

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.

mer lugar, a las obligaciones financieras; en segundo, a las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente, y en tercero, tal vez a las obligaciones relativas a las comunicaciones internacionales y otros sectores técnicos de la cooperación internacional. Por ejemplo, si un Estado se halla amenazado por la extensión de una epidemia de cólera, serán aplicables los reglamentos sanitarios internacionales de la OMS. Esos reglamentos estipulan que un Estado vecino puede imponer ciertas restricciones, pero no puede cerrar sus fronteras ni impedir el funcionamiento normal de los transportes y de las comunicaciones. Si ese Estado vecino, considerando que sus intereses son comparables o incluso superiores a los del primer Estado, no cumple esas obligaciones, invocará el estado de necesidad y se evaluará la importancia respectiva de los dos intereses, lo que conducirá a la exclusión de la responsabilidad del Estado que ha cerrado sus fronteras para prevenir la extensión del cólera. Ya se ha sometido a arbitraje un asunto de esta índole.

7. Así, pues, considerando bien todo lo anterior, el Sr. Yankov estima que el estado de necesidad es una noción frágil, en primer lugar, debido a la confusión posible con otras circunstancias que excluyan la ilicitud, y en segundo, debido a los parámetros dudosos de la noción, que se fundan más en un juicio subjetivo que en criterios objetivos: la intervención de un juicio subjetivo entreabre la puerta a violaciones injustificadas de las obligaciones internacionales. Por otra parte, el Sr. Ago ha expresado sobre este punto preocupaciones perfectamente justificadas. Sin embargo, subsiste una posibilidad seria de que la noción de estado de necesidad influya de modo negativo en la estabilidad del orden jurídico internacional. Así, es justo decir que el Estado que pretendiera liberarse del respeto a una obligación internacional alegando un interés respecto del cual se arrogase el derecho a calificarlo unilateralmente como esencial para él «fracasaría inevitablemente, so pena de reducir a la nada todo el sistema de las relaciones jurídicas internacionales» (*ibid.*, párr. 11).

8. Además, la noción de estado de necesidad ampliará inevitablemente la esfera de las controversias, en particular en una época en la que la situación financiera mundial es inestable, y agravará también el conflicto entre los intereses de los Estados y los derechos subjetivos reconocidos en derecho internacional; constituye un ejemplo de esto la cuestión de las consideraciones ecológicas y de las prioridades nacionales.

9. El debate ha permitido observar que existe una tendencia a la prudencia. En tales condiciones sería otra posibilidad limitar las circunstancias que excluyen la ilicitud a nociones fundadas en criterios objetivos o que se prestan a la administración de una prueba suficiente. Por su parte, el Sr. Yankov se inclina a adoptar una actitud prudente en esta fase y a incluir en el comentario una declaración en el sentido de que la noción de estado de necesidad sólo es aplicable a la cuestión del grado de la responsabilidad internacional y a las circunstancias que, sin excluirla, atenúan esa responsabilidad. Estima también que debe remitirse la cuestión a los gobiernos y que, basándose en las observaciones recibidas, la Comisión podrá después esforzarse por en-

contrar una solución. La noción de estado de necesidad, tal como la ha expuesto el Sr. Ago, es plausible y lógica, pero se plantea el problema de saber si es viable.

10. El Sr. JAGOTA observa que, en su informe, el Sr. Ago ha explicado que el carácter controvertido de la noción de estado de necesidad obedece a que muchos autores han sido incapaces de ponerse de acuerdo sobre el fundamento de esa excepción o han temido que pueda dar lugar a abusos repetidos. Sin embargo, el Sr. Ago ha hecho observar que, en la práctica, toda noción se presta a abusos. Si bien los Estados saben perfectamente que muchos ladrones gozan de una impunidad de hecho, mantienen una legislación interna relativa al robo porque se dan cuenta de que es necesaria y útil a la sociedad. Por otra parte, se debería estudiar a fondo la noción de estado de necesidad, sean cuales fueren los abusos a los que dicha noción pueda dar lugar. El Sr. Ago ha sugerido que se trate la cuestión de los abusos cuando se hayan definido la noción y sus elementos constitutivos. Ha señalado además que los abusos se han producido, en su mayor parte, en forma de utilización de la fuerza contra el territorio de otro Estado, y en particular después de la segunda guerra mundial, cuando se considera la guerra de agresión como un delito internacional sometido al *jus cogens*. Como deben excluirse de la aplicación de la noción de necesidad las normas del *jus cogens*, quedan así descartados los principales abusos a que se presta la doctrina de la necesidad.

11. Una cuestión que incumbe a la Comisión resolver es la de si se debe emplear el término «necesidad», la expresión «estado de necesidad» o alguna otra expresión. Hay, evidentemente, una diferencia entre «necesidad» y «estado de necesidad», del mismo modo que hay también una diferencia entre «guerra» y «estado de guerra», y, por tanto, la Comisión debería indicar su preferencia. Por otra parte, habría que uniformar la terminología empleada en el proyecto de artículo 33.

12. El Sr. Ago ha declarado que un estado de necesidad no es un derecho, sino una situación de hecho en la que queda excluida la ilicitud. En consecuencia, la Comisión debería estudiar la noción de necesidad desde ese punto de vista en vez de considerarla como un derecho emanado del derecho internacional. El Sr. Ago ha dicho también que esta noción debe ser invocada y demostrada necesariamente por el Estado que la alegue, y ello de modo convincente para quienes han de determinar si la excusa tiene o no fundamento.

13. Por lo que respecta a los aspectos de fondo de la noción, el Sr. Ago ha explicado que ésta tiende a proteger un interés excepcional o esencial del Estado y no un interés regulado mediante un tratado (por otra parte, en el informe se citan varios ejemplos para indicar precisamente en qué situaciones puede invocarse la excusa de necesidad). Sin embargo, dado los elementos subjetivos inherentes a esa noción, la excusa de necesidad puede correr la misma suerte que la excusa de interés vital, y por ello es indispensable establecer la diferencia entre un interés vital y un interés esencial, y determinar si se debe conservar el elemento subjetivo

de este último. Por su parte, el Sr. Jagota tenía inicialmente la impresión de que el Sr. Ago atenuaría el elemento subjetivo haciendo referencia a otros elementos, de carácter objetivo, que gravitan alrededor de la noción. A su vez, esos elementos objetivos tendrían un efecto sobre las condiciones restrictivas impuestas a la aplicación de la noción de necesidad.

14. Estas condiciones son las siguientes: primera, el interés esencial debe estar amenazado por un peligro grave e inminente; segunda, el Estado debe haber agotado todos los medios jurídicos posibles antes de verse obligado a obrar como lo hace. Sin embargo, la noción se precisa aún más con respecto a las contramedidas. Si un Estado sufre perjuicios porque otro Estado viola su obligación internacional y ese otro Estado invoca una excepción de necesidad, el primer Estado es un Estado inocente: todo perjuicio causado al Estado inocente debe necesariamente ser menor o relativamente menor que el que se habría causado al Estado que invoca la excusa de necesidad. Este análisis reconoce tácitamente que el Estado inocente podría tener derecho a reclamar una reparación —según las circunstancias del caso particular— del perjuicio que le haya causado el acto justificable de otro Estado. Es ahí donde estriba la diferencia entre las contramedidas y la necesidad. Sin embargo, en el proyecto de artículo 33 no se menciona expresamente la cuestión de la reparación. Por consiguiente, tal vez habría que hacer figurar en ese proyecto de artículo un reenvío para indicar la distinción que se hace entre las contramedidas y la necesidad, o también mencionar la cuestión en la segunda parte del tema.

15. El informe trata de dos excepciones fundamentales de la noción de necesidad que se refieren, la primera, al *jus cogens*, y la segunda, a los tratados en virtud de los cuales no puede invocarse, expresa ni implícitamente, la necesidad. En lo que respecta a la primera de esas excepciones, el Sr. Ago, remitiéndose al párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, ha planteado el problema de si todos los recursos a la fuerza e inclusive la amenaza de recurrir a la fuerza constituyen una agresión, señalando al propio tiempo, por otra parte, que la Comisión carece de competencia para interpretar la Carta. Sin embargo, se supone que la Comisión debe pronunciarse sobre algunas cuestiones, como la de si está autorizado el recurso a la fuerza siempre que no constituya propiamente hablando una agresión contra otro Estado. Si lo está, no se planteará la cuestión de la necesidad; en caso contrario, se tratará de saber si la excusa de necesidad puede suprimir la prohibición de tal recurso. El informe, que no menciona esta cuestión, habría quizá podido tratar la excepción de un modo más específico.

16. Por el contrario, la segunda excepción a la noción de necesidad —a saber: la existencia de disposiciones convencionales— ha sido excepcionalmente bien tratada, y el Sr. Ago, al analizar las disposiciones convencionales y la práctica, da indicaciones muy útiles sobre cómo pueden modificarse o suspenderse algunos tratados en período de emergencia. Así, por ejemplo, un tratado puede prever expresamente que sus disposiciones se modificarán por algunos motivos particulares.

Esa cláusula puede redactarse en términos positivos —hasta el punto de que pueda invocarse un estado de necesidad respecto de determinados artículos, quedando entonces la aplicación de la noción implícitamente excluida en el caso de los otros artículos—, o a la inversa, redactarse en términos negativos.

17. El párrafo 80 del informe parece contener una afirmación un tanto categórica, y la última frase en particular inspira algunas dudas al Sr. Jagota. Con todo, está dispuesto a aceptar esta afirmación a reserva de todas las observaciones que pueda hacer posteriormente tras un examen más amplio del informe. Está asimismo dispuesto a aprobar el proyecto de artículo 33 a reserva de las restricciones y condiciones definidas por el Sr. Ago.

18. Por lo que respecta al texto del proyecto de artículo 33, el Sr. Jagota cree que habría que esforzarse por uniformar lo más posible las expresiones empleadas. Se pregunta por qué en los párrafos 2 y 3 figura entre comillas la palabra «necesidad», siendo así que no hay comillas en el título. El Sr. Jagota sugiere que al final del párrafo 2 se agreguen las palabras «o si dicho Estado ha contribuido a que se produzca esa situación», a fin de imponer al Estado demandante la obligación de hacer cuanto esté en su poder para evitar que se llegue a la situación de necesidad. A ese efecto se podrían agregar también al final del párrafo así modificado las palabras «o si no ha adoptado medidas eficaces para evitar ese peligro grave e inminente». En el apartado a del párrafo 3 podrían sustituirse las palabras «y, en particular, si ese acto» por las palabras «o si el acto está relacionado con un delito internacional o».

19. El Sr. BARBOZA se adhiere a las observaciones hechas por el Sr. Díaz González en la 1615.ª sesión respecto a la versión española del informe, que contiene varios errores de traducción.

20. En un informe aún más brillante de lo que la Comisión tenía motivos fundados para esperar de él, el Sr. Ago ha desplegado una riqueza de material que permite decidir si el proyecto debe o no incluir un artículo sobre el estado de necesidad, materia muy controvertida por los abusos que ha ocasionado en el pasado. Como el Sr. Ago, la Comisión debe tomar las precauciones necesarias no sólo para prevenir abusos análogos en el futuro, sino también para determinar con precisión la índole de la oposición al concepto de necesidad y restringir su alcance en derecho.

21. El Sr. Ago ha abordado un triple proceso de afinamiento de este concepto, en primer lugar, examinando si guarda alguna relación con el derecho natural. Es cierto que en el pasado los casos de actos que han ido de modo poco equitativo en detrimento de Estados más débiles han ocasionado con frecuencia un alegato muy general basado en el derecho natural, sin referencia alguna a las restricciones al mismo o a las excepciones a esas restricciones. La repudiación por el Sr. Ago de todo nexo con el derecho natural le ha inducido a considerar el problema de si existe o no una norma consuetudinaria que recoja el principio del estado de necesidad, ya que la existencia de una norma consuetu-

dinaria pertinente situaría esta materia en la esfera del derecho positivo. En segundo lugar, en los párrafos 7, 9 y 10 del informe, el Sr. Ago ha examinado y rechazado la idea de que el estado de necesidad constituya un derecho subjetivo, y en tercer lugar, ha expresado después su oposición a la idea de un derecho de auto-conservación. Con plena razón, el Sr. Ago ha preferido hablar de «interés esencial», enfoque más en consonancia con la filosofía que inspira el concepto del estado de necesidad y más completo en cuanto que tiene en cuenta todos los casos en los que puede surgir un estado de necesidad.

22. El informe no da ninguna definición de los «intereses esenciales», pero el párrafo 2 contiene ejemplos útiles: un peligro grave para la existencia del Estado mismo, para su supervivencia política o económica, para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales, para la conservación de su paz interior o para la conservación ecológica de su territorio. Desde luego, se ha señalado que, al comparar los intereses de los Estados, interviene un elemento excesivo de subjetividad, pero, por su parte, el orador estima que, como la fuerza mayor o cualquier otra noción del derecho internacional, la evaluación de un estado de necesidad entraña inevitablemente cierto grado de subjetividad. Es evidente que la Comisión no puede establecer una especie de escala de intereses; sin embargo, no debe presentar grandes dificultades determinar qué interés es más elevado en un caso concreto.

23. En cuanto a la cuestión de determinar si hay o no una norma de derecho positivo, y más particularmente una norma consuetudinaria, que recoja el principio del estado de necesidad, es evidente que la divergencia de la doctrina es menos profunda de lo que se habría podido suponer. Algunos tratadistas adoptan una posición negativa al rechazar el principio, pero reconocen, no obstante, su aplicación en algunos sectores del derecho internacional. Otros adoptan una posición positiva y afirman la existencia del principio, pero especifican condiciones muy rigurosas para impedir que se cometan abusos. Esto permite observar que existen puntos de coincidencia. Sin embargo, mucho más importante aún es el hecho de que la práctica de los Estados reconoce el principio de la necesidad. Son particularmente valiosas a este respecto las opiniones autorizadas de los jueces, árbitros y agentes de los gobiernos, opiniones de las cuales se desprende que nunca se ha negado el principio real de la necesidad. Se han limitado a sostener que en un caso determinado no se daban las condiciones exigibles para que pudiera invocarse válidamente la necesidad. Además, y esto es lo más importante, los casos que se citan en el informe son más significativos que la mera doctrina porque permiten ver cuál es la práctica de los Estados. A juicio del orador, existe una norma adecuada en el derecho internacional consuetudinario que no se refleja solamente, sino que en parte se desarrolla en el proyecto de artículo 33, que encaja lógicamente en la estructura del proyecto.

24. Como ha señalado acertadamente el Sr. Šahović (1615.ª sesión), el capítulo V del proyecto enumera las excepciones al proyecto de artículo 33, y más especialmente al apartado *b* del mismo. En su 31.º período de

sesiones, la Comisión, tras un amplio debate, limitó rigurosamente la noción de fuerza mayor a los casos de imposibilidad material, es decir, a los casos en que no puede cumplirse la obligación debido a alguna fuerza externa irresistible o a un acontecimiento imprevisto. Sin embargo, se han descrito otras situaciones que llevan consigo una imposibilidad relativa de cumplir la obligación y que han sido incluidas anteriormente por la doctrina y por la práctica de los Estados en el concepto de fuerza mayor. Sin embargo, en ese período de sesiones la Comisión convino en elaborar un artículo sobre un caso determinado de necesidad, a saber: la necesidad de un órgano del Estado, prevista en el artículo 32 acerca del peligro extremo.

25. En consecuencia, el artículo 33 colma una laguna del proyecto y sirve de contrapartida al artículo 32. Como la Comisión ha adoptado el principio de la necesidad en el caso de un órgano del Estado, no hay motivo para que rechace este principio en el caso del Estado mismo. Además, las disposiciones del artículo 33 aportan cierta flexibilidad a las normas de la responsabilidad de los Estados y evitan el tipo de situación reflejada en el adagio *summum jus, summa injuria*. Hasta donde sabe el orador, el principio de la necesidad existe en todos los sistemas jurídicos. Por consiguiente, ha de ser incorporado al proyecto, a reserva de los límites y las condiciones que acertadamente indica el Sr. Ago y que pueden prevenir todo abuso en los casos en que se invoque en el futuro el estado de necesidad.

26. El punto de partida obvio, pero no por ello menos esencial, al considerar el artículo 33, es la premisa de que la obligación ya ha sido violada y no puede cumplirse. Lo que está hecho no puede deshacerse. Por ello surge una nueva relación jurídica entre el Estado infractor y el Estado respecto del cual ha existido la obligación, algo que es perfectamente perceptible en las obligaciones *de no hacer*. Para tomar el caso de la caza de focas en el mar de Bering (véase A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 34), por ejemplo, si el Gobierno de los Estados Unidos hubiera enviado buques para impedir la actividad de los cazadores de focas canadienses, se habría violado la obligación y el único procedimiento posible habría sido establecer una nueva relación jurídica entre los Gobiernos de los Estados Unidos y del Canadá en la cual la obligación del Gobierno de los Estados Unidos habría consistido en indemnizar. Sin embargo, el Canadá podría haber adoptado contramedidas, por ejemplo, bloqueando fondos de los Estados Unidos. Por otra parte, si el Gobierno de los Estados Unidos hubiera invocado un estado de necesidad y lo hubiera probado, se habría violado la obligación, pero el comportamiento de los Estados Unidos habría sido lícito y toda contramedida del Gobierno del Canadá habría sido ilícita. De haberse causado algún daño, habría existido una obligación de indemnizar, pero esta cuestión corresponde al tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

27. Pueden observarse los mismos efectos, aunque quizá menos claramente, en el caso de las obligaciones *de hacer*. Si el Estado A deja de pagar una suma debida al Estado B en una fecha determinada, viola su obli-

gación porque el elemento tiempo constituye un aspecto esencial de la obligación. Un tribunal puede ordenar la *restitutio in integrum*, pero si el Estado deudor justifica su alegación de la necesidad, el tribunal puede perfectamente especificar diversos métodos para pagar la suma una vez terminado el estado de necesidad. Está claro que las consecuencias de una violación de una obligación dependen de que pueda demostrarse que ha existido o no un estado de necesidad. En consecuencia, la finalidad del proyecto de artículo 33 no es atenuar la responsabilidad del Estado, sino excluir la ilicitud, aunque la responsabilidad puede subsistir por todo daño causado por actos lícitos.

28. A este respecto, al contrario que otros miembros de la Comisión, considera el orador que las obligaciones financieras representan uno de los sectores en los que puede invocarse válidamente la necesidad. Como ha recordado el Sr. Ago en sus respuestas a la petición de información hecha por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930), varios gobiernos sostuvieron que un Estado no puede privar a su pueblo de servicios esenciales para atender a sus obligaciones financieras en el momento oportuno. En efecto, conforme al derecho internacional, se ha descartado durante mucho tiempo la falta de cumplimiento de las obligaciones financieras como un motivo para la intervención armada de los Estados acreedores. Como resultado de la coerción empleada contra Venezuela por Estados acreedores en 1902, Luis María Drago, Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, expuso la doctrina de que las deudas de un Estado soberano no pueden cobrarse por la fuerza, criterio que reiteró en la Segunda Conferencia Internacional de la Paz (La Haya, 1907), y que condujo por iniciativa de los Estados Unidos a concertar una nueva convención en la que se estipulaba que no podía emplearse la fuerza armada para cobrar deudas contractuales, a menos que el Estado deudor rechazara el arbitraje o no cumpliera el laudo arbitral.

29. Por último, la aserción de que la urgencia es un requisito para establecer la existencia de un estado de necesidad no encuentra fundamento en la doctrina autorizada sobre este tema. A este respecto importa recordar que pueden surgir situaciones en las que sea imposible a un Estado cumplir su obligación por muchas razones distintas de la mera falta de tiempo.

30. En cuanto a la redacción del artículo 33, las dos primeras frases del párrafo 1 deben ser objeto de párrafos distintos, ya que la primera establece el principio general del estado de necesidad, mientras que la segunda restringe ese principio. Una cosa es enunciar un principio y otra hablar de los casos en los que el principio no es aplicable. Además, quizá sea conveniente expresar el principio en forma negativa para responder a las preocupaciones de quienes desean dar una interpretación restrictiva a la noción de estado de necesidad. Por otra parte, el párrafo 2 se refiere al «surgimiento de la situación», pero puede ser preferible seguir la redacción de los artículos 31 y 32, que hablan del Estado que «ha contribuido» a que se produzca la situación. Dicha formulación abarcará los casos en que los

Estados no toman medidas para impedir que se produzca una situación determinada.

31. El Sr. TSURUOKA rinde homenaje a la dedicación del Sr. Ago a la causa de la codificación y del desarrollo progresivo del derecho internacional.

32. Como la mayoría de los miembros de la Comisión que han hecho uso de la palabra, el Sr. Tsuruoka aprueba las líneas generales del proyecto de artículo 33. Es partidario de que se mantenga el artículo sobre el estado de necesidad, que se impone en virtud de la práctica misma de los Estados y de la economía general del proyecto cuyas disposiciones precedentes completa. Sin embargo, el Sr. Tsuruoka comparte la preocupación de los miembros de la Comisión que han observado que la noción de estado de necesidad es poco precisa y favorece aplicaciones abusivas. Por ello, se deben delimitar con prudencia las esferas en las que se admite y aquellas en las que se excluye su aplicación.

33. Como ha puesto bien de relieve el Relator Especial, la noción de estado de necesidad sólo entra en juego en el derecho internacional a título excepcional. De ser posible convendría ir más lejos en este sentido.

34. Algunos miembros de la Comisión han estimado también necesario eliminar toda subjetividad de la definición de los casos en los que pueda aplicarse esta noción, lo que, a juicio del Sr. Tsuruoka, entraña también cierta subjetividad. Por ello cree que, si no es posible eliminar por completo ese elemento de subjetividad, la Comisión debería presentar en su comentario un análisis detallado de la noción, acompañado de un gran número de ejemplos de los casos de aplicación y de exclusión proporcionados por la práctica, a fin de que los Estados dispongan también de criterios que permitan evitar los abusos. Además, para prevenir o corregir los errores eventuales en la aplicación de la noción, debería existir un procedimiento que previera el recurso al juicio de terceros.

35. En cuanto a la forma del proyecto de artículo 33, el Sr. Tsuruoka estima conveniente que se armonicen las fórmulas empleadas con las utilizadas en los artículos 31 y 32, y en particular que la redacción del párrafo 2 del proyecto de artículo 33 se ajuste a la del párrafo 2 de los artículos 31 y 32 tanto en inglés como en francés.

36. Por último, el Sr. Tsuruoka observa que la cuestión de la reparación ha suscitado reparos de varios miembros de la Comisión. Por su parte, estima indispensable que se indemnice al Estado inocente, y considera que la mejor solución sería agregar al proyecto de artículo 33 un párrafo 4 que podría redactarse así:

«La exclusión de la ilicitud con arreglo al párrafo 1 no entraña la exclusión de la obligación de indemnizar los daños ocasionados por el acto de necesidad.»

Se levanta la sesión a las 17.55 horas.

1618.ª SESIÓN

Martes 24 de junio de 1980, a las 10.20 horas

Presidente: Sr. C. W. PINTO

Miembros presentes: Sr. Barboza, Sr. Calle v 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 (conclusión)

1. El PRESIDENTE, que hace uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, declara que en todo el curso de la historia del derecho internacional y del derecho en general se observa la existencia de un medio de defensa fundado en la necesidad. Esta noción se conocía en el derecho romano como medio de defensa en la acción por daños y perjuicios: cuando el demandado no había hecho sino lo que habría hecho un hombre razonable, quedaba excluida la falta y no estaba obligado a reparar el perjuicio así causado de modo lícito. Grocio aceptó esa noción, prescribiendo al propio tiempo precauciones y restricciones que se parecen de modo sorprendente a las que ha extraído con tanto cuidado el Relator Especial de una abundante masa de información. A este respecto, el Sr. Pinto señala a la atención de la Comisión el párrafo 3 del artículo 142 del proyecto de convención sobre el derecho del mar², que menciona el derecho de los Estados ribereños a tomar medidas que sean necesarias para prevenir, mitigar o eliminar un peligro grave e inminente para sus costas o intereses conexos.

2. Sin embargo, no obstante la abundante documentación contenida en el informe que apoya la tesis defendida y el carácter convincente de las conclusiones, el Sr. Pinto sigue abrigando dudas en cuanto a la oportunidad de una disposición sobre el estado de necesidad en el proyecto de artículos. En primer lugar, parece que la mayor parte de los tratadistas citados en el informe, si bien hablan del medio de defensa fundado en la necesidad como de un elemento del derecho, no

se han sentido efectivamente obligados a hacer de él la base de su decisión. En segundo lugar, el proyecto de artículo 33 prevé la salvaguardia no de los derechos, sino de un interés esencial de un Estado, y requiere que se evalúe si el interés del otro Estado es comparable o superior al interés que el hecho del primer Estado ha querido proteger. La palabra «interés» puede ser objeto de diversas interpretaciones, y hará, sin duda alguna, difícil una aplicación de esa disposición que sea conforme a la justicia en cada caso particular. La necesidad de comparar los intereses que entran en juego, que parece exigir juicios de valor mientras no haya una escala de valores universalmente aceptada, puede plantear problemas que comprometan seriamente la utilidad de la noción de necesidad y, por tanto, del proyecto de artículos.

3. Hay algo aún más grave: la noción de necesidad, por su misma índole, introduce un elemento de subjetividad tan preponderante que una norma inspirada en ella no puede ser aplicada de modo adecuado por un tribunal. Es de temer que, pese a todos los ejemplos de casos de «estado de necesidad» que se citan en el informe y a todas las normas mediante las cuales los juristas se han esforzado por dar objetividad y precisión a esa noción, la necesidad no sea un estado o una condición de cosas, sino más bien una interpretación o una evaluación de una situación y, por tanto, un estado de espíritu. Por otra parte, el contenido de la noción puede ser subjetivo hasta el punto de resultar totalmente inútil para regular las relaciones entre los Estados. O bien su aplicación puede estar tan estrechamente limitada que la prive de toda utilidad. Es cierto que los ejemplos de asuntos financieros en los que jueces o demandados han sostenido la tesis de que las dificultades financieras o económicas graves podrían liberar a los Estados deudores de su obligación de pagar, o de pagar según cierto calendario de vencimientos, pueden suscitar gran simpatía en una época en la que la mayoría de los países en desarrollo libran una batalla constante para sostener su economía gracias a préstamos extranjeros y en la cual los planes de reembolso amenazan con aplastarlos. Pero un Estado deudor que se ampare en la necesidad como medio de defensa para evitar un reembolso u obtener una modificación de su deuda puede encontrarse en una situación muy grave en el sentido de que ningún Estado querrá en lo sucesivo prestarle una asistencia financiera. Dar una base jurídica de acción en las situaciones de necesidad económica puede minar la fuerza de los tratados en este campo y reforzar las tendencias al proteccionismo en el mundo industrializado.

4. Pese a las dudas que suscita en el orador el reconocimiento de una norma jurídica relativa a la necesidad en derecho internacional, el Sr. Pinto se declara dispuesto a aceptar que se envíe el proyecto de artículo 33 al Comité de Redacción. Sin embargo, a fin de reducir el grado de subjetividad aparentemente elevado en la aplicación de la disposición y de ayudar a los tribunales que puedan tener que interpretarla, quizá merezca la pena considerar la posibilidad de introducir en el texto una norma de «moderación» para exigir a los Estados que den muestras de un mínimo de ob-

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

² «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2», preparado en abril de 1980 por el Presidente de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y los Presidentes de las Comisiones Principales de la Conferencia (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 y Corr.1 y 2).