyo ha acabado por aceptar el proyecto de artículo presentado por el Sr. Ago.

10. No obstante, el orador estima que ofrece cierto interés la sugerencia formulada en la sesión anterior por Sir Francis Vallat de redactar el proyecto de artículo 33 en forma negativa, siguiendo el modelo del artículo 62 de la Convención de Viena relativo al cambio fundamental en las circunstancias. Interesa más aún que los juicios relativos al estado de necesidad se sometan a la decisión de un tercero. Si se considera, en virtud de la Convención de Viena, que la incompatibilidad con una norma de *jus cogens* aducida como causa de nulidad exige que el caso se someta al juicio de un tercero, lo mismo debe ocurrir ciertamente en el caso de una excusa tan delicada como la del estado de necesidad, pues, como ha señalado el Sr. Ushakov (1615.ª sesión), son demasiado grandes los peligros de una apreciación por el Estado que invoca la necesidad. El orador espera, por tanto, que el comentario relativo al proyecto de artículo 33 se enriquezca con las observaciones formuladas al respecto por los miembros de la Comisión durante las deliberaciones.

11. Aunque puede aceptar el proyecto de artículo 33 en lo sustancial y la mayor parte del comentario relativo a él, el Sr. Schwebel todavía abriga algunas dudas acerca de la forma en que esa disposición encara el problema de la determinación de quién debe asumir la responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito. A su juicio, es evidente que la obligación de reparar los perjuicios ocasionados no debe recaer en el Estado inocente cuyos derechos se han violado, sino en el Estado que invoca la necesidad. Otros miembros de la

Comisión parecen aprobar este criterio y el Sr. Ago no se opone a él, puesto que estima que, en lugar de decir que el acto realizado por necesidad es ilícito, pero sólo da lugar a una indemnización reducida, es preferible considerarlo lícito, pero previendo una indemnización completa. Si tal es efectivamente la opinión de la Comisión, debería hacerse constar en el proyecto de artículo 33 y en su comentario. Tal vez el Sr. Ago podría estudiar la posibilidad de añadir al proyecto de artículo un párrafo 4 concebido sustancialmente del siguiente modo:

«El hecho de que sea aplicable el párrafo 1 carece de efectos sobre las consideraciones de equidad que determinan la imputación de los daños; entre el acreedor inocente de una obligación internacional y el Estado que no cumple su obligación por razones de necesidad, es el segundo el que debe soportar las consecuencias de tal incumplimiento y reparar íntegramente el perjuicio sufrido por el primero.»

12. Cabe sostener, desde luego, que una disposición de esta clase corresponde a la segunda parte del proyecto de artículos y también se puede afirmar —en particular si se considera que el perjuicio sufrido no es consecuencia de un hecho ilícito, ya que, debido a la necesidad, la ilicitud queda excluida— que la cuestión corresponde al tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Sin embargo, el Sr. Schwebel no está seguro de que ninguna de estas soluciones resulte satisfactoria y pide en consecuencia al Sr. Ago que estudie la posibilidad de incluir en el proyecto de artículo 33 una disposición inspirada en la que ha propuesto. Con ello quedaría claro que un hecho motivado por la necesidad no es ilícito, que la obligación cuyo incumplimiento queda justificado de ese modo no tiene que cumplirse, pero que la parte inocente no debe soportar las consecuencias del incumplimiento.

13. Finalmente, el orador observa que será preciso examinar más adelante la sugerencia formulada por el Sr. Riphagen (1614.ª sesión, párr. 8) de que se modifique el párrafo 2 del proyecto de artículo 33 de la siguiente manera:

«El párrafo 1 no se aplicará si el surgimiento de la situación de *necesidad* hubiera podido razonablemente ser evitado por el Estado que pretende invocarla como excusa de su comportamiento.»

14. El Sr. CALLE Y CALLE señala que el informe del Sr. Ago trata esencialmente de la cuestión expuesta en su párrafo 10, es decir, la de determinar si la obligación de un Estado respecto de otro Estado puede ser sacrificada porque el primero se encuentre en la imposibilidad de respetarla o porque se vea obligado por la necesidad a obrar de ese modo. Al tratar de responder a esta pregunta, el Sr. Ago no se ha remitido a nociones jurídicas abstractas, sino que, por el contrario, ha acudido en gran medida a la práctica y la doctrina de los Estados. En otros términos: ha tomado en consideración las realidades de la vida internacional para determinar si el carácter ilícito del comportamiento de un Estado debe quedar excluido en las hipótesis en que ese

Estado, en caso de que cumpliera su obligación, pondría en peligro grave, y tal vez de manera irremediable, un interés estatal esencial. Un hecho que, en otras circunstancias, sería ilícito pasaría a ser lícito no en virtud de una norma primaria, sino porque habría dejado de ser ilícito. No se trata, pues, de un derecho inherente a todas las obligaciones —de una cláusula *rebus sic stantibus*, en cierto modo—, sino de un estado de necesidad que el derecho internacional debería tomar en consideración.

15. Se ha afirmado que el estado de necesidad debe, por definición, ser absoluto e imperativo, pero el orador no cree que la Comisión deba contemplar únicamente las situaciones extremas en que está en juego la supervivencia misma de un Estado. En este contexto tampoco debe tener en cuenta solamente las obligaciones derivadas del *jus cogens* y del derecho humanitario, o también de la soberanía y la integridad fundamental de un Estado. Las situaciones que la Comisión debe prever son más bien aquellas en que un Estado se ve en la imposibilidad —por razones imperiosas— de cumplir una determinada obligación; se trata generalmente de obligaciones asumidas en virtud de convenios y, en consecuencia, algo menos importantes. Es en esa clase de situaciones en las que corresponde al Estado decidir si, en determinadas circunstancias y con el fin de proteger un interés esencial, puede sustraerse a su obligación.

16. El Sr. Francis ha planteado una cuestión importante relativa a la interdependencia de los factores políticos, sociales y económicos. En un orden mundial que deja mucho que desear, los Estados tienen a veces necesidades sociales apremiantes que les impiden respetar, por ejemplo, obligaciones de carácter financiero o dimanadas de contratos concertados con particulares; en tales casos, las obligaciones convencionales o contractuales del Estado deben ceder el paso a sus intereses primordiales. Sin embargo, a juicio del orador, un Estado no puede faltar a todas las normas. Sólo puede dejar de respetar algunas de ellas durante cierto tiempo y en caso de que se vea amenazado un interés estatal esencial.

17. Es evidente que al excluir la ilicitud del hecho de un Estado no se suprime la obligación de reparar los perjuicios causados por un hecho que, en otras circunstancias, habría sido ilícito. A este respecto, el orador coincide con el Sr. Quentin-Baxter (1615.ª sesión) en que la palabra «reparación» debe entenderse no sólo en el sentido de una compensación pecuniaria, sino también en el sentido de una reparación en especie, es decir, del restablecimiento del *statu quo ante* en toda la medida de lo posible.

18. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, el Sr. Calle y Calle estima que un proyecto de artículo redactado en términos restrictivos y bien ponderados obtendrá sin duda un amplio apoyo en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Sugiere, sin embargo, que se introduzca en el párrafo 1 del proyecto de artículo una disposición en la que se diga expresamente que la existencia del estado de necesidad ha de probarse. En otras palabras: debe demostrarse que el Estado de que se trata ha actuado como lo ha hecho porque

no tenía otro medio de salvaguardar un interés esencial, amenazado por un peligro grave e inminente.

19. Por otra parte, convendría sustituir en la versión española del apartado *b* del párrafo 3 la palabra «texto» por «instrumento», de conformidad con el original francés. A este respecto, el orador se adhiere a las observaciones formuladas en la sesión anterior por el Sr. Díaz González: es lamentable que los informes de los Relatores Especiales pierdan claridad debido a la traducción.

20. El Sr. VEROSTA dice que, a su juicio, el párrafo 1 del proyecto de artículo 33 debería formularse de manera más restrictiva para destacar el carácter excepcional del estado de necesidad. No está del todo claro que el ejemplo de dificultades financieras propuesto por el Sr. Ago pueda caber efectivamente en el marco del estado de necesidad.

21. El orador estima que la utilización de la fórmula «invocarla como excusa» en el párrafo 2 deja entrever las dudas del Sr. Ago acerca del carácter absoluto del principio que se enuncia en el párrafo 1. Si se ha de mantener sin modificaciones el texto del párrafo 1, parecería más exacto hablar en el párrafo 2 de una «excepción». Por otra parte, el Sr. Ago ha declarado estar de acuerdo en que el Comité de Redacción examine el texto desde ese punto de vista. Convendría asimismo agregar al mismo párrafo una disposición sobre la carga que puede corresponder al Estado víctima con el fin, también en este caso, de atenuar el carácter absoluto de la regla.

22. El Sr. Verosta aprueba el texto del apartado *a* del párrafo 3, pero se pregunta, con respecto al apartado *b*, si es conveniente mantener una fórmula tan absoluta como la que propone el Sr. Ago. Este, por otra parte, no ha citado entre los ejemplos que ofrece en su informe en relación con este punto ninguna de las situaciones de carácter dramático en que ciertos Estados se han encontrado realmente. El orador piensa en particular en el caso del imperio danubiano, que, vinculado a Alemania por una convención anterior a la primera guerra mundial, rehusó invocar el estado de necesidad para desligarse de sus obligaciones, a pesar de las fuertes presiones internas que se hicieron sentir a partir de 1916, y al cual su fidelidad a la palabra empeñada le llevó a su propia desaparición. Menciona asimismo el caso del reino de Italia, aliado durante la segunda guerra mundial con Alemania y el Japón en virtud de una convención que no preveía el estado de necesidad. En 1943, el Gran Consejo fascista decidió deponer a Mussolini y cambiar de bando. A juicio del orador, estos ejemplos aconsejan una formulación del apartado *b* del párrafo 3 en términos menos absolutos.

Se levanta la sesión a las 12.35 horas.

1617.ª SESIÓN

Lunes 23 de junio de 1980, a las 15.15 horas

Presidente: Sr. C. W. PINTO

Miembros presentes: Sr. Barboza, Sr. Calle y Calle, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Riphagen, Sr. Šahović, Sr. Schwebel, Sr. Tabibi, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Francis Vallat, Sr. Yankov.

También presente: Sr. Ago.

Responsabilidad de los Estados (continuación)
(A/CN.4/318/Add.5 a 7, A/CN.4/328 y Add.1 a 4)

[Tema 2 del programa]

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

ARTÍCULO 33 (Estado de necesidad)¹ (continuación)

1. El Sr. YANKOV aprueba el análisis de los principales elementos constitutivos de la noción de estado de necesidad hecho por el Sr. Ago, a saber: el aspecto intencional, la inocencia del Estado lesionado y las relaciones con otras circunstancias que excluyen la ilicitud. Le ha interesado en particular el análisis del carácter excepcional de la «excusa de necesidad». A este respecto, el Sr. Yankov observa que el interés amenazado debe revestir «importancia excepcional para el Estado que pretende hacerlo valer» (A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 12), y además que la noción de estado de necesidad no está necesariamente ligada a la existencia del Estado, puesto que la identificación errónea entre esa noción y la de autoconservación puede «crear una falsa imagen de la cuestión» (*ibid.*). Sin embargo, estima el Sr. Yankov que la condición de que el estado de necesidad revista carácter excepcional entraña una parte de subjetividad, porque es sumamente difícil encontrar a este respecto un criterio objetivo de apreciación. A su juicio, este punto merece un examen más amplio.

2. El Sr. Ago califica de «esencial» el interés que ha de estar amenazado para que el Estado pueda invocar la excusa de necesidad. También aquí es difícil encontrar un criterio jurídico de apreciación. Como prevé el proyecto de artículo 33, ese interés no justifica evidentemente el sacrificio de un interés «comparable o superior al que se trate de salvaguardar», pero también en este punto interviene un juicio subjetivo en cada caso particular. Así, en algunos sectores del derecho relativo a la protección del medio ambiente, se encuentran diferentes valores según las prioridades nacionales, políticas, económicas y de otra índole del Estado del que se trate. Sin embargo, en el plano de los intereses económicos o políticos que, para algunos países, prevalecen

cabe impugnar lo que puede calificarse de interés ecológico superior. Como ha hecho observar el Sr. Ago, es una cuestión de importancia relativa, más bien que de valor absoluto, pero subsiste el problema fundamental de medir esta relatividad. El razonamiento del Sr. Ago es muy convincente, pero falta un vínculo en el encadenamiento de las proposiciones que será necesario encontrar para que pueda considerarse que la noción de interés esencial tiene un fundamento válido.

3. Aprueba el Sr. Yankov la condición fundamental de que sólo puede invocarse el estado de necesidad cuando se halla amenazado por un peligro grave e inminente un interés esencial del Estado. Admite también que la situación «debe ser absolutamente independiente de la voluntad del Estado cuyo interés se halle amenazado» (*ibid.*, párr. 13) y que las medidas adoptadas por el Estado deben representar para él «el único medio de conjurar el peligro extremadamente grave e inminente que percibe» (*ibid.*, párr. 14). En otras palabras: «es preciso que ese peligro no pueda alejarse por otro medio, incluso mucho más oneroso, que permita respetar las obligaciones internacionales» (*ibid.*). También en este caso un juicio subjetivo desempeñará un papel de primer plano para determinar si el hecho de que se trata es en realidad absolutamente independiente de la voluntad del Estado cuyo interés está amenazado. A juicio del Sr. Yankov, no hay, pues, base firme en la que sea posible apoyarse para reconocer que ese elemento forma parte del concepto de necesidad.

4. El Sr. Yankov aprueba la limitación introducida en el párrafo 16 del informe en la noción de necesidad, ya que se trata de uno de los campos en los que puede aportarse la prueba. Admite también la limitación mencionada en el párrafo 17 porque, si bien puede haber dificultades para aportar la prueba, se trata de un campo que ofrece un mayor grado de certidumbre y se presta menos a una interpretación unilateral.

5. Las reglas del *jus cogens* aportan otra limitación a la noción de necesidad. En este orden de ideas, el Sr. Yankov se felicita de que el Sr. Ago haya mencionado la prohibición de emplear la fuerza contra la integridad territorial y la independencia política de un Estado y la prohibición de los actos de agresión. Sin embargo, considera que deberían tratarse en el mismo pie de igualdad otras reglas imperativas del derecho internacional reconocidas por la comunidad internacional como normas a las que no puede permitirse ninguna excepción. Le agradecería conocer la opinión del Sr. Ago sobre este punto. Por ejemplo, ¿se aplica la regla *pacta sunt servanda* enunciada en el artículo 26 de la Convención de Viena² y la norma formulada en el artículo 27 de la misma Convención, en virtud de la cual un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento por ese Estado de las obligaciones que un tratado le impone? A juicio del Sr. Yankov, en tal caso debe prevalecer la obligación prevista en el tratado, sin que pueda invocarse ningún estado de necesidad.

6. Teniendo en cuenta esas limitaciones, parece que la noción de estado de necesidad será aplicable, en pri-

¹ Véase el texto en la 1612.ª sesión, párr. 35.

² Véase 1615.ª sesión, nota 3.