

ANUARIO
DE LA
COMISION
DE DERECHO
INTERNACIONAL

1978

Volumen II
Primera parte

Documentos del trigésimo período de sesiones
(excepto el informe de la Comisión
a la Asamblea General)

NACIONES UNIDAS



ANUARIO
DE LA
COMISION
DE DERECHO
INTERNACIONAL

1978

Volumen II
Primera parte

Documentos del trigésimo periodo de sesiones
(excepto el informe de la Comisión
a la Asamblea General)

NACIONES UNIDAS

Nueva York, 1980



ADVERTENCIA

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

La palabra *Anuario* seguida de puntos suspensivos y el año (por ejemplo, *Anuario... 1970*) indica que se hace referencia al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*.

La primera parte del volumen II contiene los documentos del período de sesiones, excepto el informe de la Comisión a la Asamblea General, que figura en la segunda parte.

A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.79.V.6 (Part I)

Precio: 18 dólares de los EE. UU.

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Cláusula de la nación más favorecida (tema 1 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/309 y Add.1 y 2.</i> —Informe sobre la cláusula de la nación más favorecida, por el Sr. Nikolai Ushakov, Relator Especial	1
Responsabilidad de los Estados (tema 2 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/307 y Add.1 y 2.</i> —Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial.—El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional (<i>continuación</i>)	33
<i>Documento A/CN.4/315.</i> —La «fuerza mayor» y el «caso fortuito» como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina.—Estudio preparado por la Secretaría	65
Sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados (tema 3 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/313.</i> —Décimo informe sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, por el Sr. Mohammed Badjaoui, Relator Especial.—Proyecto de artículos, con comentarios, sobre la sucesión en las deudas de Estado (<i>continuación</i>)	245
<i>Documento A/CN.4/L.282.</i> —Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados: memorando presentado por el Sr. Tsuruoka relativo al párrafo 2 del artículo 23 aprobado por la Comisión	261
Cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales (tema 4 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/312.</i> —Séptimo informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, por el Sr. Paul Reuter, Relator Especial.—Proyecto de artículos, con comentarios (<i>continuación</i>)	265
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (tema 5 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/314.</i> —Respuesta de los gobiernos al cuestionario de la Comisión.	271
Las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema) (tema 7 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/311 y Add.1.</i> —Segundo informe sobre la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, por el Sr. Abdullah El-Erian, Relator Especial	281
Examen del procedimiento de elaboración de tratados multilaterales (párrafo 2 de la resolución 32/48 de la Asamblea General) (tema 8 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/310.</i> —Nota de la Secretaría	305
Lista de los documentos del 30.º período de sesiones	307

CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

[Tema 1 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/309 Y ADD.1 Y 2 *

**Informe sobre la cláusula de la nación más favorecida,
por el Sr. Nikolai Ushakov, Relator Especial**

[Original: ruso]
[11 y 12 de abril y 10 de mayo de 1978]

ÍNDICE

		<i>Página</i>
<i>Abreviaturas</i>		2
	<i>Párrafos</i>	
I. INTRODUCCIÓN	1-15	2
A. Fundamento del presente informe	1-12	2
B. Estructura del informe	13-15	4
II. COMENTARIOS SOBRE EL PROYECTO DE ARTÍCULOS EN CONJUNTO	16-55	4
A. Importancia del problema y de la labor de codificación	18-32	4
B. La cláusula de la nación más favorecida y el principio de la no discriminación	33-34	6
C. La cláusula de la nación más favorecida y los diferentes niveles de desarrollo económico de los Estados	35-43	6
D. Carácter general del proyecto de artículos	44-55	7
a) Alcance del proyecto	45	7
b) Forma del proyecto	46-55	7
III. COMENTARIOS SOBRE LAS DISTINTAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS	56-323	8
Comentarios preliminares del Relator Especial	56-59	8
Artículo 1	60-75	8
Artículo 2	76-98	10
Artículo 3	99-101	11
Artículo 4	102-111	11
Artículo 5	112-122	12
Artículo 6	123-125	13
Artículo 7	126-137	13
Artículo 8	138-140	14
Artículo 9	141-142	15
Artículo 10	143-164	15
Artículo 11	165-166	17
Artículo 12	167-169	17
Artículo 13	170-174	17
Artículo 14	175-177	18
Artículo 15	178-229	18

* El Relator Especial preparó originalmente su informe (A/CN.4/309) a la luz de las observaciones de Estados Miembros, órganos de las Naciones Unidas, organismos especializados y otras organizaciones intergubernamentales que le habían sido comunicadas hasta el 15 de febrero de 1978. Las observaciones recibidas después de esa fecha, así como los comentarios del Relator Especial acerca de esas observaciones, que originalmente constituían el objeto de los documentos A/CN.4/309/Add.1 y A/CN.4/309/Add.2, han sido incluidos en los epígrafes pertinentes del presente documento.

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Artículo 16	230-241	23
Artículo 17	242-244	23
Artículo 18	245-246	24
Artículo 19	247-250	24
Artículo 20	251-254	24
Artículo 21	255-299	25
Artículo 22	300-304	29
Artículo 23	305-312	29
Artículo 24	313-314	29
Artículo 25	315-316	30
Artículo 26	317-319	30
Artículo 27	320-323	30
IV. CUESTIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE UNA CONVENCION BASADA EN EL PROYECTO DE ARTÍCULOS	324-332	30

ABREVIATURAS

AELI	Asociación Europea de Libre Intercambio
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
CCA	Consejo de Cooperación Aduanera
CEE	Comunidad Económica Europea
CEPAO	Comisión Económica para Asia Occidental
CEPE	Comisión Económica para Europa
CMA	Consejo Mundial de la Alimentación
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
OCMI	Organización Consultiva Marítima Intergubernamental
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMS	Organización Mundial de la Salud
OMT	Organización Mundial del Turismo
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
ONUDI	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

I.—Introducción

A.—FUNDAMENTO DEL PRESENTE INFORME

1. En su resolución 31/79, de 15 de diciembre de 1976, la Asamblea General acogió con beneplácito el hecho de que la Comisión de Derecho Internacional hubiera concluido la primera lectura del proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, y recomendó a la Comisión que, a la luz de las observaciones recibidas de los Estados Miembros, de los órganos de las Naciones Unidas que tuvieran competencia

en la materia y de las organizaciones intergubernamentales interesadas, concluyera en su 30.º período de sesiones la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida aprobado en su 28.º período de sesiones.

2. En su resolución 32/151, de 19 de diciembre de 1977, la Asamblea General aprobó el programa de trabajo proyectado por la Comisión de Derecho Internacional para 1978 en que se asigna, en particular, carácter de prioridad al examen de dicha cuestión en el 30.º período de sesiones de la Comisión, y recomendó nuevamente a la Comisión que concluyera en su 30.º pe-

río de sesiones la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, como recomendó la Asamblea General en su resolución 31/97.

3. Por consiguiente, el presente informe se basa en el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida contenido en el informe de la Comisión sobre su 28.º período de sesiones¹. Conforme a las resoluciones de la Asamblea General, ese proyecto de artículos debe estudiarse a la luz de las observaciones escritas formuladas por los Estados Miembros y de los «comentarios orales» hechos por ellos durante la consideración del proyecto de artículos en la Sexta Comisión y en la Asamblea General, así como de las observaciones de los correspondientes órganos de las Naciones Unidas y de las organizaciones intergubernamentales, a fin de introducir las modificaciones y mejoras en el proyecto que la Comisión considere necesarias.

4. Así, pues, la obligación del Relator Especial consiste, a su entender, en ayudar a la Comisión en el cumplimiento de su cometido sobre la base del proyecto de artículos aprobado en la primera lectura. En la etapa actual no sería útil ni oportuno volver a hacer un estudio profundo de los principios en que se basa el proyecto de artículos, teniendo en cuenta particularmente que, al entender del Relator Especial, el proyecto recibió en general una acogida favorable en la Asamblea General, y en lo fundamental fue aprobado.

5. El Relator Especial señala con inmensa satisfacción esa recepción favorable que en general ha tenido el proyecto de artículos de la Comisión, lo que a su juicio es fundamentalmente resultado de la amplia erudición y la singular competencia en esa esfera del Relator Especial de la Comisión, Sr. Endre Ustor. Los informes profundamente eruditos e interesantes del Sr. Ustor, en los que se ha basado la labor de la Comisión, mantienen todo su valor en la actual etapa de los trabajos de ésta. La Comisión, que ya ha prestado el debido reconocimiento a la labor del Sr. Ustor, volverá a hacerlo sin duda en la segunda lectura del proyecto de artículos.

6. El Relator Especial no considera necesario describir aquí la marcha de los trabajos de la Comisión en relación con el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida. Esta está resumida en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 28.º período de sesiones², en el que se hace asimismo referencia a toda la documentación conexas. Cabe referirse al capítulo II de ese informe, ya que el proyecto de artículos y los comentarios que lo acompañan servirán de base para la labor de la Comisión cuando lo concluya en segunda lectura en su 30.º período de sesiones.

7. La cuestión del proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida se consideró en la Sexta Comisión durante el trigésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, al examinarse el

informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 28.º período de sesiones. En el informe de la Sexta Comisión se resumen los comentarios orales de los Estados Miembros sobre el proyecto³.

8. Durante el trigésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, algunos Estados Miembros formularon comentarios orales sobre el proyecto de artículos al examinarse en la Sexta Comisión la cuestión del plan de trabajo del 30.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional. Esos comentarios se resumen en el informe de la Sexta Comisión⁴.

9. Al 10 de mayo de 1978 se habían recibido observaciones escritas sobre el proyecto de artículos enviadas por los Estados Miembros siguientes: Colombia, Checoslovaquia, Estados Unidos de América, Guyana, Hungría, Luxemburgo, República Democrática Alemana, RSS de Bielorrusia, RSS de Ucrania, Suecia y URSS⁵.

10. A la misma fecha se habían recibido observaciones de los órganos de las Naciones Unidas, organismos especializados y organizaciones intergubernamentales siguientes: CEPAL y CEPE⁶, UNESCO, OIEA, GATT, Junta del Acuerdo de Cartagena, Secretaría de la Comunidad del Caribe, CEE, AELI, ALALC, OMT, así como CCA y Oficina Central de Transporte Internacional por Ferrocarril⁷.

11. Varios órganos y organizaciones internacionales comunicaron que no tenían observaciones que formular sobre el proyecto. Tal fue el caso del Banco Internacional de Cooperación Económica, el CMA, el Comité Consultivo Internacional del Algodón, FMI, OCMI, OIT, OMM, OMS y ONUDI.

12. La secretaría de la Comisión tuvo a bien también enviar al Relator Especial las notas del Secretario General en las que transmitía el informe de la Conferencia sobre Cooperación Económica Internacional⁸ y el anexo al informe de la Conferencia⁹, así como el informe del Secretario General titulado «Cooperación económica entre los países en desarrollo»¹⁰. En la sección I del capítulo II del anexo al informe de la Conferencia sobre Cooperación Económica Internacional y en las secciones A y B del capítulo II del informe del Secretario General se proporciona información útil sobre la cláusula de la nación más favorecida.

³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párrs. 14 a 85.

⁴ *Ibid.*, *trigésimo segundo período de sesiones, Anexos*, tema 112 del programa, documento A/32/433, párrs. 188 a 191.

⁵ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 159 y ss., documento A/33/10, anexo, secc. A. [N.B.—En la versión mimeografiada del presente documento, las referencias a las observaciones escritas remitían al lector a los documentos A/CN.4/308 y Add.1 y 2. Dado que esos documentos han sido reproducidos como anexo al informe de la Comisión, el cual constituye la segunda parte del volumen II del *Anuario*, se ha estimado conveniente remitir al lector directamente a esa publicación.]

⁶ *Ibid.*, secc. B.

⁷ *Ibid.*, secc. C.

⁸ A/31/478.

⁹ A/31/478/Add.1 y Add.1/Corr.1.

¹⁰ A/32/312.

¹ Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 11 y ss., documento A/31/10, cap. II, secc. C.

² *Ibid.*, págs. 4 y ss., documento A/31//10, párrs. 10 a 36.

B.—ESTRUCTURA DEL INFORME

13. El presente informe está compuesto de cuatro secciones, a saber:

Sección I.—Introducción.

Sección II.—Comentarios sobre el proyecto de artículos en conjunto.

Sección III.—Comentarios sobre las distintas disposiciones del proyecto de artículos.

Sección IV.—Cuestión del procedimiento de arreglo de controversias en relación con la interpretación y aplicación de una convención basada en el proyecto de artículos.

14. En relación con el proyecto de artículos, en las secciones II, III y IV se examinarán los comentarios orales de los Estados Miembros que figuran resumidos, tal como se ha indicado *supra*¹¹, en los informes de la Sexta Comisión a la Asamblea General en sus períodos de sesiones trigésimo primero y trigésimo segundo, así como los comentarios escritos de los Estados Miembros, órganos de las Naciones Unidas y organizaciones internacionales¹².

15. El Relator Especial formulará también sus propias observaciones en materia de redacción, las que, en su opinión, sería conveniente tener en cuenta al elaborar el proyecto de artículos durante su segunda lectura.

II.—Comentarios sobre el proyecto de artículos en conjunto

16. En opinión del Relator Especial, las deliberaciones sobre los informes de la Comisión en los períodos de sesiones trigésimo primero y trigésimo segundo de la Asamblea General indican que, en conjunto, el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida aprobado por la Comisión en su 28.º período de sesiones contó con la aprobación general de los Estados Miembros como base para concluir los trabajos en la segunda lectura. En el informe de la Sexta Comisión a la Asamblea General en su trigésimo primer período de sesiones se señala que los representantes que intervinieron en relación con el capítulo II del informe de la Comisión de Derecho Internacional expresaron en general su satisfacción por haberse dado cima a la primera lectura del proyecto de artículos sobre esa cuestión¹³. Hubo acuerdo general en que el proyecto de artículos debía enviarse a los Gobiernos y a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que formularan observaciones al respecto¹⁴. En el trigésimo segundo período de sesiones, los representantes apoyaron

ampliamente la intención de la Comisión de completar la segunda lectura del proyecto en su período de sesiones de 1978¹⁵; se manifestó que el proyecto estaba bien concebido y que se esperaba que pudiese cobrar la forma de un instrumento internacional¹⁶. Se reconocieron los excepcionales servicios prestados por el señor Endre Ustor, Relator Especial.

17. Al mismo tiempo, muchos representantes formularon observaciones respecto del proyecto de artículos aprobado en primera lectura por la Comisión, bien en relación con el proyecto de artículos en su conjunto, bien en relación con disposiciones concretas. Una de las tareas del Relator Especial al redactar el presente informe fue la de sistematizar y examinar esas observaciones. Se hicieron también comentarios orales acerca de asuntos que no se tratan en el proyecto de artículos.

A.—IMPORTANCIA DEL PROBLEMA Y DE LA LABOR DE CODIFICACIÓN

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

18. En el informe de la Sexta Comisión de 1976 se señala que algunas delegaciones manifestaron que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida era de suma importancia para la cooperación entre los Estados en la esfera de las relaciones económicas en general y en el desarrollo del comercio internacional en particular. Ello se desprendía de numerosos documentos internacionales, como el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa¹⁷ y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados¹⁸. También se manifestó la opinión de que la cláusula de la nación más favorecida era un instrumento importante para promover relaciones económicas y equitativas y mutuamente ventajosas entre los Estados, independientemente de las diferencias existentes en cuanto a sistemas sociales y niveles de desarrollo¹⁹.

19. En opinión de algunos representantes, no podía haber duda alguna en cuanto a lo oportuno de la labor de la Comisión sobre la materia. Varios representantes estimaron que los veintisiete artículos del proyecto eran aceptables en general y constituían una buena base para la labor ulterior. Se opinó que el conjunto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida satisfacía en general los requisitos al respecto, ya que incluía todas las cuestiones cuya codificación podía ser útil para la aplicación práctica de la cláusula.

¹⁵ *Ibid.*, trigésimo segundo período de sesiones, Anexos, tema 112 del programa, documento A/32/433, párr. 188.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 189.

¹⁷ *Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa*, Helsinki, 1975, Lausana, Imprimeries réunies, pág. 139.

¹⁸ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General.

¹⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 15.

¹¹ Véanse párrs. 7 y 8.

¹² Véanse párrs. 9 y 10.

¹³ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 14.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 19.

*Comentarios escritos*²⁰

20. *República Socialista Soviética de Bielorrusia.*—La RSS de Bielorrusia opina que el principio del trato de nación más favorecida es muy importante para lograr la cooperación entre los Estados en la esfera de las relaciones económicas en general y en el desarrollo del comercio internacional en particular. La RSS de Bielorrusia aboga por la aceptación y la aplicación universales del trato de nación más favorecida en las relaciones económicas internacionales. En opinión de la RSS de Bielorrusia, el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida preparado por la Comisión es una base totalmente satisfactoria para elaborar la convención internacional correspondiente.

21. *República Democrática Alemana.*—La República Democrática Alemana considera que el trato de nación más favorecida, que a través de los siglos se ha convertido en un componente fundamental de las relaciones comerciales internacionales, contribuye a la cooperación equitativa y mutuamente beneficiosa entre todos los Estados. La adopción de ese régimen sirve, por tanto, a los intereses de la paz mundial y de la seguridad internacional. El proyecto de artículos elaborado por la Comisión atañe, pues, a principios fundamentales. La Comisión ha conseguido elaborar un proyecto equilibrado, que recoge una experiencia de muchos años en materia de negociación de las cláusulas de nación más favorecida y presta la necesaria atención a las nuevas tendencias en dicha esfera.

22. *Luxemburgo.*—El Gobierno luxemburgués rinde tributo a los trabajos realizados por la Comisión, caracterizados por la excepcional riqueza de los materiales reunidos referentes a convenciones, jurisprudencia y doctrina, como base de un análisis en profundidad. Cualquiera que sea el destino ulterior de los artículos, esta investigación constituye en sí una aportación útil y duradera al desarrollo del derecho internacional.

23. *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.*—La URSS opina que la mutua concesión entre Estados del trato de nación más favorecida es una de las formas de aplicar el principio de la igualdad soberana de los Estados, ampliamente reconocido en el derecho internacional, principio por el cual se guía invariablemente la Unión Soviética en su política exterior, tal como se corrobora, entre otras cosas, en la nueva Constitución de la URSS de 1977. La aplicación del trato de nación más favorecida asegura también las condiciones más favorables para el desarrollo de la cooperación económica pacífica entre los Estados.

24. La aplicación cada vez más amplia del trato de nación más favorecida en las relaciones económicas internacionales es un importante objetivo que responde a los intereses más profundos del desarrollo de la cooperación comercial y económica entre Estados con sistemas sociales diferentes. Las medidas encaminadas a alcanzar ese objetivo son dignas de apoyo. Lo mismo puede decirse sin duda de la labor que realiza la Comisión en la esfera de la codificación de las normas jurídicas

internacionales de carácter general que definen la naturaleza, los requisitos y las consecuencias jurídicas de la aplicación de las disposiciones convencionales sobre el trato de nación más favorecida.

25. *Suecia.*—A juicio del Gobierno de Suecia, el proyecto de artículos es digno de elogios. Tanto el proyecto como los comentarios son de elevada calidad y reflejan la seriedad y la exhaustividad con que la Comisión ha desempeñado su importante labor de codificación. Salvo en unos pocos puntos, el Gobierno de Suecia estima que el proyecto de artículos es aceptable.

26. *Hungría.*—El Gobierno de la República Popular Húngara atribuye gran importancia a la labor de codificación realizada dentro del marco de las Naciones Unidas. Subraya la importancia y actualidad de ese proyecto la circunstancia de que una aplicación incondicional cada vez mayor del principio de la nación más favorecida, libre de discriminaciones y sobre la base de ventajas mutuas, desempeñará seguramente un papel muy importante en las relaciones económicas y comerciales entre los Estados.

27. *Estados Unidos de América.*—El Gobierno de los Estados Unidos apoya en general el proyecto de artículos elaborado por la Comisión y es partidario de su aprobación.

28. *República Socialista Soviética de Ucrania.*—La RSS de Ucrania estima que, en las condiciones contemporáneas, adquiere gran actualidad e importancia práctica la codificación de los principios y normas encaminados al desarrollo de la cooperación económica entre los Estados para beneficio mutuo y con igualdad de derechos. En este plano, reviste un papel sumamente importante también el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida preparado por la Comisión.

29. *Checoslovaquia.*—La República Socialista Checoslovaca considera que el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida elaborado por la Comisión constituye una buena base para la reglamentación jurídica internacional de esa institución. En principio, los artículos propuestos corresponden a las necesidades de las relaciones económicas internacionales.

30. *Colombia.*—La República de Colombia considera aceptable el proyecto en su conjunto.

Comentarios de organizaciones internacionales

31. *GATT*²¹.—En opinión de la secretaría del GATT, el proyecto de artículos elaborado por la Comisión contribuiría sustancialmente a la inteligencia de la cláusula de la nación más favorecida y ayudaría a reducir la incertidumbre y los conflictos en su aplicación. En normas claras y poco numerosas se ha logrado condensar una profusión de jurisprudencia práctica y doctrina relacionadas con la cláusula de la nación más favorecida.

32. *Junta del Acuerdo de Cartagena*²².—La Junta considera de gran valor el proyecto formulado por la Comisión de Derecho Internacional.

²¹ *Ibid.*, pág. 175, documento A/33/10, anexo, secc. C, subsecc. 3.

²² *Ibid.*, subsecc. 4.

²⁰ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 159 y ss., documento A/33/10, anexo, secc. A.

B.—LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA
Y EL PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

33. En el informe de la Sexta Comisión de 1976 se señala que algunos representantes citaron con satisfacción algunos pasajes sobre las relaciones entre la cláusula y el principio de la no discriminación que figuraban en los párrafos 37 a 40 del informe de la Comisión sobre su 28.º período de sesiones²³.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

34. El Relator Especial opina que los pasajes preparados por la Comisión sobre esta cuestión son de suma importancia para comprender el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida y deben restablecerse, y posiblemente ampliarse, en el informe de la Comisión en que se expondrán los resultados de la segunda lectura del proyecto.

C.—LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y LOS
DIFERENTES NIVELES DE DESARROLLO ECONÓMICO DE
LOS ESTADOS

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

35. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976²⁴, algunos Estados Miembros estimaron que el proyecto de artículos se apoyaba en una base segura, puesto que la Comisión de Derecho Internacional lo había elaborado a partir de principios y reglas de derecho internacional generalmente admitidos y de una evaluación de la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y los escritos jurídicos. En los artículos se tenían en cuenta los cambios fundamentales acaecidos en los últimos años en las relaciones económicas internacionales, sobre todo en la esfera del comercio, así como la necesidad de eliminar las barreras comerciales injustificadas y de promover la cooperación internacional sobre la base del respeto mutuo y la equidad. En particular, tomaban en consideración las resoluciones de las Naciones Unidas sobre el nuevo orden económico internacional. En una etapa en que se estaba tratando de instaurar un nuevo orden económico internacional había que tener debidamente en cuenta las consecuencias negativas de la cláusula para los países económicamente débiles e introducir ciertas restricciones en su aplicación. A este respecto se manifestó satisfacción por las nuevas normas elaboradas por la Comisión relativas a las excepciones a ciertas obligaciones de la cláusula de la nación más favorecida.

²³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 20.*

²⁴ *Ibid.*, párrs. 21 a 26.

36. No obstante, algunas delegaciones se preguntaron si la Comisión había estudiado suficientemente las relaciones entre la aplicación de la cláusula y la situación de los países en desarrollo. Ese aspecto del proyecto debía volver a examinarse en la segunda lectura, teniendo en cuenta las medidas concretas que se podían tomar para instaurar un nuevo orden económico internacional.

37. En opinión de varias delegaciones, el proyecto de artículos no reflejaba fielmente el espíritu de los nuevos principios económicos generados por acontecimientos internacionales recientes y aprobados por distintos foros legislativos internacionales. En algunos de los artículos no se tenían suficientemente en cuenta las declaraciones y resoluciones que se habían aprobado para resguardar los intereses de los países en desarrollo, particularmente la Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional²⁵, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados²⁶, las resoluciones de la Asamblea General relativas a la soberanía permanente de todos los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales²⁷ y diversas resoluciones de la UNCTAD.

38. Aunque la Comisión mencionaba la evolución de la situación registrada en el GATT, la UNCTAD y otras partes, en el proyecto de artículos no se reflejaba la evolución progresiva de las reglas comerciales internacionales que beneficiarían a los países en desarrollo.

39. Convendría que la Comisión revisara las disposiciones del proyecto que no tuvieran debidamente en cuenta los distintos niveles de desarrollo económico existentes y que propugnara una evolución de las relaciones comerciales internacionales contemporáneas conforme a las decisiones de la UNCTAD y otros organismos. La Comisión debía tomar en consideración el papel esencial que desempeñaban las asociaciones regionales de integración económica en el desarrollo de los sectores industrial y agrícola de los países en desarrollo que eran miembros de ellas, el derecho de los países en desarrollo a concederse ventajas entre sí, con exclusión de terceros Estados desarrollados, y el derecho de los países en desarrollo de recibir para sus productos un trato preferencial no recíproco y no discriminatorio por parte de los países desarrollados.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

40. En opinión del Relator Especial, durante el examen en primera lectura del proyecto de artículos, la Comisión en su conjunto y cada uno de sus miembros tuvieron plena conciencia de la necesidad de tomar en cuenta en el proyecto los intereses de los países en desarrollo. El Relator Especial está convencido de que el mismo espíritu animará a la Comisión durante la segunda lectura del proyecto.

41. Sin embargo, en el marco del presente proyecto la Comisión no se ocupa del problema de las normas jurí-

²⁵ Resolución 3201 (S-VI) de la Asamblea General.

²⁶ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General.

²⁷ Por ejemplo, las resoluciones 626 (VII), 1803 (XVII), 2158 (XXI), 2386 (XXIII) y 2692 (XXV).

dicas internacionales que rigen las relaciones económicas generales entre los Estados, y que vienen a ser una suerte de normas «primarias», entre las que cuentan, en particular, determinadas cláusulas contenidas en tratados entre Estados. El proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, por su parte, contiene una exposición de normas por así decir «secundarias», que atañen a ciertas condiciones jurídicas generales de aplicación de determinadas cláusulas.

42. La cuestión de tener en cuenta los intereses de los países en desarrollo en el marco del presente proyecto se reduce, pues, a la cuestión de las excepciones a las obligaciones de la cláusula hechas a favor de los países en desarrollo, excepciones de que se ocupan los artículos 21 y 27.

43. Las correspondientes propuestas concretas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales serán examinadas por el Relator Especial en el contexto de dichos artículos.

D.—CARÁCTER GENERAL DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

44. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, varios representantes de Estados Miembros observaron con satisfacción que la Comisión se había atenido fielmente a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁸ al elaborar el proyecto de artículos y que consideraba que el proyecto de artículos debía interpretarse a la luz de dicha Convención. Estuvieron de acuerdo con la Comisión en que el proyecto de artículos debía constituir una serie autónoma y no un anexo a la Convención de Viena²⁹.

a) Alcance del proyecto

Comentarios orales

45. En la Sexta Comisión, en 1976, se expresó la opinión de que la Comisión de Derecho Internacional se había concentrado, como correspondía, en el carácter jurídico de la cláusula y en sus efectos como institución jurídica en el contexto de todos los aspectos de su aplicación práctica. Había estudiado las consecuencias jurídicas de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, así como las normas de interpretación que habían de adoptarse y, de modo más general, los problemas jurídicos que planteaba la aplicación de la

cláusula. Todo ello había permitido a la Comisión de Derecho Internacional presentar un proyecto de artículos en que la cláusula se analizaba de manera general y no en función del ámbito en que se aplicaba³⁰.

b) Forma del proyecto

Comentarios orales

46. En la Sexta Comisión, en 1976, los representantes de algunos Estados Miembros, en lo que respecta a la forma definitiva de la codificación del tema, consideraron que el proyecto de artículos era generalmente aceptable como base para la elaboración, en fecha futura, de una convención que sirviera de instrumento eficaz para fomentar el comercio internacional sin elementos de discriminación. Sin embargo, otros representantes se reservaron sus posiciones respecto a esa cuestión³¹.

*Comentarios escritos*³²

47. *República Socialista Soviética de Bielorrusia.*—En opinión de la RSS de Bielorrusia, el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida es una base totalmente satisfactoria para elaborar la convención internacional correspondiente.

48. *República Democrática Alemana.*—En vista de que la República Democrática Alemana formuló un párrafo especial para su inclusión en el «preámbulo de la convención sobre el trato de nación más favorecida», el Relator Especial se inclina por concluir que este Estado apoya la idea de dar en el futuro al proyecto forma de convención.

49. *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.*—En opinión de la URSS, el proyecto de artículos preparado por la Comisión es una base totalmente satisfactoria para elaborar una convención internacional correspondiente.

50. *Luxemburgo.*—El Gobierno luxemburgués estima que sería poco apropiado continuar los trabajos sobre el proyecto de artículos con la voluntad de llegar a un texto convencional. Podría contemplarse a lo más, como resultado final, un conjunto de ayudas a la interpretación en forma de recomendaciones muy flexibles.

51. *Hungría.*—El Gobierno de la República Popular Húngara estima que el proyecto de artículos proporciona en general una base apropiada, tanto en cuanto a su concepción como a sus disposiciones, para la elaboración de un tratado internacional.

52. *República Socialista Soviética de Ucrania.*—La RSS de Ucrania considera que el proyecto puede servir plenamente como base satisfactoria para elaborar una convención internacional.

53. *Checoslovaquia.*—La República Socialista Checoslovaca considera que una convención sería una forma muy adecuada de codificación.

²⁸ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 289, denominada en adelante «Convención de Viena».

²⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 27.*

³⁰ *Ibid.*, párr. 28.

³¹ *Ibid.*, párr. 33.

³² Véase *supra*, nota 20.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

54. La cuestión de la forma definitiva que deberá adoptar, en opinión de la Comisión, la codificación del tema deberá decidirse, con arreglo a la práctica establecida, tras darse cima definitivamente al proyecto de artículos en la segunda lectura.

55. Por consiguiente, el Relator Especial considera que en la actual etapa sería prematuro de su parte proponer a la Comisión que adopte una decisión sobre la cuestión.

III.—Comentarios sobre las distintas disposiciones del proyecto de artículos

COMENTARIOS PRELIMINARES DEL RELATOR ESPECIAL

56. A continuación, al igual que en la sección precedente, se expondrán para cada artículo, bajo el título de «Comentarios orales», las observaciones hechas por los Estados Miembros en la Sexta Comisión y resumidas en los informes de la Sexta Comisión de 1976 y 1977. Bajo el título de «Comentarios escritos» se expondrán las observaciones presentadas por escrito por los Estados Miembros. Bajo el título de «Comentarios de las organizaciones internacionales» se expondrán las observaciones escritas de los órganos de las Naciones Unidas, organismos especializados y organizaciones intergubernamentales. La ausencia de alguno de estos epígrafes significa que no se hicieron sobre el correspondiente artículo comentarios orales o escritos.

57. El Relator Especial piensa exponer las observaciones de los Estados y de las organizaciones internacionales en el orden que, a su entender, permita comprender mejor el significado de las observaciones formuladas. Por consiguiente, no respetará en algunos casos el orden alfabético de los nombres de los Estados y de las organizaciones.

58. Con arreglo a la práctica establecida, la Comisión, luego de examinarse todos los artículos del proyecto, proporciona las definiciones de los términos utilizados. Por consiguiente, la opinión del Relator Especial en relación con las disposiciones del artículo 2 reviste un carácter preliminar.

59. En general, la Comisión examina también el ordenamiento de los artículos del proyecto al concluir la elaboración de todos los artículos. Por consiguiente, el Relator Especial no se ocupa de esa cuestión en el presente informe.

Artículo 1.—Alcance de los presentes artículos

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

60. Se sugirió que en el texto del artículo 1, después de la palabra «tratados», se agregaran las palabras «celebrados por escrito»³³.

³³ Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 34.

*Comentarios escritos*³⁴

61. *Luxemburgo*.—Según este artículo, el campo de aplicación de los artículos quedaría limitado a las cláusulas de la nación más favorecida contenidas «en tratados entre Estados». Esta disposición reduce considerablemente el alcance del proyecto, dado que, tras la formación de grupos económicos regionales en las diferentes partes del mundo, la cláusula es susceptible de figurar de modo cada vez más frecuente en acuerdos concertados por uniones o grupos de Estados. Conviene, pues, hacer constatar este cambio evolutivo y definir en consecuencia el campo de aplicación de los artículos.

62. *Checoslovaquia*.—La República Socialista Checoslovaca observa que en el artículo 1, y posiblemente en el artículo 2, la aplicación del proyecto de artículos se limita sólo a las cláusulas de la nación más favorecida contenidas en acuerdos celebrados por escrito entre Estados, lo que limitará considerablemente su aplicación en la práctica. La cláusula de la nación más favorecida se aplica ante todo en la esfera comercial-política dentro de la que algunos Estados han trasladado el derecho a celebrar acuerdos internacionales a las organizaciones internacionales de las que son miembros. Este es el caso, fundamentalmente, de la CEE, que ocupa una posición muy importante en el comercio internacional. En su forma actual, el proyecto de artículos no se aplicaría a la cláusula de la nación más favorecida contenida en los tratados y acuerdos de la CEE con otros Estados. Sería conveniente, en consecuencia, modificar el proyecto de manera de hacerlo aplicable también a la cláusula de la nación más favorecida contenida en los tratados internacionales en los que participan las organizaciones internacionales que celebran acuerdos en cuya virtud se aplica a sus Estados miembros la cláusula de la nación más favorecida (vigente en el territorio de esos Estados).

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

63. El Relator Especial considera innecesario precisar en el texto del artículo 1 que se trata de tratados celebrados por escrito. En dicho artículo y en el proyecto de artículos en su conjunto, la palabra «tratados» tiene el sentido expresado en el apartado a del artículo 2, es decir, tiene en cuenta, en particular, los acuerdos celebrados por escrito.

64. En el artículo 1, así como en todo el proyecto de artículos, se habla de cláusulas de la nación más favorecida, por las que se entiende, según el artículo 4, disposiciones de tratados en virtud de las cuales un Estado se obliga a conceder el trato de la nación más favorecida a otro Estado. Tales obligaciones entre Estados pueden figurar, y de hecho figuran, en acuerdos bilaterales o multilaterales entre Estados. Cabe preguntarse si es posible que existan «uniones de Estados» o «grupos de Estados» que puedan entablar relaciones convencionales internacionales y contraer obligaciones en nombre de los Estados miembros de esas «uniones» o «grupos», como los que se mencionan en el comentario del Go-

³⁴ Véase *supra*, nota 20.

bierno de Luxemburgo. El Relator Especial no sabe de la existencia de tales uniones o grupos de Estados.

65. El Relator Especial supone que en los comentarios de Luxemburgo se hace referencia en realidad a las uniones que el Relator Especial, a falta de otros conceptos establecidos, se inclina por llamar organizaciones internacionales de carácter supranacional. Tales «organizaciones supranacionales» pretenden, dentro de los límites de sus competencias establecidas, actuar en ciertas esferas en nombre de sus Estados miembros y contraer en nombre de éstos obligaciones a través de tratados con Estados que no sean miembros.

66. Las «organizaciones supranacionales» son un fenómeno sumamente novedoso en el mundo contemporáneo. El Relator Especial podría mencionar un solo caso que le sea conocido. Duda también que en el derecho internacional contemporáneo haya normas firmemente establecidas y ampliamente aceptadas que puedan aplicarse a las «organizaciones supranacionales».

67. En vista de lo antedicho, el Relator Especial considera conveniente no modificar el texto existente del artículo 1.

Comentarios de organizaciones internacionales

68. *Comunidad Económica Europea*³⁵.—La CEE estima que, en su concepción general, los proyectos de artículos preparados por la Comisión se refieren exclusivamente a los Estados y parecen ignorar a los grupos de Estados integrados o en vías de integración. La existencia y el funcionamiento de la CEE no son sino un ejemplo entre otros de la tendencia mundial creciente en pro de la constitución de zonas integradas regionalmente. Debería tenerse en cuenta la circunstancia de que ello determina una transposición de la aplicación de la cláusula del nivel estatal al nivel regional.

69. A juicio de la CEE, la Comunidad es una unión aduanera, pero también significa mucho más. Entre sus objetivos figura el de establecer «más estrechas relaciones entre los Estados que en ella participan» (artículo 2 del Tratado que establece la CEE³⁶). Con estos propósitos, el artículo 3 del Tratado prevé no sólo la supresión de los aranceles aduaneros y de las restricciones cuantitativas, la adopción de un arancel común, la eliminación entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales y el acercamiento de las legislaciones, sino también el establecimiento de toda una serie de políticas comunes, entre las cuales figuran políticas comunes en los sectores de la agricultura y los transportes, así como instituciones comunes con miras a una integración económica avanzada.

70. Los Estados miembros han transferido a la Comunidad sus respectivas competencias para determinar la

política comercial. En consecuencia, las cuestiones relativas a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en materia comercial incumben ahora, en forma exclusiva, a la competencia de la CEE, de forma que corresponde a la Comunidad y no ya a sus Estados miembros el dar y recibir el trato de la nación más favorecida, entre otras a todas las partes contratantes del GATT. La CEE ejerce, en esa medida y en esa esfera específica, las competencias que normalmente corresponden a los Estados.

71. Habida cuenta de las observaciones relacionadas con la tendencia en pro del establecimiento de zonas regionalmente integradas y del hecho de que la Comunidad ejerce en la esfera comercial, en que su competencia es exclusiva, competencias semejantes a las ejercidas por los Estados, la CEE sugiere completar el proyecto de artículo 2 mediante la siguiente definición:

«Se entiende además por “Estado” toda entidad que ejerza competencias en esferas comprendidas en el campo de aplicación de estos artículos, en virtud de una transferencia de competencias efectuada en beneficio de esta entidad por los Estados soberanos que la integran.»

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

72. El Relator Especial estima que, aunque la intención de la CEE al hacer su propuesta es completar el artículo 2 (Términos empleados), el comentario y la propuesta de la Comunidad se refieren en realidad a la sustancia del artículo 1. Con arreglo al artículo 1, efectivamente, los tratados concertados por la CEE en que se incluya una cláusula (dentro de la esfera de competencia de la Comunidad) no están comprendidos en el alcance del proyecto de artículos, aunque la cláusula misma se ajuste a lo que actualmente se dice a su respecto en el artículo 4.

73. Sin embargo, la Comunidad, en cuanto se refiere a su competencia recientemente adquirida de adoptar medidas en una esfera concreta con carácter obligatorio para sus Estados miembros, representa un fenómeno muy nuevo y evidentemente único en el momento actual. El Relator Especial ha descrito este fenómeno —que según resulta claro no puede equipararse ni a un Estado ni a una organización internacional— como una «organización supranacional»³⁷.

74. El Relator Especial estima que, cuando surgen problemas de cualquier tipo en materia de derecho internacional con respecto a «organizaciones supranacionales», se trata de problemas más amplios que los relativos a la cláusula de la nación más favorecida. Uno de los problemas que puede surgir es el de determinar qué normas son aplicables a las «organizaciones supranacionales», incluida la CEE, en materia de derecho de los tratados. La propuesta de tratar a la CEE de la misma forma que a un Estado, por ejemplo, dista mucho de dar solución al problema de la aplicabilidad de la Convención de Viena a los tratados en que es parte la CEE.

³⁵ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 176, documento A/33/10, anexo, secc. C, subsecc. 6.

³⁶ Para el texto del Tratado que establece la CEE («Tratado de Roma»), véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 294, pág. 17. (Para el texto en español, véase *El Mercado Común Europeo*, 2.ª ed., Servicio de Estudios del Banco Urquijo, Madrid, 1958, pág. 173.)

³⁷ Véase *supra*, párrs. 65 y 66.

75. Por consiguiente, el Relator Especial estima que no es conveniente tratar de resolver, en el marco de este proyecto de artículos, los problemas de los grupos dotados de competencias supranacionales.

Artículo 2.—*Términos empleados*

Comentarios de los Estados

APARTADO *a*

Comentarios orales

76. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, algunos representantes fueron partidarios de eliminar el apartado *a* del artículo 2, dado que la definición del término «tratado», ya enunciada en la Convención de Viena, era una definición amplia cuyo objeto era circunscribir el sentido indicado a los tratados celebrados por escrito entre Estados³⁸.

*Comentarios escritos*³⁹

77. *Luxemburgo*.—En opinión de Luxemburgo, el apartado *a* repite los conceptos correspondientes de la Convención de Viena.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

78. El apartado *a* del artículo 2 repite textualmente, en efecto, el contenido del apartado *a* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena. Sin embargo, tanto en esa Convención como en el presente proyecto de artículos los términos se definen sólo a los efectos del correspondiente instrumento. El Relator Especial propone, pues, no modificar el apartado *a*.

APARTADO *b*

*Comentarios escritos*⁴⁰

79. *Luxemburgo* considera que el apartado *b* es necesario y útil en el sistema del proyecto.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

80. El Relator Especial propone no modificar el apartado *b*.

APARTADO *c*

*Comentarios escritos*⁴¹

81. *Luxemburgo* considera que el apartado *c* es necesario y útil en el sistema del proyecto.

³⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 35.*

³⁹ Véase *supra*, nota 20.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

82. El Relator Especial propone no modificar el apartado *c*.

APARTADO *d*

*Comentarios escritos*⁴²

83. *Luxemburgo* considera que el apartado *d* es necesario y útil en el sistema del proyecto.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

84. El Relator Especial propone no modificar el apartado *d*.

APARTADO *e*

Comentarios orales

85. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, algunos representantes aprobaron el proyecto de apartado *e*, ya que la definición del término «reciprocidad material» era indispensable para la debida comprensión e interpretación de los artículos, y en particular permitía distinguir entre los términos «reciprocidad material» y «reciprocidad formal».

86. Otros representantes consideraron que el significado de los términos «reciprocidad material» y «trato equivalente» no era totalmente claro, aunque el comentario de los artículos 8 a 10 arrojaba cierta luz sobre el particular. Se dijo que ni el apartado *e* ni los artículos 9 y 10, el párrafo 2 del artículo 18 y el párrafo 2 del artículo 19 aclaraban la relación existente entre la cláusula de la nación más favorecida y la reciprocidad material, cuestión a la que la Comisión de Derecho Internacional debería seguir prestando atención. Se dijo también que el apartado *e* era más una disposición sustantiva que una definición. Por otra parte, se expresaron dudas acerca de su utilidad⁴³.

*Comentarios escritos*⁴⁴

87. *Luxemburgo*.—En opinión del Gobierno luxemburgués, la expresión «reciprocidad material» se refiere a un elemento secundario e incluso atípico de la cláusula, tal como resulta de los artículos 8 a 10. Se propone, pues, eliminarla de las definiciones del artículo 2.

88. *República Socialista Soviética de Bielorrusia*.—En opinión de la RSS de Bielorrusia, resulta injustificada la inclusión en el proyecto de artículos de la expresión «reciprocidad material» para designar las condiciones aceptables para la concesión del trato de nación más favorecida, puesto que esa expresión es muy imprecisa.

89. *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*.—La URSS expresa serias dudas acerca de la oportunidad de

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 36.*

⁴⁴ Véase *supra*, nota 20.

utilizar en el proyecto la expresión «reciprocidad material».

Comentarios de organizaciones internacionales

90. *Comunidad Económica Europea*.—La propuesta de la CEE de completar el artículo 2 con una nueva disposición se menciona y analiza con respecto al artículo 1⁴⁵.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

91. El Relator Especial considera necesario conservar la definición de la expresión «reciprocidad material» contenida en el apartado *e*, ya que esta expresión se utiliza en los artículos 9 y 10 y en los párrafos 2 de los artículos 18 y 19, y tiene gran importancia para aclarar el significado de esos artículos.

92. Prácticamente toda la concepción del proyecto se apoya en el hecho de que en las relaciones convencionales contemporáneas entre Estados existen dos tipos de cláusulas de la nación más favorecida: cláusulas incondicionales y cláusulas condicionadas a la reciprocidad material.

93. Cabe hacer aquí especial hincapié en que la aplicabilidad de la cláusula condicionada a la reciprocidad material se limita a determinadas esferas de las relaciones mutuas entre los Estados, como, por ejemplo, las relaciones consulares y diplomáticas o los acuerdos sobre establecimiento, es decir, aquellas esferas en que la reciprocidad material es posible en la práctica. El Relator Especial quisiera subrayar enérgicamente que en la esfera más tradicional de la aplicación de la cláusula, a saber: en la esfera de las relaciones comerciales, la reciprocidad material resulta imposible, al igual que en varias otras esferas. Sin embargo, en ciertas otras esferas resultan apropiadas y lógicas las cláusulas condicionadas a la reciprocidad material.

94. El Relator Especial comparte las dudas acerca de la propia expresión «reciprocidad material». En efecto, ésta no describe por sí misma con suficiente precisión la situación que en una cláusula concreta podría describir, por ejemplo, la sola palabra «reciprocidad». Por ejemplo, sería suficientemente claro decir que un Estado otorgará al consulado del Estado contratante los mismos beneficios que otorgó a un tercer Estado, bajo condiciones de reciprocidad. Aunque el Relator Especial no considera que la expresión «reciprocidad material» sea plenamente acertada, no está en condiciones de proponer una mejor. Por ejemplo, la expresión «reciprocidad efectiva» que se encuentra en algunas cláusulas no parece ser más acertada, en el contexto del presente proyecto de artículos, que la expresión «reciprocidad material». El hecho de que en el apartado *e* se defina la expresión «reciprocidad material» significa, en opinión del Relator Especial, que entonces asume importancia decisiva no la expresión misma, sino la esencia que expresa.

95. En la definición misma, que figura en el apartado *e*, el concepto más criticable y, hasta cierto punto, dudoso es el de «trato equivalente». Cabría considerar la posibilidad de reemplazar ese concepto por la expresión «el mismo trato» o «un trato análogo». Sin embargo, el Relator Especial no está seguro de que ésta sea la mejor solución al problema.

96. El Relator Especial considera en consecuencia que sería conveniente no modificar la esencia del apartado *e* del artículo 2.

97. Este se reduce a describir lo que se observa en cláusulas concretas y que hasta ahora se ha designado con la expresión «reciprocidad material». En cada caso concreto, lo que sea la reciprocidad material surgirá del texto de la misma cláusula.

98. Por desgracia, el Relator Especial no está en condiciones de proponer conceptos mejores que los de «reciprocidad material» y «trato equivalente», y deja abierta la cuestión de su utilización en el proyecto de artículos.

Artículo 3.—Cláusulas excluidas del alcance de los presentes artículos

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

99. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, algunos representantes dijeron que este artículo podía conservarse, pese a que su objeto estaba incorporado en el artículo 1 y en las normas de derecho internacional general⁴⁶.

*Comentarios escritos*⁴⁷

100. *Luxemburgo* considera que el significado del artículo es difícil de comprender. Si pudiera desaparecer la limitación artificial del artículo 1, parece que el artículo 3 también podría suprimirse sin inconveniente.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

101. El artículo 3 es lo que se llama una cláusula de salvaguarda o protección («saving clause»). Refleja disposiciones ampliamente aceptadas del derecho internacional. El Relator Especial considera conveniente no modificar el artículo.

Artículo 4.—Cláusula de la nación más favorecida

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

102. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, varios representantes expresaron la opinión de que en

⁴⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 37.*

⁴⁷ Véase *supra*, nota 20.

⁴⁵ Véase *supra*, párrs. 68 y ss.

el artículo 4 se debería indicar explícitamente que se trataba de relaciones entre Estados surgidas de las cláusulas válidas de un tratado en vigor, dado que había muchos tratados celebrados en circunstancias históricas que ya no tenían vigencia. También expresaron las opiniones de que los artículos 4 y 5 deberían refundirse en un solo artículo, y que las disposiciones de esos dos artículos deberían incorporarse en el artículo 2 con objeto de no reducir la tradicional importancia de las definiciones⁴⁸.

Comentarios escritos⁴⁹

103. *Luxemburgo*.—En opinión del Gobierno luxemburgués, las disposiciones del artículo 4 se hallarían en un lugar más apropiado entre las definiciones del artículo 2. Como artículo separado, dan, en efecto, la impresión de constituir una pura tautología.

104. El Gobierno luxemburgués subraya también la importancia que debe atribuirse en la estructura del proyecto a los términos «en una esfera convenida de relaciones».

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

105. En su informe de 1976, la Comisión de Derecho Internacional señaló que los siete primeros artículos del proyecto podían considerarse como artículos preliminares de definiciones⁵⁰. Ello es completamente natural, ya que, antes de exponer las consecuencias jurídicas generales de las cláusulas, es necesario aclarar de qué se está hablando. Sin embargo, el artículo 4 tiene una importancia mayor que la de una simple definición.

106. Con respecto a posibles aclaraciones al artículo 4 para señalar el alcance de la cláusula, es evidente que no conviene hacerlas, ya que ése es el objetivo, en particular, del artículo 7 del proyecto.

107. El Relator Especial considera por ello conveniente no modificar el artículo 4.

Comentarios escritos⁵¹

108. *Checoslovaquia*.—La República Socialista Checoslovaca observa que los artículos 4 y 5 tienen importancia fundamental en el proyecto, y que de ellos debería inferirse el contenido de la cláusula de la nación más favorecida. Habría que estudiar la conveniencia de relacionar los dos artículos y armonizarlos para facilitar su interpretación. Pueden surgir algunas dificultades de interpretación por el hecho de que el término «trato» se usa en ambos artículos, pero con diferente significado. El artículo 4 sólo trata de la concesión del trato de la nación más favorecida a otro Estado, y el objetivo de esa formulación es estipular claramente los sujetos

de los derechos y obligaciones que derivan de la cláusula de la nación más favorecida, es decir, los Estados contratantes. El artículo 5 se refiere al trato otorgado al Estado beneficiario, o a personas o cosas, y su objetivo es delimitar el contenido de la cláusula de la nación más favorecida.

109. A juicio del Gobierno checoslovaco, la redacción propuesta respecto de los artículos 4 y 5 no corresponde a algunas conclusiones contenidas en el comentario, y en particular al párrafo 13 del comentario al artículo 4.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

110. El Relator Especial opina que sería inconveniente combinar los proyectos de artículos 4 y 5.

111. El Relator Especial tratará de tener en cuenta las observaciones relacionadas con el comentario cuando prepare la versión definitiva de éste.

Artículo 5.—Trato de la nación más favorecida

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

112. En el informe de la Sexta Comisión de 1976 se expresó la opinión de que deberían reexaminarse los artículos 5 y 7 con objeto de tener en cuenta que un Estado beneficiario no debería tener derecho automáticamente, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, a todos los privilegios de que disfruta el tercer Estado cuando, debido a la existencia de una relación especial entre el Estado concedente y el tercer Estado, la concesión de esos privilegios al tercer Estado en una esfera determinada era algo más que un acto de comercio⁵².

Comentarios escritos⁵³

113. La *República Socialista Soviética de Bielorrusia* expresó su satisfacción con la definición del trato de la nación más favorecida.

114. La *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas* considera que uno de los méritos del proyecto de artículos preparado por la Comisión radica en la clara formulación del concepto, ampliamente aceptado en el derecho internacional contemporáneo, del trato de la nación más favorecida.

115. *Luxemburgo*.—El Gobierno luxemburgués expresó dudas acerca de la posibilidad de proporcionar una definición general del trato de la nación más favorecida. En su opinión es difícil, en particular, aclarar el significado de los términos «personas» o «cosas» que se hallan en una «determinada relación» con un Estado dado. Si la situación puede parecer clara con respecto a las personas físicas, lo es mucho menos en cuanto a

⁴⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 38.

⁴⁹ Véase *supra*, nota 20.

⁵⁰ *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 10 y 11, documento A/31/10, párr. 58.

⁵¹ Véase *supra*, nota 20.

⁵² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 39.

⁵³ Véase *supra*, nota 20.

las empresas económicas, personificadas o no personificadas. En cuanto a las cosas, ¿se trata solamente de objetos materiales, o también de valores inmateriales tales como, por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual?

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

116. El comentario oral mencionado *supra* respecto de las relaciones especiales entre dos Estados que deberían constituir excepciones a la aplicación de la cláusula se refiere evidentemente a privilegios históricos especiales de algún Estado en el territorio de otro Estado.

117. El Relator Especial supone que tales casos, de existir, son raros y excepcionales, y son aceptados por el uso como excepciones a la cláusula de la nación más favorecida. Sin embargo, es muy dudoso que sea conveniente dedicar una disposición especial a tales excepciones en el proyecto.

118. Con respecto al significado concreto de los términos «persona», «cosas» y «determinada relación» (con un Estado dado), el significado real de estos términos en un caso dado sólo puede determinarse en el contexto de la cláusula concreta. Podrán surgir naturalmente dificultades más o menos serias en la interpretación de una cláusula concreta dada, tal como sucede a veces en la práctica. Sin embargo, estos problemas atañen más bien a las disposiciones convencionales existentes sobre el trato de la nación más favorecida que al presente proyecto.

119. El Relator Especial considera, pues, conveniente no modificar el artículo 5.

*Comentarios escritos*⁵⁴

120. *Guyana*.—El Gobierno de Guyana estima que, en el artículo 5, la cláusula de la nación más favorecida se expone en términos absolutos y toma como punto de partida la «magnitud» de los beneficios gozados por el tercer Estado, el *tertium comparationis*. Este punto de partida ignora el hecho de que puede haber otras consideraciones, por ejemplo una relación especial que influya en la concesión del trato de la nación más favorecida en una esfera determinada, haciendo de él algo más que un acto de simple comercio, y que el potencial Estado beneficiario debería al menos estar en una posición de equivalencia con el tercer Estado antes de poder debidamente invocar todos los beneficios gozados por este tercer Estado al amparo de la cláusula de la nación más favorecida.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

121. El Relator Especial estima que, evidentemente, en casos sumamente raros y excepcionales puede otorgarse el trato de la nación más favorecida sobre una base diferente de una disposición convencional. Sin embargo, en el proyecto de artículos no debería hacerse referencia a dichos casos excepcionales.

122. El Relator Especial estima que sería conveniente mantener la redacción actual del artículo 5.

Artículo 6.—Fundamento jurídico del trato de la nación más favorecida*Comentarios de los Estados**Comentarios orales*

123. En el informe de la Sexta Comisión de 1976, en apoyo de este artículo se expresó la opinión de que sus disposiciones reconocían el principio de soberanía y libertad de acción de los Estados⁵⁵.

*Comentarios escritos*⁵⁶

124. *Luxemburgo*, señalando que la disposición del artículo 6 enuncia un aforismo jurídico de alcance enteramente general, indicó que el artículo podía suprimirse sin inconveniente.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

125. El hecho de que el artículo enuncie efectivamente una norma evidente del derecho internacional constituye su mérito. El Relator Especial considera conveniente no modificar el artículo.

Artículo 7.—Fuente y alcance del trato de la nación más favorecida*Comentarios de los Estados**Comentarios orales*

126. En opinión del Relator Especial, las observaciones hechas sobre los artículos 5 y 7 en el informe de la Sexta Comisión de 1976⁵⁷ no se aplican al artículo 7.

*Comentarios escritos*⁵⁸

127. *Luxemburgo*.—El Gobierno luxemburgués expresó dudas acerca del acierto del análisis que sirve de base al artículo y que está fundado en una distinción entre el «nacimiento» de los derechos otorgados por la cláusula (párr. 1) y su «determinación» (párr. 2). Señaló que, en realidad, la cláusula tiene el efecto de crear una obligación condicional. Esa condición está constituida por las ventajas otorgadas ulteriormente a un tercer Estado. Parece, pues, excesivo decir, tal como se puede leer en el párrafo 1 del comentario de la Comisión, que la cláusula es la fuente «exclusiva» de los derechos del Estado beneficiario.

⁵⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 40.*

⁵⁶ Véase *supra*, nota 20.

⁵⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 39.*

⁵⁸ Véase *supra*, nota 20.

⁵⁴ *Ibid.*

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

128. El Relator Especial comparte plenamente la opinión de la Comisión, expuesta en su comentario, en el sentido de que el artículo expone los principios básicos de la aplicación de la cláusula. En efecto, en su párrafo 1, el artículo establece que el derecho al trato de la nación más favorecida del Estado beneficiario dimana única y exclusivamente de la cláusula de la nación más favorecida en vigor; en otras palabras: dimana sólo de un tratado en vigor que contenga esa cláusula. Naturalmente, la Comisión no se ocupa en el proyecto de las condiciones para la validez de la cláusula o de los tratados que la contengan, puesto que ésta es la finalidad de la Convención de Viena. Por consiguiente, el derecho mismo a un determinado trato no es condicional. Surge incondicionalmente en cuanto haya una cláusula en vigor.

129. Al mismo tiempo, el *trato* propiamente dicho, el derecho al cual dimana de la cláusula, es condicional o, más bien, variable, ya que se define por el trato que se otorga al tercer Estado o a las personas y cosas vinculadas con él de una manera determinada. Este es precisamente el objeto de las disposiciones del párrafo 2 del artículo.

130. Por consiguiente, el Relator Especial considera conveniente mantener el artículo 7, introduciendo algunas aclaraciones de redacción en los párrafos 1 y 2.

131. El Relator Especial considera que, a la luz del comentario de la Comisión y de lo anteriormente expuesto, es necesario introducir, tras la palabra «dimana» y antes de las palabras «de la cláusula», la palabra «solamente». En el texto inglés se propone que se inserte la palabra «only» entre las palabras «arises» y «from». Es evidente la utilidad de tal mejora en la redacción.

132. El Relator Especial señala también a la atención de la Comisión el hecho de que, en el artículo 5 y en el párrafo 1 del artículo 7 del texto inglés, las palabras «tercer Estado» se utilizan con el artículo indefinido —«a third State»—. En el párrafo 2 del artículo 7 se utilizan, en cambio, con el artículo definido —«the third State»—. El Relator Especial propone que, en el texto inglés del párrafo 2 del artículo 7, las palabras indicadas se utilicen con el artículo indefinido («a third State»). En tal caso, se deberían armonizar los demás textos con el texto inglés. El Relator Especial considera que la utilidad de tal mejora en la redacción es evidente.

*Comentarios escritos*⁵⁹

133. *Colombia.*—La República de Colombia observa que, conforme a los términos del artículo 7, el derecho del Estado beneficiario a obtener el trato de la nación más favorecida se desprende de «la cláusula de la nación más favorecida en vigor entre el Estado concedente y el Estado beneficiario». Ahora bien, la expresión «en vigor» no define lógicamente aquí ni la condición de aplicación ni los efectos de la norma que se examina. De hecho, si entre el Estado concedente y el Estado beneficiario existiese un tratado por el que se rigieran

el objeto y el campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida no habría ninguna razón para referirse a las relaciones entre el Estado concedente y un tercer Estado.

134. Confirma esta tesis el artículo 18 del proyecto, conforme al cual el derecho del Estado beneficiario a un trato en virtud de una cláusula de la nación más favorecida no sujeta a la condición de reciprocidad «nace en el momento en que el Estado concedente confiere el trato pertinente a un tercer Estado». Sin embargo, aquí no se hace referencia directamente a un tratado que sirva de base como fuente de derecho, cuyo objeto esté definido por el trato correspondiente otorgado a cualquier tercer Estado por el Estado concedente.

135. Habida cuenta de lo que antecede, el Gobierno de Colombia propone que, en el párrafo 1 del artículo 7, se sustituyan las palabras «en vigor» por el término «convenida». Para dar al artículo una estructura más lógica se podría también (en el caso de que se mantuviesen las palabras «en vigor») modificar el final de la frase, redactándolo en los siguientes términos: «... de la cláusula de la nación más favorecida en vigor entre el Estado concedente y el tercer Estado».

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

136. El Relator Especial estima que, en el párrafo 1 del artículo 7, se indica muy claramente que la única fuente del derecho del Estado beneficiario a obtener el trato de la nación más favorecida es la cláusula de la nación más favorecida en vigor entre ese Estado beneficiario y el Estado concedente. Ello supone evidentemente que la cláusula, que por definición es una disposición de un tratado, se encuentra en vigor por el hecho de que el tratado que la contiene está también en vigor. La cláusula puede funcionar, además, si existen relaciones *directas*, en la esfera de aplicación de la cláusula, entre el Estado concedente y un tercer Estado. Ello se refleja igualmente en el artículo 7.

137. El Relator Especial estima, por consiguiente, que no es procedente introducir en el párrafo 1 del artículo 7 las modificaciones propuestas.

Artículo 8.—Incondicionalidad de las cláusulas de la nación más favorecida*Comentarios de los Estados**Comentarios orales*

138. En el informe de la Sexta Comisión de 1976 se expresaron dudas acerca de la reserva contenida en el artículo 8 en virtud de la cual las partes podían hacer depender la aplicación de la cláusula de ciertas condiciones. Se dijo que las cláusulas condicionadas a la reciprocidad material no propendían a la unificación y simplificación de las relaciones internacionales. También se opinó, con referencia al párrafo 24 del comentario de la Comisión a los artículos 8, 9 y 10, que el proyecto de artículos, al reconocer la necesidad de estable-

⁵⁹ *Ibid.*

cer equivalencias, ofrecería a los países en posición más desventajosa un elemento valiosísimo para sus negociaciones con los países más desarrollados⁶⁰.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

139. El Relator Especial quisiera volver a subrayar lo que ya manifestó⁶¹, a saber: que el proyecto en su conjunto y los artículos 8, 9 y 10 en particular se basan en el hecho de que actualmente existen dos tipos de cláusulas: incondicionales y condicionadas a la reciprocidad material. Las segundas sólo pueden aplicarse y sólo son útiles en determinadas esferas de las relaciones mutuas, mientras que en otras esferas, tales como el comercio, resultan sencillamente imposibles.

140. El Relator Especial propone no modificar el artículo 8.

Artículo 9.—Efecto de una cláusula incondicional de la nación más favorecida

141. No se presentaron comentarios.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

142. El Relator Especial propone no modificar el artículo 9.

Artículo 10.—Efecto de una cláusula de la nación más favorecida condicionada a reciprocidad material

Comentarios de los Estados

*Comentarios escritos*⁶²

143. *Luxemburgo*.—El Gobierno luxemburgués propone suprimir el artículo 10, ya que es un puro lugar común.

144. El Gobierno luxemburgués se pregunta también si es afortunado introducir aquí la noción de «reciprocidad», que a su entender es ambigua. Lo que aquí se da a entender es menos una cuestión de reciprocidad que una cuestión de «compensación» o «contrapartidas» materiales.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

145. El Relator Especial comparte la opinión de que las disposiciones del artículo 10 son suficientemente evidentes. Sin embargo, considera que conviene mantenerlo en el proyecto.

⁶⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 41.

⁶¹ Véase *supra*, párrs. 92 y 93.

⁶² Véase *supra*, nota 20.

146. En relación con la expresión «reciprocidad material», el Relator Especial quisiera señalar a la atención de la Comisión lo que se ha dicho *supra* en relación con el apartado e del artículo 2⁶³, y recordar que él preferiría dejar abierta la cuestión respecto de esa expresión.

147. Por otra parte, el Relator Especial quisiera señalar a la atención de la Comisión el hecho de que la *adquisición del derecho al trato de la nación más favorecida*, que constituye la esencia del artículo 10, está estrechamente vinculada con la esencia análoga del párrafo 1 del artículo 7. Considera que en este artículo sería quizá preferible hablar de la adquisición del derecho *a hacer uso del trato de la nación más favorecida*.

*Comentarios escritos*⁶⁴

148. *Hungría*.—El Gobierno de la República Popular Húngara considera que la inclusión del concepto de reciprocidad material en un tratado plantea ciertos problemas, en la medida en que el proyecto no examina el hecho de que, según el derecho internacional contemporáneo, la reciprocidad material es aplicable solamente en ciertas esferas no comerciales. Por otra parte, su aplicación en virtud de acuerdos comerciales puede dar lugar a discriminaciones. Teniendo esto en cuenta, la inclusión de la reciprocidad material en el proyecto suscita incertidumbres de interpretación de los distintos artículos y puede perjudicar a la no discriminación en la aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida a las relaciones comerciales. Por consiguiente, el Gobierno húngaro cree que la mejor solución sería que la Comisión de Derecho Internacional, de conformidad con la posición expresada en sus comentarios a los artículos mencionados, ofreciera una formulación del principio de la cláusula de la nación más favorecida que estableciera estrictamente que el concepto de reciprocidad material no está relacionado con el principio del trato de la nación más favorecida en el caso de su aplicación a las relaciones comerciales.

149. *República Socialista Soviética de Ucrania*.—La RSS de Ucrania considera que la expresión «reciprocidad material», utilizada para designar las condiciones en las que se concede el trato de la nación más favorecida, da lugar a dudas. Dado que la expresión es sumamente vaga, permite diversas interpretaciones, particularmente una interpretación amplia. Esta interpretación podría privar de sentido al mismo principio de la cláusula de la nación más favorecida.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

150. El Relator Especial está plenamente de acuerdo con la opinión de que la reciprocidad material es aplicable solamente en unas pocas esferas de las relaciones entre los Estados. Por ejemplo, es virtualmente imposible aplicarla al comercio y a otras muchas esferas. Ahora bien, el proyecto se basa en el supuesto, que la Comisión considera que está plenamente justificado por los usos

⁶³ Véase *supra*, párrs. 85 a 98.

⁶⁴ Véase *supra*, nota 20.

internacionales, de que en la práctica convencional moderna se utilizan dos tipos de cláusula de la nación más favorecida: la cláusula incondicional y la cláusula condicionada a reciprocidad material. El texto aprobado por la Comisión parte de estos usos. Dentro del marco del proyecto de artículos, no obstante, no puede indicarse en qué esferas es posible la reciprocidad material y en cuáles no lo es. A los efectos del proyecto, esto es innecesario, ya que el proyecto se refiere solamente a ciertos efectos jurídicos de la cláusula y no a la cláusula en sí.

151. A juicio del Relator Especial, la expresión «reciprocidad material» utilizada en el proyecto, tal como está definida en el apartado e del artículo 2, es suficientemente concreta y no admite diferentes interpretaciones. No obstante, el Relator Especial preferiría dejar abierta la cuestión de si conviene utilizar esa expresión determinada.

Propuesta de un nuevo artículo 10 bis.—Efecto de una cláusula de la nación más favorecida bajo condiciones especiales de reciprocidad en los intercambios de bienes y servicios entre países con sistemas socioeconómicos diferentes

Comentarios de organizaciones internacionales

152. *Comunidad Económica Europea*⁶⁵.—La CEE considera que las relaciones entre los países con sistemas socioeconómicos diferentes están regidas por ciertas reglas. Las condiciones especiales que reinan en las economías de los países en los que el Estado goza de un monopolio del comercio significan que el trato de la nación más favorecida carece de efecto real a menos que se especifiquen las condiciones en que se concede. Esto significa simplemente que es necesario reconocer la diferencia existente en las condiciones comerciales que resultan de las diferencias entre los sistemas económicos. La reciprocidad real de las ventajas debería medirse en términos de resultados concretos y comparables, por ejemplo aumentos del volumen y de la variedad del comercio entre países con sistemas económicos diferentes que satisfagan a los países con que comercian.

153. Teniendo presentes estas y las demás consideraciones que ha expresado, la CEE preferiría que el proyecto tuviera más en cuenta la preocupación expresada y la experiencia adquirida por la Comunidad y sus Estados miembros con respecto a países con sistemas socioeconómicos diferentes. A este respecto, la CEE desearía que se tuvieran en cuenta las disposiciones relativas a los intercambios comerciales contenidas en el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa⁶⁶.

154. Por consiguiente, la CEE propone que se añada, después del artículo 10, un artículo cuyos título y texto serían los siguientes:

⁶⁵ Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 176, documento A/33/10, anexo, secc. C, subsecc. 6.

⁶⁶ Para la referencia, véase la nota 17 *supra*.

«Efecto de una cláusula de la nación más favorecida bajo condiciones especiales de reciprocidad en los intercambios de bienes y servicios entre países con sistemas socioeconómicos diferentes

»Nada de lo establecido en estos artículos se interpretará en el sentido de que obliga al Estado concedente a conceder el trato de la nación más favorecida al Estado beneficiario con respecto al intercambio de bienes y servicios entre países con sistemas socioeconómicos diferentes, a menos que el Estado beneficiario conceda al Estado concedente una posición que le permita en conjunto, sobre la base de la igualdad y la satisfacción mutua de ambos países, una distribución equitativa de las ventajas y de las obligaciones de escala comparable de conformidad con los acuerdos bilaterales y multilaterales.»

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

155. El Relator Especial tiene su propia opinión, que difiere de la de la CEE, con respecto a las ventajas, particularmente en la esfera del comercio internacional, de que gozan los Estados con economías planificadas frente a los Estados de economía de mercado. No obstante, considera que no sería apropiado examinar la cuestión dentro del contexto de los presentes artículos.

156. El Relator Especial cree también que la disposición del Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa que utiliza la Comunidad en su propuesta formulación del artículo no tiene una pertinencia directa respecto a las relaciones entre Estados sobre la base de la cláusula de la nación más favorecida.

157. A su juicio, en la sección del Acta Final sobre «Cooperación en materia de economía, ciencia y tecnología y medio ambiente», los Estados participantes esbozaron las condiciones generales deseables para esa cooperación. En la disposición antes mencionada, reconocieron, entre otras cosas,

que esta cooperación, habida cuenta de los diferentes niveles de desarrollo económico, puede desarrollarse sobre una base de igualdad y satisfacción mutua de los interesados, así como de reciprocidad, que permita, en conjunto, una distribución equitativa de las ventajas y las obligaciones de amplitud comparable, dentro del respeto debido a los acuerdos bilaterales y multilaterales.

158. Las condiciones generales deseables para la cooperación económica entre los Estados también se esbozan hoy en otros muchos instrumentos internacionales, incluida la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁶⁷.

159. La finalidad básica del artículo 10 bis propuesto es evidentemente establecer que los artículos redactados por la Comisión no obligan de por sí a un Estado concedente a otorgar el trato de la nación más favorecida a un Estado beneficiario en una esfera determinada.

⁶⁷ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General.

160. A juicio del Relator Especial, el texto de ese artículo puede interpretarse de otra forma, a saber: que si se cumple la condición establecida en el artículo, el Estado concedente estará obligado a otorgar el trato de la nación más favorecida al Estado beneficiario en esa esfera particular de las relaciones. Ahora bien, la disposición propuesta no se ajusta al espíritu y a la letra del proyecto de artículos en el primer caso ni mucho menos en el segundo.

161. En efecto, según los artículos 1, 4, 6 y 7, el derecho del Estado beneficiario a recibir el trato de la nación más favorecida deriva pura y exclusivamente de la cláusula de la nación más favorecida vigente entre el Estado concedente y el Estado beneficiario. A consecuencia de ello, ni las condiciones establecidas en el proyecto de artículos, ni mucho menos cualesquiera otras condiciones, pueden obligar a un Estado a conceder el trato de la nación más favorecida a otro Estado.

162. En su proyecto, la Comisión parte del supuesto de que en las relaciones convencionales modernas entre los Estados se usan dos tipos de cláusulas: la cláusula incondicional y la cláusula condicionada a la reciprocidad material. Naturalmente, esto no impide a los Estados establecer sus relaciones sobre la base de un tipo diferente de cláusula, por ejemplo la cláusula condicional basada en factores distintos de la reciprocidad material.

163. A juzgar por el título, el propuesto artículo 10 *bis* se propone tratar este tercer tipo de cláusula (condicional). No obstante, en ese caso la cláusula condicional va más allá del supuesto en que se basa el proyecto, es decir, rebasa el ámbito de éste.

164. Por las razones citadas, el Relator Especial cree que no convendría incluir el propuesto artículo 10 *bis* en el proyecto.

Artículo 11.—Alcance de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

165. En la Sexta Comisión, en 1976, se expresó la opinión de que la triple condición de similitud de materia de la cláusula, categoría de personas o cosas y relación con los Estados beneficiarios y los terceros Estados que debería cumplirse con arreglo a los artículos 11 y 12 estaba en consonancia con la libre voluntad de las partes y con la práctica judicial⁶⁸.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

166. El Relator Especial propone no modificar el artículo.

⁶⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 42.*

Artículo 12.—Derechos que se adquieren en virtud de una cláusula de la nación más favorecida

Comentarios de los Estados

*Comentarios escritos*⁶⁹

167. *Luxemburgo.*—El artículo 11 enuncia la conocida regla *ejusdem generis*. Se plantea un problema en lo referente a la relación que existe entre este artículo y el artículo 4. Según el artículo 4, la cláusula está llamada a desempeñar un papel solamente dentro de una «esfera convenida de relaciones». Según el artículo 11, no confiere más derechos que los resultantes del ámbito de aplicación «de la materia objeto de la cláusula». En opinión del Gobierno luxemburgués, estas dos condiciones son cumulativas. En interés de la claridad es oportuno recordar que la regla *ejusdem generis* se aplica también a la disposición del artículo 4, mencionada *supra*.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

168. El Relator Especial considera que las reflexiones expuestas *supra* se aplican al comentario de la Comisión de Derecho Internacional relativo a los artículos 11 y 12, y que sería útil tenerlas presentes en el futuro.

169. El Relator Especial propone no modificar el artículo 12.

Artículo 13.—No pertinencia del hecho de que el trato se confiera gratuitamente o mediante contraprestación

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

170. Según el informe de 1976 de la Sexta Comisión, algunos representantes apoyaron en general los artículos 13 y 14. Con respecto al artículo 13, se dijo que la regla establecida en ese artículo concordaba con el pensamiento moderno sobre la aplicación de la cláusula. Se sugirió agregar al artículo una declaración en el sentido de que la cláusula de la nación más favorecida no debería mencionar ninguna condición en absoluto o bien formular explícitamente las condiciones si se trataba de una cláusula condicional. Se sugirió también que el artículo 13 se vinculara al artículo 8 para que quedara supeditado a la excepción contenida en el artículo 8 respecto del principio de la independencia de las partes contratantes⁷⁰.

*Comentarios escritos*⁷¹

171. *Luxemburgo.*—El Gobierno luxemburgués considera que el artículo 13 repite los artículos 8 y 9 en lo referente al carácter incondicional de la cláusula.

⁶⁹ Véase *supra*, nota 20.

⁷⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 43.*

⁷¹ Véase *supra*, nota 20.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

172. El Relator Especial comparte el deseo de que las cláusulas de la nación más favorecida y, cuando proceda, las condiciones de reciprocidad material se formulen de la manera más clara, racional y exhaustiva posible. Sin embargo, esa cuestión, que atañe a las partes en los tratados que contengan la cláusula, queda fuera del ámbito del presente proyecto.

173. El Relator Especial considera que el objeto de los artículos 8, 9 y 10 y del artículo 13 no es el mismo. Los artículos 8, 9 y 10 tratan de las propias cláusulas y de si son incondicionales o condicionadas a la reciprocidad material. El objeto del artículo 13, en cambio, es el trato otorgado a un tercer Estado y la no pertinencia para el Estado beneficiario del hecho de que ese trato se confiera a un tercer Estado gratuitamente o mediante contraprestación.

174. El Relator Especial considera conveniente, por tanto, no modificar el artículo 13.

Artículo 14.—No pertinencia de las restricciones convenidas entre el Estado concedente y el tercer Estado

Comentarios de los Estados

*Comentarios escritos*⁷²

175. *Luxemburgo*.—En opinión del Gobierno luxemburgués, la redacción de este artículo es de difícil comprensión. Al parecer se intenta enunciar una idea sencilla: que un Estado no puede limitar el alcance de la cláusula, en detrimento del beneficiario, por efecto de un acuerdo concertado con un tercer Estado. Esta verdad elemental fue expresada en términos más comprensibles en la resolución del Instituto de Derecho Internacional, citada en el párrafo 2 del comentario de la Comisión de Derecho Internacional; sería, pues, suficiente retornar a esta fórmula.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

176. El Relator Especial comparte totalmente la opinión de que el artículo expone la sencilla idea que se menciona en el comentario mencionado *supra*. Sin embargo, desearía expresar su preferencia por la actual redacción del artículo 14, que le parece más clara que la disposición análoga de la resolución del Instituto de Derecho Internacional.

177. El Relator Especial considera, por tanto, conveniente no modificar el actual texto del artículo 14.

Artículo 15.—No pertinencia del hecho de que el trato se confiera en virtud de un acuerdo bilateral o de un acuerdo multilateral

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

178. Según el informe de 1976 de la Sexta Comisión, en relación con el artículo 15, los representantes abor-

daron la cuestión de si la cláusula de la nación más favorecida otorgaba o no los beneficios concedidos en las uniones aduaneras y las asociaciones semejantes de Estados⁷³.

179. Muchos representantes convinieron en que la Comisión de Derecho Internacional había tenido razón al no tratar de formular una regla por la que se estableciera una excepción general a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en el caso de las uniones aduaneras y de otras asociaciones de Estados⁷⁴. A juicio de algunos representantes, no había ninguna norma general de derecho internacional contemporáneo que dispusiera la exclusión de los beneficios concedidos en el seno de una unión aduanera del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. El hecho de que determinados acuerdos contuvieran disposiciones por las que se establecían excepciones concretas a la aplicación de la cláusula confirmaba la falta de una norma en ese sentido⁷⁵.

180. A juicio de algunos representantes, la cuestión debía resolverse mediante acuerdos entre los Estados interesados, pues la práctica demostraba que de esa manera podían hallarse soluciones a todos los complicados problemas que surgían cuando habían de armonizarse las obligaciones derivadas de la cláusula de la nación más favorecida con las obligaciones derivadas de la condición de miembro de una unión aduanera o de una comunidad económica⁷⁶.

181. Muchos otros representantes opinaron que el proyecto debía permitir una excepción a la aplicación de la cláusula en los casos de las uniones aduaneras, las zonas de libre comercio y otras asociaciones semejantes de Estados. La integración regional era una realidad cada vez más importante que reflejaba una relación especial de carácter objetivo que no se prestaba a la aplicación de la cláusula⁷⁷. Se destacó que la cuestión no concernía solamente a la CEE o a otras asociaciones de Estados desarrollados, sino que afectaba a todas las agrupaciones regionales⁷⁸. Se afirmó que una razón para no aplicar la cláusula de la nación más favorecida a las uniones aduaneras y asociaciones semejantes era la diferencia en el grado de libertad de que los Estados gozaban según fueran miembros o no de esas agrupaciones⁷⁹.

182. Varios representantes apoyaron la inclusión de una excepción a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida para las uniones aduaneras u otras asociaciones semejantes en las que sus miembros fueran Estados en desarrollo. A este respecto se dijo que las excepciones para los acuerdos de unión aduanera entre países desarrollados iban contra los principios del trato preferencial y diferenciado de los países en desarrollo⁸⁰.

⁷³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 44.*

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 45.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 47.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 49.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 51.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 53.

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 54.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 55.

⁷² *Ibid.*

183. Varios representantes apoyaron la inclusión de una excepción para las uniones aduaneras, con particular referencia a la CEE⁸¹.

184. En la Sexta Comisión, en 1977, se dijo asimismo que la Comisión de Derecho Internacional debería tener presentes las situaciones emergentes que implicasen modos nuevos y más extensos de cooperación entre países con intereses afines. Todo proceso de integración, sea regional, subregional o entre Estados vecinos, se consideraría automáticamente como una excepción a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida⁸².

Comentarios escritos⁸³

185. La *República Socialista Soviética de Bielorrusia* y la *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas* consideran que las únicas excepciones legítimas a la cláusula son las previstas en los artículos 21 a 23 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional.

186. La *República Democrática Alemana* considera que la cláusula no debe ser desvalorizada por excepciones a su aplicación. Las excepciones previstas por la Comisión en los proyectos de artículos 21, 22 y 23 cumplen con esas condiciones. No resulta aconsejable establecer otras excepciones, en particular en relación con las uniones aduaneras o las agrupaciones económicas. Los correspondientes problemas deberían solucionarse a través de acuerdos entre los Estados miembros de las agrupaciones y los beneficiarios de las cláusulas. Ello responde mejor a los intereses mutuos y sería más acorde con el espíritu del artículo 12 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁸⁴.

187. *Luxemburgo*.—El Gobierno luxemburgués señaló que, en sí, la disposición del artículo 15 no da lugar a observación alguna. Sin embargo, la Comisión ha optado por examinar en su comentario al artículo 15 (párrs. 24 y ss.) la cuestión de saber si una cláusula de la nación más favorecida atrae o no las ventajas otorgadas en el marco de uniones aduaneras o de asociaciones de Estados análogas. Es de lamentar que no se haya dado solución a uno de los problemas importantes planteados por la cláusula.

188. Al Gobierno luxemburgués le sorprendió que, en su informe, la Comisión de Derecho Internacional no hiciera referencia alguna a la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de 1969, celebrada en Edimburgo, en que, entre otras cosas, se afirma que:

Los Estados beneficiarios de la cláusula no deben poder invocarla para reclamar un trato idéntico al que se otorgan mutuamente los Estados participantes de un sistema regional de integración⁸⁵.

189. El Gobierno luxemburgués estima que esta última posición es la única conforme con una práctica universal y la única compatible con la diferencia de calidad y de naturaleza que existe entre los regímenes de integración económica y los intercambios comerciales internacionales. En efecto, si bien por una parte un número considerable de regímenes de integración económica vienen funcionando desde el siglo XIX de forma paralela al mecanismo de la cláusula de la nación más favorecida, no se conoce ningún precedente de que un Estado haya reclamado y obtenido, en virtud de la cláusula, las ventajas de un régimen de unión aduanera o de libre intercambio al cual no se ha adherido. La frecuencia de las excepciones explícitas en la práctica convencional, puesta de manifiesto en el comentario de la Comisión, sin excluir el artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio⁸⁶, no es, pues, sino la expresión de una práctica uniforme.

190. *Suecia*.—El Gobierno de Suecia opina que debería incluirse en el proyecto de artículos una excepción a la regla general con respecto a las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio. Se ha incluido una cláusula de excepción de esa índole en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como en numerosos tratados bilaterales. No puede considerarse razonable que un Estado que no sea miembro de una unión aduanera o no esté incluido en una zona de libre comercio tenga derecho, sobre la base de una cláusula de la nación más favorecida, a reclamar beneficios especiales resultantes de la unión aduanera o el acuerdo de libre comercio. Una unión aduanera o un acuerdo de libre comercio entraña una serie de derechos y obligaciones para los Estados participantes, y no se puede separar fácilmente a los derechos de las obligaciones. Normalmente, las partes en un tratado que contiene una cláusula de la nación más favorecida no desean que la cláusula sea aplicable a los beneficios que cualquiera de ellas puede otorgar posteriormente a otro Estado en relación con el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio. Por consiguiente, normalmente debería considerarse que la cláusula de la nación más favorecida contiene una excepción implícita para dichos casos, y ello debería reflejarse en el proyecto de artículos.

191. *Hungría*.—La República Popular Húngara considera apropiada e importante la disposición del artículo 15, que, reafirmando un principio acertado de codificación, procura que se dé la aplicación más amplia posible al trato de la nación más favorecida.

192. *Guyana*.—El Gobierno de Guyana señala que el proyecto no prevé que las uniones aduaneras y otras formas similares de asociación sean una excepción a la cláusula, pese a la frecuencia de su uso en una forma u otra por varios países, pero especialmente por los países en desarrollo como instrumento de desarrollo económico. Considera que convendría que el proyecto de artículos incluyera esta excepción.

⁸¹ *Ibid.*, párrs. 56 y 57.

⁸² *Ibid.*, trigésimo segundo período de sesiones, Anexos, tema 112 del programa, documento A/32/433, párr. 191.

⁸³ Véase *supra*, nota 20.

⁸⁴ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General.

⁸⁵ *Annuaire de l'Institut du droit international*, 1969, Basilea, vol. 53, t. II, 1969, pág. 362.

⁸⁶ Para el texto del Acuerdo General, véase GATT, *Instrumentos básicos y documentos diversos*, vol. IV (N.º de venta: GATT/1969-1).

Comentarios de organizaciones internacionales

193. La *secretaría del GATT*⁸⁷ llegó al acuerdo unánime de que la aplicación de la cláusula con respecto a algunas de las cuestiones que surgen en la esfera del comercio internacional parecería exigir la conciliación de intereses divergentes mediante negociaciones en las organizaciones internacionales especializadas y que, por consiguiente, no se prestan fácilmente a la codificación en esta etapa. Asimismo se tomó nota de que los artículos propuestos se aplicarían únicamente a los tratados que se celebrasen en el futuro e incorporasen la cláusula, y que los Estados mantendrían su libertad para estipular otras disposiciones. Por consiguiente, los artículos propuestos no alterarían el derecho vigente dentro del Acuerdo General, y preservarían la libertad de las partes contratantes en dicho Acuerdo General de negociar cualquier modificación de ese derecho. El proyecto actual de la Comisión no hace referencia a las uniones aduaneras, zonas de libre comercio y agrupaciones análogas. Sin embargo, en su labor futura, la Comisión tomará seguramente en cuenta los acontecimientos que han ocurrido en esta esfera.

194. La *Comisión Económica para Asia Occidental*⁸⁸ señala que el artículo 15 del proyecto podría interpretarse como que estipula la obligación de conferir a terceros países los beneficios de que gozan los miembros de una unión aduanera. Si un país de la CEPAAO concertase un acuerdo comercial con un país ajeno a la unión aduanera podría verse jurídicamente obligado a conferir a las importaciones provenientes de ese país un trato igual al conferido a los demás miembros de la unión aduanera. Una posible manera de evitar ese resultado consistiría en hacer condicional a la cláusula de la nación más favorecida, incluyendo una frase que dijese que la misma no se refiere al trato dentro de la unión aduanera. Se incluyó una medida de esta índole en los tres acuerdos celebrados por la CEE con Jordania, el Líbano y la República Árabe Siria, en los que estos países de la CEPAAO se comprometieron a otorgar el trato de la nación más favorecida a las importaciones provenientes de la CEE. Si el artículo 15 permaneciese sin cambio, los países de la CEPAAO deberían tener en cuenta sus consecuencias y hacer condicionales a las cláusulas de la nación más favorecida.

195. La *Junta del Acuerdo de Cartagena*⁸⁹ considera que las ventajas pactadas en un acuerdo de integración no pueden ser invocadas por los Estados beneficiarios de la cláusula de la nación más favorecida, como podría desprenderse del texto del artículo 15. La Junta vería con mucho agrado que se exceptuara de la norma general a los casos de uniones aduaneras y zonas de libre comercio, tal como lo hace el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

196. *Asociación Europea de Libre Intercambio*⁹⁰.— La AELI considera que, en vista de la importancia de

la integración económica regional, las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras son excepciones generalmente reconocidas al trato de la nación más favorecida en las relaciones comerciales. Por consiguiente, en su opinión, el proyecto de artículos debería complementarse mediante una disposición que reconociera explícitamente esas excepciones, como lo hace el artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

197. *Comunidad Económica Europea*⁹¹.— La CEE considera que el artículo 15 podría interpretarse en el sentido de que, según la cláusula de la nación más favorecida, las ventajas que los Estados miembros de una unión aduanera se conceden entre sí en virtud de esa unión deberían concederse a terceros países. La Comunidad considera también que el artículo 16 supondría que los compromisos mutuos no discriminatorios que se conceden entre sí los Estados miembros de una unión aduanera deberían extenderse a terceros países.

198. A su juicio, parece insuficiente el argumento del Relator Especial (Sr. Endre Ustor) de que no hay norma consuetudinaria internacional que establezca una excepción implícita a la cláusula en favor de las uniones aduaneras. La excepción de «unión aduanera» como exclusión automática de la aplicación normal de la cláusula de la nación más favorecida puede hallarse en la doctrina y en la práctica de los Estados. Además, aun si esa norma consuetudinaria y la práctica actual de los Estados no existiesen ya, el derecho internacional debería crear esa excepción. Este comentario vale tanto para los países industrializados como para los países en desarrollo.

199. Por consiguiente, la Comunidad sugiere que los proyectos de artículos 15 y 16 se complementen con un artículo 16 *bis* que diga lo siguiente:

«Efectos de la cláusula en relación con los derechos y obligaciones establecidos en el marco de uniones económicas o de otras uniones

»No obstante lo dispuesto en los artículos 15 y 16, los presentes artículos no afectarán a los derechos y obligaciones, establecidos en el marco de entidades en el sentido del artículo 2, en particular uniones económicas, uniones aduaneras o zonas de libre comercio, que confieren ventajas o imponen responsabilidades a los miembros de tales entidades.»

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

200. El Relator Especial considera que la cuestión de las uniones aduaneras, las zonas de libre comercio y asociaciones de Estados análogas —en general, la cuestión de las uniones económicas de Estados— no guarda relación directa e inmediata con el objeto del artículo 15. Evidentemente, las uniones económicas de Estados se crean sobre la base de acuerdos bilaterales o multilaterales, pero de ningún modo se reducen a éstos. Sin duda, así lo ha entendido siempre la Comisión.

⁸⁷ Véase *Anuario...* 1978, vol. II (segunda parte), pág. 175, documento A/33/10, anexo, secc. C, subsecc. 3.

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 170, secc. B.

⁸⁹ *Ibid.*, pág. 176, secc. C, subsecc. 4.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 181, subsecc. 7.

⁹¹ *Ibid.*, pág. 176, subsecc. 6.

201. El Relator Especial considera que, de por sí, el artículo 15 no ha motivado comentarios, y propone no modificarlo.

202. Sin duda, la cuestión de las uniones aduaneras y de asociaciones de Estados análogas se ha examinado en la Asamblea General y en los comentarios escritos de los Estados y las organizaciones internacionales en relación con el artículo 15 sólo porque la Comisión examinó la cuestión en su comentario, cosa que hoy parece no haber sido muy acertada. En realidad, esta cuestión es parte del problema de las excepciones generales a la cláusula, existentes o posibles, que se tratan en los artículos 21, 22, 23 y 27 del proyecto. El Relator Especial considera también que dentro del caso de las uniones aduaneras y de asociaciones de Estados análogas, la Comisión examina en su comentario el caso general de uniones económicas de Estados, lo que por lo visto sería conveniente mencionar.

203. El Relator Especial considera que, si se quiere, pueden aducirse argumentos muy convincentes e irrefutables para demostrar que el funcionamiento de tal o cual unión económica de Estados es incompatible con la existencia de obligaciones contraídas por sus miembros en la esfera del comercio internacional en virtud de la cláusula. En particular, servirían de ejemplo las numerosas excepciones correspondientes, previstas en las cláusulas o en los tratados en vigor que las contienen.

204. Sin embargo, todo ello no constituye, en opinión del Relator Especial, una prueba fehaciente de que en el derecho internacional exista una excepción universalmente reconocida a la cláusula en favor de las uniones económicas de Estados, ni de que sea conveniente introducirla con carácter de desarrollo progresivo del derecho internacional ni, por último, de que así lo exijan los intereses de toda unión económica de Estados.

205. El Relator Especial está profundamente convencido de que toda tentativa de formular normas jurídicas acerca de tales excepciones en el marco del presente proyecto de artículos tropezaría con insuperables dificultades teóricas y prácticas. En efecto, es evidente que en tal caso deberían resolverse, por lo menos, los tres problemas fundamentales siguientes:

1.º ¿Cuáles son las esferas de aplicación de la cláusula en que se necesitan excepciones a favor de las uniones económicas de Estados?

2.º ¿Cuáles son las uniones económicas de Estados para las que deberían preverse excepciones a la cláusula, y en qué circunstancias?

3.º ¿Es suficiente prever excepciones en beneficio de uniones económicas de Estados únicamente, o existe una situación análoga en el caso de otras uniones entre Estados, así como en el de algunos acuerdos económicos?

206. El Relator Especial intentará exponer muy concisamente la esencia de los problemas mencionados.

207. En el comentario al artículo 15 se indica que, para la Comisión, es evidente que el asunto denominado en forma abreviada «cuestión de las uniones aduaneras» no es un problema de las cláusulas de la nación más

favorecida en general (es decir, de todas las cláusulas existentes y posibles), sino de las cláusulas contenidas en los tratados de comercio, en particular los que se refieren a los derechos arancelarios⁹².

208. Sin embargo, lo antedicho sólo vale en el caso de una unión aduanera como tal y, evidentemente, en el caso de las zonas de libre comercio. Con respecto a otras uniones económicas de Estados, existentes o posibles (por ejemplo, las del tipo de la CEE), resulta evidente que son deseables excepciones no sólo a las cláusulas en materia de comercio, sino también probablemente a las cláusulas en materia de establecimiento, finanzas, transportes, tránsito, realización de muchos tipos de actividades, etc.

209. En suma, el Relator Especial no se atrevería a precisar las cláusulas concretas a las cuales se deberían prever excepciones a favor de determinados tipos de uniones económicas de Estados. Esta tarea es imposible, incluso en su forma general. Al mismo tiempo, cada agrupación concreta de Estados o más bien sus Estados miembros determinarán fácilmente cuáles son las cláusulas existentes y los acuerdos que las contienen que es necesario revisar y volver a celebrar a fin de introducir determinadas excepciones.

210. Esta es la dificultad fundamental del primero de los problemas antes mencionados.

211. En el comentario de la Comisión, el problema de las excepciones a favor de las uniones económicas de Estados se examina bajo el epígrafe «El caso de las uniones aduaneras y otras asociaciones de Estados análogas». Si se trata de indicar que no es conveniente formular excepciones, tal expresión es suficiente. En caso contrario, es necesario determinar cuáles son las uniones concretas que se entienden por «asociaciones de Estados análogas».

212. En los extractos proporcionados *supra* de los comentarios orales y escritos al proyecto de artículos se mencionan las uniones aduaneras, las zonas de libre comercio, las comunidades económicas y la integración a nivel regional y subregional. ¿Cómo hacer para enumerar en forma exhaustiva las uniones económicas de Estados que deberían exceptuarse de las (diversas) cláusulas? El Relator Especial no conoce una respuesta satisfactoria a esa pregunta. Sin embargo, sería necesario no sólo elaborar una lista de tales asociaciones, sino también proporcionar una definición jurídica de cada uno de los tipos a que pertenecen y determinar las condiciones que deberían satisfacer para tener derecho a excepciones.

213. La complejidad de esa tarea queda ilustrada por el ejemplo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, donde, en el artículo XXIV, a los fines de ese Acuerdo (y no a los fines más amplios del proyecto de artículos), se proporcionan las definiciones de unión aduanera y de zona de libre comercio, así como las condiciones que les son aplicables. Hay que tener aquí en cuenta que las definiciones podrían resultar

⁹² *Anuario...* 1976, vol. II (segunda parte), págs. 44 y 45, documento A/31/10, cap. II, secc. C, art. 15, párr. 26 del comentario.

insuficientes en la práctica. Por ejemplo, ¿qué es la CEE: una unión aduanera, una zona de libre comercio, una unión financiera, una comunidad de integración, o todo eso junto y todavía algo más? Lo más probable es que sea eso último, y que esté además en continuo cambio.

214. Esta es, brevemente resumida, la esencia de las dificultades que caracterizan al segundo de los problemas mencionados.

215. Puede considerarse que las excepciones a las obligaciones del GATT se aplican no sólo a las uniones aduaneras y a las zonas de libre comercio, sino también a los «acuerdos preliminares» conducentes a la creación de una unión aduanera o de una zona de libre comercio. Por consiguiente, se trata de cierto tipo de acuerdo económico.

216. El Relator Especial expresó la opinión de que las uniones económicas de Estados eran instituciones que no podían reducirse a un simple acuerdo⁹³. Es evidente que la CEE, por ejemplo, no es sólo un acuerdo. Sin embargo, la integración económica, por ejemplo, puede lograrse en principio sobre la base de un acuerdo económico y hacer necesaria la aplicación de cláusulas con excepciones a favor de las partes en el acuerdo. ¿Es necesario que acuerdos económicos concretos se incluyan en las excepciones generales a las cláusulas y, en caso afirmativo, cuáles de ellos exactamente? El Relator Especial considera que, una vez dado el primer paso, habrá que dar el segundo y no se sabe cuándo podrá ponerse punto final.

217. Tal es la esencia de las dificultades del tercero de los problemas antes mencionados.

218. Al examinar la cuestión de las uniones aduaneras y las asociaciones de Estados análogas no se ha abordado en absoluto, por algún motivo, la cuestión del Estado que concertó una cláusula de la nación más favorecida con otro Estado e ingresó luego en una comunidad económica, por ejemplo una unión aduanera.

219. Supongamos que, después que el Estado A haya ingresado en esa comunidad, las mercancías procedentes del Estado B no gocen de las ventajas de las mercancías de los miembros de la comunidad. Sin embargo, a través del Estado A, las mercancías de toda la comunidad pueden obtener, gracias a la cláusula, todas las ventajas que antes tenían en territorio de B solamente las mercancías de A. En otras palabras: ¿existen excepciones reconocidas a la cláusula para los Estados que han celebrado acuerdos que contienen una cláusula de la nación más favorecida con miembros de «uniones aduaneras y otras asociaciones de Estados análogas», y cuáles son esas excepciones?

220. Teniendo en cuenta que la cuestión de si existen o no excepciones de aceptación general a la cláusula en beneficio de los miembros de uniones aduaneras y de asociaciones de Estados análogas ha sido estudiada profunda y cuidadosamente por el Sr. Endre Ustor, el Relator Especial ha examinado *supra* otra cuestión,

a saber: en qué medida ello es posible y conveniente *de lege ferenda*.

221. El Relator Especial sigue convencido de que por ese camino surgirían dificultades insalvables debido al alcance de los problemas (cláusulas) abarcados por el proyecto de artículos y a la exigencia de darles una solución general (abstracta). Al mismo tiempo, en la práctica de las relaciones internacionales no surgen dificultades importantes, al menos de carácter jurídico. Cuando así lo exigen los acontecimientos subsiguientes, las cláusulas vuelven a examinarse y celebrarse; por supuesto, con el acuerdo de las partes interesadas y teniendo en cuenta sus mutuos intereses.

222. El Relator Especial estima, pues, que la posible exclusión de ciertas uniones de los efectos de la cláusula es una cuestión especial que no tiene relevancia directa para el artículo 15.

223. Además, el Relator sigue manteniendo que el artículo 15, de por sí, no ha dado lugar a ninguna observación, y sugiere que se mantenga en su forma actual.

224. El Relator Especial también cree que los argumentos y propuestas adicionales relativos a la exclusión de las «uniones aduaneras» de los efectos de la cláusula en modo alguno refutan los argumentos que formuló⁹⁴ respecto de la inutilidad de tratar de formular disposiciones *de lege ferenda* para tratar esas excepciones.

225. Incluso si este objetivo ha de perseguirse *de lege ferenda*, desgraciadamente debe señalarse que no servirá de ayuda alguna el artículo 16 *bis*, cuya adición propone la CEE⁹⁵.

226. En efecto, el propuesto artículo se refiere al hecho de que el proyecto de artículos en examen no trata de los derechos y responsabilidades recíprocos de los Estados miembros de ciertas uniones económicas. Esto es irrelevante para el artículo 16 *bis* propuesto, ya que el proyecto de artículos no afecta a esos derechos y obligaciones.

227. No obstante, el proyecto de artículo 16 *bis* no trata la cuestión de los derechos del Estado beneficiario cuando el Estado concedente es miembro de una de esas uniones económicas cuyos demás miembros son terceros Estados.

228. El proyecto de nuevo artículo se refiere a los derechos y obligaciones establecidos dentro de las entidades definidas en el artículo 2, es decir, en el sentido del complemento al artículo 2 propuesto por la Comunidad⁹⁶, según el cual las entidades que ejerzan poderes generalmente ejercidos por los Estados serían tratadas de la misma forma que los Estados (a los efectos de todo el proyecto de artículos). Es decir, se aplica a las entidades que tienen poderes supranacionales. Ahora bien: con una excepción evidente, las uniones económicas a las que el artículo podría aplicarse no tienen esos poderes.

229. Como se indicó anteriormente, sería necesario,

⁹³ Véase párr. 200 *supra*.

⁹⁴ Véanse párrs. 200 a 221 *supra*.

⁹⁵ Véase párr. 199 *supra*.

⁹⁶ Véase párr. 71 *supra*.

para redactar una excepción, determinar a qué uniones económicas se aplicaría esa excepción y dar una definición jurídica precisa de una entidad de ese tipo. A juicio del Relator Especial, esa tarea requeriría enormes esfuerzos y no tendría grandes posibilidades de éxito.

Artículo 16.—Derecho al trato nacional en virtud de una cláusula de la nación más favorecida

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

230. Algunos representantes en la Sexta Comisión de 1976 apoyaron en general las disposiciones del artículo 16. No obstante, otros representantes expresaron ciertas reservas sobre el artículo. Se manifestó que su título y texto no parecían estar totalmente en armonía. Las disposiciones del artículo no eran claras, ya que el término «trato nacional» no había sido definido en el proyecto. Se sugirió que al comienzo del artículo se insertaran las palabras «A menos que las partes acuerden otra cosa». Se declaró que el artículo 16 daba un margen demasiado amplio para la cláusula de la nación más favorecida y que, en su forma actual, no redundaría en beneficio de la inmensa mayoría de los países en desarrollo. Se señaló que en el artículo se asimilaban las normas del trato nacional a las del trato de la nación más favorecida, pero el trato nacional invariablemente era el nivel más alto de trato⁹⁷.

*Comentarios escritos*⁹⁸

231. *Luxemburgo*.—El Gobierno luxemburgués es de la opinión de que, habida cuenta de la diferencia de naturaleza que existe entre trato nacional y trato de la nación más favorecida, sería preferible no mezclar estos dos tipos de cuestiones y, en consecuencia, eliminar los artículos 16 y 17.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

232. El artículo 16 expresa la incontrovertible realidad que, en principio, surge inmediatamente de la esencia de la cláusula, tal como se la define en el artículo 5.

233. La cuestión de la conveniencia o inconveniencia de mantener relaciones con otros Estados en determinada esfera de relaciones sobre la base del trato de la nación más favorecida sólo puede ser resuelta en cada caso por los correspondientes Estados teniendo en cuenta las circunstancias existentes. Es posible hablar de las normas del trato nacional, ya que dicho trato es concreto e inmediato: está determinado por la legislación nacional del Estado correspondiente. Por el contrario, no existen normas del trato de la nación más favorecida. Ese trato depende de lo otorgado directamente al tercer Estado. Entre otras cosas, puede otorgarse directamente el trato nacional.

⁹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 58.

⁹⁸ Véase *supra*, nota 20.

234. En virtud de un acuerdo, pueden otorgarse a un tercer Estado ventajas más sustanciales que las previstas en el trato nacional. Por eso es imposible juzgar en forma abstracta acerca de las ventajas relativas de ambos regímenes.

235. El hecho de que las partes pueden acordar algo distinto de lo indicado en el artículo 16 se establece explícitamente en el artículo 26. Por ello no es necesario complementar el artículo 16 con la indicación correspondiente.

236. El Relator Especial considera conveniente no modificar el artículo 16.

237. La cuestión de la definición del término «trato nacional» debe resolverse, evidentemente, en el contexto del artículo 2.

*Comentarios escritos*⁹⁹

238. *Guyana*.—A juicio del Gobierno de Guyana, el artículo 16 asimila la norma del trato nacional a la norma del trato de la nación más favorecida. Sin embargo, no se ha tenido en cuenta, al redactar este artículo, la redefinición de los conceptos y relaciones comerciales que tanto ha preocupado a todos los países durante varios años. Sería beneficioso para el desarrollo del nuevo derecho de las relaciones económicas internacionales que este artículo reflejara esa preocupación de los Estados.

Comentarios de organizaciones internacionales

239. La *Comunidad Económica Europea*¹⁰⁰ considera que el artículo 16 implicaría la extensión a terceros países de los compromisos mutuos de no discriminación que los Estados miembros de una unión aduanera se conceden entre sí.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

240. El Relator Especial lamenta no ver con claridad cuál es el significado de las opiniones anteriores¹⁰¹ relativas al artículo 16. En particular, no ve claramente cómo podrían afectar las disposiciones del artículo 16 a los compromisos mutuos de no discriminación contraídos por los miembros de las uniones económicas.

241. Considera que sería conveniente mantener el artículo 16 en su forma actual.

Artículo 17.—Trato de la nación más favorecida y trato nacional u otro trato con respecto a la misma materia

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

242. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, algunos representantes consideraron en general acepta-

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 176, documento A/33/10, anexo, secc. C, subsecc. 6.

¹⁰¹ Párrs. 238 y 239.

bles las disposiciones de los artículos 17, 18 y 19. Con referencia al artículo 17, se expresó la opinión de que el artículo se basaba en el supuesto de que el trato nacional y el trato de la nación más favorecida iban más allá de aquello a que tenía derecho el Estado beneficiario en virtud del nivel mínimo internacional¹⁰².

Comentarios escritos

243. *Luxemburgo*, tal como se indicó anteriormente¹⁰³, propone eliminar el artículo 17 junto con el artículo 16.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

244. El Relator Especial considera conveniente no modificar el artículo 17.

Artículo 18.—Comienzo del goce de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida

Comentarios de los Estados

*Comentarios escritos*¹⁰⁴

245. *Luxemburgo*.—Los artículos 18 y 19 no dan pie a ninguna observación, excepto en lo tocante al concepto de la «reciprocidad material», ya examinada en los comentarios del Gobierno luxemburgués acerca de los artículos 2, 8 y 9.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

246. El Relator Especial propone no modificar el artículo 18.

Artículo 19.—Terminación o suspensión del goce de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

247. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, se sugirió que después de las palabras «Estado concedente» se insertaran las palabras «a un tercer Estado» en el párrafo 1, por razones de claridad y para ajustarlo al párrafo 1 del artículo 18¹⁰⁵.

*Comentarios escritos*¹⁰⁶

248. *Luxemburgo* señaló que se plantea la cuestión de saber si la suspensión del régimen otorgado a un

¹⁰² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 59.

¹⁰³ Párr. 231.

¹⁰⁴ Véase *supra*, nota 20.

¹⁰⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 59.

¹⁰⁶ Véase *supra*, nota 20.

tercer Estado puede oponerse al Estado beneficiario en caso de ser consecuencia de una violación jurídica.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

249. El Relator Especial considera que la cuestión mencionada anteriormente se plantea únicamente en relación con la interpretación o la aplicación del artículo 19. Dicha cuestión plantea a su vez otra, a saber: la de si el Estado beneficiario puede cuestionar en un caso concreto la legitimidad de la conducta del Estado concedente o del tercer Estado en sus relaciones mutuas.

250. El Relator Especial propone mantener el artículo 19, introduciendo en él la aclaración propuesta.

Artículo 20.—Ejercicio de los derechos dimanantes de una cláusula de la nación más favorecida y observancia de las leyes y reglamentos del Estado concedente

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

251. En la Sexta Comisión, en 1976, algunos representantes apoyaron en general el artículo 20. Se dijo que el artículo protegía al Estado beneficiario de todo abuso por parte del Estado concedente y que sus disposiciones constituían un requisito para el desarrollo adecuado de las relaciones económicas en su conjunto¹⁰⁷.

*Comentarios escritos*¹⁰⁸

252. *Luxemburgo*.—Parece al Gobierno luxemburgués que las disposiciones del artículo 20 se encuentran en contradicción con un principio general de derecho internacional, que dice que el Estado no puede invocar su legislación interna para restringir el alcance de una obligación internacional o para liberarse de ella. Haría falta al menos precisar en ese artículo que las leyes y reglamentos nacionales del Estado concedente no pueden oponerse al Estado beneficiario más que en el caso en que su observancia haya sido expresamente estipulada en las relaciones con el tercer Estado.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

253. El Relator Especial quisiera subrayar una vez más que la cláusula no contiene ningún derecho establecido del Estado beneficiario a algún trato concreto, lo que podría oponerse a la legislación nacional del Estado concedente. El Estado beneficiario sólo tiene derecho a pretender a un trato no menos favorable que el trato concedido a un tercer Estado, lo que vale en este caso y está reflejado en la segunda frase del artículo.

254. El Relator Especial propone no modificar el artículo 20.

¹⁰⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 60.

¹⁰⁸ Véase *supra*, nota 20.

Artículo 21.—La cláusula de la nación más favorecida y el trato conferido dentro del marco de un sistema generalizado de preferencias

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

255. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, varios representantes apoyaron el artículo 21 en su forma actual porque respondía a los esfuerzos desplegados por la comunidad internacional para atenuar el desequilibrio flagrante entre los países desarrollados y los países en desarrollo ¹⁰⁹.

256. Algunos representantes opinaron que en el momento actual no era posible incluir en el proyecto otras normas que las que figuraban en el artículo 21, en favor de los países en desarrollo ¹¹⁰.

257. Muchos de los representantes que apoyaron el artículo 21 lo hacían porque el objetivo del sistema de preferencias generalizadas no recíprocas ni discriminatorias era dar a los productos manufacturados y semi-manufacturados de los países en desarrollo acceso a los mercados de los países desarrollados y fomentar su desarrollo económico ¹¹¹.

258. Varios representantes estimaron que se debía mejorar la redacción del artículo, puesto que no estaba completamente claro cuán generalizado debería ser el sistema de preferencias para que la excepción [prevista en el artículo 21] fuese aplicable ¹¹².

259. En lo que respecta al trato preferencial dado a los países en desarrollo por los países desarrollados fuera del marco del sistema generalizado de preferencias, se recordó que la Declaración de Tokio ¹¹³ había definido los fundamentos de las negociaciones comerciales multilaterales, consagrando un nuevo principio capaz de asegurar ventajas adicionales a los países en desarrollo, a saber: el principio del trato diferenciado o más favorable. A este respecto se sugirió concretamente que se modificara el artículo 21 para que dijera lo siguiente:

«Un Estado beneficiario no tiene derecho, en virtud de una cláusula de la nación más favorecida, al trato preferencial o diferenciado conferido por un Estado concedente desarrollado a un tercer Estado en desarrollo» ¹¹⁴.

260. Se consideró que la Comisión, habida cuenta de su función promotora del desarrollo progresivo del derecho internacional, no podía hacer caso omiso del

amplio consenso alcanzado sobre el desarrollo del comercio entre los países en desarrollo. Muchos representantes convinieron en que debería ampliarse el artículo 21 o formularse un artículo complementario para exceptuar de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida todas las preferencias o favores que los países en desarrollo se concedían entre sí ¹¹⁵.

261. También en relación con las preferencias que se conceden mutuamente los países en desarrollo, se expresó la opinión de que la disposición adicional necesaria debía tratar en particular de las preferencias que se conceden recíprocamente los países en desarrollo como miembros de una unión aduanera, de una zona de libre comercio o de una asociación similar, pues las uniones económicas o aduaneras en cuanto tales no justificarían la inclusión de una excepción de esa índole en el proyecto. Aunque podría no reconocerse que esa excepción estaba implícita en el derecho internacional consuetudinario, debería reconocerse en los casos en que el objetivo primordial era el desarrollo económico de los países en desarrollo ¹¹⁶.

262. En la Sexta Comisión, en 1977, se subrayó que, en la segunda lectura del artículo 21, la Comisión debería procurar la salvaguardia de los intereses de los países en desarrollo, de conformidad con su grado de desarrollo, y codificar el trato diferencial a que se hace mención en la Declaración de Tokio no sólo en relación con los aranceles, sino también respecto de esferas más amplias de cooperación entre países industrializados y países en desarrollo ¹¹⁷.

Comentarios escritos ¹¹⁸

263. *La República Socialista Soviética de Bielorrusia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas* apoyan las disposiciones del artículo 21.

264. *Luxemburgo*.—El Gobierno luxemburgués aprueba, en cuanto al fondo, las disposiciones de los artículos 21, 22 y 23, cuyo principio es siempre el mismo: la cláusula no puede servir para extender el beneficio de ventajas otorgadas por el Estado concedente en el marco de un contexto ajeno al contenido normal del trato de la nación más favorecida, tal como la ayuda al desarrollo, el tráfico fronterizo y las facilidades especiales otorgadas a los Estados privados de acceso al mar.

265. *La República Democrática Alemana* apoya las disposiciones del artículo 21 y considera que debe estudiarse cuidadosamente la propuesta de formular excepciones en cuanto a las ventajas que se confieren entre sí los países en desarrollo, especialmente a la luz del artículo 21 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados ¹¹⁹.

266. *Suecia*.—A juicio del Gobierno de Suecia, los sistemas generalizados de preferencias tienen carácter

¹⁰⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 67.*

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. 63.

¹¹¹ *Ibid.*, párr. 65.

¹¹² *Ibid.*, párr. 64.

¹¹³ Declaración de los Ministros aprobada en Tokio el 14 de septiembre de 1973. Para el texto, véase GATT, *Instrumentos básicos y documentos diversos, vigésimo suplemento* (N.º de venta: GATT/1974-1), pág. 22.

¹¹⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 67.*

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 68.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 69.

¹¹⁷ *Ibid.*, *trigésimo segundo período de sesiones, Anexos, tema 112 del programa, documento A/32/433, párr. 190.*

¹¹⁸ Véase *supra*, nota 20.

¹¹⁹ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General.

temporario. No se debería seguir aplicándolos cuando los países en desarrollo hubiesen alcanzado una etapa de desarrollo que les permitiese asumir una parte mayor de las obligaciones resultantes de las normas sobre el comercio internacional. Aunque acepta a los sistemas generalizados de preferencias como medidas temporarias, el Gobierno de Suecia no considera conveniente otorgar a dichos sistemas un estatuto jurídico especial incluyendo un artículo específico sobre tales preferencias en el proyecto de artículos.

267. *Hungría, la RSS de Ucrania y Checoslovaquia* consideran que están justificadas las excepciones contenidas en el artículo 21.

268. *Guyana*.—El Gobierno de Guyana cree que es correcto incluir el artículo 21 en el proyecto de artículos. Ese artículo reconoce el sistema de las preferencias generalizadas no recíprocas y no discriminatorias como instrumento para asegurar el acceso de los productos de los países en desarrollo a los mercados de los países desarrollados.

269. El artículo asegura la posición de un país desarrollado en relación con otro país desarrollado en la cuestión de la concesión de preferencias.

270. El comercio de los países en desarrollo entre sí es un fenómeno reciente; tal cooperación entre países en desarrollo indudablemente se beneficiaría con la inclusión de una disposición similar en el proyecto del artículo 21, que permitiera a los países en desarrollo asegurar sus posiciones recíprocamente.

271. Los *Estados Unidos de América* consideran que el artículo 21 presenta un problema material.

272. El artículo 21 tiene por objeto exceptuar de todas las futuras cláusulas de la nación más favorecida las preferencias generalizadas concedidas a los países en desarrollo, ya sea que esas preferencias estén comprendidas o no dentro de una excepción o exención como la actual exención a las disposiciones de la nación más favorecida del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ¹²⁰. El artículo 21 negaría a un Estado no beneficiario de las preferencias generalizadas toda base para impugnar, basándose en la cláusula de la nación más favorecida, el efecto de la extensión del trato arancelario preferencial a un tercer Estado en desarrollo. Por tanto, ese artículo constituye una desviación importante de las normas existentes.

273. La exención del GATT, que actualmente exceptúa las preferencias generalizadas de la cláusula de la nación más favorecida, fue redactada con la intención de brindar cierta medida de protección a los terceros Estados beneficiarios de esa cláusula. Contiene un requisito de notificación y consulta y dispone que toda parte contratante que considere que «una ventaja resultante para ella del Acuerdo General puede ser o es indebidamente menoscabada [...] podrá someter la cuestión a las partes contratantes» para que la examinen y formulen una recomendación al respecto ¹²¹. El artículo

lo 21 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional no establece esa protección. A juicio de los Estados Unidos, el proyecto de la Comisión tiene el defecto de no proporcionar para algunos ese mecanismo de determinación de la aplicabilidad de las preferencias generalizadas en un caso determinado.

274. La base jurídica para el trato diferencial y más favorable en favor de los países en desarrollo (incluidas las preferencias comerciales) es objeto de negociación en el marco de las negociaciones comerciales multilaterales. Por esta razón, así como por la deficiencia señalada anteriormente, los Estados Unidos en este momento desean reservarse su posición respecto del artículo 21, particularmente a fin de determinar si, como resultado de las negociaciones comerciales multilaterales, habría que modificar ese artículo. Al mismo tiempo, los Estados Unidos están dispuestos a admitir las posibilidades apropiadas de un acuerdo futuro sobre modificaciones de los principios de la cláusula de la nación más favorecida en beneficio de los países en desarrollo. Los Estados Unidos señalan que el artículo 27 del proyecto de la Comisión ha sido preparado teniendo presentes esas posibilidades.

275. *Colombia*.—El Gobierno colombiano propone que, al principio del texto del artículo 21, se añada el término «desarrollado» después de las palabras «Estado beneficiario». Precizando así el trato concedido en el marco de un sistema generalizado de preferencias, se podrá evitar que la cláusula sea aplicada de forma incorrecta en la esfera de las relaciones económicas. La cláusula no debe conducir a una ruptura del equilibrio del comercio internacional ni dar a algunos países ventajas injustas y sin reciprocidad.

276. Cabría también completar este artículo con una disposición conforme a la cual la concesión del trato de la nación más favorecida en el marco de un sistema generalizado de preferencias no implica ninguna discriminación y no causa ningún perjuicio a otros países en desarrollo.

Comentarios de organizaciones internacionales

277. La *secretaría del GATT* ¹²² señala que, en la Declaración de Tokio, que puso en marcha las negociaciones comerciales multilaterales dentro del GATT, se reconoce la importancia de mantener y mejorar el sistema generalizado de preferencias, así como de un trato especial y más favorable para los países en desarrollo, tanto en materia de aranceles como en otras esferas. La responsabilidad de supervisar y orientar dichas negociaciones incumbe al Comité de Negociaciones Comerciales, que actualmente se compone de representantes de 98 países. El Comité ha establecido varios grupos y subgrupos que se encargan de las distintas esferas de las negociaciones. Uno de los grupos, denominado Grupo del «Marco Jurídico», debe examinar las mejoras que procede introducir en el marco jurídico en que se lleva

¹²⁰ Para la referencia, véase la nota 86 *supra*.

¹²¹ GATT, *Instrumentos básicos y documentos diversos, decimotercer suplemento* (N.º de venta: GATT/1972-1), pág. 27.

¹²² Véase *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 175, documento A/33/10, anexo, secc. C, subsecc. 3.

a cabo el comercio mundial. Uno de los temas del programa provisional de este grupo es el siguiente:

El marco jurídico del trato diferencial y más favorable que se había de conceder a los países en desarrollo en relación con las disposiciones del GATT, en particular con la cláusula de la nación más favorecida.

278. La *Comisión Económica para Asia Occidental*¹²³ considera que tal vez sea conveniente modificar el artículo 21, ya sea para hacerlo más general (no mencionando en concreto al sistema generalizado de preferencias), ya sea para ampliarlo, incluyendo a otras formas de trato preferencial para los países en desarrollo. En particular, el artículo omite mencionar las preferencias que los países en desarrollo se conceden entre sí (o sea, que, con arreglo a la cláusula de la nación más favorecida, un país beneficiario no tiene derecho a ningún trato otorgado por un Estado concedente en desarrollo a un tercer Estado en desarrollo en el contexto de acuerdos comerciales preferenciales).

279. La *Comunidad Económica Europea*¹²⁴ comparte las preocupaciones expresadas por la Comisión de Derecho Internacional con respecto a los intereses específicos de los países en desarrollo en sus relaciones con los países industrializados. La Comunidad concede estos tratos preferenciales sobre todo en los acuerdos celebrados sobre la base del artículo 238 del Tratado de Roma¹²⁵. En tales acuerdos, la Comunidad no concede el trato de la nación más favorecida, sino un régimen más favorable.

280. Para tener en cuenta no sólo el otorgamiento de preferencias generalizadas a los países en desarrollo por parte de los países industrializados, sino también los vínculos especiales que resulten de acuerdos preferenciales que hayan celebrado o hayan de celebrar Estados industrializados, y especialmente la Comunidad, con países en desarrollo, la CEE sugiere que se enmiende el proyecto de artículo 21 de la siguiente manera:

«Un Estado beneficiario no tiene derecho, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, al trato conferido por un Estado concedente desarrollado a un tercer Estado en desarrollo, sobre la base de la no reciprocidad, en el marco de un régimen preferencial establecido por ese Estado concedente.»

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

281. El Relator Especial considera que, salvo la opinión acerca de la no conveniencia de mantener el artículo 21 en el proyecto, las demás observaciones no se refieren al artículo propiamente dicho, sino a la cuestión de complementar el proyecto con nuevas disposiciones acerca de excepciones en favor de los países en desarrollo. El Relator Especial considera, por tanto, conveniente no modificar el artículo 21.

¹²³ *Ibid.*, pág. 170, secc. B.

¹²⁴ *Ibid.*, pág. 176, secc. C, subsecc. 6.

¹²⁵ Para la referencia, véase la nota 36 *supra*.

282. Las propuestas de agregar al proyecto de artículos nuevas disposiciones sobre exenciones a la cláusula de la nación más favorecida en favor de los países en desarrollo están vinculadas, en opinión del Relator Especial, con las dos cuestiones siguientes: a) el llamado trato diferencial que los países desarrollados establecen en favor de los países en desarrollo; b) las preferencias y ventajas que los países en desarrollo se conceden entre sí en sus relaciones mutuas.

283. A la luz de la respuesta de la secretaría del GATT¹²⁶, el Relator Especial entiende que en el marco del Acuerdo General se está elaborando un proyecto de estatuto jurídico de un sistema diferencial de preferencias (similar al sistema generalizado de preferencias), que será establecido por los diversos países concedentes desarrollados en favor de los países en desarrollo. El trato que se otorgará a los países en desarrollo sobre una base no recíproca en el marco de dicho sistema debe ser una exención a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en el sistema del GATT.

284. En caso de que la suposición del Relator Especial sea correcta, éste estaría dispuesto a apoyar la elaboración del artículo correspondiente, análogo al artículo 21, para su inclusión en el proyecto. Por desgracia, actualmente eso sería poco menos que imposible, puesto que la mencionada labor en el marco del GATT está lejos de haberse completado, y el proyecto no se ha convertido aún en una realidad jurídica. Sin embargo, el Relator Especial supone que, una vez que esa realidad jurídica haya tomado cuerpo, las disposiciones correspondientes podrán agregarse fácilmente al proyecto de artículos existente.

285. El Relator Especial ve con suma simpatía la tesis general de que los países en desarrollo no deben otorgar a los países desarrollados, a través de, entre otras cosas, la cláusula de la nación más favorecida, las mismas preferencias y ventajas que se otorgan entre sí a fin de promover el desarrollo económico. El Relator Especial desea vivamente tener en cuenta, en la máxima medida posible, los intereses de los países en desarrollo. Por consiguiente, no le resulta claro qué es exactamente lo que se tiene en cuenta en el contexto de la expresión «las preferencias que los países en desarrollo se conceden entre sí», ni de qué sistema de preferencias, existente o posible, se está hablando. A continuación, el Relator Especial intentará explicar cuál es la esencia de sus dudas.

286. En la comunicación de la CEPAL¹²⁷ se formula el texto del artículo propuesto en relación con «las preferencias que los países en desarrollo se conceden entre sí». El Relator Especial agradece a la CEPAL la maniobra voluntaria de dar a su propuesta una forma jurídica clara, pero recuerda que el proyecto propuesto dice lo siguiente:

«Un Estado beneficiario no tiene derecho, en virtud de una cláusula de la nación más favorecida, al trato conferido por un Estado concedente en desarrollo a

¹²⁶ Véase párr. 277 *supra*.

¹²⁷ Véase párr. 278 *supra*.

un tercer Estado en desarrollo, dentro del marco de acuerdos comerciales preferenciales.»

287. ¿De qué se está hablando en el texto propuesto? En opinión del Relator Especial, se describen las situaciones siguientes. El Estado en desarrollo A ha celebrado un acuerdo de preferencias comerciales con el Estado en desarrollo B. Ningún Estado beneficiario, sea desarrollado o en desarrollo, tiene derecho a esas preferencias en virtud de la cláusula. ¿Por qué? Si el «acuerdo comercial» mencionado (bilateral o multilateral) establece en realidad una unión aduanera, una zona de libre comercio o, por ejemplo, una comunidad de integración de países en desarrollo, el problema se reduce entonces al «caso de las uniones aduaneras y otras asociaciones de Estados análogas», que hemos examinado *supra* en relación con el artículo 15¹²⁸. El problema no se simplifica en absoluto por el hecho de que se hable solamente de uniones económicas de países en desarrollo.

288. En principio, el texto propuesto por la CEPAAO puede modificarse haciéndolo comenzar con las palabras «Un Estado beneficiario desarrollado». Sin embargo, incluso en ese caso, todas las objeciones ya mencionadas siguen en pie. Además, se añade el complejísimo problema de establecer criterios para clasificar a los Estados desarrollados y en desarrollo, a los efectos, en particular, de las relaciones comerciales internacionales.

289. El Relator Especial quisiera recordar que ese problema no se plantea con el artículo 21 existente, ya que el sistema generalizado de preferencias es determinado por cada Estado desarrollado, el cual define también el conjunto de países en desarrollo a los que se aplican las preferencias.

290. El Relator Especial considera que debe elaborarse primero algún sistema generalizado de preferencias entre países en desarrollo, así como las condiciones de la aplicación del sistema entre esos países, para poder estudiar y resolver luego la cuestión de la no aplicabilidad de tal sistema, en virtud de la cláusula, a los países desarrollados. Por desgracia, en los comentarios orales y escritos de que dispuso el Relator Especial no se dice nada acerca de tales sistemas.

291. El Relator Especial espera que esa cuestión reciba la atención que merece durante la segunda lectura del proyecto de artículos en el 30.º período de sesiones de la Comisión.

292. El Relator Especial comparte plenamente la preocupación de los Estados Unidos de América¹²⁹ con respecto a las posibles deficiencias del artículo 21 en comparación, por ejemplo, con las disposiciones más avanzadas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio al respecto. No obstante, cree que para las partes contratantes del GATT seguirán siendo válidas cualesquiera condiciones para el funcionamiento de un sistema generalizado de preferencias que se haya establecido o pueda establecerse en el futuro en virtud del Acuerdo General, pese al presente proyecto de ar-

tículo. Al mismo tiempo, el artículo 21 permitiría a Estados otorgantes que no sean partes del GATT usar un sistema generalizado de preferencias en sus relaciones comerciales con países en desarrollo. En otras palabras: el artículo se relaciona con ciertos intereses de los países en desarrollo, y en ese sentido es útil.

293. El Relator Especial comparte también plenamente el deseo de la CEE¹³⁰ de que se mejore la redacción del artículo 21, teniendo en cuenta los intereses concretos de los países en desarrollo.

294. El proyecto propuesto difiere del original por haber sustituido la frase «dentro del marco de un sistema generalizado de preferencias» por la frase «en el marco de un régimen preferencial»; naturalmente, eso altera fundamentalmente la naturaleza de la reglamentación.

295. Sin embargo, el Relator Especial no está convencido de que el cambio propuesto esté plenamente justificado. El concepto de un «sistema generalizado de preferencias» está establecido ya con bastante claridad dentro de la UNCTAD, el GATT y en otros casos. Sin embargo, dista mucho de estar claro cómo debe entenderse la expresión «régimen preferencial» (establecido por un Estado concedente desarrollado). El Relator Especial cree que este último concepto sólo podría usarse en el artículo 21 si se definiera especialmente sobre la base del uso bastante extendido de tal procedimiento por los Estados. No obstante, cree que sería extremadamente difícil dar tal definición.

296. Con respecto a la inclusión en el proyecto de disposiciones adicionales para tener en cuenta los intereses de los países en desarrollo, el Relator Especial ha dado ya su opinión¹³¹.

297. En lo referente a las observaciones presentadas por Colombia¹³², el Relator Especial señala que las disposiciones del artículo 21 se inspiran en la idea fundamental de que el Estado concedente determina por sí mismo no sólo las preferencias concretas que está dispuesto a otorgar a los países en desarrollo sin reciprocidad ni discriminación en el marco del sistema que él mismo ha definido, sino también la lista de los países en desarrollo que podrán beneficiarse de esas preferencias. Al mismo tiempo, ningún Estado beneficiario, desarrollado o en desarrollo, podrá pretender que se le otorguen, en virtud de la cláusula, las preferencias indicadas.

298. En otras palabras: el sistema generalizado de preferencias creado en beneficio de los países en desarrollo es un *sistema directo* que no es posible ampliar en virtud de la cláusula. En consecuencia, si se añadiese el término «desarrollado» al principio del artículo 21 se modificaría fundamentalmente el sentido de este artículo.

299. Por esa razón, el Relator Especial estima que convendría mantener el texto actual del artículo 21.

¹²⁸ Véanse párrs. 200 y ss. *supra*.

¹²⁹ Véanse párrs. 271 a 274 *supra*.

¹³⁰ Véanse párrs. 279 y 280 *supra*.

¹³¹ Véanse párrs. 282 a 291 *supra*.

¹³² Véanse párrs. 275 y 276 *supra*.

Artículo 22.—La cláusula de la nación más favorecida y el trato conferido para facilitar el tráfico fronterizo

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

300. En la Sexta Comisión, en 1976, muchos representantes apoyaron las excepciones incorporadas en el artículo 22, que tenían en cuenta la situación especial de los Estados con fronteras comunes y que se basaban en la práctica de los Estados¹³³.

*Comentarios escritos*¹³⁴

301. *Luxemburgo*, la *República Democrática Alemana*, la *RSS de Bielorrusia* y la *URSS* apoyan el artículo 22.

302. *Hungría* y la *RSS de Ucrania* están de acuerdo también con las disposiciones del artículo 22.

303. *Checoslovaquia* concuerda con el fondo de los artículos 22 y 23. No obstante, duda de la conveniencia de conservar la limitación prevista en el párrafo 2 de esos artículos.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

304. El Relator Especial cree que las condiciones enunciadas en el párrafo 2 del artículo 22 están plenamente justificadas, y sugiere que se conserve el artículo 22 en su forma actual.

Artículo 23.—La cláusula de la nación más favorecida y el trato conferido a los Estados sin litoral

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

305. En la Sexta Comisión, en 1976, varios representantes estuvieron de acuerdo con la excepción prevista en el artículo relativa a las ventajas especiales conferidas a los países sin litoral debido a su situación geográfica¹³⁵.

306. Se dijo que el principio que inspiraba al artículo había sido incorporado a instrumentos tales como la Convención de 1958 sobre la Alta Mar¹³⁶ y la Convención de 1965 sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral¹³⁷. Se dijo también que ese artículo

se basaba en cierta medida en el Principio VII de la recomendación A.I.2, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en su primer período de sesiones¹³⁸, y que concordaba con las medidas especiales aprobadas con respecto a los países sin litoral por la Quinta Conferencia de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países no Alineados (Colombo, 1976) en su resolución 31¹³⁹.

*Comentarios escritos*¹⁴⁰

307. *Luxemburgo*, la *República Democrática Alemana*, la *RSS de Bielorrusia* y la *URSS* apoyan el artículo 23.

308. *Hungría* y la *RSS de Ucrania* también están de acuerdo con las disposiciones del artículo 23.

309. *Checoslovaquia* concuerda con el fondo del artículo 23, pero duda de la conveniencia de mantener la limitación prevista en su párrafo 2.

310. Según este país, también sería conveniente tener en cuenta, para la redacción final del artículo 23, los resultados correspondientes de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

311. El Relator Especial estima que las condiciones establecidas en el párrafo 2 del artículo 23 están plenamente justificadas, y sugiere que se conserve ese artículo en su forma actual.

312. Considera también que sería conveniente tener en cuenta los resultados correspondientes de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Artículo 24.—Casos de sucesión de Estados, de responsabilidad de un Estado o de ruptura de hostilidades

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

313. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, algunos representantes estuvieron de acuerdo en que se incluyese en el proyecto el artículo 24, que reproducía el texto del artículo 73 de la Convención de Viena, dado que el proyecto estaba concebido como un conjunto autónomo. Otros representantes expresaron dudas en cuanto a la necesidad del artículo, pero no se opusieron a que se conservase¹⁴¹.

¹³³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 71.

¹³⁴ Véase *supra*, nota 20.

¹³⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párrs. 72 a 77.

¹³⁶ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 450, pág. 115.

¹³⁷ *Ibid.*, vol. 597, pág. 79.

¹³⁸ *Actas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, vol. 1, *Acta Final e Informe* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 64.II.B.11), pág. 28.

¹³⁹ Véase A/31/197, anexo IV.

¹⁴⁰ Véase *supra*, nota 20.

¹⁴¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 78.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

314. El Relator Especial propone no modificar el artículo 24.

Artículo 25.—Irretroactividad de los presentes artículos

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

315. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, algunos representantes aprobaron el artículo 25. Otros pusieron en duda la utilidad del artículo en vista de la norma general enunciada en el artículo 28 de la Convención de Viena, pero no insistieron en que se suprimiera ¹⁴².

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

316. El Relator Especial propone no modificar el artículo 25.

Artículo 26.—Libertad de las partes para estipular otras disposiciones

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

317. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, muchos representantes manifestaron su apoyo al artículo 26, que subrayaba el carácter supletorio de las disposiciones contenidas en el proyecto. Se dijo que esas disposiciones tendrían ciertamente un valor interpretativo, incluso en las circunstancias previstas en el artículo 26 ¹⁴³.

318. Se expresó la opinión de que debería modificarse el artículo 26 con objeto de asegurarse que no se utilizara como pretexto para la discriminación ¹⁴⁴.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

319. El Relator Especial propone no modificar el artículo 26.

Artículo 27.—Relación entre los presentes artículos y las nuevas normas de derecho internacional en favor de los países en desarrollo

Comentarios de los Estados

Comentarios orales

320. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, muchos representantes manifestaron satisfacción de que

¹⁴² *Ibid.*, párr. 79.

¹⁴³ *Ibid.*, párr. 80.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 81.

el artículo 27 se hubiese agregado al proyecto de artículos ¹⁴⁵.

321. Algunos representantes consideraron que era posible mejorar la redacción del artículo 27 y complementarlo con garantías a favor de los países en desarrollo ¹⁴⁶.

322. Se expresó también la opinión de que el artículo 27 debería amplificarse agregando un segundo párrafo que repitiese el Octavo Principio general de la recomendación A.I.1, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en su primer período de sesiones ^{147, 148}.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

323. El Relator Especial considera conveniente no modificar el artículo 27.

IV.—Cuestión del procedimiento de arreglo de controversias en relación con la interpretación y aplicación de una convención basada en el proyecto de artículos

324. Según el informe de la Sexta Comisión de 1976, algunos representantes consideraron que en el proyecto debía figurar un artículo sobre el arreglo de controversias. Entre las razones aducidas en apoyo de esta posición se dijo que, dada la falta de precedentes jurídicos, la aplicación y la interpretación de una futura convención por la que se crearan nuevos derechos y obligaciones seguramente daría lugar a controversias. Un Estado dado no podía ser el único intérprete de las normas relativas a la cláusula de la nación más favorecida; sin una interpretación uniforme y el establecimiento de procedimientos de arreglo de controversias, la aplicación de las normas podía conducir a la desintegración de avenencias fruto de cuidadosas negociaciones y encaminadas a brindar una protección equilibrada a derechos e intereses antagónicos ¹⁴⁹.

325. También se expresó la opinión de que tales arreglos tan sólo podían ser para las controversias derivadas de la aplicación de la futura convención y no para las controversias que pudieran surgir entre las partes en un acuerdo en que figurara la cláusula de la nación más favorecida ¹⁵⁰.

326. Otros representantes estuvieron de acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional en que en la fase en que se estaba no era útil incluir una disposición sobre el arreglo de controversias, así como con su decisión de remitir la cuestión a la Asamblea General y a los

¹⁴⁵ *Ibid.*, párr. 82.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 84.

¹⁴⁷ *Actas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, vol. I, *Acta Final e Informe (op. cit.)*, pág. 22.

¹⁴⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Anexos*, tema 106 del programa, documento A/31/370, párr. 84.

¹⁴⁹ *Ibid.*, párr. 29.

¹⁵⁰ *Ibid.*, párr. 30.

Estados Miembros y, finalmente, al órgano encargado de dar forma definitiva al proyecto de artículos ¹⁵¹.

Comentarios escritos ¹⁵²

327. *República Democrática Alemana.*—La República Democrática Alemana opina que la Comisión no debería incluir artículos sobre la cuestión del arreglo de controversias. Las cláusulas de la nación más favorecida se insertan en acuerdos concretos. Son, pues, una parte componente de esos acuerdos. Los problemas que surgen de la interpretación de esa cláusula de la nación más favorecida deberían resolverse en la forma prevista en esos acuerdos para el arreglo de controversias.

328. *Luxemburgo.*—El Gobierno luxemburgués opina que las disposiciones del proyecto tienen exclusivamente por objeto *reglas de interpretación* o presunciones, destinadas a fijar el significado de la cláusula de la nación más favorecida en ausencia de estipulaciones contrarias.

OPINIÓN DEL RELATOR ESPECIAL

329. El Relator Especial quisiera señalar primero que la cuestión se examina en el contexto de una posible

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 31.

¹⁵² Véase *supra*, nota 20.

futura convención basada en el proyecto de artículos de la Comisión.

330. Sin embargo, esa convención tendría una suerte de carácter secundario. Como lo ha señalado con razón el Gobierno luxemburgués, expondría reglas de interpretación de las cláusulas o las presunciones que deberían hacerse al interpretar y aplicar las cláusulas, si en ellas no figuran otras normas.

331. En otras palabras: no podrá aplicarse la convención fuera del contexto de cláusulas concretas. La convención podrá servir: *a)* de fuente de información sobre la esencia y las consecuencias jurídicas de las cláusulas para los órganos que conducen negociaciones sobre la celebración de cláusulas o que están encargados de aplicarlas; *b)* de documento auxiliar para resolver una controversia sobre la interpretación o la aplicación de una cláusula concreta, si las partes en la controversia son partes en la convención o han acordado aplicarla de alguna otra manera. La existencia de una controversia sobre la convención misma significaría, en cambio, una doble controversia, y llevaría, evidentemente, a un atolladero.

332. Por consiguiente, el Relator Especial considera que no sería conveniente prever un procedimiento de arreglo de controversias acerca de la interpretación y la aplicación de la posible futura convención.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/307 Y ADD.1 Y 2

Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados,
por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial

*El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente
de responsabilidad internacional (continuación *)*

[Original: francés]

[29 de marzo, 17 de abril y 7 de julio de 1978]

ÍNDICE

		Página
Abreviaturas		33
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas		33
Capítulo	Párrafos	
III. LA VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL (continuación)	1-50	34
8. Violación de una obligación de prevenir un acontecimiento	1-19	34
<i>Artículo 23</i>	19	39
9. Tiempo de la violación de una obligación internacional	20-50	39
<i>Artículo 24</i>	50	55
IV. IMPLICACIÓN DE UN ESTADO EN EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE OTRO ESTADO	51-77	55
Introducción	51-54	55
1. Participación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado	55-77	56
<i>Artículo 25</i>		64

ABREVIATURAS

CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
C.P.J.I., serie A/B	CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i>
C.P.J.I., serie C	CPJI, <i>Plaidoiries, exposés oraux et documents</i>

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente documento figura un asterisco en el texto de una cita se indica con ello que el pasaje en cursiva que precede inmediatamente al asterisco ha sido subrayado por el Relator Especial.

* Este informe es la continuación del sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados, presentado por el Relator Especial en el 29.º período de sesiones de la Comisión [*Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/302 y Add.1 a 3].

CAPÍTULO III

La violación de una obligación internacional
(continuación ¹)8. VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN DE PREVENIR
UN ACONTECIMIENTO

1. Para completar el estudio de la incidencia que pueden tener las características distintivas de los diferentes tipos de obligaciones internacionales en la determinación de las condiciones de su violación, aún queda por considerar un último aspecto. En el marco multiforme de las obligaciones que el derecho internacional general o los tratados imponen a los Estados es fácil distinguir una categoría bien característica: la de las obligaciones cuyo objeto específico es evitar que se produzcan ciertos acontecimientos que lesionan indebidamente a Estados extranjeros, a sus representantes o a sus súbditos. Se trata entonces de saber qué condiciones deben reunirse para que haya violación de una obligación de esta categoría.

2. Para responder a la pregunta así planteada es preciso tener bien presentes los términos de la hipótesis de la que se trata. El acontecimiento en cuestión puede, en ciertos casos, tener como causa directa y natural una acción de órganos estatales. Así ocurre, por ejemplo, en caso de destrucción de un hospital o un bien cultural protegido, debido a una falta de precauciones en caso de bombardeo de otros objetivos en territorio enemigo. Sin embargo, los casos a los que más frecuentemente se hace referencia son aquellos en que el acontecimiento no tiene como causa natural una actividad estatal, sino que de todas maneras se produjo debido a una falta de prevención por parte de órganos estatales. Son ejemplos clásicos el ataque a una embajada o consulado extranjeros por particulares, la matanza de extranjeros por una multitud hostil, etc. En cuanto a la acción de prevención que se requiere del Estado, es natural que consista esencialmente en una supervisión o una vigilancia encaminada a impedir, en cuanto sea materialmente posible, dicho acontecimiento.

3. Por tanto, parece evidente que, para poder comprobar la violación de una obligación de esta categoría, se necesita que concurren dos condiciones: el acontecimiento que debía prevenirse tiene que haberse producido y tiene que haberlo hecho posible una falta de vigilancia por parte de órganos estatales. Evidentemente, no se puede alegar que el Estado ha violado su obligación de prevenir un acontecimiento dado mientras éste no se haya producido realmente, y lo mismo ocurre si el acontecimiento temido se produjo, pero su producción no puede imputarse a una falta de previsión por parte de ciertos órganos del Estado. En otras palabras: ni la superveniencia del acontecimiento sin que haya habido negligencia por parte de órganos estatales ni dicha negligencia sin que un acontecimiento haya dimanado de

la misma constituyen por sí solos la violación de la obligación internacional. Únicamente la combinación de ambos elementos permite concluir que se ha producido dicha violación.

4. La hipótesis a cuyo examen nos consagramos ahora específicamente ya fue evocada en el segundo ² y el tercer ³ informes del Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados. Asimismo la tomó en consideración la propia Comisión de Derecho Internacional durante sus 22.^o ⁴ y 25.^o ⁵ períodos de sesiones. Se presentó la ocasión para examinar esta hipótesis cuando se definieron los elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito en general. Después de haber establecido que a) la presencia de un comportamiento atribuible según el derecho internacional al Estado, y b) la violación, mediante dicho comportamiento, de una obligación internacional a cargo de dicho Estado, son los dos elementos constitutivos indispensables del hecho internacionalmente ilícito, la Comisión se preguntó si, a veces, no debía añadirse un tercer elemento constitutivo diferente de los otros dos, a saber: la superveniencia, a raíz del comportamiento del Estado, de un acontecimiento perjudicial, o, más sencillamente, de un «daño». A este propósito, la Comisión destacó la diferencia existente entre dos tipos distintos de situaciones. No dejó de señalar que, en algunos casos ⁶, «el comportamiento como tal basta por sí solo para que haya violación de una obligación internacional del Estado». Pero la Comisión agregó que, en otros casos, «la situación es diferente». Para dar un ejemplo, recordó que:

Para que pueda decirse que un Estado ha faltado a su deber de proteger la residencia de una embajada extranjera contra daños causados por terceros no basta con demostrar que ese Estado ha sido negligente al no prever una vigilancia adecuada de la policía; es preciso además que, debido a tal negligencia, se haya producido un acontecimiento perjudicial como, por ejemplo, daños perpetrados por manifestantes hostiles o un ataque de particulares contra la sede de la embajada.

Ahora bien, en un caso de esa índole, y —agregó la Comisión— «en general en los casos en que la obligación internacional tiene precisamente por objeto evitar que se produzcan ciertos acontecimientos perjudiciales»:

el comportamiento eventualmente negligente de los órganos del Estado sólo se convierte en verdadera violación de la obligación internacional cuando, al comportamiento en sí, viene a agregarse un elemento complementario: un *acontecimiento exterior* *, uno de esos acontecimientos que, precisamente, el Estado debía esforzarse por evitar.

² Anuario... 1970, vol. II, pág. 208, documento A/CN.4/233, párrs. 50 a 52.

³ Anuario... 1971, vol. II (primera parte), págs. 237 y 238, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párrs. 70 a 72.

⁴ Anuario... 1970, vol. II, pág. 333, documento A/8010/Rev.1, párr. 80.

⁵ Anuario... 1973, vol. II, pág. 186, documento A/9010/Rev.1, cap. II, secc. B, proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, art. 3, párr. 11 del comentario.

⁶ «[...] cuando, por ejemplo, los órganos legislativos de un Estado dejan de aprobar una ley que ese Estado se había comprometido expresamente, por tratado, a adoptar, o cuando un país ribereño deniega, en tiempo de paz, el paso inocente por sus aguas territoriales a los buques de determinado país extranjero» (*ibid.*).

¹ El comienzo del capítulo III (seccs. 1 a 7) figura en *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2, y en *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/302 y Add.1 a 3.

Acto seguido, la Comisión se esforzó por eliminar cualquier posible equívoco en cuanto al valor de dicho acontecimiento en relación con los elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito, subrayando:

Incluso si en ciertos casos hay que llegar a la conclusión de que no existe hecho internacionalmente ilícito mientras no se ha producido un acontecimiento exterior determinado, ello no implica que las dos condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, comportamiento atribuible al Estado, por una parte, y violación por ese comportamiento de una obligación internacional, por otra, no basten por sí solas. Si no hay hecho internacionalmente ilícito mientras no se produce el acontecimiento es porque, hasta ese momento, el comportamiento del Estado todavía no ha violado ninguna obligación internacional. Lo que en realidad falta es el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito. En otras palabras: *la superveniencia de un acontecimiento exterior es una condición de la violación de una obligación internacional** y no un elemento nuevo que debe añadirse a tal violación para que se haya hecho ilícito⁷.

Por tanto, la Comisión decidió desde entonces que se examinaría la cuestión —como lo hacemos actualmente— en el marco de los problemas relacionados con el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito.

5. El Relator Especial y la Comisión volvieron a ocuparse de la cuestión cuando examinaron más en particular la cuestión de si cabía o no considerar como un hecho del Estado el comportamiento de personas privadas. En dicha ocasión, la Comisión puso de relieve que, si bien no cabe duda de que el comportamiento perjudicial de particulares no es como tal atribuible al Estado —y más adelante comprobó el fundamento de tal aserción—, hay que concluir, en consecuencia, que dicho comportamiento no constituye más que un *acontecimiento ajeno* al hecho del Estado.

Esto no quiere decir que tal acontecimiento careciera de efecto para determinar la responsabilidad del Estado. Al contrario [...], podría condicionar la existencia de la misma, actuando desde fuera como elemento catalizador de la ilicitud de la conducta de los órganos estatales en ese caso concreto. Por ejemplo, si la obligación internacional del Estado consiste en cuidar de que las personas privadas no atenten contra los Estados extranjeros o sus nacionales, el incumplimiento de esta clase de obligación sólo se produce si tienen lugar en la práctica los hechos lesivos. Pero en todo caso no se trataría de una condición de la atribución al Estado del comportamiento de sus órganos, atribución que indiscutiblemente correspondería incluso sin esta condición. Lo que dependería del acontecimiento exterior aludido sería la posibilidad de considerar el hecho del Estado como constitutivo, en ese caso, de la violación de una obligación internacional y, por consiguiente, como fuente de responsabilidad internacional⁸.

⁷ *Ibid.* En el mismo sentido, véase G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7.ª ed., Padua, CEDAM, 1967, pág. 349; «[...] también en estos casos, el hecho ilícito está constituido exclusivamente por el comportamiento del sujeto; el acontecimiento no es un elemento del hecho ilícito, sino simplemente una circunstancia que permite considerar que la conducta observada en concreto por el sujeto está comprendida dentro de las que prohíbe la norma».

⁸ *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 78, documento A/10010/Rev.1, nota 100. Véase asimismo *ibid.*, pág. 87, documento A/10010/Rev.1, cap. II, secc. B, art. 11, párr. 33 del comentario. El Relator Especial se refirió a la misma cuestión en su cuarto

6. Una vez señalados esos precedentes acerca de las posturas ya indirectamente adoptadas por la Comisión en esta materia, cabe examinar la manera como se ha manifestado, al respecto, la opinión de los gobiernos.

7. En ninguno de los puntos del pedido de información dirigido a los Estados por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) se solicitaba directa y explícitamente que dijeran si, a su juicio, era posible o no hacer a un Estado responsable por la violación de una obligación de prevenir un acontecimiento dado, antes de que dicho acontecimiento se hubiera producido. Pero ello no hizo que el Comité pasara por alto la cuestión. Muy al contrario, el mismo Comité ya le había dado respuesta, mediante la forma en que había planteado el problema de la llamada responsabilidad del Estado por «daños» causados por particulares. Como lo hemos subrayado, la acción perjudicial cometida por particulares es algo diferente de la conducta de los órganos del Estado y ajeno a ella: precisamente es un acontecimiento exterior que pudo ocurrir simplemente porque fracasó la acción de prevención del aparato estatal. Ahora bien, en el pedido de información se daba por supuesto que el acontecimiento representado por la acción cometida por particulares en perjuicio de extranjeros debía haber tenido lugar efectivamente para que pudiese surgir la responsabilidad del Estado por la falta de prevención de sus órganos. El punto VIIa del pedido de información estaba concebido en los siguientes términos:

Circunstancias en que los actos de un particular que causan daño a la persona o los bienes de un extranjero, en el territorio del Estado, pueden ser ocasión de una responsabilidad del Estado, y fundamento de dicha responsabilidad, en caso de que exista:

a) Las autoridades del Estado no han hecho todo lo que estaba a su alcance para mantener el orden y evitar los delitos, o no han asegurado una protección razonable a la persona o los bienes de un extranjero⁹.

Por tanto, al expresarse así, el Comité se mostraba convencido de que la eventual falta de una prevención «razonable» por parte de los órganos estatales encargados de dicha tarea no podía tomarse en consideración como fuente de responsabilidad internacional sino «en ocasión» de actos de un particular cometidos en perjuicio de un extranjero. En consecuencia, para que hubiera violación por el Estado de su obligación internacional se requeriría la doble condición de la falta de prevención de los órganos estatales y la superveniencia, en dicho marco, del acontecimiento constituido por la acción perjudicial del particular. El examen de las respuestas enviadas por los gobiernos no revela que éstos tuviesen la menor reserva en cuanto a la opinión sobre

informe (*Anuario... 1972*, vol. II, pág. 103, documento A/CN.4/264 y Add.1, párr. 65; *ibid.*, págs. 131 y 132, párr. 41; y pág. 135, párr. 145).

⁹ Sociedad de las Naciones, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III: *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (documento C.75.M.69.1929.V), pág. 93.

cuya base había razonado el Comité¹⁰. Lo mismo ocurre con las respuestas al punto IX del pedido de información, que extendía la pregunta planteada en el punto VII a la hipótesis de daños causados a extranjeros por «personas que participaran en una insurrección o en un tumulto, o por la multitud»¹¹.

8. En las dos hipótesis previstas en los puntos VII y IX, los autores del pedido de información no planteaban la cuestión de la posibilidad de atribuir a un Estado la violación de sus obligaciones de prevención sino en relación con el caso en que hubiera dado ocasión a la misma la superveniencia de un acontecimiento perjudicial que los órganos estatales hubieran omitido prevenir. Pero respecto de otro punto, el pedido de información no mencionaba expresamente tal «ocasión». El punto V, N.º 1c, estaba formulado de la siguiente forma:

Si un Estado es responsable en el siguiente caso y, en caso afirmativo, cuál es el fundamento de la obligación:

[...]

c) Falta de ejercicio de una diligencia suficiente para proteger a las personas y en especial a aquellas a cuyo respecto exista una obligación particular de protección, por ejemplo: personas investidas de un carácter público reconocido por el Estado¹².

Por tanto, en dicho texto no se hacía alusión alguna a «actos de un particular» que constituyeran la condición del nacimiento de la responsabilidad internacional en caso de falta de prevención de los órganos estatales. Por dicha razón resulta más interesante la explícita toma de posición que hizo en su respuesta un gobierno que, efectivamente, estudió la cuestión con profundidad. En efecto, el Gobierno austríaco hizo notar que:

Es evidente que la sola omisión de ejercer la diligencia suficiente en la protección de la persona de los extranjeros no hace nacer aún la responsabilidad del Estado, sino que, para que naciera ésta, sería necesario que el extranjero hubiese sufrido un daño causado por el acto de una persona privada¹³.

Así, pues, el Gobierno austríaco subrayaba que la conclusión relativa al caso previsto en el punto en cuestión debía asimilarse, en ese aspecto, a la valedera respecto del caso mencionado en relación con el punto VII del pedido de información. Y, pese a que las respuestas dadas por otros gobiernos no contenían expresamente la misma precisión que la respuesta austríaca, sin duda el Comité de Redacción las interpretó en el mismo sentido, pues, al redactar la base de discusión N.º 10, dijo:

El Estado es responsable del *daño sufrido* * por un extranjero como resultado del hecho de que el poder ejecutivo no haya mostrado en la protección de los extranjeros la diligencia

que, atendidas las circunstancias y la condición de los interesados, era de esperar de un Estado civilizado [...] ¹⁴.

En otras palabras: se indicaba expresamente la existencia del acontecimiento representado por el daño causado concretamente a la persona extranjera investida de carácter público, junto a la falta de diligencia en la prevención, como una de las dos condiciones exigidas para que se pudiera determinar que se había producido la violación por el Estado de su obligación y que había nacido su responsabilidad.

9. En la Conferencia, la base N.º 10 formulada por el Comité de Redacción quedó englobada en la nueva base N.º 10, que preveía la responsabilidad del Estado «en ocasión de un daño causado * por un particular a la persona o los bienes de un extranjero» en general¹⁵. La Conferencia no tuvo ocasión de pronunciarse definitivamente sobre el punto que nos interesa, pero parece indudable que la opinión generalmente compartida por el conjunto de los gobiernos representados era que no se podía imputar a un Estado la violación de la obligación de prevenir un acontecimiento como una acción de un particular que causase perjuicios a un extranjero mientras dicho acontecimiento no se hubiese producido.

10. Queda por ver cuál fue la actitud adoptada por los Estados en ocasión de controversias en que fueron partes. En la jurisprudencia y la práctica internacionales han sido muy numerosos, como cabía prever, los casos en que el objeto de la controversia fue la violación de una obligación internacional que imponía al Estado velar por que no se produjesen determinados acontecimientos. Ahora bien, su examen revela que, cuando un gobierno se ha quejado de la violación de una obligación de ese contenido específico, invocaba un acontecimiento que se había producido realmente. Por consiguiente, se había cumplido la doble condición necesaria para que existiese entonces una infracción consumada. En otras palabras: jamás ha alegado un Estado que se ha cometido una infracción de esa índole fundándose en la simple comprobación de una negligencia o una falta de prevención respecto de un acontecimiento aún puramente hipotético y no manifestado en los hechos.

11. Examinemos primero las controversias cuya solución se confió a una instancia judicial o arbitral internacional. Su examen muestra que jamás se ha pedido a una de esas instancias que reconociese la violación de una obligación internacional en el simple hecho de la no adopción por el Estado de medidas aptas para prevenir un acontecimiento teóricamente posible, pero no realizado concretamente. Con motivo de acontecimientos manifestados en los hechos, y en particular de acciones perjudiciales cometidas por particulares, o dimanadas de movimientos insurreccionales, etc., siempre se pidió a un tribunal internacional que comprobase la violación por un Estado de su deber de prevención de un acontecimiento de esa índole. Y, por lo que sabemos, jamás una decisión de un tribunal internacio-

¹⁰ *Ibid.*, y Sociedad de las Naciones, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, Supplément au tome III [documento C.75(a).M.69(a).1929.V], páginas 3 y 20.

¹¹ Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion...* (op. cit.), págs. 108 y ss.

¹² *Ibid.*, pág. 62.

¹³ *Ibid.*, pág. 63.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 67.

¹⁵ Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international* (La Haya, 13 de marzo-12 de abril de 1930), vol. IV, *Procès verbaux de la Troisième Commission* [documento C.351(c).M.145(c).1930.V], pág. 143.

nal ha afirmado, ni siquiera indirecta o incidentalmente¹⁶, que la falta de adopción de medidas capaces de impedir que se produjese un acontecimiento eventual bastaría por sí sola —es decir, sin la superveniencia real de dicho acontecimiento— para configurar la violación de la obligación a cargo del Estado.

12. Desde luego, se podría objetar que el hecho de que jamás una instancia judicial o arbitral internacional hubiese tenido la ocasión de reconocer la violación por un Estado de la obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado en casos en que el acontecimiento que debía prevenirse no se había realizado podía deberse a razones que, por lo menos en parte, lo privarían de su valor probatorio a los efectos que nos interesan. Podría decirse que escapa a nuestra comprensión el interés de un Estado en recurrir a una instancia de esta índole para hacer comprobar una infracción desprovista en sí misma de consecuencias prácticas serias. Asimismo podría decirse que la utilización de un procedimiento semejante, por su importancia y su duración, sería poco indicada para obtener la rectificación —que, para ser eficaz, debería ser rápida— de una situación que se estimara peligrosa y en la que parecería más normal recurrir a un procedimiento diplomático. Sin embargo, es preciso reconocer que las posiciones adoptadas por los gobiernos en ocasión de controversias solucionadas por la vía diplomática concuerdan perfectamente con las señaladas a propósito de las controversias sometidas a juicio o arbitraje internacional.

13. En efecto, en la práctica diplomática los Estados únicamente han invocado la violación de la obligación de prevenir un acontecimiento después de la superveniencia de dicho acontecimiento. Tomemos una de las obligaciones más conocidas de la categoría estudiada en esta sección: la de velar por que la sede de una misión diplomática extranjera no sea objeto de atentados por parte de particulares, de insurgentes, de órganos de Estados extranjeros, etc. Existe toda una serie de casos en que un Estado se ha quejado de que las autoridades del Estado huésped no habían adoptado las medidas necesarias para la protección de la sede de su misión y en que el Estado denunciante ha pretendido que existía un hecho internacionalmente ilícito, generador de responsabilidad internacional. No obstante, tanto en el plano diplomático como en el plano arbitral o judicial no se ha presentado la queja¹⁷ sino una vez producido el atentado emanado de particulares o de otras fuentes y fundándose en dicho atentado¹⁸. Por otra parte, se

impone la misma comprobación en lo que respecta a la actitud de los Estados damnificados en caso de violación del deber de proteger contra todo atentado a la persona de un agente diplomático o de otros órganos de un Estado extranjero¹⁹, así como, por otra parte, en los demás casos concernientes a la violación de la obligación de prevenir un acontecimiento dado.

14. A nuestro juicio, la conclusión que emerge con toda evidencia de la propia naturaleza de ciertas obligaciones internacionales y del fin que persiguen halla así plena confirmación en la práctica de los Estados. De acuerdo con la clara convicción de los gobiernos, cuando el derecho internacional pone a cargo de un Estado una obligación cuyo objeto es la prevención de determinado tipo de acontecimientos, no se puede cuestionar la observancia de dicha obligación ni afirmar la responsabilidad del Estado más que si se ha producido de hecho uno de los acontecimientos que el derecho internacional pretendía evitar, y si, además, se ha podido comprobar una falta de vigilancia y prevención del Estado obligado. Además, es necesario que haya existido, entre la conducta seguida por el Estado en el caso particular y el acontecimiento que se produjo, un vínculo tal que se pueda considerar a dicha conducta como una de las condiciones *sine qua non* del acontecimiento. En otras palabras: es necesario que se pueda comprobar la existencia de determinada relación de causalidad, por lo menos indirecta, entre el comportamiento de los órganos estatales y el acontecimiento; es necesario que dicho comportamiento haya hecho posible la superveniencia de un acontecimiento que, *de otra forma*, no se habría producido. Pues, por ejemplo, si el ataque de particulares contra una embajada ha tenido lugar en condiciones que permitan determinar que indudablemente habría tenido éxito y habría logrado sus fines incluso en el caso de que no se hubiera podido reprochar negligencia alguna al Estado, faltaría el vínculo necesario entre la conducta concretamente seguida

(1964 y 1965), de la Embajada de la URSS en Pekín (1966), todos ellos citados en el cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados (*Anuario... 1974*, vol. II, págs. 126 y 127, documento A/CN.4/264 y Add.1, párrs. 130 a 133). Véanse asimismo los casos de la Embajada de los Estados Unidos de América en Taipeh (1957) [M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1967, vol. 8, págs. 747 y ss.]; de la Embajada de Bélgica en El Cairo (1961) [*Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXII, N.º 3 (julio-septiembre de 1961), págs. 579 y ss.; y *Revue belge de droit international*, Bruselas, 1966, volumen II, N.º 2, págs. 505 y ss.]; de la Misión comercial yugoslava en Bad Godesberg (1962) [*Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXIV, N.º 2 (abril-junio de 1963), págs. 361 y ss.; y *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 24, N.º 4, octubre de 1964, págs. 681 y ss.]; de la Embajada de la URSS en Washington (1968) [*Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXIX, N.º 4 (octubre-diciembre de 1968), págs. 1082 y ss.].

¹⁶ Habrían podido hacerlo, por ejemplo, en ocasión de la determinación del momento y la duración del hecho internacionalmente ilícito.

¹⁷ Ello no excluye que un Estado haya podido enviar al Estado ante el que está acreditada su misión, por anticipado, una comunicación encaminada, por ejemplo, a señalar a su atención el hecho de que el número de policías afectados a la protección de la misión le parecía insuficiente para garantizar su salvaguarda. Una comunicación de esta índole no constituye una queja por un acto internacionalmente ilícito y no hace valer una responsabilidad internacional del Estado al que se dirige.

¹⁸ Véase, por ejemplo, la actitud adoptada por el Estado que se consideraba lesionado en los casos de la Legación de Rumania en Berna (1955), de la Legación de Hungría en Berna (1958), de la Embajada de los Estados Unidos de América en Moscú

¹⁹ En el cuarto informe del Relator Especial se dan detalles sobre el caso del asesinato de los miembros italianos de la misión Tellini (1923), sobre el asesinato del delegado soviético a la Conferencia de Paz de Lausana, Worowski (1923), sobre el asesinato del miembro de la misión diplomática belga en España, de Borchgrave (1936), etc. (véase *Anuario... 1972*, vol. II, páginas 121 y ss., documento A/CN.4/264 y Add.1, párrs. 115 y ss.).

por el Estado y el acontecimiento. No se podría acusar al Estado de no haber impedido por su acción un acontecimiento que de todas maneras se habría realizado, cualquiera que hubiese sido la conducta de los órganos estatales.

15. Nos parece que se impone otra precisión. En las hipótesis a que nos referimos aquí, la prevención de determinado acontecimiento es el objeto «directo» de la obligación internacional. Lo que la obligación tiende a obtener es que, dentro de los límites de lo posible, el Estado obligado impida que se produzca el acontecimiento en cuestión. Por tanto, no se debe confundir a estas obligaciones con otras cuyo objeto «directo» es el cumplimiento como tal de determinada acción estatal y cuya violación se realiza, en consecuencia, por el solo hecho de la no ejecución de dicha acción, independientemente del efecto indirecto que tal acción habría podido obtener al evitar que se produjeran determinados acontecimientos. Dos ejemplos ilustrarán mejor la diferencia entre las dos hipótesis que tenemos en mente. La obligación de velar por que la misión de un Estado extranjero o la persona de sus representantes no sean víctimas de atentados por parte de particulares o de otros es el caso tipo de una obligación de prevenir la superveniencia de un acontecimiento. Como ya se ha visto, la violación se realiza si a la eventual falta de acción preventiva por parte del Estado se une la producción del acontecimiento que debía prevenir y que, como ya se ha dicho, se produce precisamente a causa de esa falta de prevención. Tomemos, al contrario, una obligación como la que impone al Estado no tolerar que en su territorio se organicen y entrenen organizaciones que procuran la subversión en un Estado vecino. Aquí, el objeto directo de la obligación no es impedir que se produzca en el territorio de dicho Estado una especie u otra de atentados, una especie u otra de acontecimientos perjudiciales para el gobierno. Lo que la obligación exige, en el marco del respeto mutuo entre soberanías independientes, es que el Estado no permita que dentro de sus propias fronteras una organización hostil a un gobierno extranjero se constituya y actúe con miras a derribar a éste por la violencia. Sin duda, puede ocurrir que después de la disolución forzosa de una organización de esa especie no tenga lugar el atentado que ésta habría podido perpetrar en territorio extranjero; pero ello no será más que un efecto indirecto de la ejecución de la obligación cuyo objeto directo, como se acaba de decir, es otra cosa. Por consiguiente, es evidente que en este caso hay violación de la obligación por el hecho —por el solo hecho— de que las autoridades hayan tolerado que la organización en cuestión se constituyese en el territorio del Estado, que no la hayan disuelto apenas tuvieron conocimiento de su existencia y sus fines. En consecuencia, la posibilidad de determinar la existencia de dicha violación y de hacer valer sus consecuencias no depende de la condición ulterior de que la organización subversiva haya logrado cometer atentados en territorio extranjero, provocar la subversión en dicho territorio, etc. Así, pues, resulta claro que únicamente en la primera de las dos hipótesis a las que nos hemos referido sucesivamente la superveniencia de un acontecimiento exterior es una condición para reconocer, en la conducta

del Estado que la ha hecho posible, la violación de una obligación internacional.

16. En derecho interno, los autores de obras científicas han tratado ampliamente, y en varios países, del tema de los «delitos calificados por el resultado» o «hechos ilícitos calificados por el resultado». No ha ocurrido lo mismo en el derecho internacional. Empero, se puede comprobar que los autores que han tenido especialmente presente el interés de la cuestión igualmente en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales han concordado en reconocer que sería inadmisibles concluir que hay violación de la obligación internacional que exige al Estado prevenir mediante su acción la superveniencia de determinados acontecimientos, mientras éstos no se hayan realizado²⁰. Por otra parte, hay que tener presente que, cuando los internacionalistas han querido dar un ejemplo típico de obligación internacional que exige al Estado una acción de prevención, se han referido siempre a la obligación de impedir comportamientos perjudiciales de particulares. Al hacerlo, los distintos autores han partido generalmente de la premisa de la existencia, como hecho ya consumado, de un daño causado por particulares a un Estado extranjero, a sus representantes o a sus súbditos. Se han preguntado en qué casos podría considerarse responsable al Estado en relación con un daño efectivamente realizado. Como se ha podido ver²¹, la respuesta de la inmensa mayoría de los autores modernos se orienta a afirmar que no se puede hablar de responsabilidad del Estado más que en caso de que hubiese omitido adoptar las medidas normalmente susceptibles de impedir que los particulares cometiesen actos perjudiciales, y en que tales actos hubiesen podido ejecutarse precisamente a causa de dicha omisión. Pero los autores que analizaron más en particular esta cuestión pusieron de relieve que la acción del particular es la *ocasión*²² o incluso la *condición*²³ para que se considere que el Estado ha violado su obligación de prevención y debe hacer frente a la responsabilidad consiguiente. Esta presentación de la situación es la prueba de que, para dichos autores, en las hipótesis previstas no es una falta de prevención comprobada teóricamente lo que constituye la violación por el Estado de su obligación, sino la falta de prevención *concretada* por la producción efectiva de un aconte-

²⁰ Véase, por ejemplo, R. Ago, «Le délit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68, págs. 477 y ss.; G. Morelli, *op. cit.*, págs. 348 y ss.; P. A. Zannas, *La responsabilité internationale des Etats pour les actes de négligence*, Montreux, Ganguin et Laubscher, impr., 1952, págs. 32 y ss.

²¹ *Anuario...* 1975, vol. II, págs. 86 a 88, documento A/10010/Rev.1, cap. II, secc. B, art. 11, párr. 33 del comentario.

²² Véase, por ejemplo, Ch. de Visscher, «La responsabilité des Etats», *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1924, t. II, página 103; A. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, París, Rousseau, 1925, pág. 63; L. Delbez, «La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger», *Revue générale de droit international public*, París, 3.^a serie, t. IV (1930), página 470.

²³ J. Spiropoulos, *Traité théorique et pratique du droit international public*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933, pág. 275.

tecimiento que habría podido impedir una vigilancia más activa, cuya falta la ha permitido. Por consiguiente, no cabe duda de que los tratadistas de derecho internacional respaldan el punto de vista expuesto en estas páginas.

17. Por el contrario, en los proyectos de codificación de la responsabilidad de los Estados no se pueden encontrar elementos útiles para la cuestión tratada en esta sección. La razón es que dichos proyectos se limitan a afirmar que hay un hecho internacionalmente ilícito y una responsabilidad del Estado si hay violación de una obligación internacional por parte del Estado, sin investigar cuáles son, en las distintas hipótesis, las condiciones de realización de dicha violación.

18. Sin embargo, en un proyecto como el que la Comisión redacta actualmente no puede faltar, a juicio del Relator Especial, la definición de las condiciones que permitan reconocer la violación de una obligación de prevenir un acontecimiento dado. La particular atención dedicada hasta ahora a determinar para cada especie de obligación internacional las condiciones en las que se realiza su violación no justificaría una omisión de esta índole. Además, es evidente que la definición de las condiciones de realización de la violación de una obligación del tipo que se examina en esta sección puede tener, en la práctica, consecuencias decisivas sobre la determinación, en dicha hipótesis, del *tempus commissi delicti*.

19. Sobre la base de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone a la Comisión que apruebe el texto siguiente:

Artículo 23.—Violación de una obligación internacional que exige prevenir un acontecimiento dado

Sólo hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige prevenir un acontecimiento dado si, a consecuencia de una falta de prevención por parte del Estado, se produce dicho acontecimiento.

9. TIEMPO DE LA VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

20. En el examen efectuado hasta el momento de las cuestiones que se plantean a propósito del elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, la Comisión de Derecho Internacional se dedicó primero a determinar lo que se entendía por la expresión «violación de una obligación internacional», tal como aparece en el apartado *b* del artículo 3 de los proyectos de artículos aprobados por la Comisión en primera lectura²⁴. La Comisión definió, en el artículo 16, la regla de base que requiere en general, para que exista violación de una obligación internacional, un hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige esa obligación. En el artículo 17, la Comisión estableció más es-

pecíficamente si las distinciones que han de hacerse entre las obligaciones internacionales en función de su origen tienen o no incidencia sobre la comisión de una violación de esas obligaciones y sobre la responsabilidad que deriva de ellas. En el artículo 18 precisó, con relación a los diferentes supuestos que pueden presentarse, la significación y el alcance de la condición de que la obligación esté vigente respecto del Estado para que exista la violación por ese Estado de la obligación de que se trate. En cuarto lugar, la Comisión examinó la cuestión de saber cuál podría ser el efecto del contenido de la obligación violada y de su carácter más o menos esencial para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en la calificación que ha de atribuirse a la violación de que se trate y, por consiguiente, en el régimen de la responsabilidad internacional a que se refiere. La respuesta a esta pregunta fue consignada en el artículo 19. A continuación, la Comisión se dedicó a definir las condiciones particulares que deben reunirse para que se cometa la violación de una obligación internacional según la forma de ser propia de las distintas especies de obligaciones, y particularmente según que la obligación exija del Estado la observancia de un comportamiento específicamente determinado (art. 20) o bien el logro de un resultado determinado (art. 21), y particularmente de un resultado relativo al trato de particulares extranjeros (art. 22). Siempre dentro del mismo contexto, el presente informe del Relator Especial se dedica a determinar, en el proyecto de artículo 23²⁵, en qué se reconoce como cometida por el Estado la violación de una obligación que exige de él prevenir que se produzca un acontecimiento determinado. Para concluir el capítulo III se trata de determinar, con relación a los diferentes tipos de obligaciones internacionales de las que se ha hablado, el «tiempo» respectivo de su violación; se trata en particular de determinar cuándo la duración de este tiempo no es más que instantánea o bien se distribuye a lo largo de un período de tiempo más o menos largo. Es decir, se trata aquí de la cuestión denominada del *tempus commissi delicti*.

21. A primera vista podría creerse que la determinación del tiempo de la violación de una obligación internacional no presenta dificultades particulares y sobre todo que es más bien una cuestión de comprobación de hechos que de aplicación de criterios de derecho. En realidad, esta determinación no es fácil más que en el supuesto de un hecho del Estado que no se ajuste a lo que exige de él una obligación internacional y que comience y termine en el mismo momento, es decir, en el caso de un hecho internacionalmente ilícito que se caracteriza como un hecho «instantáneo»²⁶. Sin embargo, la tarea

²⁵ Véase párr. 19 *supra*.

²⁶ Lo que no impide, por otra parte, que se planteen cuestiones y que haya que recurrir a criterios de derecho cuando un lapso considerable separe el momento en el que el hecho de los órganos estatales fue realizado y el hecho en que se producen sus efectos calificantes: por ejemplo, cuando la muerte del representante extranjero, a consecuencia de los golpes recibidos de los miembros de la policía local o del derrumbamiento del inmueble protegido tocado por una bomba lanzada por un avión enemigo, no se produzca sino mucho después de la acción que fue la causa del mismo.

²⁴ El texto de todos los artículos del proyecto aprobados hasta ahora por la Comisión se reproduce en *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 11 y ss., documento A/32/10, cap. II, secc. B, subsecc. 1.

se complica y requiere necesariamente la aplicación de normas jurídicas en el caso —aún relativamente simple, por otra parte— de que el comportamiento adoptado por el Estado en contradicción con su obligación internacional se prosiga en el tiempo y, según los términos empleados en el párrafo 3 del artículo 18, tome un «carácter continuo». En este caso se plantea el problema de saber si como *tempus* de un hecho internacionalmente ilícito de este tipo ha de entenderse el momento en el que ese hecho comienza o bien el período completo durante el cual sigue existiendo. Igualmente dependiente de la aplicación de criterios jurídicos es la tarea de determinar el *tempus commissi delicti* en el caso, específicamente examinado en la sección precedente, en el que, para que exista violación de una obligación internacional, es preciso que un acontecimiento exterior se sume a un comportamiento negligente de los órganos estatales. En efecto, solamente a la luz de un principio de derecho puede efectuarse en tales casos la elección entre el período durante el cual se adoptó el comportamiento negligente y el momento en el que se produjo el acontecimiento que hizo posible ese comportamiento. Por último, la determinación del tiempo de la realización del hecho internacionalmente ilícito será aún más delicada, más importante y más evidentemente ligada a la aplicación de reglas de derecho en los diferentes casos en los que el hecho de que se trate resulta del efecto conjugado de una pluralidad de acciones u omisiones de órganos estatales. Recordemos a este respecto que, en el marco del párrafo 4 del artículo 18, hablamos de hecho «compuesto», y nos referíamos con esa expresión al supuesto en que la violación se cometa mediante el juego combinado de una serie de hechos particulares, por la repetición, por parte de los órganos estatales, de una misma conducta en una pluralidad de casos distintos. Recordemos igualmente el supuesto de un hecho internacionalmente ilícito que, en el párrafo 5 del artículo 18, se calificó de «complejo», en el que la violación se cometa por una sucesión de actos de órganos diferentes que intervengan en una misma y única situación concreta. En efecto, en los dos supuestos se plantea el problema, en el plano jurídico, de saber cuáles son los actos estatales a los que hay que atribuir un valor constitutivo de hecho internacionalmente ilícito, ya que sobre esta base podrá determinarse cuándo comienza y cuándo termina el transcurso de la realización de ese hecho.

22. La importancia práctica de determinar el tiempo de la violación de una obligación internacional y, por tanto, de un hecho internacionalmente ilícito se manifiesta en diversos aspectos. En primer lugar influye necesariamente en otra determinación, de la que trataremos más específicamente en la segunda parte del proyecto de artículos, a saber: la del alcance de la responsabilidad que el derecho internacional asigna a un hecho internacionalmente ilícito y particularmente al del monto de la reparación debida por el Estado autor de ese hecho. Si, por ejemplo, en el caso de un hecho internacionalmente ilícito «continuado», el tiempo de la violación corresponde no sólo al momento inicial, sino también a todo el período comprendido entre el comienzo y el fin del comportamiento contrario a una obligación inter-

nacional del Estado, será lógicamente indiscutible que la reparación corresponde a todos los perjuicios causados por el comportamiento de que se trate durante todo ese período²⁷. Análogamente, en el caso de un hecho ilícito «compuesto», la determinación del monto de la reparación variará según que se considere la violación como cometida sólo en el momento de aquel comportamiento, que, sumándose a una serie de comportamientos precedentes, permite, digamos, atribuir al Estado una «práctica» internacionalmente ilícita en cuanto tal, o bien durante todo el período comprendido entre el primer comportamiento de la serie y el último que revela la existencia de la violación. Igualmente, en el caso de un hecho ilícito «complejo», el monto de la reparación debida será verosímilmente diferente según que se presente la violación como perpetrada solamente en el momento del comportamiento que produce la violación, o bien en el momento inicial del proceso «complejo» de esa violación, o, mejor incluso, durante todo el período que va desde el primer comportamiento que dejó de lograr el resultado previsto por la obligación internacional hasta el último que hizo definitivamente irrealizable ese resultado²⁸.

23. La determinación del tiempo de la violación de una obligación internacional puede también incidir en la determinación de la competencia de un tribunal internacional respecto de la controversia generada por dicha violación. En general, los Estados no aceptan de antemano la competencia de un tribunal internacional respecto de sus controversias más que a condición de que esa competencia esté limitada *ratione materiae* —y, a los efectos que nos interesan, *ratione temporis*—. En los acuerdos celebrados por ellos para estos fines, a me-

²⁷ Véase en este sentido Ago, *loc. cit.*, pág. 521.

²⁸ *Ibid.*, págs. 517 y ss. Según P. Reuter [«La responsabilité internationale», *Droit international public* (cursos), París, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, pág. 98], en el caso de lo que hemos llamado un hecho ilícito «complejo», la obligación de resarcir los daños causados en el primer comportamiento debería admitirse incluso si se sostiene que la violación de la obligación está únicamente representada por el juicio de última instancia que hace el logro del resultado previsto por la obligación definitivamente imposible —esto en virtud de la regla de reparación íntegra de los daños—. No obstante, nos parece que esta regla no se justifica más que en la medida en que los daños que haya que resarcir «íntegramente» hayan sido causados «íntegramente» por la violación de una obligación internacional. Los daños que deriven de un hecho internacionalmente ilícito «complejo» del Estado requieren una reparación íntegra, destinada a reparar los perjuicios causados por todos los comportamientos sucesivos del Estado que integran dicho hecho; pero esto es así porque todos sus comportamientos concurren a realizar una violación única que, aunque no sea perfeccionada y hecha definitiva más que por el último de ellos, fue iniciada por el primero. Por ese primer comportamiento, el Estado perdió ya su primera posibilidad de lograr el resultado previsto por una obligación internacional que le incumbe. Si, por el contrario, solamente el último de los comportamientos adoptados por un Estado en un caso determinado estuviera en contradicción con una obligación internacional, y esto no fuera así con respecto a los comportamientos precedentes, solamente el último comportamiento se tendría en cuenta en tanto que hecho internacionalmente ilícito. No se dice, por tanto, que las consecuencias jurídicas internacionales de ese hecho deberían comportar la reparación de los daños eventuales imputables a los comportamientos precedentes que no tienen nada de internacionalmente ilícito.

nudo figura la cláusula que limita la competencia de la instancia judicial o arbitral mencionada a las controversias relativas a «hechos» o «situaciones» posteriores a una fecha determinada²⁹. Ahora bien, es evidente que,

²⁹ Una cláusula de esta naturaleza figura en varios tratados bilaterales que prevén la solución judicial o arbitral de las controversias entre las partes, por ejemplo el Tratado hispano-belga de 19 de julio de 1927, en el que se basó la competencia de la CIJ en el asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (C.I.J. *Recueil* 1964, págs. 39 y 40). El Acta General para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, de 26 de septiembre de 1928, preveía en el artículo 39 la posibilidad de que las partes, al adherirse al Acta, excluyeran de los procedimientos descritos en ese instrumento «las controversias surgidas de hechos anteriores o bien a la adhesión de la Parte que formule la reserva, o bien a la adhesión de otra Parte con la cual la primera llegara a tener una controversia» (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XCIII, pág. 360). Una reserva encaminada a los mismos efectos figuraba también en buen número de declaraciones unilaterales de aceptación de la competencia obligatoria de la CPJI, por ejemplo en la formulada por Francia el 25 de abril de 1931, que limitaba esta aceptación a «todas las controversias que surgieren después de la ratificación con respecto a *situaciones o hechos posteriores a la misma* *», y que desempeñó un papel importante en el Asunto de los fosfatos de Marruecos (véase C.P.J.I., serie A/B, N.º 74, pág. 22). En el momento actual, una limitación expresada, bien en esos términos o en otros términos más o menos análogos, figura en la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia hecha por Bélgica (17 de junio de 1958), el Canadá (7 de abril de 1970), El Salvador (26 de noviembre de 1973), la India (18 de septiembre de 1974), Israel (17 de octubre de 1956), el Japón (15 de septiembre de 1958), Kenya (19 de abril de 1965), Luxemburgo (15 de septiembre de 1930), Malawi (12 de diciembre de 1966), México (28 de octubre de 1947), Nueva Zelanda (8 de abril de 1940), el Reino Unido (1.º de enero de 1969) y el Sudán (2 de enero de 1958) [véase *Traités multilatéraux pour lesquels le Secrétaire général exerce les fonctions de dépositaire — Etat, au 31 décembre 1977, des signatures, ratifications, adhésions, etc.* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: F.78.V.6), págs. 11 a 24].

También es interesante destacar que figuran limitaciones en ese sentido en ciertas declaraciones de aceptación de la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos con respecto a las demandas presentadas por particulares. En su declaración de 14 de enero de 1966, el Gobierno del Reino Unido reconoció esta competencia «en relación con todo acto o decisión que se produzca o de cualesquiera hechos o acontecimientos que ocurran después del 13 de enero de 1966 *» (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1966, La Haya, vol. 9, 1968, pág. 9). Igualmente, el Gobierno italiano, en su declaración de 20 de junio de 1973, aceptó esta competencia con relación a «un acto, una decisión, hechos o acontecimientos posteriores a esa fecha * [31 de julio de 1973]» (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1973, La Haya, vol. 16, 1975, pág. 11).

Inversamente, y aunque el caso sea mucho más excepcional, el reconocimiento de la competencia de un tribunal internacional puede limitarse a los hechos y situaciones anteriores a cierta fecha. A comienzos de la segunda guerra mundial, por ejemplo, varios de los Estados que participaban en ese conflicto excluyeron del reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la C.P.J.I., antes aceptada, las controversias relativas a hechos y situaciones que se produjeran después de la apertura del conflicto. La declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ por Nueva Zelanda, que se remonta al 8 de abril de 1940, excluye de esta aceptación «las controversias resultantes de acontecimientos ocurridos cuando el Gobierno de Su Majestad en Nueva Zelanda se hallaba enfrentado en hostilidades *» (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CC, pág. 492). Es interesante señalar que esta declaración unía sus efectos a los de la declaración precedente, la cual excluía de la aceptación las controversias surgidas antes del 29 de marzo de 1930.

si en la cláusula mencionada debe entenderse por «hechos y situaciones» los hechos que den lugar a una controversia jurídica y, por tanto, los hechos alegados por una de las partes frente a la otra como constitutivo de la violación de una obligación internacional, la determinación del tiempo de la violación puede ser decisiva a efectos de establecer la competencia del tribunal en el caso correspondiente. Por ejemplo, si se trata de un hecho «continuado» que comenzó antes de la fecha a partir de la cual se aceptó la competencia del tribunal, evidentemente esta competencia no podría reconocerse si, como *tempus* de hecho ilícito, se entiende solamente el momento inicial del comportamiento del Estado, sin tener en cuenta el hecho de que ese comportamiento se prosigue adquiriendo un carácter continuado. Inversamente, parecería ilógico negar esa competencia si el hecho «continuado» se considera perpetrado durante todo el período comprendido entre el comienzo del comportamiento estatal y su término. En efecto, nadie duda de que, al menos respecto de una parte de la duración de su existencia, el hecho de que se trate sería un hecho «posterior» al punto de partida de la competencia del tribunal. Por otra parte, si el hecho que da origen a la controversia es un hecho «compuesto» y consiste, por ejemplo, en una «práctica» resultante de una serie de hechos particulares semejantes cometidos en una pluralidad de casos distintos, la competencia del tribunal sería indudable desde el momento en que, como tiempo de la violación, se entendería solamente aquel momento, posterior a la fecha crítica, en que se produjeron los hechos particulares que, agregados a la lista de los que tuvieron lugar anteriormente, revelan el carácter de «práctica» del conjunto de la conducta del Estado y permiten reconocer en ese conjunto en cuanto tal a la violación de una obligación internacional. Las cosas se presentarían de otro modo si, como *tempus* de una obligación de esa naturaleza, hubiera que considerar todo el período que va desde el primero hasta el último de los hechos particulares que constituyen la «práctica». Ahora bien, incluso en ese caso habría que preguntarse si la circunstancia de que una parte de esos hechos particulares —entre ellos precisamente los que han subrayado, o al menos confirmado, el alcance global de la conducta del Estado y su ilicitud— tiene lugar después de la fecha de referencia no bastaría para considerar que la «práctica» subsistía en cuanto tal después de dicha fecha y, por tanto, para hacerla entrar dentro de la competencia del tribunal. Por último, el hecho respecto del cual se trata de determinar la competencia del tribunal podría ser un hecho «complejo», formado por una sucesión de comportamientos, o bien del mismo órgano, o bien más frecuentemente de órganos diferentes, que concurren unos con otros para impedir en un caso determinado el resultado exigido por una obligación internacional. La respuesta a la cuestión de saber si el tribunal es competente sería en este caso, lógicamente, positiva si por tiempo de la violación se entendiera solamente el del comportamiento final, posterior a la fecha crítica, que dio a la violación del caso su carácter definitivo; por el contrario, la respuesta sería negativa si se situara el tiempo de la violación en el momento del primer comportamiento que puso en marcha,

antes de la fecha crítica, el proceso de la violación. Por último, si se rechazaran ambas soluciones y se considerara que el hecho «complejo» se había realizado durante todo el período comprendido entre el comportamiento inicial y el comportamiento final, habría que preguntarse aquí también si la circunstancia de que la violación, aunque ya iniciada antes, no se haya terminado y no esté realizada definitivamente más que después de la fecha crítica no debería conducir a considerar esa violación como un hecho subsistente con posterioridad a esa fecha y, por consiguiente, a reconocer la competencia del tribunal. Naturalmente, la respuesta (lo mismo que en el caso, mencionado anteriormente, de un hecho «compuesto») dependerá en primer lugar de la interpretación de la cláusula del acuerdo que prevea la limitación *ratione temporis* de la competencia del tribunal. Pero será raro que la cláusula mencionada esté redactada de forma que diga explícitamente, para utilizar los términos empleados por el profesor Reuter, si la voluntad específica de las partes en un acuerdo determinado fue que «la aceptación de la jurisdicción facultativa no se refiera más que a aquellos delitos todos cuyos elementos sean posteriores a la fecha crítica» o bien que la aceptación se refiera a todos «aquellos delitos de los cuales al menos un elemento es posterior a la fecha prevista»^{30, 31}. Dejando aparte este caso, nos parece innegable que, permaneciendo dentro del marco de la interpretación de la cláusula, la solución de la cuestión intertemporal relativa a la competencia debe apoyarse en los criterios según los cuales se determina el tiempo del hecho internacionalmente ilícito que da origen a la controversia sometida al juicio del tribunal³².

24. La determinación del importe de la reparación debida por el autor de un hecho internacionalmente ilícito y la determinación de la competencia *ratione temporis* de la autoridad judicial o arbitral a que eventualmente se someta el caso no son, por otra parte, las

³⁰ Reuter, *loc. cit.*, pág. 99.

³¹ Algunos Estados recurren a veces, para la formulación de sus reservas, a una pluralidad de términos, cuya interpretación no deja ninguna duda en cuanto a su intención de excluir de la competencia del tribunal toda controversia originada no por un «hecho», sino por un elemento cualquiera de un hecho, anterior a la fecha crítica. La India, por ejemplo, en su declaración de 18 de septiembre de 1974, excluyó de su aceptación de la competencia de la CIJ «las controversias cuyos fundamentos, motivos, hechos, causas, orígenes, definiciones, razones o bases * existan antes de esa fecha». Pero el ejemplo es aislado; en la mayoría de los casos, los gobiernos se limitan a mencionar, en las cláusulas en las que consignan sus reservas, las «situaciones y los hechos posteriores» a una fecha determinada. A menos que la intención de las partes sea claramente revelada mediante otros medios de interpretación, trabajos preparatorios u otros elementos, sería a la noción misma de «situaciones y hechos», tal como puede articularse en los distintos supuestos, a la que habrá de recurrir para determinar el alcance de esas cláusulas.

³² Por tanto, podemos por estas razones suscribir la observación de Reuter (*loc. cit.*, pág. 99) según la cual la cuestión planteada aquí es sobre todo una cuestión de interpretación, pero no su afirmación de que nociones como la de delito complejo no aportan ninguna solución a esta cuestión. Sobre el conjunto de los problemas planteados aquí, véase también R. Ago, *loc. cit.*, pág. 518.

únicas cuestiones sobre las cuales tiene consecuencias concretas la determinación del momento y de la duración de la infracción internacional. Existe, por ejemplo, la cuestión relativa a la exigencia llamada del «carácter nacional de una reclamación», en virtud de la cual un Estado no está facultado a intervenir a título de protección diplomática de un particular cuando existe, entre el Estado y el particular en cuestión, un vínculo de nacionalidad. Ese vínculo, conforme a una regla firmemente establecida, debe subsistir en forma ininterrumpida desde el momento del hecho internacionalmente ilícito cometido en perjuicio del particular hasta el momento de la presentación de la reclamación por vía diplomática o, en su caso, hasta el momento de la presentación de una petición ante una autoridad internacional. Es innecesario decir, nos parece, que, en el caso de que la comisión de un acto violatorio de una obligación internacional se prolongue en el tiempo, el vínculo nacional entre la víctima de esa violación y el Estado que pretenda ejercer la protección diplomática o judicial debe haber existido sin interrupción desde el momento inicial del *tempus* del acto violatorio. No cabría considerar como suficiente un vínculo de nacionalidad establecido ulteriormente, por ejemplo durante el último período de realización de un hecho ilícito «continuado» o en el momento del último de los hechos particulares cuya serie representa globalmente un hecho ilícito «compuesto» o, aún, en el de la conducta que confirmó a un hecho ilícito «complejo» su carácter definitivo³³.

25. Como lo hemos recordado anteriormente³⁴, la Comisión de Derecho Internacional tomó como base de las disposiciones que formuló en los párrafos 3 a 5 del artículo 18 del presente proyecto de artículos una caracterización diferenciada de ciertas especies de hechos de los Estados, especies distintas, pero que tienen en común el hecho de que su realización se prolonga en el tiempo y puede dar lugar así a diversos problemas de carácter intertemporal. Entre esos problemas, el que concierne concretamente a la relación de contemporaneidad que ha de existir entre la «vigencia» de una obligación internacional y la realización por el Estado de un hecho determinado para que ese hecho represente

³³ Reuter (*loc. cit.*, págs. 98 y ss.) controvierte la relación que nosotros vemos entre la determinación del *tempus* de un delito «complejo» y la determinación del carácter nacional de una reclamación, alegando que la exigencia de ese carácter va más allá del momento de consumación del hecho ilícito en cuestión. A nuestro juicio, sin embargo, este autor olvida que lo que importa no es el *dies ad quem*, sino el *dies a quo* de realización del hecho internacionalmente ilícito. En otras palabras: si bien es cierto que el carácter nacional debe subsistir sin interrupción desde el momento en que se cometió el acto hasta la presentación de la demanda, se desprende de ello necesariamente que ese carácter ha de existir en el momento en que se consuma la ejecución del acto ilícito. Pero si el hecho es de aquellos cuya ejecución entraña, como dice el profesor Reuter, un «margen de tiempo», el carácter nacional debe haber existido desde antes, es decir, durante todo el período comprendido entre el momento inicial y el momento final de ejecución de ese hecho. Existe aquí, en nuestra opinión, un claro efecto de la duración del hecho internacionalmente ilícito de esa clase sobre la determinación de la fecha de comienzo del carácter nacional que debe poseer la reclamación originada en el hecho en cuestión.

³⁴ Véase párr. 21 *supra*.

la violación de la obligación en cuestión fue examinado y resuelto separadamente en relación con la hipótesis particular de cada una de las especies de hechos consideradas. En cierta medida, los criterios establecidos a ese efecto pueden servir para determinar los que se trata de utilizar ahora para definir el momento de ejecución de los diversos tipos de hechos internacionalmente ilícitos³⁵. Por cierto, la solución del problema actual no se encuentra totalmente en la respuesta que se dio a la cuestión considerada entonces. Una cosa es determinar la existencia de una violación de alguna obligación internacional y otra cosa es determinar el tiempo de realización de la violación cuya existencia se ha establecido. Lo que quiere decirse es que el cuidado por la coherencia que debe guiarnos en la solución de estos problemas, distintos pero marcados por cierto paralelismo lógico, nos impide aplicar en los dos casos ideas contradictorias y conducentes a conclusiones difíciles de conciliar. Se hará necesario un similar requisito de coherencia, para los mismos efectos y con los mismos límites, en lo referente a las soluciones que se adopten en el párrafo 2 del artículo 21 y en el artículo 22 en cuanto a la determinación de las condiciones de realización de una violación de ciertas obligaciones internacionales de resultado³⁶ y en lo tocante a la solución

³⁵ El Relator Especial había advertido, al hacer alusión, en la sección 3 (Vigencia de la obligación internacional) del capítulo III, a la existencia de ciertas categorías particulares de hechos internacionalmente ilícitos que pueden calificarse como «continuos», «compuestos» y «complejos», que la distinción entre esas diversas nociones sería objeto de un nuevo análisis más profundo con ocasión de la fijación del *tempus commissi delicti* y sus consecuencias [Anuario... 1976, vol. II (primera parte), pág. 23, nota 101]. La relación, y al mismo tiempo la diferencia, entre la cuestión tratada en los párrafos 3 a 5 del artículo 18 y la cuestión de la determinación del *tempus commissi delicti* fue evocada, durante la discusión, por varios miembros de la Comisión.

³⁶ Un ejemplo para ilustrar mejor las ideas que deseamos expresar: el párrafo 5 del artículo 18 dispone que:

«Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional fuere un hecho complejo constituido por acciones u omisiones del mismo órgano o de órganos diferentes del Estado en relación con un mismo caso, habrá violación de esa obligación si el hecho complejo no conforme a ésta da comienzo por una acción u omisión que haya tenido lugar dentro del período durante el cual la obligación se halle en vigor respecto de ese Estado, aunque tal hecho se complete después de ese período.»

Ahora bien, parece evidente que el texto de esta disposición hace difícil prever una solución que excluya del *tempus* de ejecución de un hecho complejo la acción u omisión con que ese hecho tuvo comienzo. En cambio, nada dice que el tiempo del hecho en cuestión deba considerarse limitado a la duración de esa acción u omisión inicial. Por otra parte, el párrafo 2 del artículo 21 y el artículo 22 prevén que en las dos hipótesis a que se refieren esas disposiciones sólo hay violación de la obligación de asegurar un resultado determinado si el Estado no logra asegurar ese resultado mediante un comportamiento diferente, posterior a aquel mediante el cual creó una primera situación que no estaba en conformidad con dicho resultado. También estos artículos se conciliarían mal, pues, con una solución que condujera a excluir ese comportamiento ulterior al momento de realización de los hechos ilícitos complejos a los cuales se refieren, aun cuando la solución no obligara en absoluto a considerar ese *tempus* como limitado al del comportamiento. Las consecuencias que se derivan de un examen conjunto del párrafo 5 del artículo 18 y del párrafo 2 del artículo 21 del proyecto en lo que concierne a la determinación del *tempus*

enunciada en el artículo 23 a propósito de las condiciones de realización de la violación de una obligación que exige prevenir un acontecimiento dado.

26. La determinación del *tempus commissi delicti* de un hecho de los llamados «instantáneos» no presenta en principio, como hemos señalado³⁷, problemas particulares ni, especialmente, problemas que vayan más allá de la simple verificación de las circunstancias de realización de ciertos elementos de hecho. La noción de «hecho ilícito instantáneo», tal como se desprende de la teoría general del derecho interno, es la de una violación que, como lo indica su denominación, se caracteriza por el carácter instantáneo del comportamiento que la realiza, propio de una infracción que finaliza en el momento de cometerse. Un homicidio, una lesión corporal infligida a una persona, el incendio de bienes ajenos, etc., son ejemplos que suelen citarse. En la esfera internacional, el abatimiento por la defensa aérea de un país de una aeronave que sobrevuela legítimamente el territorio del mismo, el hundimiento en alta mar de un buque neutral por el torpedero de un beligerante, la muerte o lesión del representante de un Estado por la policía de otro o el secuestro por ella de una persona en territorio extranjero constituyen otros tantos ejemplos de hechos ilícitos «instantáneos» en los que no es difícil de determinar el *tempus*, puesto que no duran más que el instante mismo de su realización. Huelga decir que la duración de una infracción de este género no comprende más que el tiempo de su ejecución propiamente dicha; la concepción del procedimiento, incluso la previsión de las condiciones que pueden facilitar la ejecución, etc., son actos encaminados a la realización de la violación, pero no son todavía su ejecución. La duración de esas actividades preparatorias eventuales carece de efectos, pues, para la determinación del *tempus commissi delicti*.

27. Otro elemento que no debe entrar en consideración a los fines de la determinación del tiempo en que se realiza un hecho internacionalmente ilícito «instantáneo» es el de sus efectos, de sus consecuencias eventuales. Los golpes o heridas infligidos por integrantes de la policía o del ejército a la persona de un extranjero pueden tener repercusiones persistentes sobre su salud, su capacidad de trabajo, su aptitud para desempeñar sus funciones; un acto de expoliación contra un ciudadano extranjero privará al interesado durante cierto tiempo (y tal vez hasta definitivamente si no se aplica ningún remedio) de la posesión de sus bienes; la destrucción de aviones o buques de un Estado neutral privará a ese Estado de la disposición futura de tales medios de transporte o de defensa e incluso podrá afectar durante un largo período a la potencia de su aviación o de su flota. El carácter duradero de esos efectos entrará en consideración para los fines de la determinación del daño

de un hecho internacionalmente ilícito complejo fueron señaladas por diversos miembros de la Comisión y aparecen enunciadas en el informe de la CDI sobre su 29.º período de sesiones [Anuario... 1977, vol. II (segunda parte), pág. 30, documento A/32/10, cap. II, secc. B, art. 21, párr. 32 del comentario, y nota 103].

³⁷ Véase párr. 21 *supra*.

que debe repararse, pero no tendrá efectos sobre la duración del hecho que los ha provocado, que de todos modos seguirá siendo un hecho «instantáneo». La Comisión ya ha tenido oportunidad de referirse a este aspecto del problema en su comentario del artículo 18, siempre en relación con la exigencia de simultaneidad entre la «vigencia» de la obligación internacional y la realización del hecho que se considera violatorio de esa obligación³⁸. La Comisión señaló entonces la marcada diferencia que separa un «hecho continuado», representado por una violación que se prolonga como tal en el tiempo, de un «hecho instantáneo de efectos continuos», constituido precisamente por una violación que no pierde su carácter instantáneo, cualquiera que sea la naturaleza de sus efectos. Esta distinción puede resultar particularmente importante en lo que concierne al problema, evocado anteriormente³⁹, de la competencia *ratione temporis* de un tribunal internacional. El estudio del *Asunto de los fosfatos de Marruecos*, ya analizado por la Comisión en otro aspecto en su informe sobre su 29.º período de sesiones⁴⁰, resulta instructivo una vez más a este respecto. En su exposición de los términos del litigio, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que el Gobierno italiano había hecho valer, a título de agravio subsidiario, que la decisión del Servicio de Minas del 8 de enero de 1925 había despojado al súbdito italiano Sr. Tassara de sus derechos adquiridos, y ello en contravención de los compromisos internacionales de Francia. Para sostener la competencia de la Corte en el asunto, el Gobierno demandante afirmaba no solamente que la decisión del Servicio de Minas había sido seguida y complementada en cuanto hecho internacionalmente ilícito por una denegación de justicia que se consumó después de la fecha crítica⁴¹, sino además, según los términos de la Corte, que

la «situación de despojo» del Sr. Tassara y de sus derechohabientes constituiría una situación ilícita permanente que, aunque nacida de la decisión del Servicio de Minas, habría subsistido en una época posterior a la fecha crítica [...] ⁴².

Pero se desprende de la argumentación desarrollada a este respecto en la sentencia del 14 de junio de 1938 —no obstante cierta falta de claridad debida sobre todo a que las dos tesis del Gobierno italiano se mezclaron— que, según la Corte, la violación del derecho internacional, en cuanto hubiera existido realmente una viola-

³⁸ Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 91 y 92, documento A/31/10, cap. III, secc. B, art. 18, párr. 21 del comentario. Véase también, para más detalles, *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), págs. 23 y 24, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2, párr. 3 y nota 103.

³⁹ Véase párr. 23 *supra*.

⁴⁰ Véase *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 40 y 41, documento A/32/10, cap. II, secc. B, proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, art. 22, párrs. 25 a 28 del comentario. Véase también *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), págs. 30 y ss., documento A/CN.4/302 y Add.1 a 3, párrs. 66 a 69.

⁴¹ Este es el aspecto a que se refería muy particularmente el análisis del asunto hecho por la Comisión en su informe sobre su 29.º período de sesiones.

⁴² *C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 74, pág. 28.

ción, estaba representada por la decisión del Servicio de Minas de 8 de enero de 1925. Era esa decisión, siempre en opinión de la Corte, la que había privado al súbdito italiano de los derechos que reclamaba, y esa decisión no podía someterse a la jurisdicción de la Corte, aun cuando sus consecuencias perjudiciales se hubieran mantenido hasta la fecha crítica y más allá de ella. Sin valerse expresamente de estos términos, la Corte veía, pues, y en apariencia con razón, en la decisión de 1925 un «hecho instantáneo de efectos continuados» más que un «hecho continuado» que se prolongara él mismo con un carácter de permanencia. Esa misma convicción surge con claridad de la opinión individual del Juez Cheng Tien-hsi, donde se lee lo siguiente:

Por lo que respecta a la decisión del Servicio de Minas, es justo decir que el litigio se suscitó acerca de un hecho anterior a la fecha crítica, ya que esa decisión se dictó en 1925. Si era injusta, el daño que causó tuvo lugar en 1925. Si subsiste, es simplemente en la situación de perjuicio a la que no dio reparación; pero no inflige ninguna nueva lesión, no transgrede ningún nuevo derecho y, por tanto, no engendra ninguna situación ni ningún hecho nuevo ⁴³.

Dejando de lado la jurisprudencia de la CPJI, la Comisión de Derecho Internacional ha recordado ya ⁴⁴ que la Comisión Europea de Derechos Humanos puso claramente en evidencia, en su propia jurisprudencia, la distinción que debe hacerse entre un «acto con efectos persistentes» por una parte y un hecho que constituye una «violación continuada» de una obligación internacional por otra. Un acto (como una decisión judicial o arbitral) que no hace más que acarrear efectos persistentes no deja de ser, según la Comisión Europea, un «acto instantáneo», y sus consecuencias son sólo «simples efectos», y no una prolongación del acto.

28. Al comienzo de esta sección ⁴⁵ señalamos también que, junto a los hechos ilícitos calificados como «instantáneos», existen otros que se prolongan en el tiempo en cuanto tales y no solamente en los efectos que generan: hechos que pueden calificarse, por consiguiente, como «hechos ilícitos continuados». En el derecho interno se utiliza normalmente —en una terminología que varía según los idiomas y los sistemas jurídicos— la noción de «delito continuado» para definir precisamente hechos que se extienden, idénticos a sí mismos, durante un lapso más o menos largo, como el secuestro de personas, la detención ilegal de bienes ajenos, el encubrimiento de cosas, el porte de armas abusivo, etc. En derecho internacional, la misma noción es aplicable a numerosos hechos: el mantenimiento en vigor de disposiciones incompatibles con las disposiciones de un tratado, la falta de adopción de medidas, legislativas o de otra clase, requeridas por un tratado, la detención ilegal de una personalidad oficial extranjera, la ocupación ilegítima de una parte del territorio de otro Estado, el mantenimiento en ese otro Estado, sin su consentimiento, de contingentes armados, el bloqueo ilegal de costas o puer-

⁴³ *Ibid.*, pág. 36.

⁴⁴ Véanse las referencias indicadas anteriormente en la nota 38.

⁴⁵ Párr. 21 *supra*.

tos extranjeros, etc.⁴⁶. A este respecto, la Comisión de Derecho Internacional se planteó ya el problema concreto —al que dio solución en el párrafo 3 del artículo 18— consistente en determinar en qué se traduce, en relación con un hecho de esa categoría, el requisito general que exige la simultaneidad entre la «vigencia» de una obligación internacional y la realización de un hecho del Estado que no esté en conformidad con esa obligación para que exista violación de ella. La Comisión respondió a este problema formulando el principio según el cual existe violación de la obligación que contraviene el hecho «continuado» siempre que el hecho se desarrolle, al menos en parte, mientras la obligación se halla en vigor respecto del Estado autor de tal hecho⁴⁷. Ahora bien, al no exigir concretamente que exista esa simultaneidad en el momento inicial del hecho continuado, y al exigir solamente que existiera simultaneidad en un momento cualquiera de su desarrollo, la Comisión adoptó también implícitamente una posición acerca del problema general que nos planteamos en este momento, es decir, el de la determinación del tiempo de realización de un hecho internacionalmente ilícito continuado. Al definir como lo hizo la regla del párrafo 3 del artículo 18, la Comisión manifestó su convicción de

que el *tempus commissi delicti* de un hecho continuado comprendía forzosamente todo el período de su desarrollo, desde el comienzo hasta el fin. Ello facilita la tarea que corresponde ahora a la Comisión, ya que, como dijimos, una simple preocupación por la coherencia impediría que la Comisión contradijese en el enunciado del principio general la idea que en su momento la orientó en el examen de un aspecto particular de lo que en el fondo es un problema único. Nada justificaría, por otra parte, en el plano de la lógica jurídica, el abandono ni ningún apartamiento del punto de vista que hasta ahora inspiró a la Comisión en el asunto que se está examinando.

29. Nada justificaría tampoco tal actitud en el plano del respeto a las ideas avanzadas de la práctica internacional. En las «observaciones y conclusiones» presentadas el 15 de julio de 1937 a la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto de los fosfatos de Marruecos*, el Gobierno italiano había sostenido que para los hechos internacionalmente ilícitos «permanentes» (continuados), el tiempo del hecho ilícito estaba representado necesariamente «por todo el período comprendido entre el momento del comienzo y el momento de la consumación». Agregaba:

Aun si se considera, por otra parte, la figura jurídica del delito permanente en el orden jurídico interno, por lo general se encuentra que en la legislación, la práctica y la doctrina de los diferentes Estados se acepta el principio de que la infracción permanente o duradera se considera cometida durante toda la duración de la infracción misma, y que por *momento del delito*, en el caso de un *delito permanente* [...], debe entenderse todo el período de la subsistencia⁴⁸.

La Corte, en su ya citada sentencia de 14 de junio de 1938, no controvertió en nada la exactitud del principio general así formulado por el Gobierno italiano. Si la mayoría de aquel tribunal desestimó la demanda italiana fue porque no consideró fundada la utilización por la parte demandada de estas nociones en la especie. Lo que los jueces de la mayoría negaron es, por un lado, que los hechos alegados por el Gobierno italiano hubieran tenido el carácter que ese Gobierno les asignaba y, por otra parte, que fuera posible, sobre la base de los términos de la cláusula que limitaba *ratione temporis* la aceptación por Francia de la jurisdicción obligatoria, considerar posteriores a la fecha crítica hechos que, a pesar de su persistencia en el tiempo, tenían su origen en medidas adoptadas con anterioridad a esa fecha.

30. Dicho esto, debemos señalar que algunas de las afirmaciones de la mayoría de la Corte nos parecen pasibles de crítica. No hemos dejado de hacer hincapié anteriormente⁴⁹ en que, entre los hechos alegados por el Gobierno italiano, el que ese Gobierno planteó a título de agravio subsidiario —a saber: la decisión negativa adoptada en 1925 por el Servicio de Minas sobre la solicitud formulada por el Sr. Tassara— era indudablemente un hecho instantáneo de efectos continuados más que un hecho continuado propiamente dicho. Pero

⁴⁶ En sus «observaciones y conclusiones» presentadas a la Corte Permanente de Justicia Internacional, el 15 de julio de 1937, acerca del Asunto de los fosfatos de Marruecos, el Gobierno italiano expresó lo siguiente:

«Si se observa la categoría general de los hechos ilícitos internacionales, pueden distinguirse entre ellos dos tipos diferentes de delitos. Existen, en efecto, infracciones al derecho internacional, como, por ejemplo, el insulto a la bandera de una nación amiga, el torpedeamiento de un buque neutral, etc., que tienen un carácter inmediato. Cuando se consuma una infracción de esta clase, es decir, cuando queda perfeccionada, la infracción también se extingue y deja de existir como tal. Existen, en cambio, otras violaciones del derecho internacional que tienen un carácter prolongado en el tiempo, de manera que, una vez que se perfeccionan, en el sentido de que todos sus elementos constitutivos están presentes, no dejan por ello de existir y se continúan, idénticos a sí mismos, con un carácter permanente. Así ocurre, por ejemplo, con la creación de una ley contraria al derecho internacional, con la incautación abusiva de los bienes de un extranjero, con el arresto de un agente diplomático, etc. [...] Al examinar el caso típico de un Estado que omite poner su legislación interna en armonía con las obligaciones impuestas por los tratados, el Sr. Triepel se expresa con mucha exactitud del modo siguiente: "Si en un momento dado los Estados están obligados internacionalmente a dictar normas jurídicas de un tenor determinado, el Estado que ya las posee infringe su deber si las deroga y omite reimplantarlas, mientras que el Estado que no las posee todavía infringe su deber únicamente por el hecho de no implantarlas: por lo demás, ambos Estados cometen [...] un *delito permanente internacional* (*völkerrechtliches Dauerdelikt*)" (véase Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, pág. 288)». (C.P.J.I., serie C, N.º 84, pág. 494.)

Cabe observar que la expresión alemana *völkerrechtliches Dauerdelikt* se corresponde en la terminología jurídica francesa con la expresión *délit continu* más que con la expresión *délit permanent*.

⁴⁷ Al actuar así, la Comisión se basó particularmente en la jurisprudencia reciente de la Comisión Europea de Derechos Humanos (asuntos De Becker y otros). Véase *Anuario...* 1976, vol. II (segunda parte), págs. 91 y 92, documento A/31/10, cap. III, secc. B, art. 18, párr. 21 del comentario y nota 436; e *ibid.*, vol. II (primera parte), págs. 23 y 24, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2, párr. 53.

⁴⁸ C.P.J.I., serie C, N.º 84, págs. 494 y 495.

⁴⁹ Párr. 27.

nos parece muy dudoso que pueda decirse lo mismo de la situación denunciada con carácter de agravio principal —a saber: el monopolio sobre los fosfatos marroquíes, instituido por los dahíres de 27 de enero y 21 de agosto de 1920—. Había allí, nos parece, un caso típico de «hecho continuado»: una situación legislativa considerada contraria a los compromisos internacionales del país que la creó y que, por más que se hubiera iniciado antes de la fecha crítica, continuaba existiendo después de esa fecha y constituía una situación que seguía siendo tan actual como internacionalmente ilícita. La Corte habría podido acaso observar que, lejos de ser subsidiario, el verdadero agravio del Gobierno italiano en todo el asunto se refería a la negativa del Servicio de Minas de reconocer los permisos del Sr. Tassara y que el «acaparamiento» de los fosfatos marroquíes aparecía en toda la argumentación italiana más bien como un telón de fondo, sobre el cual se inscribía la expulsión del súbdito italiano, que como un verdadero agravio independiente, origen del litigio entre los dos países. La Corte habría podido agregar, si se quiere, que el único perjuicio causado efectivamente a un súbdito italiano por el régimen legislativo de monopolio de los fosfatos en Marruecos era el que el Sr. Tassara había sufrido como consecuencia de la decisión de 1925 del Servicio de Minas, de modo que se volvía siempre forzosamente a esa decisión y a su fecha, anterior a la aceptación de la jurisdicción obligatoria. Pero, en lugar de colocarse en ese terreno, la mayoría de la Corte optó por razonar así:

Lo que el Gobierno italiano designa con la expresión «acaparamiento de los fosfatos marroquíes» fue presentado por él permanentemente como un régimen instituido por los dahíres de 1920, que, al reservar al Maghzen la exploración y explotación de los fosfatos, establecieron un monopolio contrario a las obligaciones internacionales de Marruecos y de Francia. Ese régimen, que permanecía en vigencia, constituiría, a juicio del Gobierno italiano, una situación posterior a la fecha crítica; quedaría sometido en virtud de ello a la jurisdicción obligatoria de la Corte.

La Corte no puede admitir este encaramiento. La situación denunciada por el Gobierno italiano como ilícita es una situación de derecho nacida de la legislación de 1920. No es posible, desde el punto de vista de la crítica que se hace de esa situación, aislarla de la legislación de que procede. La pretendida incompatibilidad del régimen de monopolio con las obligaciones internacionales de Marruecos y de Francia es un agravio que se dirige ante todo contra los dahíres de 1920 que lo instituyeron. Si, al establecerlo, Marruecos y Francia violaron el régimen convencional del Acta general de Algeciras de 7 de abril de 1906 y de la Convención franco-alemana de 4 de noviembre de 1911, esa violación procede de los dahíres de 1920. Es en esos dahíres donde deben verse los hechos constitutivos esenciales del pretendido acaparamiento y, por consiguiente, los verdaderos hechos generadores del litigio relativo a ese acaparamiento. Sin embargo, esos dahíres son «hechos» que, por su fecha, escapan a la jurisdicción de la Corte [...] ⁵⁰.

No nos parece que la mayoría de la Corte haya estado acertada cuando, por este razonamiento, en último término bastante ambiguo, consideró en los hechos el régimen de monopolio de los fosfatos como una simple

consecuencia duradera de ciertos hechos presuntamente instantáneos, a saber: actos legislativos dictados en 1920. Real o no, la ilicitud internacional del monopolio alegada por el Gobierno demandante se refería a la existencia y el mantenimiento de ese régimen, y no únicamente a los actos que lo habían implantado. La situación normativa contraria a las prescripciones internacionales no había hecho otra cosa que iniciarse con la aprobación de los dahíres de 1920 y se había continuado sin cambios después de la fecha crítica. Este punto fue advertido perfectamente por el Juez Cheng Tien-hsi, que precisamente quiso, en su opinión individual, subrayar que, tratándose del monopolio de los fosfatos establecido en Marruecos en 1920, la cuestión de la determinación del «tiempo» del hecho ilícito debía recibir una respuesta completamente distinta de la que él mismo había encontrado a propósito de la decisión del Servicio de Minas de 1925. Se expresó en los siguientes términos:

[...] no cabe aplicar el mismo argumento a la cuestión del monopolio. Pues el monopolio —aun cuando hubiera sido instituido por el dahír de 1920— sigue existiendo todavía hoy. Se trata en ese caso de una situación o de un hecho actual. Si de él resulta una injusticia, esa injusticia no consiste simplemente en que se la inflige, sino en el hecho de que el daño continúa causándose a todos aquellos cuyos derechos convencionales, según se pretende, quedan conculcados, y el perjuicio no se limita a continuar su existencia anterior, sino que adquiere cada día una nueva existencia mientras permanece en vigor el dahír que la instituyó por primera vez. El caso del monopolio difiere por completo del caso en que una parte lesionada no pudo lograr satisfacción en reparación de un presunto daño (caso que sería análogo a la decisión de 1925); *tampoco se trata solamente de las consecuencias de un acto ilícito**, lo cual significaría que el daño se habría causado con anterioridad y de una vez por todas en un momento dado [...]. [...] no basta decir que se trata de una situación jurídica resultante de la legislación de 1920 o que no puede ser encarada al margen de la legislación que tiene por resultado esa situación o ese hecho; la esencia del litigio, en efecto, es la siguiente: *el actor se queja de lo que ha presentado constantemente como una situación «continuada y permanente» incompatible con los derechos de los extranjeros y no del simple hecho de la creación de esa situación** [...]. Por estas razones, entiendo que el monopolio no es una situación o un hecho anterior a la fecha crítica, y, por consiguiente, cualesquiera que puedan ser los méritos de la demanda, el litigio respectivo no escapa de la esfera de la jurisdicción de la Corte ⁵¹.

31. Por otra parte, en lo que respecta a la interpretación de las estipulaciones de la cláusula que limita *ratione temporis* la aceptación de la jurisdicción obligatoria por el gobierno demandado, el razonamiento de la mayoría de la Corte nos deja igualmente perplejos. Ese razonamiento estaba formulado así:

En este caso, las estipulaciones que forman la base de la excepción *ratione temporis* presentada por el Gobierno de Francia son perfectamente claras; sólo corresponden a la jurisdicción obligatoria las situaciones o los hechos posteriores a la fecha de la ratificación a cuyo respecto surgió la controversia, esto es, aquellos hechos o situaciones que deben considerarse generadores de la controversia [...].

⁵⁰ C.P.J.I., serie A/B, N.º 74, págs. 25 y ss.

⁵¹ *Ibid.*, págs. 36 y ss.

[...] La anterioridad o posterioridad de una situación o de un hecho en relación con una determinada fecha es una cuestión específica al igual que la de saber cuáles son las situaciones o los hechos en relación con los cuales ha surgido la controversia. Para resolver estas cuestiones hay que tener siempre presente la voluntad del Estado, que, al haber aceptado la jurisdicción obligatoria con ciertos límites, sólo se proponía someter a esa jurisdicción las controversias realmente derivadas de situaciones o hechos posteriores a su aceptación. No cabría reconocer una relación de esa índole entre una controversia y los elementos posteriores que presuponen la existencia o que no entrañan más que la confirmación o la simple evolución de situaciones o de hechos anteriores, en circunstancias de que ellos constituyen los verdaderos elementos generadores de la controversia⁵².

Así, no obstante sus argumentos, la mayoría de la Corte interpretó en forma muy restrictiva la cláusula de que se trata al estimar que, con sus estipulaciones, el gobierno demandado se proponía limitar su aceptación de la jurisdicción a las controversias vinculadas con situaciones y hechos no sólo posteriores a la fecha crítica, sino que además sólo entrañaran elementos posteriores a esa fecha, esto es, situaciones y hechos respecto de los cuales antes no existía nada. Si en realidad se hubiesen tenido pruebas de una intención semejante por parte del gobierno demandado, se habría podido considerar ajena a la jurisdicción de la Corte toda controversia surgida en relación con un hecho «continuado», desde el momento en que ese hecho habría comenzado antes de la fecha crítica y habría subsistido como tal después de esa fecha⁵³. En todo caso, no es claro que las estipulaciones de la declaración de Francia justifiquen la interpretación hecha por la mayoría de la Corte. Con esas estipulaciones no se hacía más que limitar la aceptación de la jurisdicción a las controversias que tuvieran por objeto situaciones o hechos posteriores a la fecha de esa aceptación. A nuestro juicio, es «posterior» a una fecha determinada toda situación o todo hecho que existan como tales después de la fecha de que se trate y no solamente aquellos que comiencen a existir con posterioridad a esa fecha. Nos parece que el magistrado van Eysinga reconoció este argumento en su opinión disidente cuando se opuso al «intento de limitar el alcance de la declaración de Francia» al introducir en su redacción «algo que no figuraba allí» y cuando destacó que «*la controversia que "surge en relación con situaciones posteriores a esa fecha" es distinta de aquella cuyos hechos generadores son posteriores a esa fecha*»⁵⁴. En todo caso, una vez más correspondieron al magistrado Cheng Tien-hsi las observaciones más pertinentes:

Hay que recordar que los elementos importantes en la declaración de Francia se refieren a las «situaciones y hechos posteriores a esta ratificación», lo que no significa lo mismo que «las situaciones o hechos creados con posterioridad a esta ratificación». En consecuencia, una situación o un hecho que existen con posterioridad a la fecha crítica no dejan de ser una situación o un hecho posteriores a esa fecha, aunque hayan existido antes⁵⁵.

32. En todo caso, y cualquiera que haya sido el valor relativo de las tesis contrapuestas en el *Asunto de los fosfatos de Marruecos*, creemos poder confirmar, retomando el hilo de la argumentación comenzada anteriormente⁵⁶, que incluso la opinión expresada por la mayoría de la Corte no contradice en modo alguno las conclusiones que, según consideramos, debemos extraer de la naturaleza misma de un hecho de la categoría examinada en lo que se refiere a la determinación de su *tempus commissi delicti*. La circunstancia de que esa mayoría haya rechazado la demanda del Gobierno de Italia, sobre la base precisamente de la «subsistencia», después de la fecha crítica, de una situación que para ella constituía un hecho internacionalmente ilícito «continuado», no desmiente nuestras conclusiones. Por el contrario, la asimilación, arbitraria a nuestro juicio, de un hecho «continuado» a un hecho «instantáneo», aunque con efectos continuos, y la interpretación demasiado restrictiva de la cláusula que limita la aceptación de la jurisdicción obligatoria por el Gobierno de Francia nos parecen demostrar que, sin esa asimilación y esa interpretación, esa mayoría no se habría creído autorizada a negar la competencia de la Corte en este caso concreto. Cabe señalar, para concluir, que el fallo no deja entender en ningún momento que sus redactores se hayan opuesto a la idea de que la duración de un hecho indiscutiblemente reconocido como «continuado» abarca todo el período comprendido entre su comienzo y su terminación.

33. Más recientemente, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha tenido que distinguir entre hechos ilícitos «instantáneos» y hechos ilícitos «continuados» para establecer su competencia respecto de ciertas controversias. Como hemos recordado anteriormente⁵⁷, el Reino Unido reconoció la competencia de la Comisión en relación con demandas individuales que invocaban la incompatibilidad con las obligaciones que dimanaban para el Reino Unido de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁵⁸ de todo acto, decisión, hecho o acontecimiento acaecidos después del 13 de enero de 1966. En lo que respecta al problema intertemporal, la Comisión Europea adoptó manifiestamente soluciones diferentes según el tipo de hechos que se le presentaron. Frente a un hecho ilícito «continuado», una parte del cual se hubiese producido antes de la fecha crítica y la otra después de esa fecha, se declaró competente en relación con la segunda parte del «hecho». La Comisión reconoció así que la duración de un hecho ilícito «continuado» se prolongaba más allá del momento inicial de su perpetración.

En el fallo parcial de fecha 16 de diciembre de 1966 respecto del *Asunto de Courcy c. el Reino Unido*, por ejemplo, la Comisión, refiriéndose a los agravios del demandante basados en que se le había mantenido encerrado en su celda veinte horas al día durante un período de diez meses, observó que:

⁵² *Ibid.*, págs. 23 y 24.

⁵³ Véase lo que hemos dicho a este respecto al final del párrafo 23.

⁵⁴ *C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 74, pág. 35.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 37.

⁵⁶ Véase párr. 29 *supra*.

⁵⁷ Véase nota 29 *supra*.

⁵⁸ En vigor para el Reino Unido desde el 3 de septiembre de 1953.

[...] incluso si dicho período de diez meses era, en parte, posterior al 13 de enero de 1966, las condiciones de la detención que se investiga no constituyen una violación de los derechos y libertades enunciados en la Convención [...], se desprende de ello que esta parte de la demanda está manifiestamente mal fundada en relación con el párrafo 2 del artículo 27 de la Convención⁵⁹.

Si prescindimos del fondo del asunto, llama nuestra atención el hecho de que la Comisión haya admitido tácitamente que el comportamiento del Estado que el demandante consideró ilícito (el encarcelamiento), aunque comenzó antes de la fecha crítica, se prolongó más allá de esa fecha, de manera que la Comisión se consideró competente en principio para conocer la eventual incompatibilidad de ese comportamiento, respecto de la segunda parte de su duración, con las obligaciones establecidas por la Convención.

En el *Asunto Roy and Alice Fletcher c. el Reino Unido*, los demandantes aducían, entre otras cosas, que, en transgresión de lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención, no se había dictado un fallo a su respecto en un plazo razonable. En el fallo de fecha 19 de diciembre de 1967 sobre este asunto, la Comisión rechazó la demanda con los siguientes fundamentos:

Considerando que, en relación con las afirmaciones de los demandantes de que no se les sometió a juicio en un plazo razonable por la acusación de incendio intencional que quedó pendiente al concluir su enjuiciamiento en 1961, cabe observar que, en la medida en que la denuncia se refiere al período anterior al 14 de enero de 1966, con arreglo a lo dispuesto en la declaración del Reino Unido de esa fecha por la que reconoce la competencia de la Comisión para aceptar peticiones en virtud del artículo 25 de la Convención, el Reino Unido sólo reconoce la competencia de la Comisión para aceptar peticiones en la medida en que se refieran a actos, decisiones, hechos o acontecimientos ocurridos o acaecidos después del 13 de enero de 1966, por lo que se desprende que el examen de esta parte de la demanda queda fuera de la competencia de la Comisión *ratione temporis*;

Considerando además, en relación con el período posterior al 13 de enero de 1966, que un examen de la demanda tal como se presentó, con inclusión de una investigación hecha *ex officio*, no revela apariencia alguna de una violación de los derechos y libertades enunciados en la Convención y, particularmente, en el artículo 6⁶⁰.

También en este caso la Comisión ha reconocido su competencia para conocer de la incompatibilidad eventual con las disposiciones de la Convención de la parte del hecho «continuado» (constituidas por la falta de enjuiciamiento) posterior a la fecha crítica⁶¹. Evidentemente, en la base de estas diferentes decisiones existe la convicción de que el hecho internacionalmente ilícito «continuado» es aquel cuya existencia se prolonga sin

variaciones en el tiempo y cuyo período de realización comprende todo el período que media entre su comienzo y su terminación; se vuelve a encontrar aquí la misma convicción manifestada en otras decisiones conocidas de la Comisión Europea de Derechos Humanos (por ejemplo, *Asunto De Becker*), en que se reconoce que algunos hechos, cuyo origen era anterior a la fecha de entrada en vigor de la Convención, podían en todo caso, en vista de su carácter «continuado», que se prolongaba más allá de las fechas de que se trataba, constituir violaciones de dicha Convención y justificar también la admisión de demandas que se refirieran a «esa situación continua»⁶².

34. En la bibliografía jurídica de derecho internacional, como hemos recordado, H. Triepel fue el primero (en 1899) en elaborar el concepto de hecho ilícito «continuado», con las consecuencias que de ello dimanaban en relación con el período de realización de ese tipo de hecho⁶³. Esa idea se ha retomado en diversos estudios generales dedicados a la responsabilidad de los Estados⁶⁴. La cuestión del *tempus commissi delicti* del hecho internacionalmente ilícito «continuado» se examina además en obras dedicadas a la interpretación de la fórmula «situaciones y hechos anteriores a una fecha determinada», utilizada en algunas declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Permanente de Justicia Internacional⁶⁵, o en que se interpretan fórmulas similares contenidas en las declaraciones británica e italiana de aceptación de la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos en materia de demandas individuales⁶⁶. Todos estos autores coinciden expresa o tácitamente en reconocer que el «momento» y la «duración» de un hecho ilícito continuado o de una situación ilícita continuada se prolongan más allá del momento inicial de la realización de ese hecho o situación y sólo terminan en el momento final de esa realización.

35. Bastan algunas consideraciones breves en lo que respecta a la cuestión del *tempus commissi delicti* de un hecho internacionalmente ilícito cuando ese hecho constituye la violación de una obligación de prevenir un acontecimiento. En la sección 8 del presente capítulo hemos demostrado que la realización de un hecho internacionalmente ilícito calificado por el resultado exige que concurren dos condiciones: que se produzca el acontecimiento que se debe prevenir y que ello sea posible por una falta de prevención por parte de cier-

⁶² Véanse las referencias que figuran en la nota 47 *supra*.

⁶³ H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, pág. 289.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, página 93; Ago, *loc. cit.*, págs. 518 y ss.; B. Graefrath, E. Oeser, P. A. Steiniger, *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten*, Berlín, Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, 1977, págs. 60 y 61.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, J. Fischer Williams, «The optional clause (The British signature and reservations)», *The British Year Book of International Law*, 1930, Londres, vol. 11, págs. 74 y 75; R. Montagna, «La limitazione *ratione temporis* della giurisdizione internazionale obbligatoria», *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padua, CEDAM, 1940, vol. III, págs. 130 y ss.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, Eissen, *loc. cit.*, págs. 94 y 95.

⁵⁹ *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1967, La Haya, vol. 10, 1969, pág. 383.

⁶⁰ Consejo de Europa, *Commission européenne des droits de l'homme, Recueil de décisions*, Estrasburgo, N.º 25, mayo de 1968, pág. 86.

⁶¹ M. A. Eissen («Les réserves *ratione temporis* à la reconnaissance du droit de recours individuel», *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974, pág. 94, nota 38) cita otras decisiones inéditas en el mismo sentido.

tos órganos del Estado. La necesidad de que concurren esas dos condiciones se refleja en el texto del artículo 23. Así, pues, la pregunta que nos ocupa podría plantearse en la forma de una alternativa, es decir, si se debería entender como momento de realización de un hecho internacionalmente ilícito de este tipo aquel en que se produce el acontecimiento o si habría que incluir el período, más o menos prolongado y en todo caso necesariamente anterior, durante el cual los órganos del Estado habrían actuado con la negligencia que permitió luego que se produjera el acontecimiento. La respuesta podría tener consecuencias de cierta importancia en lo que respecta a la determinación del momento de realización de la infracción. En efecto, si se opta por la primera solución, el hecho internacionalmente ilícito calificado por el resultado se asimilaría, desde el punto de vista del momento de la realización, a un hecho instantáneo, pues la «duración» del acontecimiento normalmente no es mayor que la de un hecho de esa categoría. Si, por el contrario, se adopta la segunda solución, el hecho que produce el resultado podría tal vez asimilarse, desde el punto de vista que nos interesa, a un hecho continuado.

36. En realidad, la opción entre ambas soluciones (siempre que haya dos soluciones en el caso que nos ocupa) no podría hacerse sin haber examinado previamente la cuestión desde un punto de vista adecuado. Para ello es indispensable tener muy presentes las características propias de la realización de un «hecho ilícito calificado por el resultado» y la forma en que se interrelacionan las dos condiciones de esa realización. Recordemos lo que se ha dicho anteriormente:

[...] para poder comprobar la violación de una obligación de esta categoría se necesita que concurren dos condiciones: el acontecimiento que debía prevenirse tiene que haberse producido y tiene que haberlo hecho posible una falta de vigilancia por parte de órganos estatales. Evidentemente, no se puede alegar que el Estado ha violado su obligación de prevenir un acontecimiento dado mientras éste no se haya producido realmente, y lo mismo ocurre si el acontecimiento temido se produjo, pero su producción no puede imputarse a una falta de previsión por parte de ciertos órganos del Estado. En otras palabras: *ni la superveniencia del acontecimiento sin que haya habido negligencia por parte de órganos estatales ni dicha negligencia sin que un acontecimiento haya dimanado de la misma constituyen por sí solos la violación de la obligación internacional. Únicamente la combinación de ambos elementos permite concluir que se ha producido dicha violación* *⁶⁷.

Así, pues, un hecho internacionalmente ilícito calificado por el resultado es distinto de esos hechos ilícitos que se realizan progresivamente en el tiempo mediante una sucesión de comportamientos separados del Estado, en la cual los primeros entrañan, en un caso determinado, la violación de una obligación internacional y los otros completan la realización. La obligación que transgrede el Estado mediante un hecho calificado por el resultado no es la de adoptar tal o cual medida, sino la de impedir, en la medida de lo humanamente posible, que se produzca un acontecimiento determinado. Antes de sobreenir el acontecimiento, la conducta del Estado no

es ni un hecho ilícito totalmente consumado ni un principio de hecho ilícito al que el resultado daría carácter definitivo. Es la superveniencia no prevista del acontecimiento, su encuentro con la conducta del Estado, lo que determina su ilicitud —en cierto modo un elemento catalizador que, en contacto con una sustancia determinada, provoca una reacción en ésta.

37. En estas circunstancias parece evidente que, al tener en cuenta la verdadera naturaleza de un hecho internacionalmente ilícito calificado por el resultado, se aclara la cuestión del *tempus commissi delicti* de un hecho de esta categoría. Al final no hay ninguna alternativa, pues el problema tiene una sola solución. En modo alguno se podría considerar que la realización de un hecho de esa índole comienza antes del momento en que, al producirse el acontecimiento, se determina la ilicitud del comportamiento del Estado que no lo impidió cuando tuvo la posibilidad de hacerlo. El acontecimiento propiamente dicho puede ser algo puramente instantáneo o relativamente duradero. En todo caso, la distinción entre estas dos posibilidades, además de parecer desprovista de consecuencias prácticas, no tendría ninguna incidencia en el problema que se examina. El «momento» del hecho internacionalmente ilícito calificado por el resultado es aquel en que se produce el acontecimiento de que se trate, pues en ese momento el Estado viola la obligación de impedir que se produzca⁶⁸.

38. En su comentario al párrafo 4 del artículo 18 del proyecto de artículos⁶⁹, la Comisión de Derecho Internacional tuvo en cuenta otra categoría de hechos, cuya realización se extendía también en el tiempo con miras, al igual que respecto de las demás cláusulas del mismo artículo, a determinar cómo se articula, en relación con esta especie particular de hechos, el requisito general de la simultaneidad en el tiempo entre la realización del hecho del Estado y la «vigilancia» para el Estado de la obligación. Los hechos a que nos referimos son aquellos que la Comisión calificó de «compuestos», a fin de dejar en claro la idea de que se trata de hechos del Estado, cada uno de los cuales se compone de una pluralidad de hechos específicos distintos y relativos a situaciones distintas, pero necesarios para que se reúnan las condiciones de la violación de una obligación internacional determinada. Como también puso de relieve el Relator Especial en su quinto informe⁷⁰, los hechos particulares distintos que, considerados globalmente, constituyen la violación de la obligación internacional pueden, consi-

⁶⁸ Cabe imaginar que el acontecimiento —la ocupación de una embajada extranjera por un grupo de terroristas, por ejemplo— se produzca sin que pueda reprocharse nada al Estado, pero que, a continuación, el Estado no haga nada al respecto. En ese caso, el Estado cometería una violación de una obligación internacional, pero la obligación violada no sería la de impedir que se produzca el acontecimiento. Ya no estaríamos frente a un hecho ilícito calificado por el resultado, hipótesis que se relaciona necesariamente con la «superveniencia» del acontecimiento.

⁶⁹ Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 92, documento A/31/10, cap. III, secc. B, art. 18, párr. 22 del comentario.

⁷⁰ *Ibid.*, vol. II (primera parte), pág. 24, documento A/CN.4/291 y Add.1 y 2, párr. 65.

⁶⁷ Párr. 3.

derados individualmente, ser internacionalmente lícitos. También es posible, e incluso frecuente, que cada uno de ellos constituya por sí solo un hecho internacionalmente ilícito, pero en relación con una obligación internacional distinta de la que determina la ilicitud del hecho en su conjunto⁷¹. A fin de cuentas, pues, el carácter distintivo común de un hecho del Estado del tipo que se examina consiste en que entraña una serie de actos que, considerados separadamente, pueden ser lícitos o ilícitos, vinculados entre sí por una identidad de intención, contenido y efectos, si bien, como hemos dicho, se relacionan con casos específicos distintos.

39. No es difícil formular hipótesis en cuanto al objeto de la obligación internacional que puede violar el hecho «compuesto». Puede suceder, por ejemplo, que el Estado A se haya obligado, en virtud de un tratado de establecimiento y colaboración económica, a admitir en términos generales la participación de nacionales del Estado B en la explotación de algunos de sus propios recursos mineros, agrícolas o marítimos y que, en ejecución de esa obligación, se hayan otorgado varias concesiones a personas físicas o jurídicas del Estado B. Supongamos que, posteriormente, una de esas concesiones es expropiada por determinadas razones; esa expropiación tal vez sea en sí misma internacionalmente irreprochable por haberse efectuado en el marco de normas internacionales relativas a la expropiación de bienes extranjeros. También puede ser internacionalmente ilícita, ya sea sobre la base de una obligación convencional en virtud de la cual, por ejemplo, los dos Estados se hayan comprometido a no expropiar bienes pertenecientes a sus respectivos nacionales, ya sea sobre la base de una obligación consuetudinaria, por ejemplo la falta de una indemnización adecuada. En todo caso, la expropiación no significa por sí sola una violación por parte del Estado A de su obligación de aceptar en forma general la participación de nacionales del Estado B en la explotación de sus propios recursos económicos. Si, por el contrario, sigue a la primera expropiación una serie de otras cuyo efecto general consiste en reducir prácticamente a la nada esa participación, el conjunto de las medidas adoptadas constituye manifiestamente una violación de la obligación que contrajo el Estado A al celebrar con el Estado B el tratado de establecimiento y colaboración económica. En otras palabras: el Estado A llega mediante una pluralidad de actos distintos, que forman un hecho «compuesto», al mismo objetivo internacionalmente ilícito que se habría producido por un acto «único», legislativo o de otra índole, por el que se excluyera en general a los nacionales del Estado B del ejercicio de toda actividad de explotación económica en el territorio del Estado A⁷².

⁷¹ El Relator Especial se ha referido a esta hipótesis en el curso que dio en 1939 acerca de «El delito internacional» (*loc. cit.*, pág. 523), en que observó que a la pluralidad de comportamientos del Estado correspondía «una pluralidad de delitos, una pluralidad de infracciones de una obligación internacional distinta de aquella que viola el conjunto».

⁷² Véase Ago, *loc. cit.*, págs. 522 y ss. En el Asunto de los fosfatos de Marruecos, el Gobierno de Italia describía el fundamento de su demanda como un «acaparamiento en beneficio de Francia de fosfatos marroquíes», lo que, en ciertos aspectos, podría acercarse a lo que denominamos en este trabajo un hecho

40. Constituye otro ejemplo —a decir verdad, el que se cita con más frecuencia cuando se quiere explicar el concepto de hecho internacionalmente ilícito «compuesto»— la violación de una obligación por la que se prohíbe al Estado la adopción de una «práctica discriminatoria» en cuanto al acceso de extranjeros originarios de un determinado país al ejercicio de una actividad o de una profesión. Frente a una prohibición formulada en esos términos, el rechazo aislado de la demanda presentada por un nacional de ese país no puede considerarse por sí solo como una violación de dicha prohibición⁷³. Empero, si las autoridades del Estado rechazaran sistemáticamente en toda una serie de casos las demandas de nacionales de ese país, este conjunto de rechazos constituiría sin duda la «práctica» discriminatoria que se trataba de impedir, y representaría una contradicción manifiesta con una obligación contraída por el Estado. Por otra parte, en el párrafo 4 de su comentario al artículo 18, la Comisión de Derecho Internacional ha hecho notar que, en la práctica del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, una violación sistemática de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reviste por sí sola el carácter de infracción en sí, distinta de la que puede constituir eventualmente una violación aislada de esos derechos o de esas libertades⁷⁴. El concepto de hecho internacionalmente ilícito compuesto tiene aplicación, pues, también en ese contexto.

internacionalmente ilícito «compuesto». A este respecto, dicho gobierno se había referido a un «delito resultante de la unión de varias infracciones sucesivas, vinculadas entre sí por la misma intención delictuosa y encaminadas a la realización gradual del mismo programa» («Observations et conclusions présentées au nom du Gouvernement italien», C.P.J.I., serie C, N.º 84, página 488). Posteriormente, en sus «Nouvelles observations», el Gobierno de Italia presentó el caso como si se tratara de un hecho «único», pero cuyo carácter propio era el «resultado combinado» de una serie de infracciones (*ibid.*, págs. 851 y ss.). Para definir este tipo de hecho, el Gobierno de Italia había utilizado el concepto de «delito continuado», incorporado en el derecho penal de algunos países, ante lo cual el Gobierno de Francia había aducido la inaplicabilidad de un concepto de derecho penal a la interpretación de una disposición convencional de derecho internacional (*ibid.*, págs. 720 y ss.). Sin tomar una posición acerca de la cuestión de principio, la Corte negó en su fallo que existieran en la práctica los vínculos aducidos por el Gobierno de Italia entre algunos de los elementos que deseaba incluir en el hecho global y único del «acaparamiento». En todo caso, a pesar de las semejanzas de forma que se han señalado, es fácil darse cuenta de que la relación era puramente aparente. El hecho de que el Gobierno de Italia considerara a cada uno de los elementos que componía el hecho «único» denominado «acaparamiento de fosfatos marroquíes» como una infracción de la misma norma jurídica que transgredía ese hecho único no hace posible considerar que el caso al que se refería el Gobierno de Italia correspondía al concepto de hecho internacionalmente ilícito «compuesto», tal como lo entendemos y definimos en el presente informe. Esta conclusión se reafirma con el examen de la naturaleza de los vínculos que, según el demandante, existían entre esos elementos.

⁷³ En cambio, ese rechazo puede significar, por sí solo, la violación de otra obligación internacional, en la hipótesis, por ejemplo, de que el Estado de que se trata estuviera obligado para con el Estado de que es nacional la persona de que se trata en virtud de un tratado que previera la admisión de los nacionales de este segundo Estado en el ejercicio de una actividad o de una profesión determinada en completo pie de igualdad con los nacionales del primer Estado.

⁷⁴ Véase *Anuario...* 1976, vol. II (segunda parte), pág. 92, documento A/31/10, nota 438.

41. Cabe preguntarse, en lo tocante a un hecho que entra en la categoría cuyas características distintivas acabamos de definir, cómo hay que resolver el problema de la determinación del *tempus commissi delicti*. A este respecto, y remitiéndonos a las consideraciones expuestas anteriormente⁷⁵, creemos indispensable subrayar ante todo que no hay que confundir el momento en que un hecho internacionalmente ilícito «compuesto» revela su existencia y el momento en que, una vez manifestado, hay que retrotraerse a su existencia real. Lo que permite descubrir la existencia de un hecho «compuesto» no es evidentemente el primer hecho concreto de la serie que, como se determina después, ha iniciado. El hecho «compuesto» se revelará después de toda una serie de hechos determinados de la misma naturaleza; de algún modo, uno de ellos constituirá el factor que hará aparecer no ya una simple sucesión accidental de hechos aislados, sino un hecho global, que, como tal, debe definirse en forma separada⁷⁶. Dicho esto, es evidente que, una vez revelada la existencia de ese hecho «distinto», queda afectado todo el conjunto de hechos determinados que lo constituyen, a partir del comienzo. Por ejemplo, desde el momento en que se determina que, por una sucesión de medidas individuales de expropiación, el Estado procede a excluir en general a los extranjeros del ejercicio de una actividad determinada o que, mediante toda una serie de casos concretos de discriminación, el Estado procede a una verdadera «práctica» discriminatoria, se considera que esta exclusión y esta práctica han comenzado con la primera medida, el primer caso de la serie. De otra forma se llegaría al resultado absurdo de reconocer la existencia de una práctica en un acto único, por citar un ejemplo. Hay que agregar, y esto es muy importante, que en el caso de que posteriormente se agreguen a la serie ya constatada actos similares, el hecho «compuesto» incluiría automáticamente a todos esos hechos determinados ulteriores. Sin ninguna vacilación llegamos entonces a la conclusión de que un hecho internacionalmente ilícito compuesto se extiende en el tiempo a partir del primero de los hechos sucesivos del Estado que lo componen y hasta el último hecho que se añade a los anteriores. A primera vista se podría pensar en combinar esta conclusión con una reserva o

una restricción, habida cuenta del párrafo 4 del artículo 18, que especifica, en lo que se refiere a nuestra hipótesis, el requisito general de la contemporaneidad entre la «vigencia» de una obligación internacional y la realización eventual de una violación de esa obligación. En lo que respecta al caso en que la obligación de que se trata hubiese entrado en vigor después de comenzada una serie determinada de hechos particulares del Estado, o hubiese dejado de tener vigencia una vez terminada esa serie, esta disposición indica que, para el establecimiento de un hecho internacionalmente ilícito «compuesto», sólo pueden tomarse en consideración los hechos particulares que se producen mientras la obligación internacional que prohibía ese hecho compuesto estaba vigente para el Estado. En realidad, se trata de una precisión y no de una derogación o una restricción al principio enunciado. El *tempus commissi delicti* de un hecho compuesto sólo puede fijarse teniendo en cuenta los hechos determinados que se producen mientras la obligación internacional de que se trate está vigente para el Estado que los ha cometido. Ello se explica por la simple razón de que, cuando una obligación no tiene vigencia respecto de un Estado determinado, no puede haber un hecho ilícito de ese Estado en relación con la obligación ni una contribución del Estado, mediante uno u otro acto, a la formación de un hecho internacionalmente ilícito «compuesto». La conclusión de que el *tempus commissi delicti* de un hecho internacionalmente ilícito compuesto corresponde a todo el período que media entre el primero y el último de los hechos determinados del Estado *que concurren a la formación de este hecho internacionalmente ilícito global* no tiene reservas ni excepciones.

42. Para terminar con el examen de las distintas especies de hechos internacionalmente ilícitos, cuya realización no es inmediata y, por el contrario, se extiende durante períodos a veces bastantes prolongados (generando a raíz de ello problemas en lo que respecta a la determinación del *tempus commissi delicti*), nos queda por examinar una última categoría de hechos del Estado. Les hemos atribuido el calificativo de «complejos», que nos parece ser el más adecuado para describir su característica, que es la de estar constituidos por una sucesión de acciones u omisiones, emanadas sea de un mismo órgano, sea, lo que es más frecuente, de órganos distintos, pero todas ellas referidas a un único y mismo asunto. Por cierto, esta categoría de hechos estatales no es una novedad en el contexto del estudio de los problemas de la responsabilidad internacional por la Comisión de Derecho Internacional. Nos hemos ocupado de ella desde dos puntos de vista particulares en los artículos ya aprobados. En el párrafo 5 del artículo 18, la Comisión definió, tal como lo había hecho en los párrafos anteriores respecto de otros tipos de hechos internacionalmente ilícitos, el criterio que «ajusta» a la fisonomía propia de un hecho «complejo» el principio de orden general, que exige que haya contemporaneidad entre la «vigencia» de la obligación internacional de que se trata y la realización de los hechos estatales que se estima que configuran una violación de dicha obligación. A continuación, en el párrafo 2 del artículo 21 y en el artículo 22, la Comisión estableció reglas que permiten

⁷⁵ Véase párr. 23 *supra*.

⁷⁶ Es precisamente esta circunstancia la que, como señalamos en el párrafo 23, nos pareció determinante para la respuesta pertinente a la cuestión específica del establecimiento de la competencia *ratione temporis* de un tribunal internacional. Confirmamos aquí la conclusión a que habíamos llegado sobre este aspecto; si la interpretación de la cláusula que limita la competencia del tribunal en el tiempo nos hace considerar que esa competencia está limitada a hechos «todos cuyos elementos» sean posteriores a la fecha crítica, un hecho internacionalmente ilícito compuesto sólo sería de la competencia del tribunal si toda la serie de hechos determinados que la constituyesen, incluido el primero de ellos, fueran posteriores a dicha fecha. Por el contrario, si no procediera esta interpretación restrictiva en virtud de un texto expreso a este respecto, estimamos que, desde el momento en que la duración de un hecho internacionalmente ilícito compuesto se superpusiera a la fecha crítica, deberían considerarse factores definitivos a estos efectos la fecha del hecho singular y la existencia e ilicitud del hecho compuesto. Por tanto, habría que admitir la competencia del tribunal desde el momento en que el comportamiento de que se tratase hubiera tenido lugar después de la fecha crítica.

determinar la existencia de una infracción internacional constituida por un hecho «complejo» del Estado. Dichas reglas iluminan la importancia especialísima que presenta esa noción cuando se quiere explicar la forma en que se realiza la violación de ciertas obligaciones, frecuentes en sectores particulares del derecho internacional, a saber: las obligaciones que exigen al Estado el logro, por el medio que elija, de un resultado determinado y que le otorgan, además de esa elección inicial, la facultad de corregir, recurriendo a nuevos medios, la situación impropia eventualmente provocada, en un caso concreto, por los medios utilizados inicialmente, de forma de alcanzar, en una segunda etapa, el resultado internacionalmente exigido o, por lo menos, un resultado equivalente. Pensando especialmente en esos puntos ya establecidos hemos destacado⁷⁷ la necesidad de velar por que las soluciones adoptadas en ámbitos que tienen en común la presencia de un factor temporal no apareciesen como contradictorias, así como la necesidad de no confundir los puntos diferentes resueltos en los artículos mencionados y el que forma el objeto del artículo que ahora nos proponemos elaborar.

43. Por consiguiente, la hipótesis fundamental de un hecho internacionalmente ilícito complejo es la de una infracción que, luego de iniciada, puesta en marcha por la acción u omisión de un órgano estatal que no cumplió inicialmente la tarea de realizar, en un caso concreto, el resultado exigido por una obligación internacional, se completa y perfecciona mediante nuevas acciones, a veces emanadas del mismo órgano, pero con mayor frecuencia de otros órganos, que intervienen en el mismo asunto en un momento posterior. En otras palabras: el hecho internacionalmente ilícito complejo es el desenlace global de todos los comportamientos observados, en etapas sucesivas, en un caso concreto, por órganos estatales —cada uno de cuyos comportamientos habría podido lograr el resultado internacionalmente exigido, sin que ninguno de ellos lo lograra—. Ya hemos dado ejemplos concretos al respecto, y se podrían agregar otros: absolución, en todas las instancias jurisdiccionales sucesivas, de los autores de un delito contra el representante de un gobierno extranjero; denegación de justicia a un extranjero, resultante de un conjunto de decisiones emanadas de toda la serie de instancias judiciales a que se dirigió aquél; violación, en un caso concreto, de una obligación convencional relativa al trato que se debe reservar a los nacionales de un país determinado, o a los nacionales de determinado origen étnico, operada como efecto conjunto de actuaciones sucesivas de órganos pertenecientes a distintas ramas del poder estatal; etc. Por consiguiente, respecto de hechos así estructurados nos planteamos la cuestión de saber cuál es, en lo que les concierne específicamente, el *tempus commissi delicti*, el tiempo de realización de la infracción internacional.

44. La cuestión del *tempus commissi delicti* de un hecho internacionalmente ilícito «complejo» —y también, según hemos visto, de un hecho «continuado»⁷⁸—

⁷⁷ Véase párr. 25 *supra*.

⁷⁸ Véase *supra*, párrs. 29 a 32.

se planteó en el *Asunto de los fosfatos de Marruecos*. Sin embargo, la Comisión ya analizó en detalle los aspectos de este asunto que presentan un interés para la cuestión que nos ocupa, en la parte de su comentario del artículo 22 relativa a la determinación de la existencia de la violación de una obligación internacional de resultado en el caso específico en que el reconocimiento de dicha violación está sujeto a la condición del agotamiento infructuoso de los recursos internos por los particulares beneficiarios de la obligación⁷⁹. Por tanto, podemos limitarnos a resumir los datos esenciales y a profundizar determinados aspectos más específicamente vinculados a la cuestión.

45. En dicho asunto, el Gobierno italiano denunciaba, aunque a título de agravio subsidiario, la expoliación de sus derechos adquiridos sufrida por la sociedad italiana *Miniere e Fosfati*⁸⁰ —expoliación operada, a su juicio, por la decisión del Servicio de Minas de 8 de enero de 1925 y por la denegación de justicia que le había seguido, con violación de la obligación de Francia de respetar esos derechos—. Según el gobierno demandante, se estaba así en presencia de un hecho internacionalmente ilícito, iniciado sin duda con la decisión de 1925, pero que no se había vuelto perfecto y definitivo sino con los actos de 1931 y de 1933, por los cuales el Gobierno francés había rehusado otorgar a los nacionales italianos interesados recursos eficaces contra la decisión impugnada⁸¹, y, por consiguiente, se trataba de un caso típico de hecho internacionalmente ilícito «complejo». Veamos, pues, cómo se expresaba en sus observaciones escritas el gobierno demandante en relación con los aspectos intertemporales de las violaciones de obligaciones de resultado realizadas por los hechos antes descritos:

[...] es únicamente en el momento en que se tiene como resultado final un incumplimiento de esas obligaciones cuando se perfecciona la violación del derecho internacional, y cuando se está así en presencia de un hecho ilícito que puede dar lugar a una controversia internacional. En este caso, las obligaciones internacionales que se imponían a la Potencia protectora, en relación con el trato que se debía reservar a la sociedad *Miniere e Fosfati* en razón de su nacionalidad italiana, no exigían que su realización estuviese exclusivamente a cargo de ciertos órganos. Esas obligaciones imponían en particular que se admitiera efectivamente a dicha sociedad en el goce de los beneficios de las concesiones mineras; pero no era aún decisivo el hecho de que tal resultado hubiese sido desechado por el Servicio de Minas. [...] Mientras todavía hubiese una posibilidad de restablecer la situación de conformidad con las obligaciones mencionadas —y si hubiera existido una intención seria en tal sentido, ninguna ocasión habría podido ser más propicia que la de una revisión de la decisión del Servicio de Minas por parte de la autoridad más alta del Protectorado—, no se podía aún afirmar que se hubiese producido un hecho ilícito internacional perfecto y definitivo que diese lugar a la responsabi-

⁷⁹ Véase *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 40 y 41, documento A/32/10, cap. II, secc. B, art. 22, párrs. 25 a 27 del comentario.

⁸⁰ *C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 74, pág. 27.

⁸¹ Véase «Observations et conclusions présentées au nom du Gouvernement italien», 15 de julio de 1937 (*C.P.J.I.*, serie C, N.º 84, pág. 493).

dad internacional del Estado e hiciese surgir una controversia internacional⁸².

Y en sus informes orales agregaba:

[...] Únicamente el 28 de enero de 1933 el Estado protector declara que, de allí en adelante, no proveerá por ningún medio a la realización del efecto exigido por el derecho internacional y que quiere aprovechar la ocasión que le brinda su ley judicial para tornar definitiva la expropiación de los nacionales italianos. En ese momento, pues, se opera verdaderamente la violación del derecho convencional; en ese momento se opera verdaderamente el incumplimiento definitivo de la obligación de hacer gozar del régimen de las concesiones a los nacionales italianos⁸³.

Cae de su peso que la tesis así desarrollada permitía al Gobierno italiano sostener que la infracción realizada por una sucesión de actos que se extendían desde 1925 hasta 1933, y tornada definitiva en esta última fecha, debía considerarse en su conjunto como un hecho «posterior» a la fecha de aceptación de la jurisdicción obligatoria por Francia. Le parecía absurdo «decir que la Corte no [podía] conocer de la controversia planteada respecto de un hecho ilícito internacional que [se había] perfeccionado en 1933 únicamente porque uno de sus elementos constitutivos [era] anterior a la fecha crítica»⁸⁴.

46. Es característico que ni el gobierno demandado ni la Corte misma, enfrentados con esta argumentación, opusieran objeciones a la tesis de principio desarrollada por el gobierno demandante⁸⁵. Al fin de cuentas, lo que controvertieron tanto el Gobierno francés⁸⁶ como la Corte⁸⁷, mediante una argumentación apoyada con numerosas citas, fue que, en aplicación de esa tesis de principios, se pudiese llegar a destruir, en el caso concreto, la excepción de incompetencia *ratione temporis* de la Corte. El eje de la argumentación de la Corte era que la negativa opuesta en 1933 a la demanda tendente a la interposición de un recurso extraordinario —dada la carencia de la organización judicial—, no era una denegación de justicia que se debiese considerar como elemento complementario del hecho generador de la controversia, sino una simple negativa a resolver de una manera determinada una controversia nacida de una violación ya «perfecta» del derecho internacional. En cuanto al agente del Gobierno francés, el Sr. Basdevant, no había escapado a la agudeza de su intelecto el hecho de que era difícil excluir completamente que «el hecho ilícito deferido a la Corte» hubiese podido estar «cons-

titudado por el agrupamiento de la decisión del Servicio de Minas de 1925 y de la denegación de justicia». Por consiguiente, prefirió sostener que la denegación de justicia, si es que la había, también era anterior a la aceptación de la jurisdicción obligatoria por Francia, y se remontaba al momento de las gestiones emprendidas infructuosamente por el nacional italiano lesionado por la decisión del Servicio de Minas para obtener la revisión de dicha decisión, de forma que la carencia de la organización judicial en materia de recursos que se alegaba era anterior a la fecha crítica.

47. Por cierto, no tenemos que discutir aquí acerca del fundamento de la decisión de la Corte en el caso concreto. Podemos incluso, en lo que respecta al tema de nuestro estudio, partir del supuesto de que era fundada. Nos bastará con señalar, al término del examen de ese fallo, que el mismo se limitaba a negar que el caso concreto pudiera caber en el marco de la hipótesis encarada teóricamente por el gobierno demandante. En cuanto a las posiciones de las partes, nos parece útil señalar: a) que, en este caso judicial importante, el demandante sostuvo abiertamente, en el plano de la definición de las nociones, la existencia de una categoría de hechos internacionalmente ilícitos constituidos por la sucesión, en el mismo asunto, de actuaciones estatales diferentes, pero todas las cuales contribuyen, globalmente, a la realización de la infracción, y que, por tanto, desechó explícita y sistemáticamente la posibilidad de considerar como *tempus commissi delicti* de un hecho ilícito de esa especie únicamente al momento del comportamiento inicial de la serie; b) que el demandado, por la posición que tomó, lejos de oponerse, desde el punto de vista teórico, a los principios postulados por el demandante, aceptó razonar sobre la base de la existencia de casos en los que la violación de una obligación internacional se produciría «en varios momentos». Presumiblemente no lo habría hecho si hubiese estado convencido que por «momento» de un hecho internacionalmente ilícito era preciso entender en todos los casos exclusivamente el del primer comportamiento del Estado en el asunto.

48. Para tener en cuenta una opinión indirectamente interesante para nuestro tema podemos mencionar también una jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Hemos recordado que el Reino Unido reconoció la competencia de dicha Comisión respecto de las demandas individuales que se relacionen con todo acto o decisión, todo hecho o acontecimiento posterior al 13 de enero de 1966, y que Italia formuló una reserva análoga⁸⁸. Lamentablemente, la jurisprudencia de dicha Comisión sólo ha sido publicada parcialmente: por consiguiente, no siempre se sabe cuál ha sido la actitud de la Comisión Europea frente a las demandas en que se impugna un acto o una decisión anteriores a la fecha crítica, pero contra las cuales sólo se agotaron los recursos internos después de esa fecha. No obstante, conocemos dos decisiones publicadas, que nos dan algunos indicios de la posible actitud de la Comisión a ese respecto. La primera tiene que ver con un caso en que el

⁸² «Nouvelles observations du Gouvernement italien», 21 de febrero de 1938 (*ibid.*, pág. 850).

⁸³ Exposición del consejero del Gobierno italiano, audiencia de 12 de mayo de 1938 (*ibid.*, págs. 1232 y ss.).

⁸⁴ *Ibid.*, pág. 1233. Véase asimismo la súplica de 16 de mayo de 1938 (*ibid.*, pág. 1334).

⁸⁵ Este hecho importante ya fue puesto de relieve en el comentario de la Comisión a propósito del artículo 22 [*Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 41, documento A/32/10, cap. II, secc. B, art. 22, párr. 28 del comentario].

⁸⁶ Véase sobre todo el informe oral de 5 de mayo de 1938 del agente del Gobierno francés (C.P.J.I., serie C, N.º 85, páginas 1048 y ss.).

⁸⁷ *Ibid.*, serie A/B, N.º 74, pág. 22.

⁸⁸ Véase *supra*, nota 29.

demandante se agraviaba del procedimiento seguido por los órganos estatales del Reino Unido para la expropiación de bienes de su propiedad, y alegaba no haber recibido una indemnización adecuada⁸⁹. La decisión de expropiación era anterior a la fecha crítica, pero la última de las decisiones dictadas en el asunto era posterior. Como la Comisión consideró inadmisibles la demanda, a primera vista se podría pensar que es partidaria de la idea de que el *tempus* del hecho ilícito alegado por el demandante era el momento de la expropiación. Pero no es así: el fallo que declaró la inadmisibilidad se fundó en razones totalmente distintas a la existencia de la reserva *ratione temporis* del Reino Unido. Simplemente no se tomó en cuenta la influencia de esta reserva en el caso concreto. Siendo así, tenemos bastante fundamento para creer que, de no existir las otras razones que motivaron la decisión de la Comisión Europea en el caso concreto, el hecho de que las últimas decisiones dictadas en el asunto fueran posteriores a la fecha crítica habría bastado para hacer que dicho órgano reconociese su competencia desde el punto de vista intertemporal. En el caso de la segunda decisión, se trataba también de una reclamación relativa al monto de la indemnización otorgada por causa de expropiación⁹⁰. La demandante alegaba que la última en fecha de las decisiones de las autoridades del Reino Unido sobre el asunto (y que, según ella, debía considerarse definitiva) era una decisión posterior a la fecha crítica. El debate se centró en el punto de saber si la verdadera decisión definitiva en el caso concreto era la que alegaba la demandante o la que indicaba el gobierno, y que, por su parte, era anterior a la fecha crítica. La Comisión hizo suya la opinión del gobierno a este respecto y, sobre esa base, se declaró incompetente *ratione temporis* respecto de la reclamación. Por consiguiente, también en este caso se puede estimar que la Comisión se habría declarado competente si hubiera admitido, de acuerdo con la demandante, que la decisión definitiva en el asunto era una decisión dictada después de la fecha crítica⁹¹.

⁸⁹ Decisión de 4 de febrero de 1970, demanda N.º 3651/68 (Consejo de Europa, Commission européenne des droits de l'homme, *Recueil de décisions*, Estrasburgo, N.º 31, agosto de 1970, págs. 72 y ss.).

⁹⁰ Decisión de 14 de diciembre de 1970, demanda N.º 4430/70 (*ibid.*, N.º 37, octubre de 1971, págs. 112 y ss.).

⁹¹ En lo que respecta a la reserva de Italia a su declaración de aceptación de la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, no se conocen decisiones publicadas que se refieran a la misma. No obstante, puede ser interesante remitirse, a este respecto, a la obra de G. Sacerdoti: «Epuisement préalable des recours internes et réserve *ratione temporis* dans la déclaration italienne d'acceptation du droit de requête individuelle», *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974, págs. 133 y ss. Nos merecen reservas las ideas de dicho autor sobre el alcance general de la regla del agotamiento de los recursos internos en la forma en que se la enuncia en el artículo 26 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sin embargo, es preciso tener presente que, tratándose de la violación de una obligación internacional por órganos judiciales, el autor estima que no hay violación de la obligación internacional (ni, en consecuencia, nacimiento de responsabilidad internacional) mientras la jurisdicción interna suprema no se haya pronunciado en sentido confirmatorio respecto de los fallos impugnados de las instancias

inferiores. Entonces se concibe al hecho internacionalmente ilícito como un hecho «complejo» y, según G. Sacerdoti, la violación debe considerarse posterior a la fecha crítica si la decisión definitiva en sí misma es posterior, aunque haya sido anterior a la decisión de la instancia inferior que configuró una sentencia injusta (*ibid.*, pág. 145).

Sin recurrir a conjeturas, observemos que lo importante es que la Comisión Europea haya considerado que la fecha que debía tenerse en cuenta para determinar si un hecho era anterior o posterior a la fecha crítica no era la fecha del comportamiento inicial del Estado en el asunto —en el caso concreto, la del acto de expropiación—, sino la de la decisión por la cual se decidió en forma definitiva sobre el recurso de la parte reclamante.

49. Por tanto, las comprobaciones a que nos ha permitido llegar un análisis atento de lo poco que en la materia nos ofrece la jurisprudencia internacional no están de ninguna manera en contradicción con las que ante todo nos dictan —según hemos dicho— la lógica jurídica y la preocupación de coherencia con la actitud ya adoptada a propósito de cuestiones que se vinculan con el problema examinado actualmente. En consecuencia, podemos formular ahora nuestras conclusiones en cuanto a la determinación del *tempus commissi delicti* de la categoría de hechos que acabamos de tomar en consideración —la última de las tres que presentan la característica de hechos que tienen un tiempo de realización que se prolonga más allá de su comienzo—. Nos parece que no cabe considerar como «tiempo» de la realización de un hecho internacionalmente ilícito complejo únicamente el momento del comportamiento inicial de la autoridad estatal en el asunto, a saber: el que, como hemos destacado en varias oportunidades, ha abierto el *iter* de la violación, pero no lo ha cerrado. Con iguales fundamentos se impone tener en cuenta los comportamientos adoptados posteriormente en el mismo asunto por dicha autoridad y por otras autoridades superiores, incluido el último comportamiento que cerró el círculo de la violación de la obligación internacional. Por otra parte, es evidente que sería igualmente inadmisibles no tener en cuenta, para los fines indicados, más que el comportamiento final, omitiendo considerar a los que lo precedieron, comenzando, desde luego, por el primero que realmente, en el punto de partida, dio su carácter a la violación, y que, en gran medida, determinó las consecuencias dañosas de la misma. Nuestra conclusión respecto del «tiempo» de una infracción que se define como un hecho internacionalmente ilícito «complejo» y se caracteriza por la aportación sucesiva de comportamientos estatales distintos que concurren para su realización es análoga a la que ya hemos dado para una infracción que se califica como hecho internacionalmente ilícito «compuesto»⁹². La violación de una obligación internacional realizada por un hecho internacionalmente ilícito «complejo» se extiende durante todo

inferiores. Entonces se concibe al hecho internacionalmente ilícito como un hecho «complejo» y, según G. Sacerdoti, la violación debe considerarse posterior a la fecha crítica si la decisión definitiva en sí misma es posterior, aunque haya sido anterior a la decisión de la instancia inferior que configuró una sentencia injusta (*ibid.*, pág. 145).

⁹² En lo que respecta a la incidencia de esta conclusión en la determinación de la competencia *ratione temporis* de una instancia internacional en relación con una controversia nacida a propósito de un hecho internacionalmente ilícito complejo, cuya realización fuese en parte anterior a la fecha crítica y en parte posterior a ella, nos basta con remitir a las consideraciones expuestas *supra* (véase párr. 23, *in fine*).

el tiempo que une al comportamiento que la inició con el comportamiento que la perfeccionó.

50. Esta última conclusión completa la serie de las que nos correspondía establecer en relación con la determinación del tiempo de la violación de una obligación internacional en cada una de las distintas hipótesis de hechos ilícitos susceptibles de presentarse en la vida jurídica internacional. El Relator Especial estima que actualmente le corresponde proponer a la Comisión de Derecho Internacional que defina en la forma siguiente la norma relativa a la cuestión examinada en la presente sección:

Artículo 24.—Tiempo de la violación de una obligación internacional

1. Si la violación de una obligación internacional se realiza mediante un hecho instantáneo, el tiempo de dicha violación está representado por el momento en que tuvo lugar tal hecho, aun en el caso de que los efectos del mismo se prolonguen ulteriormente.

2. Si la violación de una obligación internacional se realiza mediante un hecho dotado del carácter de continuidad, el tiempo de dicha violación se extiende durante todo el período en el cual tal hecho subsiste y permanece en contradicción con la obligación internacional.

3. Si la violación de una obligación internacional se realiza por el hecho de no haber impedido que se produjera un acontecimiento cuando se tenía la posibilidad de impedirlo, el tiempo de dicha violación está representado por el momento de la superveniencia del acontecimiento.

4. Si la violación de una obligación internacional se realiza mediante un hecho globalmente compuesto de una serie de hechos particulares análogos, cometidos en una pluralidad de casos distintos, el tiempo de dicha violación se extiende durante todo el período comprendido entre el primero y el último de los hechos particulares que constituyen la serie que está en oposición con la obligación internacional.

5. Si la violación de una obligación internacional se realiza mediante un hecho complejo, constituido por una sucesión de comportamientos emanados de distintos órganos estatales que intervienen en un mismo asunto, el tiempo de dicha violación se extiende durante todo el período comprendido entre el comportamiento que inició la violación y el que la perfeccionó.

CAPÍTULO IV

Implicación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado

INTRODUCCIÓN

51. La eventualidad de que un Estado —u otro sujeto de derecho internacional distinto de un Estado— esté de una u otra manera implicado en un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado —o de otro sujeto de derecho internacional— fue mencionada por primera vez en el tercer informe del Relator Especial⁹³. Se había previsto entonces, en términos muy generales, que los

⁹³ *Anuario...* 1971, vol. II (primera parte), pág. 218, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párr. 29.

problemas particulares que pudieran presentarse dentro del marco de una hipótesis de esta naturaleza serían objeto de un examen concreto una vez terminado, en los capítulos II y III del informe, el examen del elemento subjetivo, así como del elemento objetivo, del hecho internacionalmente ilícito y completado de este modo la definición de las reglas relativas a la determinación de las condiciones generales de la existencia de un hecho del Estado calificado de ese modo. Una previsión análoga figuraba en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 25.º período de sesiones⁹⁴ y en el informe sobre su 26.º período de sesiones⁹⁵. Más concretamente, en el informe sobre su 27.º período de sesiones, la Comisión recordó que, una vez resueltas, en el capítulo II, las cuestiones esenciales relativas al elemento subjetivo del hecho internacionalmente ilícito y, en el capítulo III, las relativas al elemento objetivo, todavía quedaría por examinar, en el capítulo IV, los problemas planteados por la implicación eventual de otros Estados en el hecho internacionalmente ilícito de un Estado determinado. Se mencionaron a este respecto las nociones de instigación, asistencia o complicidad; también se aludió a las cuestiones relativas a la materia definida generalmente con el nombre de «responsabilidad indirecta»⁹⁶. Las mismas previsiones figuran en los informes de la Comisión sobre su 28.º período de sesiones⁹⁷ y su 29.º período de sesiones⁹⁸. Por consiguiente, ha llegado el momento de dedicar alguna atención a las situaciones especiales aludidas en los pasajes citados.

52. Los casos a que hay que referirse pueden agruparse en dos categorías conceptualmente distintas. La primera incluye los casos en que la existencia de un hecho internacionalmente ilícito indiscutiblemente cometido por un Estado, hecho imputado en cuanto tal a ese Estado, y que da lugar sin duda alguna a su responsabilidad internacional, va acompañada de la existencia de una participación por otro Estado, o por otro sujeto de derecho internacional, en la realización por el primero de su propio hecho. El elemento que caracteriza esta hipótesis es precisamente el vínculo que existe entre el comportamiento concretamente observado por un Estado —comportamiento que, considerado aisladamente, puede en ciertos casos no tener nada de internacionalmente ilícito— y el hecho cometido por otro Estado y cuya ilicitud, en cambio, se haya demostrado. Se plantea entonces el problema de determinar si esta participación no tiene visos de ilicitud internacional por el solo hecho de constituir una contribución a la realización por otro Estado de un hecho internacionalmente ilícito. Por consiguiente, se plantea también el problema de saber si esa participación debe conducir al Estado que sea su autor a compartir en cierta medida la responsabilidad interna-

⁹⁴ *Anuario...* 1973, vol. II, págs. 174 y 175, documento A/9010/Rev.1, párr. 51.

⁹⁵ *Anuario...* 1974, vol. II (primera parte), pág. 280, documento A/9610/Rev.1, párr. 120.

⁹⁶ *Anuario...* 1975, vol. II, pág. 64, documento A/10010/Rev.1, párr. 50.

⁹⁷ *Anuario...* 1976, vol. II (segunda parte), pág. 70, documento A/31/10, párr. 72.

⁹⁸ *Anuario...* 1977, vol. II (segunda parte), pág. 10, documento A/32/10, párr. 29.

cional de ese otro Estado o, de todos modos, a incurrir él también en una responsabilidad internacional⁹⁹.

53. La segunda categoría reúne, en cambio, casos caracterizados por otro aspecto. Lo que aquí se toma en consideración no es ya la participación que eventual y concretamente tiene un Estado en la realización independiente por otro de un hecho internacionalmente ilícito que aquí se tiene en cuenta, sino la existencia entre dos Estados de una relación de naturaleza particular. El elemento determinante es la existencia de una situación de derecho o de hecho que supone para uno de esos Estados una grave limitación, en beneficio del otro, de su libertad de determinación y de acción —ya sea de una manera estable, ya sea únicamente en el caso concreto de la perpetración del hecho ilícito de que se trate—. La cuestión que se plantea entonces es la de saber si los actos realizados, en determinadas condiciones, por el primer Estado en violación de sus obligaciones internacionales, no deben considerarse, desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas, como si fuesen actos del segundo Estado. En otras palabras: hay que determinar si la contrapartida de la situación establecida a favor de ese segundo Estado no es la de hacerle indirectamente responsable, en el plano internacional, del hecho ilícito constituido por esos actos, en lugar del Estado autor de ellos.

54. Las dos hipótesis distintas que acabamos de formular serán, pues, objeto de un examen separado en las dos secciones de que se compone el presente capítulo.

1. PARTICIPACIÓN DE UN ESTADO EN EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE OTRO ESTADO

55. Para definir la norma de derecho internacional que rige la materia que constituye el objeto de la presente sección debe previamente delimitarse con exactitud la materia misma. Conviene distinguir claramente las situaciones a que se quiere referir, en relación con otras con las cuales cualquier analogía sólo sería aparente. En anteriores artículos del presente proyecto se han tratado, por ejemplo, casos diferentes en que órganos de un Estado incurren en comportamientos internacionalmente reprochables en el territorio de otro Estado. Pero en ninguno de esos casos resulta una «participación», cualquiera que sea, de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. Por otra parte, cabe también concebir hipótesis en las que, en una misma y única ocasión concreta, la adopción de un comportamiento no conforme a una obligación internacional deba atribuirse a varios Estados. Sin embargo, tampoco en este caso se trata de la participación de uno de esos Estados en un hecho internacionalmente ilícito de otro.

⁹⁹ Es apenas necesario señalar que, si los actos en que se traduce la participación de un Estado en la realización de un hecho internacionalmente ilícito de otro representasen por sí solos la violación de una obligación internacional, comprometerían ya por ese concepto la responsabilidad internacional del Estado autor de tales actos, independientemente de las consecuencias que podrían además derivarse de la intervención que haya tenido en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

56. En primer lugar, cabe precisar que la hipótesis de actos realizados en violación de una obligación internacional por órganos de un Estado que operan en el territorio de otro Estado y que han sido «prestados» a este último —«puestos a su disposición»— por el Estado a que pertenecen no figura entre las hipótesis que deben tomarse en consideración dentro del marco de la presente sección. La cuestión de la atribución de tales actos ha sido resuelta por la Comisión en el artículo 9 del presente proyecto¹⁰⁰. Ahora bien, se ha establecido en dicho artículo y se ha puesto de manifiesto en el comentario que le acompaña que las acciones u omisiones que órganos extranjeros cometen cuando desempeñan funciones que dependen del ejercicio del poder público del Estado a disposición del cual han sido colocados —cuando actúan bajo su autoridad, su dirección y su control— son hechos de este Estado y no del Estado al que pertenezcan dichos órganos. Por consiguiente, esas acciones u omisiones no pueden constituir una «participación» por este último Estado en un eventual hecho internacionalmente ilícito del primero. Incluso si se imagina que en una ocasión determinada el comportamiento de un órgano extranjero puesto a disposición de un Estado concurre hacia una finalidad determinada con el de órganos nacionales de ese Estado, existirá entonces concurso, en la realización de un hecho ilícito eventual, de comportamientos atribuibles todos al mismo Estado y no concurso del comportamiento de un Estado a la realización del hecho internacionalmente ilícito de otro Estado¹⁰¹.

57. En segundo lugar conviene recordar que tampoco puede considerarse que sea un caso de «participación» en un hecho internacionalmente ilícito de otro la circunstancia o, mejor dicho, la sola circunstancia, de que un Estado no haya ejercido la acción de prevención o de represión exigida de él respecto de actos que un órgano de otro Estado cometa en su territorio en perjuicio de un tercer Estado. Mediante esa negligencia, el Estado de que se trate viola una obligación internacional que le incumbe y que es claramente diferente de la obligación violada en su territorio por el órgano del Estado extranjero. El asesinato de un jefe de Estado extranjero perpetrado por órganos del Estado A en el territorio del Estado B y el incumplimiento por el Estado B de su deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir, de ser posible, tal hecho (o en todo caso sancionar a sus autores) son dos hechos internacionalmente ilícitos distintos, cada uno de los cuales corresponde a un Estado diferente. Existe ciertamente un vínculo innegable entre ambos hechos —lo que, por otra parte, sucede

¹⁰⁰ *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 291, documento A/9610/Rev.1, cap. III, secc. B, subsecc. 2.

¹⁰¹ Si, por el contrario, el órgano de un Estado extranjero, aunque obre eventualmente en interés del Estado en cuyo territorio se encuentra, opera en el ejercicio de las prerrogativas del poder público del Estado de que es órgano, bajo su autoridad, su dirección y su control, es evidente que no se trata en absoluto de un órgano «puesto a la disposición» de otro Estado, y que sus acciones u omisiones son exclusivamente atribuibles al Estado a que pertenece. Solamente en este caso puede concebirse la hipótesis de una participación de dicho Estado en la realización de un hecho internacionalmente ilícito del Estado en cuyo interés obra el órgano.

también en otras hipótesis—, pero ese vínculo no es suficiente para que uno de esos hechos aparezca como una participación en el otro. Esto no quiere decir que, en casos concretos determinados, no pueda haber también una participación —en forma de «concurso» o de «complicidad»— del Estado territorial en el hecho internacionalmente ilícito perpetrado en su territorio por el Estado extranjero. Pero hay en tal caso un elemento más, una infracción distinta que viene a sumarse al simple incumplimiento del deber de prevención o de represión. Como la Comisión señaló acertadamente en su momento, este incumplimiento en cuanto tal de ningún modo puede definirse como una forma de complicidad¹⁰².

58. En tercer lugar debe subrayarse que no puede haber participación de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro en los casos de atribución paralela de un comportamiento único a varios Estados. Esto es lo que ocurre cuando el comportamiento de que se trate ha sido adoptado por un órgano común de una pluralidad de Estados, hipótesis que no se ha contemplado expresamente en los artículos del capítulo II del presente proyecto, pero cuya solución se da implícitamente en ellos. Según los principios en que se inspiran esos artículos, el comportamiento del órgano común sólo puede considerarse como un hecho de cada uno de los Estados de los que es órgano común. Si ese comportamiento no es conforme a una obligación internacional, ocurrirá en tal caso que dos o más Estados han cometido paralelamente hechos internacionalmente ilícitos independientes, aunque idénticos. Pero huelga decir que la perpetración paralela por dos o más Estados de infracciones idénticas es conceptualmente una cosa muy distinta de la participación por uno de esos Estados en una infracción cometida por otro.

59. En cuarto lugar debe establecerse la misma distinción en lo que respecta a las infracciones idénticas cometidas de concierto —y, generalmente, al mismo tiempo— por dos o más Estados, que actúen cada uno a través de sus propios órganos respectivos. Si, por ejem-

plo, el Estado A o el Estado B se alían y proceden de concierto, obrando cada uno por sus propios órganos militares, a un ataque armado contra un tercer Estado, se trata claramente de sendos actos de agresión cometidos por los dos Estados; la concertación ocurrida no resta nada a la exactitud de esa afirmación. Por consiguiente, la hipótesis prevista es absolutamente distinta de la de una «complicidad» o cualquier otra forma de «participación» por uno de esos dos Estados en un acto de agresión que hubiera cometido el otro solo.

60. Las aclaraciones de los párrafos precedentes han permitido delimitar negativamente el ámbito de las situaciones a las que se debe dedicar atención dentro del marco de la presente sección. Se ha llegado a la conclusión de que quedaban excluidas del ámbito una serie de situaciones distintas que, aunque entrañan la intervención de órganos que dependen —o que dependen también— de Estados distintos del que se considera que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito determinado, no por ello se caracterizan por alguna forma de «participación» por esos otros Estados en el hecho internacionalmente ilícito de que se trate. Queda por establecer de manera positiva, todavía con carácter preliminar, cuál debe ser el objeto del análisis siguiente. Este objeto está constituido por la participación que un Estado puede asumir en la realización por otro Estado de un hecho internacionalmente ilícito. Se trata, pues, de determinar en qué aspecto se reconoce la existencia de tal participación y en qué condiciones debe atribuírsele, por ese concepto preciso, un valor y consecuencias jurídicas. Más concretamente, habrá que verificar si la circunstancia de dicha participación tiene o no por efecto hacer calificar de ilícito, en virtud de haber participado en un hecho internacionalmente ilícito de otro, un hecho que de otra manera no se consideraría como tal y, en el caso de que, independientemente de esa circunstancia, ese hecho constituyera por sí mismo la violación de una obligación internacional, añadir un nuevo aspecto internacionalmente ilícito al que revestiría ya ese hecho sin tal participación. Se trata también de determinar si existen casos en que esa participación en el hecho ajeno adquiere la misma naturaleza, la misma calificación que el hecho en el que se ha participado o si, incluso en tal caso, dicha participación conserva una naturaleza y reviste una calificación jurídica distintas.

61. Desde el punto de vista conceptual, las hipótesis en que podría plantearse el problema de la existencia o inexistencia de una «participación» por un Estado en un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado se reducen esencialmente a tres: a) aquella en la que el primer Estado, por un medio u otro, aconseja, incita al segundo a cometer una violación de su obligación internacional; b) aquella en la que el primer Estado ejerce sobre el segundo una coacción para hacerle cometer esa infracción; c) aquella en la que el primer Estado ayuda al segundo en la realización de dicha infracción y toma así parte activa en esa realización.

62. La primera hipótesis es la que, en la teoría general del derecho interno, se conoce con el nombre de «instigación al delito». Nadie duda de que, en derecho penal interno, algunas formas de instigación por un sujeto

¹⁰² En su comentario al artículo 12, la Comisión señalaba lo siguiente:

«Para los efectos del artículo 12 del proyecto, las disposiciones que figuran en sus párrafos 1 y 2 parecen suficientes. Los supuestos previstos en dicho artículo cambiarían ciertamente de aspecto si, en un caso particular, se comprobare que había habido cooperación o complicidad, en el sentido estricto de estos términos, de los órganos del Estado territorial en la acción ilícita de los órganos del Estado extranjero. En este caso podría tratarse de la participación de un Estado en una situación internacionalmente ilícita creada por otro Estado o también de un hecho internacionalmente ilícito realizado conjuntamente por dos Estados. La acción cometida por los órganos del Estado territorial y que se atribuía a éste como fuente de responsabilidad —además de la que se atribuiría paralelamente al Estado a que perteneciesen los órganos extranjeros— constituiría entonces algo distinto del mero incumplimiento de las obligaciones de protección para con los terceros Estados. En un caso de esta índole se trataría más bien de una de las situaciones que la Comisión se propone examinar en el contexto del capítulo IV de la primera parte del proyecto, dedicado a los problemas especiales que plantea la participación de varios Estados en un mismo hecho internacionalmente ilícito.» (*Anuario... 1975*, vol. II, pág. 93, documento A/10010/Rev.1, cap. II, secc. B, subsecc. 2, art. 12, párr. 15 del comentario.)

a la perpetración de un delito o de un crimen por otro sujeto constituyen a su vez una infracción de carácter penal. ¿Puede en derecho internacional considerarse como un hecho internacionalmente ilícito la simple instigación a cometer uno dirigida por un Estado a otro? En principio, continuamos creyendo que la respuesta a esta cuestión debe ser negativa¹⁰³. En la práctica internacional ciertamente se han formulado propuestas contra Estados acusados, con razón o sin ella, de haber incitado a otros a cometer violaciones de obligaciones internacionales en perjuicio de terceros Estados; pero no conocemos casos en los que, en un plano jurídico, se haya pretendido que un Estado era responsable internacionalmente sólo por dicha incitación. Tampoco conocemos casos en que los Estados hayan consentido en eximir de su propia responsabilidad al Estado que, aunque haya podido ser incitado por un tercer Estado, haya violado de todos modos por su propia determinación una obligación internacional que lo vincule a otro Estado. La jurisprudencia y la práctica internacionales no parecen desviarse a este respecto de la conclusión clásica formulada por la Board of Commissioners instituida para distribuir la suma asignada por Francia en ejecución de la Convención de 4 de julio de 1831 entre los Estados Unidos de América y Francia referente a las reclamaciones relativas a medidas de confiscación de mercancías americanas adoptadas por determinados Estados sometidos a la influencia de la Francia napoleónica. La Board se negó a atribuir a Francia la responsabilidad de medidas adoptadas por Estados que, como Dinamarca, no habían estado unidos formalmente, en aquella época, al Imperio francés ni colocados en una situación de dependencia con respecto a él y eran, pues, independientes. El hecho de que el soberano danés hubiera podido adoptar entonces medidas para complacer al Emperador francés no ejerció ninguna influencia en las decisiones de la Board of Commissioners¹⁰⁴. Esta con-

¹⁰³ Véase a este respecto Ago, *loc. cit.*, págs. 523 y 524, y, para una adhesión reciente a esta opinión, Graefrath, Oeser y Steiniger, *op. cit.*, pág. 64.

¹⁰⁴ Véase *Notes on some of the Questions decided by the Board of Commissioners under the Convention with France of the 4th of July, 1831 (Philadelphia, 1836)*, en J. B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1898, vol. V, págs. 4473 y ss. El Comisario Kane destacó en especial que las reclamaciones contra Dinamarca (casos Holstein y Hamburgo), a diferencia de las formuladas contra Holanda, representaban:

«[...] una sucesión de actos lesivos indignos de un Estado que era indiscutiblemente soberano y que proclamaba ser libre, cometidos contra los ciudadanos de una nación amiga que no habían infringido ninguna ley y a quienes la hospitalidad y la justicia les hacía por todos conceptos merecedores de protección.

»Pero la cuestión sometida a la decisión de la Board no se refería a Dinamarca, sino a Francia. No podían imputarse a uno los actos realizados por el otro, ya que ninguno de los dos era dependiente. Puede ser que el comportamiento del Rey Federico obedeciera a su anhelo de granjearse el favor del Emperador francés; [...] no nos incumbían sus motivos ni sus temores. Su acto fue un acto propio: el Reino de Dinamarca era entonces, lo mismo que ahora, independiente. [...]

»[...]

»[su] intervención [...] fue para halagar voluntariamente la avidez francesa.» (*Ibid.*, págs. 4475 y 4476.)

sideró que el Gobierno danés era única y plenamente responsable de dichas medidas.

63. De lo que precede se desprende que nos referimos aquí a la hipótesis en que la incitación a cometer una infracción internacional va dirigida a un Estado que es soberano y está en condiciones de ejercer libremente esa soberanía. Dentro del marco de esta hipótesis, conviene señalar ante todo que el solo hecho de que un Estado haya sido incitado por otro Estado a proceder de una determinada manera no puede tener ninguna influencia en la calificación de ese proceder y en la determinación de sus consecuencias jurídicas. La decisión de un Estado soberano de adoptar un determinado comportamiento es una decisión propia, aun cuando haya recibido a este respecto sugerencias y consejos de otro Estado, sugerencias y consejos que estaba en libertad de desatender. Así, pues, si por el comportamiento adoptado, el Estado de que se trata ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, no cabe que se exima de responsabilidad o que por lo menos la aminore alegando la «instigación» de otro Estado. Y ni el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito ni el Estado víctima de él pueden hacer recaer total o parcialmente la responsabilidad de ese hecho en otro Estado que se haya limitado a alentar o incitar al primero a seguir una línea de conducta que finalmente haya sido adoptada por éste con plena libertad de decisión y de elección. Lo que aquí se examina, pues, está claramente excluido del marco de las situaciones que constituirán el objeto de la sección siguiente. Por otra parte, es cierto que ni en la práctica de las relaciones interestatales ni en las obras de los autores de derecho internacional se ha sostenido la existencia separada de una responsabilidad internacional que nazca específicamente de la circunstancia de que un Estado haya incitado a otro a la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito en perjuicio de un tercer Estado. Así, pues, la simple incitación a cometer un hecho internacionalmente ilícito, dirigida por un Estado a otro, no satisface las condiciones necesarias para que se la califique de «participación» en esa infracción, por lo menos en el sentido jurídico del término, esto es, de hecho que, como se ha dicho, tenga en cuanto tal un valor y unas consecuencias jurídicas. En suma, sería erróneo, a nuestro juicio, caer en la tentación de establecer semejanzas demasiado fáciles y arbitrarias entre la incitación dirigida por un Estado soberano a otro para cometer un hecho internacionalmente ilícito y la figura jurídica de la «instigación al delito» del derecho penal interno. Esta figura jurídica tiene sus orígenes y encuentra su justificación en los móviles psicológicos de la determinación de la conducta individual, móviles a los que no pueden ser asimilados los de la conducta estatal en las relaciones internacionales.

El pasaje citado ha sido comentado favorablemente por C. L. Bouvé, «Russia's liability in tort for Persia's breach of contract», *American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 6, N.º 2 (abril de 1912), pág. 399, y por F. Klein, *Die mittelbare Haftung im Völkerrecht*, Francfort del Meno, Klostermann, 1941, pág. 279. Las reclamaciones americanas contra Dinamarca fueron solucionadas de manera satisfactoria por el acuerdo de 28 de marzo de 1830 (Moore, *op. cit.*, páginas 4549 y ss.).

64. Señalemos, para terminar, que las conclusiones a las que acabamos de llegar no quedarían en modo alguno modificadas si se tomase en consideración el caso en que el Estado destinatario de la incitación a cometer un hecho internacionalmente ilícito no fuera más que un «Estado títere» o un «Estado fantoche» en manos del Estado del cual emane la incitación a la infracción internacional¹⁰⁵ o incluso un Estado que se encuentre, por

¹⁰⁵ Un ejemplo típico de Estado fantoche fue, en su tiempo, el del Reino de Holanda durante el reinado del hermano de Napoleón, Luis, de junio de 1806 a julio de 1810, fecha en la cual Holanda fue incorporada al Imperio francés. Como hizo observar el Comisario Kane en su comentario ya citado a las decisiones de la Board of Commissioners Estados Unidos de América/Francia:

«[...] al colocar a Luis en el trono, su hermano no había renunciado a dominar los asuntos de ese país. A los ojos del público se presentaban dos soberanos distintos, pero las energías del pueblo holandés iban dirigidas más que nunca a llevar adelante la política imperial. [...]

»[...]»
 »[...] Holanda ya era un Reino dependiente y Luis un soberano meramente nominal.» (Moore, *op. cit.*, págs. 4473 y 4474).

Sobre esta base, pues, los comisarios aceptaron el argumento holandés según el cual Holanda se encontraba en aquella época bajo el «Gobierno efectivo» de Francia y reconocieron la responsabilidad de Francia por la confiscación y la venta en beneficio de la hacienda francesa de todas las mercancías llegadas a Holanda en buques americanos, aunque estas medidas hubieran sido adoptadas por el llamado Reino de Holanda (Bouvé, *loc. cit.*, págs. 398 y 399; Klein, *op. cit.*, págs. 280 y 281). Por otra parte, no es necesario remontarse tan lejos, pues ha habido varios ejemplos de Estados fantoches en épocas más recientes, en particular en la historia del segundo conflicto mundial. En numerosas controversias internacionales engendradas por la violación de una obligación internacional por parte de uno de esos Estados o gobiernos fantoches, el Estado víctima de dicha violación adujo que la responsabilidad que derivaba de ella debía atribuirse no al Estado cuyos órganos habían actuado de hecho, sino al Estado que, en el desarrollo de su política respecto de un Estado determinado, había suscitado en él la creación de una especie de pseudo-Estado que no era en realidad sino su *longa manus*. Se pueden citar, en este contexto, las controversias que tuvieron por objeto la responsabilidad internacional de hechos cometidos por Estados o gobiernos creados en determinados territorios ocupados por la Alemania nazi o por la Italia fascista. Véase, por ejemplo, respecto de hechos cometidos por los órganos del «Estado independiente de Croacia», la decisión sobre la Controversia entre las administraciones postales de Portugal y de Yugoslavia [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 63.V.3), págs. 339 y ss.], así como la decisión de la United States Claims Commission relativa al asunto de la Socony Vacuum Oil Co. (Whiteman, *op. cit.*, 1963, vol. 2, págs. 767 y ss.). En lo que respecta a los hechos perpetrados por órganos de la «República social italiana», véase, entre otras muchas, la controversia Dame Mossé, sometida a la Comisión de conciliación franco-italiana establecida en virtud del Tratado de paz con Italia, de 10 de febrero de 1947 [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.º de venta: 64.V.3), págs. 492 y 493, 495], o las controversias Treves, Fubini y otras, sometidas a la Comisión de conciliación Estados Unidos de América/Italia establecida en virtud de ese mismo Tratado de paz [*ibid.*, vol. XIV (N.º de venta: 65.V.4), páginas 265 y 266, 271, 427 y ss.].

En realidad, la idea misma de una «instigación» o «incitación» de Estado a Estado a la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito cuando el destinatario de la instigación o incitación es un Estado o un gobierno fantoche no puede concebirse más que en el caso, muy raro, de que esta formación estatal procediese en las mismas condiciones que un Estado verdaderamente soberano y libre en sus determinaciones. Si el Estado o gobierno fantoche ha cometido un hecho internacional-

alguna razón, en una condición de dependencia con respecto a ese otro Estado. Claro está que, cuando se trate de tales situaciones, es posible que en ciertas condiciones el Estado «dominante» esté llamado a responder de un hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado fantoche o dependiente. Ahora bien, como se ha indicado¹⁰⁶, y como se verá más particularmente en la sección siguiente, dedicada precisamente al examen de las cuestiones de la responsabilidad en tales situaciones, es la presencia de la relación establecida entre los dos Estados, y no la circunstancia específica de una instigación dirigida por uno a otro a cometer un hecho ilícito determinado, la que se convierte entonces en determinante de ese traspaso de responsabilidad de un sujeto a otro. Huelga decir que en tales situaciones no se tratará tampoco de una responsabilidad internacional distinta de la que engendraría ese hecho ilícito y que la «instigación» en tanto que tal sería imputable a su autor.

65. Por tanto, las conclusiones expuestas en los dos párrafos anteriores parecen imponerse en la primera de las tres hipótesis antes formuladas¹⁰⁷, esto es, aquella en que un Estado se limite a incitar a otro Estado a cometer una violación de una obligación internacional en perjuicio de un tercer Estado. Pero en la segunda de las hipótesis previstas entonces, esto es, en los casos en que un Estado no se limita a la incitación, sino que al mismo tiempo ejerce presión o coacción sobre el segundo Estado, ¿estarían justificadas conclusiones análogas?

66. Cuando un Estado, para lograr que otro Estado perpetre un hecho internacionalmente ilícito, recurriera a medidas de ese tipo, sería evidentemente difícil sostener que tales medidas, a semejanza de una simple «incitación» por medio de la persuasión y del consejo,

mente ilícito en tales condiciones, parece evidente que ese hecho sólo puede ser atribuido a él y engendrar su propia responsabilidad internacional, por comprensible que pueda ser la tentación por parte del Estado víctima, que tropieza con dificultades para obtener satisfacción, de invocar la corresponsabilidad del Estado al cual debe su existencia el que ha cometido el hecho ilícito, y esto aduciendo que todo Estado o gobierno fantoche está sujeto, por su propia naturaleza, a verse «condicionado» por los «consejos» y las «incitaciones» del Estado que ha dado origen a su creación.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, la situación es otra. En ocasiones, la entidad a la que se querría presentar como un Estado o un gobierno aparte es de hecho una entidad enteramente sometida en su acción al Estado que la ha creado, como era el Reino de Holanda en el Imperio francés. Los actos de los órganos de la entidad de que se trate son entonces directamente atribuibles a este último Estado (A. Verdross, *Völkerrecht*, Viena, Springer, 5.ª ed., 1964, pág. 390; Klein, *op. cit.*, pág. 283), del mismo modo que el de sus propios órganos o, en último término, que los de una colectividad territorial, de una región, de un territorio sometido a dependencia colonial, etc. Otras veces, y ésta es la hipótesis más frecuente, el Estado o gobierno fantoche es ciertamente un sujeto distinto de derecho internacional, pero está sometido en los sectores esenciales de su actividad a un régimen de control del Estado autor de su creación. El hecho internacionalmente ilícito cometido eventualmente por sus órganos es en tal caso un hecho que le es atribuible, pero que engendra indirectamente una responsabilidad internacional que incumbe a quien ejerza el poder de control, al igual que lo que ocurre en los demás casos que serán tomados en consideración en la sección siguiente del presente capítulo.

¹⁰⁶ Véase párr. 53 *supra*.

¹⁰⁷ Véase párr. 61 *supra*.

serían jurídicamente «indiferentes» a la luz del derecho internacional. Pero no es ésta la cuestión. Para responder correctamente al nuevo interrogante ante el que nos hallamos, nos es forzoso hacer primeramente la distinción entre los diferentes aspectos bajo los cuales puede manifestarse una ilicitud jurídica de las medidas a que se está haciendo referencia. Porque, si bien en el contexto de nuestras preocupaciones actuales es preciso tomar en consideración algunos de esos aspectos, no sucede lo mismo con otros. Efectivamente, correríamos el riesgo de desviarnos de nuestra tarea si cediéramos a la tentación de examinar si el hecho de ejercer coacción, o de amenazar con ejercerla, o de ejercer otras formas de presión para lograr que otro Estado viole sus obligaciones internacionales para con un tercer Estado, constituye o no, en cuanto tal, la violación de una obligación internacional del primer Estado para con el segundo. Sobre este punto, no cabe duda de que en el derecho internacional actual (entendiendo por ello tanto el derecho internacional general como el sistema jurídico especial de las Naciones Unidas) la coacción *stricto sensu*, que entraña el recurso o la amenaza de recurrir a la fuerza armada, está considerada como una infracción internacional de suma gravedad, salvo en casos excepcionales. Ahí está, en efecto, la más señalada diferencia entre el derecho internacional actual y el de principios de este siglo. En lo relacionado con otras medidas de presión, especialmente las económicas, sabido es que siguen existiendo opiniones divergentes, ya que hay quienes las asimilan sencillamente a las demás formas de coacción internacionalmente prohibidas y quienes, por el contrario, no las consideran medidas internacionalmente ilícitas, aunque sí censurables. Ahora bien, hay que tener muy en cuenta que no nos incumbe intervenir en la polémica entre las tendencias opuestas a este respecto, porque la conclusión a que nos adhiriéramos, fuese cual fuese, no afectaría al problema que tenemos que plantearnos y que resolver. Si llegáramos a la conclusión de que la utilización por el Estado A de ciertas medidas que constriñen al Estado B a infringir sus obligaciones internacionales para con el Estado C es en sí misma, y sin ningún género de duda, internacionalmente ilícita, ello acarrearía consecuencias jurídicas para las relaciones entre A y B. En rigor, podría, en los casos más graves, acarrear asimismo consecuencias para las relaciones entre el Estado A y el conjunto de los demás miembros de la comunidad internacional. Pero esto carecería de interés desde el punto de vista de lo que aquí nos preocupa, esto es, la cuestión de si el recurso a esas medidas constituye o no una forma de «participación» del Estado que recurra a ellas en la violación, por el Estado objeto de las mismas, de una obligación internacional para con el tercer Estado o, más generalmente, de si resultarían o no afectadas las relaciones entre uno u otro de los dos primeros Estados y el tercer Estado. Desde el punto de vista exclusivamente de esas relaciones con el tercer Estado, la respuesta será en definitiva la misma, independientemente de que la coacción que origina la infracción de la obligación para con el tercer Estado haya lesionado o no un derecho subjetivo internacional del Estado sobre el que se ha ejercido.

67. Tras haber situado el problema en su justa perspectiva y haber excluido de nuestro examen un aspecto de la cuestión que debe serle ajeno, cabe señalar que la coacción, ya sea la coacción armada o una forma de coacción económica o de otro tipo, difiere profundamente de la simple incitación o instigación. A diferencia de éstas, la coacción tiene por efecto limitar, e incluso a veces anular completamente, la libertad de determinación del Estado que, bajo la coacción, actúa en violación de una obligación internacional para con un tercer Estado. En la hipótesis aquí prevista no se podría ciertamente pretender que el Estado sobre el cual se ha ejercido la coacción haya adoptado el comportamiento que ha adoptado para con otro Estado en el libre ejercicio de su soberanía. Nadie puede dudar de que esto sea una realidad, e incluso una realidad que no puede ni debe dejar de tener consecuencias jurídicas. Ahora bien, de lo que se trata es de saber si el hecho de ejercer una u otra forma de coacción sobre un Estado para que éste cometa una infracción internacional en perjuicio de otro Estado debe considerarse como una forma de participación en la realización de esa infracción y debe ser tratado como tal, o bien si debe considerarse desde un punto de vista totalmente diferente.

68. A nuestro juicio, la respuesta no debería ofrecer dudas. Sería inexacto decir que el Estado que, en una u otra forma, ejerce coacción sobre otro Estado para lograr que éste viole una obligación internacional para con un tercer Estado «participa» por ello en la realización de esa violación. Esa realización es obra exclusiva del Estado sometido a la coacción. El que ejerce la coacción queda totalmente al margen de esa realización: no ejecuta por sí mismo ninguno de los actos que constituyen la infracción, no presta ninguna ayuda o asistencia concreta para su perpetración. En este sentido, no llega ciertamente a lo que constituiría una verdadera «participación» en la realización del hecho internacionalmente ilícito. Pero, al mismo tiempo, su intervención en el asunto va más allá de lo que constituiría una participación, porque llega hasta forzar la voluntad del Estado sometido por él a coacción, hasta constreñirlo a tomar el partido de la perpetración de una infracción internacional que de otro modo no cometería, hasta obligarlo a conducirse en ese caso como un Estado privado de su capacidad soberana de decisión. Ahí está, a nuestro juicio, el elemento determinante para los efectos de la conclusión a que debemos llegar. No cabe en este caso achacar al Estado que ejerce la coacción una participación en la perpetración del hecho ilícito cometido por otro Estado bajo los efectos de esa coacción. Sólo estaría justificado hacerlo en los casos en que ese Estado hubiere participado activamente en la ejecución del hecho, pero no es esto lo que sucede, como se acaba de señalar. Tampoco puede atribuirse al Estado A, que es el Estado que ejerce la coacción, una infracción distinta cometida en contra del Estado C, paralelamente al hecho internacionalmente ilícito perpetrado por el Estado B, a consecuencia de la coacción de que ha sido objeto. En la hipótesis prevista, el Estado A no ha cometido para con el Estado C ninguna infracción distinta de la cometida por el Estado B. Por tanto, el resultado lógico de la situación sólo puede ser el mismo que el

que se impone en la generalidad de los casos en que el Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito actúa en situación de dependencia de otro Estado, hallándose su voluntad determinada por la voluntad de este último o hallándose, por lo menos, su libre determinación restringida por el control que ejerce este otro Estado. Que esta condición de dependencia tenga un carácter *de jure* o simplemente *de facto*, que sea de carácter permanente o que sea puramente temporal o incluso ocasional, no cambia nada en lo que concierne al problema. Tanto en un caso como en otro, lo que importa es que el Estado que ha cometido una infracción internacional lo ha hecho en una situación en que su libertad de decisión se hallaba seriamente coartada por otro Estado. La consecuencia normal de ello será una disociación entre el sujeto a que sigue atribuyéndose el hecho generador de responsabilidad y el sujeto sobre el que se hace recaer esa responsabilidad. Dicho de otra manera: nos hallamos dentro del ámbito de la responsabilidad por el hecho ajeno¹⁰⁸.

69. De ahí que, a nuestro juicio, la respuesta a la cuestión planteada anteriormente se impone por sí misma. La hipótesis de una coacción ejercida por un Estado sobre otro para que éste viole su obligación internacional para con un tercer Estado no puede definirse como una hipótesis de «participación» de un Estado en la realización por otro Estado de un hecho internacionalmente ilícito. Por tanto, esta segunda hipótesis tampoco entra en el marco de las previsiones de la sección presente, pero figurará, en cambio, entre la serie de hipótesis de responsabilidad indirecta de que se tratará en la sección siguiente.

70. La única verdadera hipótesis de «participación» de un Estado en la realización por otro Estado de un hecho internacionalmente ilícito será, pues, la tercera de las enunciadas anteriormente¹⁰⁹, esto es, la del primer Estado que ayuda al segundo Estado en la realización de ese hecho. Ese primer Estado no se limita, por tanto, a incitar a otro Estado, por sus sugerencias y consejos, a cometer una infracción internacional. No recurre tampoco a la coacción para forzarlo a cometerla. Facilita al otro Estado, con su propia acción, la realización de esa infracción. Aquí entramos en el ámbito de la «complicidad».

71. Por otra parte, era sobre todo la hipótesis de una complicidad lo que los miembros de la Comisión de Derecho Internacional¹¹⁰ y de la Sexta Comisión de la Asamblea General¹¹¹ tenían presente cuando subrayaron

la necesidad de tratar en el presente proyecto de artículos la cuestión de la participación de un Estado en un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado. Uno de los ejemplos de complicidad más frecuentemente mencionados en las intervenciones de los miembros de la Comisión fue el de un Estado que hubiera puesto su territorio a disposición de otro para permitirle o, en todo caso, facilitarle la perpetración de una infracción en perjuicio de un tercer Estado¹¹². En este contexto se hizo referencia sobre todo al apartado *f* del artículo 3 de la Definición de la agresión aprobada en 1974 por la Asamblea General¹¹³, disposición que incluye en la lista de comportamientos que deben ser considerados como actos de agresión «la acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado». Otro ejemplo clásico de complicidad citado con frecuencia es el de un Estado que proporcione a otro las armas necesarias para atacar a un tercer Estado. Huelga decir que la complicidad en una agresión puede manifestarse también en otras formas, tales como el suministro de medios de transporte terrestres, navales o aéreos, o incluso el hecho de poner a disposición del Estado que se aperece para cometer una agresión órganos militares o de otra naturaleza que puedan utilizarse con ese fin. Por otra parte, no sólo en caso de perpetración por un Estado de un acto de agresión puede hablarse de la posibilidad de la complicidad de otro Estado. Por ejemplo, puede manifestarse igualmente una complicidad en forma de suministro de armas o de otros medios destinados a ayudar a otro Estado a cometer un genocidio¹¹⁴, a sostener un régimen de *apartheid*¹¹⁵ o a mantener por

1539.^a sesión, párr. 3), Turquía (*ibid.*, párr. 20), el Irán (*ibid.*, párr. 6) y Bolivia (*ibid.*, párr. 30) al debatirse el informe de la Comisión de Derecho Internacional.

¹¹² Este ejemplo fue citado e ilustrado por E. Ustor (*Anuario... 1975*, vol. I, págs. 47, 1312.^a sesión, párr. 13) y por N. Ushakov (*ibid.*, págs. 51, 1313.^a sesión, párr. 4). Algunos representantes en la Sexta Comisión lo mencionaron también con ocasión del debate del artículo 12 del proyecto de artículos y más concretamente de la hipótesis de hechos cometidos por órganos de un Estado en el territorio de otro Estado (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 1539.^a sesión, párr. 3; 1542.^a sesión, párr. 2; 1543.^a sesión, párr. 13; 1544.^a sesión, párr. 4).

¹¹³ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo.

¹¹⁴ El artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 78, pág. 296), incluye la «complicidad en el genocidio» en la lista de actos punibles en virtud de la Convención. Sin embargo, no se precisa si la complicidad de otro Estado en la perpetración de un genocidio por un gobierno determinado está o no incluida en lo previsto en dicha disposición.

¹¹⁵ El artículo III de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, aprobada el 30 de noviembre de 1974 por la Asamblea General de las Naciones Unidas [resolución 3068 (XXVIII), anexo], prevé la responsabilidad penal de las personas —incluidos los «representantes del Estado»— que se confabulen para la perpetración de actos de *apartheid* o que cooperen directamente en ellos. Sin embargo, cabe dudar de que la complicidad de otro Estado en la perpetración de actos o en la aplicación de una política de *apartheid* por parte de un gobierno quede incluida en las disposiciones de su Convención.

¹⁰⁸ El Estado que ha ejercido la coacción sobre otro Estado para que éste viole su obligación internacional para con un tercer Estado no puede dejar de ser llamado a responder internacionalmente del hecho cometido por otro bajo la coacción que sobre él ha ejercido.

¹⁰⁹ Párr. 61.

¹¹⁰ Véanse, por ejemplo, las intervenciones de E. Ustor (*Anuario... 1975*, vol. I, págs. 47 y 48, 1312.^a sesión, párr. 13), P. Reuter (*ibid.*, pág. 49, párr. 28), N. Ushakov (*ibid.*, pág. 51, 1313.^a sesión, párr. 4), M. Bedjaoui (*ibid.*, pág. 52, párrs. 9 y 10) y S. Bilge (*ibid.*, pág. 63, 1315.^a sesión, párr. 19).

¹¹¹ Véanse, por ejemplo, las intervenciones hechas en el período de sesiones de 1975 de la Asamblea General por la República Democrática Alemana (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo período de sesiones, Sexta Comisión*,

la fuerza una dominación colonial, etc. Tampoco es exacto que no haya posibilidad de complicidad de terceros más que en el caso de que el hecho internacionalmente ilícito, en cuya realización participe otro Estado, sea uno de los que, con arreglo al artículo 19¹¹⁶, están calificados de «crimen internacional». Puede también haber complicidad de otro Estado en la perpetración de infracciones menos caracterizadas típicamente y de una gravedad menos acentuada: el suministro de medios con objeto de cerrar una vía de agua internacional, el hecho de facilitar un secuestro de personas en territorio extranjero y la ayuda con miras a la destrucción de bienes de nacionales de un tercer país figuran entre los ejemplos que podrían contemplarse.

72. Dentro del marco de todas las hipótesis de actos realizados en concepto de complicidad en un hecho internacionalmente ilícito de otro pueden a su vez formularse dos hipótesis distintas. El comportamiento en virtud del cual un Estado ayuda a otro Estado a cometer una infracción internacional puede en ocasiones constituir en sí mismo la violación de una obligación internacional, y ello de modo totalmente independiente de la participación en la ilicitud del Estado al que ese comportamiento aporta una ayuda. Tal sería el caso, por ejemplo, de un Estado Miembro de las Naciones Unidas que proporcionase armas al Gobierno de la República de Sudáfrica en violación de la obligación prevista en la resolución 418 (1977) del Consejo de Seguridad relativa al embargo de las armas destinadas a ese país. Pero la mayor parte de las veces el comportamiento de que se trata, tomado aisladamente, será un hecho que no revista en cuanto tal carácter alguno de ilicitud. Así, por ejemplo, el hecho de suministrar a otro Estado materias primas, medios de transporte e incluso armas, cuando ninguna obligación internacional concreta lo prohíbe, no tiene en sí nada de internacionalmente ilícito. Pero, en el presente contexto, lo que interesa no es saber si el comportamiento en cuanto tal viola o no una obligación internacional, sino si el comportamiento del Estado ha sido adoptado con la intención de permitir o facilitar a otro Estado la perpetración de tal infracción. La noción misma de «complicidad» en un hecho internacionalmente ilícito de otro presupone necesariamente la intención de colaborar en la realización de un hecho de esta naturaleza y, por consiguiente, en los casos contemplados, el conocimiento de la finalidad concreta para la que el Estado destinatario del suministro de ciertos medios se propone servirse de ellos. Sin esta condición, no cabe hablar de complicidad.

73. Esta conclusión, además de ser lógica, corresponde a la convicción de los gobiernos. Esto parece desprenderse, por ejemplo, de la declaración hecha en 1958 por el Secretario de Estado del Colonial Office británico en respuesta a una interpelación parlamentaria respecto del suministro de armas y de equipo militar realizado por determinados países al Yemen, armas que luego fueron utilizadas por el Estado destinatario en un ataque contra Adén. De conformidad con el Secretario de Estado del

Foreign Office, el Secretario de Estado de Colonias se expresó del siguiente modo:

[...] la política del Gobierno de Su Majestad ha sido siempre la de instar a la moderación en los suministros de armas al Oriente Medio, pero los suministros de armas por sí solos no justifican una protesta*. Por supuesto, el Gobierno de Su Majestad ha comunicado a las Naciones Unidas los actos de agresión yemení en la frontera y ha formulado una protesta al Gobierno yemení*¹¹⁷.

En el comentario de E. Lauterpacht a esta respuesta se ponía de relieve que la posición adoptada por el portavoz del Gobierno británico entrañaba una conclusión sobre tres puntos: a) el suministro de armas de Estado a Estado, si no es objeto de una prohibición concreta, por ejemplo de las Naciones Unidas, es en sí enteramente legítimo; b) la responsabilidad por la utilización ilegítima de dichas armas incumbe en primer lugar al Estado que las recibe; c) estas observaciones no impiden, sin embargo, reconocer que el Estado que deliberadamente proporciona armas a otro Estado con el fin de ayudar a éste a actuar de una manera que no está en consonancia con sus obligaciones internacionales no puede sustraerse a una responsabilidad por complicidad en esta conducta ilícita¹¹⁸.

Otra confirmación de la misma convicción la ofrece una posición adoptada por el Gobierno de la República Federal de Alemania en ese mismo año. En efecto, el 15 de agosto de 1958, dicho Gobierno respondió a una nota de 26 de julio del Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que reprochaba al Gobierno Federal haber participado en una agresión al permitir que aviones militares de los Estados Unidos de América utilizaran campos de aviación en territorio alemán, en relación con la intervención norteamericana en el Líbano. En su respuesta, el Gobierno de la República Federal adujo que las medidas adoptadas por los Estados Unidos y por el Reino Unido en el Cercano Oriente no constituían una intervención dirigida contra nadie, sino una asistencia a países cuya independencia parecía gravemente amenazada y que pedían socorro. Por consiguiente, dado que, según el Gobierno Federal, sus aliados no habían incurrido en agresión alguna en el Cercano Oriente y en el Oriente Medio, ese Gobierno llegaba a la conclusión de que la acusación de que era objeto (apoyar una agresión cometida por otros Estados) estaba desprovista de fundamento. El Gobierno Federal terminaba dando la seguridad de que no había permitido ni per-

¹¹⁷ British Institute of International and Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, julio de 1958, págs. 550 y 551.

¹¹⁸ «La respuesta parece partir de la base de que el suministro de armas por un Estado a otro es, de no mediar, por ejemplo, una prohibición de las Naciones Unidas, enteramente legítimo. Además, la respuesta sugiere que la responsabilidad por la utilización de esas armas —por lo menos en las circunstancias referidas en la respuesta— debe corresponder principalmente al Estado que las recibe. Sin embargo, nada en la respuesta abona la opinión de que un Estado que suministre deliberadamente armas a otro Estado con el objeto de ayudar a este último a que actúe de una manera incompatible con sus obligaciones internacionales puede eludir de este modo la responsabilidad jurídica por la complicidad en tal conducta ilícita.» (*Ibid.*, pág. 551.)

¹¹⁶ Véase la nota 24 *supra*.

mitiría nunca que el territorio de la República Federal se utilizara para la perpetración de actos de agresión¹¹⁹. Prescindiendo de su apreciación de las circunstancias concretas de este caso, el Gobierno de la República Federal de Alemania se mostraba, pues, convencido, en el plano de los principios, de que el hecho de que un Estado pusiera su propio territorio a disposición de otro para facilitar la realización de un acto de agresión sería una forma de participación, de complicidad en la agresión y constituiría, por tanto, un hecho internacionalmente ilícito.

74. Pensamos haber dado de este modo una idea suficientemente exacta de lo que puede y debe entenderse por «complicidad» de un Estado en la perpetración del hecho internacionalmente ilícito de otro Estado; y pensamos haber mostrado, gracias a ejemplos extraídos de la práctica reciente de los Estados, que, cualquiera que haya podido ser en otra época la situación¹²⁰, esta noción ha adquirido actualmente carta de naturaleza en derecho internacional. Por otra parte, los autores de diversas obras recientes dan la impresión de que se inclinan también hacia la misma conclusión¹²¹. Creemos en todo caso que podemos, por lo menos, sostener nuestra posición sobre esta cuestión con la idea de desarrollo progresivo en que, a nuestro parecer, debe basarse necesariamente la comunidad internacional en esta materia. Esta posición puede resumirse en dos puntos: a) el comportamiento de un Estado que no constituiría por sí mismo una violación de una obligación internacional se convierte de todas maneras en un hecho internacionalmente ilícito si, mediante ese comportamiento, tal Estado se hace cómplice de la perpetración de una infracción internacional por otro Estado; y b) a la eventual ilicitud internacional que viciaría desde el comienzo ese comportamiento viene a sumarse una ilicitud suplementaria y distinta en virtud de la complicidad que, por ese comportamiento, el Estado autor del mismo adquiere en la infracción internacional cometida por otro Estado.

75. Queda todavía por resolver una cuestión a este respecto. ¿Debe llegarse a la conclusión de que el hecho por el que se establece la complicidad de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado participa necesariamente de la naturaleza de este último hecho? O bien, pese al vínculo existente entre el com-

portamiento del cómplice y el del, por así decirlo, actor principal, ¿conserva el primero una identidad diferente? Dicho en términos concretos: el comportamiento de un Estado que suministra armas u otros medios a otro Estado para facilitar a este último la perpetración de una agresión o de un genocidio, ¿debe calificarse también automáticamente de agresión o de genocidio? La respuesta a esta cuestión no sólo tiene un interés teórico, sino que puede tener una importancia práctica considerable, puesto que las consecuencias que el derecho internacional atribuye a un hecho internacionalmente ilícito pueden variar señaladamente según el contenido de la obligación violada y la calificación de la infracción que se establece sobre esa base. Se podrían aducir razones en favor de una respuesta positiva si se tiene en cuenta que, por ejemplo, la Definición de la agresión considera también, como se ha visto, como un acto de agresión el hecho de que un Estado ponga su territorio a disposición de otro Estado con miras a una agresión por este último contra un tercer Estado. Sin embargo, parece inadmisibles generalizar la idea de tal equivalencia y hacer extensiva ésta más allá del caso en que está específicamente prevista mediante una disposición expresa. Por lo demás, incluso en este caso, nos parece que no puede llegarse a la conclusión de que el trato dado por el derecho internacional a todo acto de complicidad en un hecho determinado sea necesariamente idéntico al reservado por ese derecho al hecho mismo. Por otra parte, la cuestión no puede ser la misma en todos los casos, pues depende ante todo y sobre todo de la importancia de la ayuda precisa suministrada por el cómplice al autor de la infracción y, por consiguiente, de la gravedad de la complicidad. En todo caso, es preciso precaverse del peligro de acabar por disminuir la gravedad de un hecho internacionalmente ilícito especialmente importante al extender demasiado la esfera de las hipótesis en las que se reconozca su existencia. Pensamos, para concluir, que, por regla general, el hecho de una participación en forma de ayuda o asistencia —en una palabra, de complicidad— en la perpetración por otro de un hecho ilícito debe continuar siendo en derecho internacional, como ocurre en derecho interno, un hecho distinto de esa participación, un hecho que está calificado de otro modo y que no entraña necesariamente las mismas consecuencias jurídicas.

76. Sobre la base de las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores, creemos poder dedicarnos ahora a la definición de la norma de derecho internacional que regiría la materia examinada en la presente sección. Tras las comprobaciones y las reflexiones que se han hecho a propósito de las diferentes hipótesis en relación con las cuales era conceptualmente concebible la idea de una «participación», parece que queda bien sentado que la única forma verdadera de «participación» por un Estado en la realización por otro Estado de un hecho internacionalmente ilícito es la normalmente designada con el término de «complicidad». A nuestro juicio, pues, a esta hipótesis debe referirse específicamente la norma que hay que definir. Sólo se tomará en consideración aquí el caso de complicidad de un Estado en una infracción internacional cometida por otro Estado, incluso si es legítimo presumir que los principios aplicables al caso

¹¹⁹ Véase el texto de la nota del Gobierno de la República Federal de Alemania en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 20, N.º 2-3, agosto de 1960, págs. 663 y 664.

¹²⁰ En 1939, el Relator Especial podía afirmar todavía que la situación de entonces excluía en principio la idea de complicidad en un hecho internacionalmente ilícito de la esfera de las reglas vigentes en ese momento (Ago, *loc. cit.*, pág. 523).

¹²¹ Esto es lo que cabe decir, por ejemplo, de I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, pág. 443, cuando se refiere a la cuestión de una «participación conjunta en un acto concreto» y cita por vía de ejemplo el caso «en que el Estado A suministra al Estado B aviones y otros materiales para el lanzamiento ilícito de guerrillas y el Estado B utiliza las aeronaves». Véase también, del mismo autor, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, págs. 369 y ss. Hemos indicado antes la opinión de E. Lauterpacht (nota 18) y la de algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión de la Asamblea General (notas 110 y 111).

en que uno de los protagonistas fuera un sujeto de derecho internacional distinto de un Estado serían los mismos. También nos parece que es indispensable poner de manifiesto en la fórmula buscada: *a*) que, para que se traduzca en una «complicidad» en la realización por otro de un hecho internacionalmente ilícito, el comportamiento de un Estado consistente en prestar ayuda o asistencia a otro Estado que comete o se dispone a cometer una infracción internacional debe ser adoptado a conciencia de que facilitará con él la realización de esa infracción y con la intención de facilitarla; *b*) que el comportamiento con que un Estado se hace de esa manera cómplice de la realización por otro Estado de un hecho internacionalmente ilícito para con un tercer Estado se califica de internacionalmente ilícito precisamente en concepto de participación en una infracción internacional cometida por otro, y ello se aplica incluso en el caso en que, en otras circunstancias, ese comportamiento fuera internacionalmente lícito; *c*) que el hecho internacionalmente ilícito del Estado que se hace cómplice de la infracción internacional que emana de otro

Estado no debe confundirse con esa infracción «principal», y que la responsabilidad internacional nacida de tal hecho es, por tanto, diferente de la que recae sobre el Estado autor de la infracción principal, incluso si ésta ha sido cometida merced a las facilidades dadas por el Estado cómplice.

77. Habida cuenta de lo que precede, creemos que se puede proponer a la Comisión que apruebe el texto siguiente:

Artículo 25.—Complicidad de un Estado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado

El hecho de que un Estado preste con su comportamiento ayuda o asistencia a otro Estado a fin de permitirle o facilitarle la perpetración de una infracción internacional en contra de un tercer Estado constituye un hecho internacionalmente ilícito del Estado, que se hace cómplice así de esa perpetración y da lugar en tal virtud a su responsabilidad internacional, incluso en el caso de que, por lo demás, ese comportamiento no sea internacionalmente ilícito.

DOCUMENTO A/CN.4/315

**La «fuerza mayor» y el «caso fortuito» como circunstancias que excluyen la ilicitud:
práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina
Estudio preparado por la Secretaría**

[Original: inglés]
[27 de junio de 1977]

ÍNDICE

	<i>Página</i>	
Abreviaturas	70	
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas	70	
		<i>Párrafos</i>
PRÓLOGO	1-3	70
INTRODUCCIÓN	4-37	71
<i>a)</i> La fuerza mayor en el derecho internacional	4-9	71
<i>b)</i> Cuestiones terminológicas	10-12	73
<i>c)</i> El concepto de fuerza mayor	13-16	74
<i>d)</i> La distinción entre «fuerza mayor» (<i>stricto sensu</i>) y «caso fortuito»	17-19	75
<i>e)</i> La distinción entre los conceptos de fuerza mayor y estado de necesidad	20-30	76
<i>f)</i> El carácter general de la excepción de fuerza mayor	31-37	79
 CAPÍTULO PRIMERO.—LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS	 38-259	 82
<i>Sección 1.—La práctica de los Estados reflejada en tratados y otros instrumentos internacionales y en las actas respectivas</i>	 <i>39-117</i>	 <i>82</i>
<i>a)</i> Paz y seguridad internacionales	45-50	83
La definición de la agresión aprobada por la Asamblea General en 1974	45-50	83
<i>b)</i> Derecho económico internacional	51-58	85
Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (1947)	51-52	85
Convención sobre el Comercio de Tránsito de los Estados sin Litoral (1965). Convenios sobre productos básicos	53 54-56	86 86
Convenios sobre comunidades económicas o asociaciones de libre inter- cambio	57-58	86
<i>c)</i> Trato de los extranjeros	59-75	87
Informe de la Comisión Especial de Juristas de la Sociedad de las Nacio- nes (1924)	59	87
Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930)	60-75	87
<i>d)</i> Derecho de los tratados	76-80	93
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)	77-80	93
<i>e)</i> Derecho diplomático y consular	81-82	95
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961)	81	95
Otras convenciones de codificación	82	95
<i>f)</i> Derecho del mar	83-85	95
Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (1958)	83	95
Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1973)	84-85	95

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
g) Comunicaciones y tránsito	86-90	96
Estatuto sobre la Libertad de Tránsito y Estatuto sobre el Régimen de las Vías Navegables de Interés Internacional (1921)	86-87	96
Otros convenios	88-90	97
h) Protección del medio ambiente	91-92	97
Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (1954)	91	97
Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias (1972)	92	97
i) Derechos humanos	93-94	98
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	93-94	98
j) Derecho relativo a conflictos armados	95-103	98
Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (1907)	95-98	98
Convención relativa al Régimen de los Buques Mercantes Enemigos al Empezar las Hostilidades (1907)	99-100	99
Convención relativa a los Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales en Caso de Guerra Marítima (1907)	101-103	100
k) Arreglo pacífico de controversias	104-105	100
Convención para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales (1907)	104-105	100
l) Regímenes convencionales de responsabilidad por los perjuicios causados por actos que se relacionen con determinadas actividades	106-117	101
Navegación marítima	108-110	102
Navegación aérea	111-112	102
Contaminación	113-114	103
Energía nuclear	115	104
Espacio ultraterrestre	116-117	104
 <i>Sección 2.—Práctica de los Estados reflejada en la correspondencia diplomática y en otros documentos oficiales relativos a casos concretos</i>	 118-259	 105
a) Incidentes en tierras fronterizas	121-128	105
Cruce de la frontera austríaca por funcionarios italianos (1862)	121	105
Cruce de la frontera mexicana por un destacamento de los Estados Unidos de América (1886)	122	106
Incidente en la frontera entre Bulgaria y Grecia (1925)	123-126	106
Cruce de la frontera de Basutolandia por la policía de Sudáfrica (1961)	127	106
Bombardeo del territorio de Liechtenstein por una unidad militar suiza (1968)	128	107
b) Incidentes marítimos	129-139	107
El incidente de Dogger Bank entre Gran Bretaña y Rusia (1904)	129	107
El incidente del <i>Chattanooga</i> entre Francia y los Estados Unidos de Amé- rica (1906)	130-131	107
El incidente del <i>Naiwa</i> entre el Reino Unido y los Estados Unidos de América (1920)	132	108
El incidente del <i>Daigo Fukuryu Maru</i> entre el Japón y los Estados Unidos de América (1954)	133	108
El incidente del <i>Milwood</i> entre Islandia y el Reino Unido (1963)	134-135	108
El incidente del <i>Thor</i> entre Islandia y el Reino Unido (1975)	136-139	109
c) Incidentes aéreos	140-153	109
Incidentes entre Francia y Alemania (1913)	141-142	109
Incidentes entre los Estados Unidos de América y Yugoslavia (1946)	143-146	110
Incidente entre Bulgaria y Turquía (1948)	147	110
Incidente entre Checoslovaquia y los Estados Unidos de América (1951).	148-149	111
Incidente entre Albania y el Reino Unido (1957)	150	111
Incidente entre el Reino Unido y la República Árabe Unida (1965)	151	111
Incidente entre India y Pakistán (1967)	152	111
Incidente entre Israel y Arabia Saudita (1976)	153	111
d) Contaminación	154	112
Contaminación del Río Grande (1962)	154	112
e) Protección de la pesca de altura	155	112
Pesca de focas de peletería frente a la costa de Rusia (1893)	155	112

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
f) Reembolso de deudas	156-157	112
Pago de contribuciones a la Sociedad de las Naciones (1927)	156	112
Declaración del representante de Austria en la Asamblea de la Sociedad de las Naciones sobre la no ejecución de las sentencias arbitrales (1930)	157	112
g) Terrorismo internacional y desviación por la fuerza de aeronaves	158-161	113
Ataque contra la Legación rumana en Berna, Suiza (1955)	158-159	113
Desviación por la fuerza de un avión suizo (1970)	160-161	113
h) Guerras civiles, revoluciones, insurrecciones, revueltas, violencia de las turbas, etc.	162-246	113
La revolución belga (1830)	162-163	113
Insurrección en el distrito de Pará, Brasil (1835)	164-167	114
Ocupación de Puerto Cabello por revolucionarios venezolanos (1836)	168	115
Violencia de las turbas en Atenas, Grecia (1847)	169	115
Insurrección en Sicilia (1848)	170-171	115
Insurrección en Toscana (1849)	172	116
Disturbios en Nueva Orleans, Estados Unidos de América (1851)	173	116
Motín en Chile (1852)	174	116
Actos de insurgentes en Venezuela (1858)	175-177	116
Acontecimientos en América Central (1860)	178	117
Insurrección en Santo Domingo (1861-1863)	179-180	117
Guerra Civil en los Estados Unidos de América (1861-1865)	181-184	118
La Comuna de París (1871)	185	118
Levantamiento en la Argentina (1871)	186	119
Insurrección carlista en España (1874)	187	119
Violencia de las turbas en Acapulco, México (1875)	188	119
Violencia de las turbas en Denver, Estados Unidos de América (1880)	189	119
El incidente de Saida, Argelia (1881)	190-194	120
Insurrección en Sfax, Túnez (1881)	195-197	121
El incidente de Alejandría, Egipto (1882)	198-199	121
Disturbios en Haití (1883)	200	122
Revolución en Brasil (1885)	201	122
Los disturbios de Rock Springs, Estados Unidos de América (1885)	202-203	122
Insurrección en Cuba (1887)	204	123
Disturbios en Turquía (1890)	205	124
Violencia de las turbas en Nueva Orleans, Estados Unidos de América (1891)	206-208	124
Violencia de las turbas en Marsován, Turquía (1893)	209	125
Guerra Civil en el Brasil (1893-1894)	210-213	125
Motín en Nueva Orleans, Estados Unidos de América (1895)	214	126
Violencia de las turbas en Walsenburg, Estados Unidos de América (1895)	215-217	126
Motín en Harpoot, Marash, etc., Turquía (1895)	218-224	126
Insurrección cubana (1895-1898)	225-226	128
Insurrección en Formosa (1897)	227	128
Violencia de las turbas en Kouang-Si, China (1897)	228	129
Insurrección en Sierra Leona (1899)	229	129
Disturbios en Rusia (1906)	230	129
Disturbios en Casablanca, Marruecos (1906)	231-232	129
Violencia de las turbas en South Omaha, Estados Unidos de América (1909)	233	130
Disturbios en Barcelona, España (1909)	234	130
Actos de rebeldes en México (1911)	235	130
Disturbios internos en Africa Ecuatorial (1912)	236	130
Violencia de las turbas en Setúbal, Portugal (1917)	237	130
Disturbios civiles en el Perú (decenios de 1920 y 1930)	238-242	131
Actos de rebeldes en Oviedo, España (1934)	243	132
Guerra civil española (1936-1939)	244-245	132
Disturbios en Argel, Argelia (1964)	246	132
i) Conflictos u hostilidades armados internacionales	247-249	132
Bombardeo de Grey Town (1854)	247	132
Guerra chileno-peruana (1879-1884)	248-249	133
Primera guerra mundial (1914-1918)	250-256	133
Segunda guerra mundial (1939-1945)	257-259	134

	Párrafos	Página
CAPÍTULO II.—JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	260-486	135
<i>Sección 1.—Arreglo judicial</i>	261-322	135
Asunto concerniente al pago de diversos empréstitos serbios emitidos en Francia (Francia contra el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos) (1929)	263-268	135
Asunto concerniente al pago en oro de los empréstitos federales brasileños emitidos en Francia (Francia contra Brasil) (1929)	269-273	137
Asunto de la Sociedad comercial de Bélgica (Bélgica contra Grecia) (1939)	274-290	138
Asunto relativo a la Compañía de Electricidad de Sofía y de Bulgaria (Bélgica contra Bulgaria) (1940)	291-297	151
Asunto del estrecho de Corfú (fondo) (Reino Unido contra Albania) (1949)	298-309	153
Asunto relativo a los derechos de nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia contra los Estados Unidos de América) (1952)	310-313	155
Asunto relativo al laudo arbitral dictado por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (Honduras contra Nicaragua) (1960)	314-322	157
<i>Sección 2.—Arbitraje</i>	323-486	159
Asunto del <i>Jamaica</i> (Gran Bretaña/Estados Unidos de América) (1798)	327	160
Asunto del <i>Enterprize</i> (Reino Unido/Estados Unidos de América) (1855)	328-331	160
Asunto <i>Webster</i> (México/Estados Unidos de América) (1868)	332	162
Asunto del <i>Mermaid</i> (Reino Unido/España) (1869)	333	162
Asunto del <i>Alabama</i> (Gran Bretaña/Estados Unidos de América) (1872)	334-335	162
Asunto de la incursión en Saint Albans (Reino Unido/Estados Unidos de América) (1873)	336-339	163
Asunto <i>Shattuck</i> (México/Estados Unidos de América) (1874-1876)	340	164
Asunto <i>Prats</i> (México/Estados Unidos de América) (1874)	341	164
Asunto <i>Jeannotat</i> (México/Estados Unidos de América) (1875)	342-343	165
Asunto del <i>Montijo</i> (Colombia/Estados Unidos de América) (1875)	344-345	166
Asunto del <i>María Luz</i> (Japón/Perú) (1875)	346-347	166
Asunto <i>Giles</i> (Francia/Estados Unidos de América) (decenio de 1880)	348	167
Asunto <i>Wipperman</i> (Estados Unidos de América/Venezuela) (1889 y años posteriores)	349-350	167
Asunto <i>Brissot</i> y otros (Estados Unidos de América/Venezuela) (1889 y años posteriores)	351-352	168
Asunto <i>Du Bois</i> (Chile/Estados Unidos de América) (1894)	353	169
Asunto <i>Egerton</i> y <i>Barnett</i> (Chile/Reino Unido) (1895)	354	169
Asunto <i>Dunn</i> (Chile/Reino Unido) (1895)	355-356	169
Asunto <i>Gillison</i> (Chile/Reino Unido) (1895)	357-358	170
Asunto <i>Williamson, Balfour and Company</i> (Chile/Reino Unido) (1895)	359-360	170
Asunto <i>Cresceri</i> (Italia/Perú) (1901)	361	171
Asunto <i>Piola</i> (Italia/Perú) (1901)	362	171
Asunto <i>Martini</i> (Italia/Venezuela) (1903)	363-364	171
Asunto <i>Petrocelli</i> (Italia/Venezuela) (1903)	365	172
Asunto <i>Sambiaggio</i> (Italia/Venezuela) (1903)	366-369	172
Asunto <i>Kummerow</i> y otros (Alemania/Venezuela) (1903)	370	173
Asunto <i>Bischoff</i> (Alemania/Venezuela) (1903)	371-372	174
Asunto <i>Santa Clara Estates Company</i> (Reino Unido/Venezuela) (1903)	373-374	174
Asunto <i>Bambelista</i> (Países Bajos/Venezuela) (1903)	375	174
Asunto <i>Maal</i> (Países Bajos/Venezuela) (1903)	376-377	175
Asunto <i>Mena</i> (España/Venezuela) (1903)	378	175
Asunto de la <i>American Electric and Manufacturing Company</i> (Estados Unidos de América/Venezuela) (1903)	379-380	175
Asunto <i>Jennie L. Underhill</i> (Estados Unidos de América/Venezuela) (1903)	381	176
Asunto <i>Genovese</i> (Estados Unidos de América/Venezuela) (1903)	382	176
Asunto <i>Aboilard</i> (Francia/Haití) (1905)	383-384	177
Asunto de la <i>Compañía Francesa de Ferrocarriles Venezolanos</i> (Francia/Venezuela) (1905)	385-386	177
Asunto <i>Lisboa</i> (Bolivia/Brasil) (1909)	387	178
Asunto de las indemnizaciones rusas (Rusia/Turquía) (1912)	388-394	178
Asunto del <i>Carthage</i> (Francia/Italia) (1913)	395	179
Asunto del <i>Lindisfarne</i> (Reino Unido/Estados Unidos de América) (1913)	396-397	179
Asunto del <i>Eastry</i> (Reino Unido/Estados Unidos de América) (1914)	398-399	180
Asunto <i>Cadenhead</i> (Reino Unido/Estados Unidos de América) (1914)	400-401	180
Asunto de la <i>Home Missionary Society</i> (Reino Unido/Estados Unidos de América) (1920)	402-403	181

	Párrafos	Página
Asunto del <i>Jessie</i> , del <i>Thomas F. Bayard</i> y del <i>Pescawha</i> (Reino Unido/Estados Unidos de América) (1921)	404-405	181
Asunto de las reclamaciones de los armadores noruegos (Noruega/Estados Unidos de América) (1922)	406-408	181
Asunto del pago de reparaciones por Alemania en virtud del artículo 260 del Tratado de Versalles (Comisión de Reparaciones/Alemania) (1924)	409-411	182
Asunto sobre las reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos (España/Reino Unido) (1924-1925)	412-420	183
Asunto Iloilo (Reino Unido/Estados Unidos de América) (1925)	421-422	185
Asunto Janes (México/Estados Unidos de América) (1925)	423-424	186
Asunto de la Illinois Central Railroad Company (México/Estados Unidos de América) (1926)	425	187
Asunto de la Home Insurance Company (México/Estados Unidos de América) (1926)	426-429	187
Asunto García y Garza (México/Estados Unidos de América) (1926)	430-431	187
Asunto Sarropoulos (Bulgaria/Grecia) (1927)	432	188
Asunto Venable (México/Estados Unidos de América) (1927)	433-435	188
Asunto Chattin (México/Estados Unidos de América) (1927)	436-438	189
Asunto Naulilaa (Alemania/Portugal) (1928)	439	189
Asunto Solís (México/Estados Unidos de América) (1928)	440-441	190
Asunto Coleman (México/Estados Unidos de América) (1928)	442-444	190
Asunto Boyd (México/Estados Unidos de América) (1928)	445-446	191
Asunto Canahl (México/Estados Unidos de América) (1928)	447-448	191
Asunto Pinson (Francia/México) (1928)	449-451	192
Asunto Caire (Francia/México) (1929)	452-453	192
Asunto Hoff (México/Estados Unidos de América) (1929)	454-456	193
Asunto Andresen (Alemania/México) (1930)	457	194
Asunto East (México/Estados Unidos de América) (1930)	458-459	194
Asunto del bombardeo de Ciudad de México (México/Reino Unido) (1930)	460-461	194
Asunto Bartlett (México/Reino Unido) (1931)	462	195
Asunto Gil (México/Reino Unido) (1931)	463	195
Asunto Buckingham (México/Reino Unido) (1931)	464-465	195
Asunto Salem (Egipto/Estados Unidos de América) (1932)	466-467	196
Asunto del <i>I'm Alone</i> (Canadá/Estados Unidos de América) (1933)	468-469	196
Asunto Browne (Panamá/Estados Unidos de América) (1933)	470	197
Asunto Pugh (Panamá/Reino Unido) (1933)	471	197
Asunto del incidente en Walwal (Etiopía/Italia) (1935)	472-474	197
Asunto de la fundición de Trail (Canadá/Estados Unidos de América) (1938 y 1941)	475-477	198
Asunto de Wytenhove (Francia/Italia) (1950)	478	199
Asunto Currie (Italia/Reino Unido) (1954)	479-480	199
Asunto de los bienes italianos en Túnez (Francia/Italia) (1955)	481	200
Asunto relativo a Les Etablissements Agache (Francia/Italia) (1955)	482	200
Asunto relativo a la concesión de faros del Imperio otomano (Francia/Grecia) (1956)	483-486	201
 CAPÍTULO III.—DOCTRINA	 487-589	 202
<i>Sección 1.—Obras de tratadistas</i>	488-560	202
<i>a)</i> Consideraciones introductorias sobre el problema: la «teoría de la culpa» y la «teoría objetiva»	489-511	202
<i>b)</i> Justificaciones teóricas de la fuerza mayor y del caso fortuito como excepciones legales	512-530	216
<i>c)</i> Requisitos de existencia de la excepción legal de fuerza mayor o caso fortuito	531-536	223
<i>d)</i> Causas materiales de la excepción de fuerza mayor o caso fortuito	537-551	224
<i>e)</i> Efectos jurídicos de la excepción de fuerza mayor y del caso fortuito	552-560	234
<i>Sección 2.—Proyectos de codificación preparados por sociedades científicas o particulares</i>	561-589	238
<i>a)</i> Proyectos que se refieren expresamente a la fuerza mayor (<i>lato sensu</i>)	562-566	238
<i>b)</i> Proyectos que contienen «justificaciones» concretas que pueden aplicarse a casos de fuerza mayor y caso fortuito	567-573	239

	Párrafos	Página
c) Proyectos que se refieren a conceptos como «culpa», «intencionalidad», «debida diligencia», etc., sin distinguir entre «actos» y «omisiones» .	574-582	241
d) Proyectos que hacen referencia a los conceptos de «culpa» o «diligencia debida» con respecto a las «omisiones»	583-587	242
e) Otros proyectos	588-589	243

ABREVIATURAS

CIJ	Corte Internacional de Justicia
<i>C.I.J. Mémoires</i>	CIJ, <i>Mémoires, plaidoiries et documents</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
<i>C.P.J.I., serie A</i>	CPJI, <i>Recueil des arrêts</i>
<i>C.P.J.I., serie A/B</i>	CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i>
<i>C.P.J.I., serie C,</i> N.º 1 a 19	CPJI, <i>Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour</i>
N.º 52 a 88	CPJI, <i>Plaidoiries, exposés oraux et documents</i>
<i>C.P.J.I., serie E</i>	CPJI, <i>Rapports annuels</i>
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ILA	International Law Association
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OCMI	Organización Consultiva Marítima Intergubernamental
OEA	Organización de Estados Americanos
OECE	Organización Europea de Cooperación Económica
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente documento figura un asterisco en el texto de una cita, se indica con ello que el pasaje en cursiva que precede inmediatamente al asterisco ha sido subrayado por el Relator Especial.

Prólogo

1. A fin de asistir a la Comisión de Derecho Internacional en sus trabajos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas, a petición del Relator Especial sobre el tema, ha venido realizando desde hace algún tiempo una investigación relativa a las diversas circunstancias provisionalmente seleccionadas como excluyentes de ili-

cidad en derecho internacional, a saber: la fuerza mayor y el caso fortuito, el estado de necesidad, la legítima defensa, el ejercicio legítimo de una sanción y el consentimiento del Estado lesionado¹.

2. Este documento describe las investigaciones lleva-

¹ Véase *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 62, documento A/10010/Rev.1, párr. 45.

das a cabo en la esfera de la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina, concierne a la fuerza mayor y al caso fortuito. La publicación de los resultados de esta investigación ha sido decidida a la luz de los progresos ya realizados por la Comisión en la preparación de su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, así como por el hecho de que en las obras de derecho internacional las figuras de fuer-

za mayor y caso fortuito parecerían tratarse con poca frecuencia y generalidad, por lo que el acceso a los materiales y la información pertinentes resulta difícil.

3. La presentación del material y de la información en este documento no implica la expresión de opinión alguna de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas respecto de su contenido ni de las posiciones que los Estados puedan haber adoptado acerca de los casos concretos mencionados en él.

Introducción

a) La fuerza mayor en el derecho internacional

4. La fuerza mayor puede considerarse como un mero hecho o suceso o como un concepto jurídico. Del mismo modo que en las relaciones jurídicas internas, en las relaciones internacionales las causas materiales que dan lugar a los hechos o sucesos denominados fuerza mayor pueden variar. Esta puede deberse ciertamente a un desastre natural como un terremoto, pero también a situaciones dimanadas de causas humanas como una guerra, una revolución, una violencia de las turbas, etc. Además, ciertas causas que darían lugar a fuerza mayor pueden originarse tanto en hechos naturales como humanos. Por ejemplo, un incendio puede ser provocado por la mano del hombre y también por un rayo; una situación de necesidad económica absoluta equivalente a fuerza mayor puede deberse a una sequía por falta de lluvia, aunque también a la desorganización de los mercados mundiales de productos básicos o al mal manejo de la economía nacional, etc.

5. Los hechos o sucesos que constituyen fuerza mayor impulsaron a los diversos sistemas y ramas del derecho interno a sancionar normas que definiesen los derechos y deberes de sus respectivos sujetos legales enfrentados con dichos hechos o sucesos. Esta reacción del orden jurídico ante la fuerza mayor ocurre también en derecho internacional. Se pretende específicamente establecer una serie de normas «primarias» de derecho internacional para regular hechos o sucesos debidos, en todo o en parte, a fuerza mayor. Por ejemplo, el Acuerdo sobre el Salvamento y la Devolución de Astronautas y la Restitución de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre², abierto a la firma en Londres, Moscú y Washington el 22 de abril de 1968, dispone que «si, debido a accidente, peligro o aterrizaje forzoso o involuntario, la tripulación de una nave espacial desciende en territorio colocado bajo la jurisdicción de una Parte Contratante, ésta adoptará inmediatamente todas las medidas posibles para salvar a la tripulación y prestarle toda la ayuda necesaria» (art. 2). El personal hallado en dicho territorio o en alta mar o en cualquier otro lugar no colocado bajo la jurisdicción de ningún Estado será devuelto asimismo con seguridad y sin demora a los representantes de la autoridad de lanzamiento (artículo 4). Otro ejemplo puede hallarse en el Acuerdo sobre

Cooperación en el Transporte Marítimo Mercante³, celebrado en Budapest el 3 de diciembre de 1971, que contempla en su artículo 11 la asistencia y los servicios que la autoridad del Estado territorial habrá de prestar al buque, su tripulación, pasajeros y carga en peligro, o que hayan naufragado, encallado o hayan sido lanzados sobre la costa o sufran cualquier otro perjuicio frente a las costas de una parte contratante.

6. En otros casos, el derecho internacional tiene en cuenta la fuerza mayor para determinar el alcance de las normas «primarias» de que se trate⁴. Por ejemplo, el artículo 40 de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas⁵ se refiere expresamente a la fuerza mayor en relación con las obligaciones de terceros Estados, y el artículo 14 de la Convención de 1958 sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua⁶, en su texto inglés, utiliza la expresión «force majeure» para definir el contenido del derecho de paso inocente a través del mar territorial. La norma de que antes de que el Estado incurra en responsabilidad internacional por daños causados a un extranjero deben agotarse los recursos locales constituye también un buen ejemplo a este respecto. Cuando un Estado lesiona a un extranjero dentro de su jurisdicción, dicha norma se aplica y la responsabilidad internacional surge para ese Estado subsiguientemente a su negativa de reparar en sus propios tribunales nacionales el daño sufrido por el extranjero. Por otra parte, si el extranjero ha sido lesionado fuera de la jurisdicción territorial del Estado, se considera generalmente que el Estado ha incurrido instantáneamente en responsabilidad internacional por su acción, es decir, sin que el extranjero deba agotar los recursos locales. Dado este estado de cosas, cabe preguntarse si la norma del agotamiento de los recursos locales debe aplicarse cuando la presencia física del extranjero en el ámbito del Es-

³ *Législation nationale et traités concernant le droit de la mer* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E/F. 76.V.2), pág. 382.

⁴ La «fuerza mayor» se tiene en cuenta a veces aun para determinar la aplicación de instrumentos que comprenden normas primarias. El artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Línea de Flotación, firmado en Londres el 5 de julio de 1930, es un ejemplo de ello (véase párr. 89 *infra*).

⁵ Véase párr. 81 *infra*.

⁶ Véase párr. 83 *infra*. La expresión «force majeure» utilizada en el texto inglés del artículo ha sido traducida en el texto francés por las palabras «relâche forcée» y en el texto español por las palabras «arribada forzosa».

² Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 672, pág. 135.

tado se debe a perturbaciones climáticas o a otros casos de fuerza mayor. La respuesta habitual a esta cuestión ha sido que, puesto que el extranjero lesionado no se había sometido voluntariamente a la jurisdicción del Estado lesionado, no puede exigírsele que plantee previamente la cuestión ante los tribunales nacionales del Estado de que se trate para que el caso pueda ser objeto de una reclamación internacional en su favor⁷.

7. Por consiguiente, podría suceder que la fuerza mayor pasase a integrar la norma «primaria» o que dicha norma la presupusiera. No obstante, no es en la esfera de las normas primarias donde la fuerza mayor desempeña su papel más importante como concepto jurídico, sino más bien en relación con las normas que rigen la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones previstas en normas primarias. En este último contexto, la cuestión de la fuerza mayor podría estudiarse al examinar los elementos constitutivos del «acto internacionalmente ilícito»⁸. Es obvio que si la «culpa subjetiva» (intención maliciosa o negligencia culpable) del órgano del Estado se considera expresamente una condición para probar el *elemento subjetivo* (conducta consistente en una acción u omisión atribuible al Estado de conformidad con el derecho internacional) o el *elemento objetivo* (conducta que constituye violación de una obligación internacional) del «acto internacionalmente ilícito», la cuestión de la fuerza mayor —concepto que implica la ausencia total de dicha «culpa subjetiva» (*culpa*)— queda eliminada de la definición de «acto internacionalmente ilícito». Cuando, como sucede frecuentemente hoy día, la definición del acto internacionalmente ilícito, o de sus elementos constitutivos, no contiene ninguna referencia expresa o directa a la «falta subjetiva» (*culpa*) del órgano del Estado⁹, la cuestión de la fuerza mayor no se resuelve necesariamente mediante la enumeración de los elementos constitutivos del «acto internacionalmente ilícito» y requiere, por consiguiente, que se la estudie en el contexto de otras normas que rigen la responsabilidad de los Estados¹⁰.

⁷ Para una explicación según la cual la presencia voluntaria o involuntaria del extranjero lesionado dentro de la jurisdicción del Estado carecería de importancia cuando no se tratase de una cuestión de exceso de jurisdicción, sino de caracterización jurídica del daño, véase D. P. O'Connell, *International Law*, 2.ª ed., vol. II, Londres, Stevens, 1970, págs. 950 y 951.

⁸ Por ejemplo, R. Ago («Le délit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-II*, París, Sirey, 1947, t. 68, pág. 419), considerando que «una falta en sentido lato del órgano que ha seguido una conducta lesiva para el derecho subjetivo del extranjero es, en todo caso, una condición necesaria para la atribución a un sujeto de un hecho ilícito internacional» (*ibid.*, pág. 498), examina la cuestión de la «fuerza mayor» en el capítulo dedicado al *elemento subjetivo* del «acto internacionalmente ilícito» (*ibid.*, págs. 450 a 498). En el capítulo que se ocupa de las circunstancias que excluyen la ilicitud el autor examina únicamente el «consentimiento del Estado lesionado», «el ejercicio legítimo de una sanción», la «legítima defensa» y el «estado de necesidad» (*ibid.*, págs. 532 a 545).

⁹ Véase art. 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados [*Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 10 y ss., documento A/32/10, cap. II, secc. B, subsecc. 1].

¹⁰ Vale mencionar a este respecto el siguiente pasaje:

«Los casos recordados a este respecto parecen referirse sobre todo al caso fortuito o a la fuerza mayor como límites

8. Por esa razón, en la actualidad, la mayoría de los autores —aun quienes continúan insistiendo en la importancia de la «falta subjetiva» del órgano— siguen enumerando a la fuerza mayor entre las circunstancias que excluyen la posibilidad de calificar como «ilícito» un acto u omisión que lleva al incumplimiento de la obligación¹¹ o que exime al obligado de su responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de que se trata. Si se considera a la fuerza mayor una circunstancia que excluye la ilicitud, aquélla tiene el efecto de evitar que se califique una conducta determinada como «acto internacionalmente ilícito»; si se la considera una circunstancia que exime al obligado de responsabilidad, la fuerza mayor lo liberaría de las consecuencias imputadas normalmente a un acto internacionalmente ilícito. En ambos casos, la fuerza mayor surge como «justificativo» («fait justificatif») del incumplimiento de la obligación¹². Este justificativo, que adopta procesalmente la forma de una defensa o excepción contra una reclamación por incumplimiento, se denomina frecuentemente «defensa de fuerza mayor» o «excepción de fuerza mayor».

9. La «defensa» o «excepción» de fuerza mayor opera como «justificativo» tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. La Corte Permanente de Arbitraje, en su fallo de 11 de noviembre de 1912 en el *Asunto de las indemnizaciones rusas*, reconoció que

absolutos de la obligación de reparar. Ahora bien, es cierto que tales hipótesis constituyen un límite a la existencia de dicha obligación. Pero si se enfoca la cuestión correctamente, lo que falta en este caso es la existencia misma del comportamiento voluntario de un sujeto. Aparentemente, de ello no podría deducirse que tales normas señalen el límite de la culpa y que el reconocimiento de su importancia significase la necesidad de la presencia de la culpa misma. Se trata en realidad de nociones muy indeterminadas que pueden tener funciones bien diversas según el contexto en que se utilicen. Ya que en la práctica internacional no se hallan elaboraciones autónomas de esas normas, no es posible hacer depender de su pertinencia la respuesta a la cuestión de la naturaleza de la obligación de reparar, en las hipótesis en que se plantea. Por el contrario, serán las nociones de caso fortuito y de fuerza mayor las que asumirán un alcance diverso según que se admita el surgimiento de tales obligaciones independientemente de la culpa [...]» (R. Luzzatto, «Responsabilità e colpa in diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. 51, fascículo 1, 1968, págs. 93 y 94.)

¹¹ Por ejemplo, A. Favre, en «Fault as an element of the illicit act», *Georgetown Law Journal*, Washington (D. C.), vol. 52, N.º 3 (primavera 1964), págs. 566 y 567, dice lo siguiente:

«[...] Existen circunstancias en que el cumplimiento por el obligado se torna imposible sin que por ello éste incurra en falta. El efecto de estas circunstancias de conformidad con los principios jurídicos generales es eximirlo, salvo en los casos en que el derecho le impone la obligación de reparar el daño causado sin culpa. La *vis divina* consiste en un acontecimiento —normalmente, un fenómeno de la naturaleza— imprevisible e irresistible y que no deriva de manera alguna de los actos del obligado. [...] En todas las circunstancias precedentes en que se infringen los derechos del Estado como consecuencia del estado de necesidad, caso fortuito, represalia, autodefensa o legítima defensa, si bien puede existir la obligación de indemnizar el daño causado, no hay falta y en consecuencia no existe ilicitud.»

¹² Véase, por ejemplo, P. Reuter, *Droit international public*, 4.ª ed., París, Presses Universitaires de France, colección Thémis, 1973, pág. 115.

«la excepción de fuerza mayor [...] es oponible [...] en derecho internacional público»¹³, en tanto que la defensa o excepción de fuerza mayor se menciona frecuentemente como un «principio general de derecho». Por ejemplo, se ha dicho que «es un principio general de derecho que la persona obligada que se ve imposibilitada de ejecutar su obligación debido a un hecho de fuerza mayor queda liberada, debido a este hecho, de toda responsabilidad»¹⁴, y que «de conformidad con los principios generales de derecho reconocidos en todos los países, no hay responsabilidad si el daño sobreviene independientemente de la voluntad del Estado que lo causa o si se debe a fuerza mayor»¹⁵.

b) Cuestiones terminológicas

10. Como se indicó precedentemente, el concepto de *fuerza mayor* en sentido amplio ha sido recogido por los diversos sistemas de derecho interno (el de la tradición romanista, el del *common law*, etc.), así como por las diversas ramas del derecho en que estos sistemas pueden dividirse (derecho privado, derecho administrativo, derecho penal, etc.). No obstante, la definición, el alcance y el *modus operandi* de la excepción de fuerza mayor varían, como también el uso de la propia expresión «fuerza mayor», de un sistema o rama de derecho interno a otro. Esta expresión (*vis major* en derecho romano) es más familiar en los sistemas de tradición romanista, en los que se utiliza generalmente. Los tratadistas de los países que siguen este sistema no tienen, por consiguiente, ningún problema en emplear la expresión que ya existe en sus respectivos derechos internos (en francés: *force majeure*; en español: *fuerza mayor*; en italiano: *forza maggiore*; etc.). Los diccionarios terminológicos sobre derecho internacional en lenguas romances registran asimismo esta expresión como una palabra técnica aceptada¹⁶. Otros idiomas, por ejemplo el ruso (*nepreodolimaya sila*)¹⁷ y el alemán (*höhere*

Gewalt)¹⁸, han acuñado expresiones correspondientes, si bien la expresión francesa *force majeure* es utilizada también en algunas ocasiones por los autores rusos y alemanes.

11. La situación es algo distinta en los países del sistema del *common law*. El concepto de *vis divina* del *common law* parece no ser equivalente al de «fuerza mayor». Se refiere únicamente a un suceso inusitado o extraordinario debido a «causas naturales» en que no interviene la voluntad del hombre, en tanto que la «fuerza mayor» cubre las causas naturales y las humanas¹⁹. Los jueces del sistema del *common law* tropiezan con dificultades cuando deben interpretar, en su sistema jurídico, la expresión «fuerza mayor». A este respecto, son típicos los siguientes pasajes:

La expresión «force majeure» no se encuentra generalmente en un contrato inglés. Ha sido tomada del Código de Napoleón [...]. En mi interpretación de la expresión «force majeure» ha influido en alguna medida el hecho de que fue introducida por este caballero extranjero [...]. Al mismo tiempo, no puedo aceptar que tales términos sean sinónimos de *vis major* o de *vis divina*. No voy a intentar definir la expresión «force majeure», pero opino que debe tener un significado más amplio que el concepto de *vis divina* o de *vis major*²⁰.

Sin embargo, ello no quiere decir que la expresión «force majeure» sea totalmente desusada como término jurídico en los países del *common law* y menos aún que ese sistema no tenga en cuenta acontecimientos o hechos encuadrados en la excepción de «force majeure». Además de los conceptos de *vis divina* y *vis major*, en los diccionarios jurídicos en idioma inglés pueden hallarse las expresiones «fuerza insuperable», «fuerza irresistible», «fuerza superior», etc.²¹. Esta situación explica, no obstante, las dudas terminológicas que pueden observarse en la práctica y la doctrina de derecho internacional de los países anglosajones. En el pasado, los términos *vis divina* y *vis major* aparecían con frecuencia en la correspondencia diplomática y en otros documentos de Estado de esos países, así como en las obras de

¹³ Véase párr. 394 *infra*.

¹⁴ J. Basdevant, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1936-IV, París, Sirey, 1937, t. 58, pág. 555.

¹⁵ E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», *Manual of Public International Law*, editado por Sørensen, Londres, MacMillan, 1968, pág. 544.

¹⁶ Por ejemplo, el *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, publicado bajo el patrocinio de la Unión académica internacional, París, Sirey, 1960, define en la página 290 a la «fuerza mayor» como un «obstáculo invencible, resultante de circunstancias exteriores que impiden ejecutar una obligación o respetar una norma de derecho internacional».

¹⁷ En el sistema de derecho civil soviético, la «fuerza mayor» (*nepreodolimaya sila*) se define como un acontecimiento extraordinario cuyos efectos lesivos no pudieron evitarse por ninguno de los medios de que disponía la parte cuya conducta se ve afectada por la fuerza mayor. El derecho penal soviético no menciona la fuerza mayor como defensa, si bien el concepto ha sido recogido del derecho civil y aceptado por los tribunales (*Encyclopedia of Soviet Law*, editada por F. J. M. Feldbrugge, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana, 1973, vol. 1, págs. 278 y 279). «Los autores soviéticos concuerdan en que la fuerza irresistible incluye tanto fenómenos naturales como sociales; no se trata de una *vis divina*, sino de algo poco habitual, excepcional, que el autor del daño no pudo impedir salvo a un costo económico irrazonable» (tomado de J. M. Kelson, «State responsibility and

the abnormally dangerous activity», *Harvard International Law Journal*, Cambridge (Mass.), vol. 13, N.º 2 primavera 1972), pág. 208, nota 59.

¹⁸ Véase, por ejemplo, E. Weinholt, *Dictionnaire juridique et administratif (Fachwörterbuch für Rechtspflege und Verwaltung)*, Baden-Baden, Régie autonome des publications officielles, 1949.

¹⁹ Véase párr. 4 *supra*. J. Fleming dice: «La *vis divina* («act of God») es un término tan carente de contenido teológico como de objetivo jurídico. Significa la intervención de fuerzas naturales, libres de toda acción humana» (*The Law of Torts*, 4.ª ed., Sidney, The Law Book Company, 1971, pág. 291).

²⁰ Matsoukis v. Priestman and Co. (1915) (Reino Unido, *The Law Reports, King's Bench Division of the High Court of Justice*, Londres, Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales, 1915, vol. I, págs. 685 y 686, opinión de J. Bailhache) (cita reproducida en J. B. Saunders, *Words and Phrases Legally Defined*, 2.ª ed., Londres, Butterworth, 1969, vol. 2, pág. 268).

²¹ Véanse, por ejemplo, W. Mack, W. B. Hale y D. J. Kiser, *Corpus Juris being a Complete and Systematic Statement of the Whole Body of the Law as Embodied in and Developed by all Reported Decisions*, Londres, Butterworth, 1921; H. Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 4.ª ed., St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1968.

doctrina de los tratadistas anglosajones. Si bien no puede afirmarse que el uso de estos términos haya desaparecido, la expresión francesa «force majeure» parece utilizarse hoy día con más frecuencia en la terminología inglesa de derecho internacional para reflejar el significado que se da al concepto de fuerza mayor. Dicho uso ha sido aceptado también en los textos ingleses de convenciones y tratados internacionales contemporáneos, inclusive en convenciones codificadoras celebradas sobre la base de proyectos preparados por la Comisión de Derecho Internacional. Utilizada asimismo por la Comisión en el capítulo sobre responsabilidad de los Estados incluido en el informe sobre la labor de su 27.º período de sesiones²², la expresión francesa «force majeure» se utilizará en el texto inglés del presente documento.

12. El uso de la expresión «fortuitous event» [en el texto inglés] (en francés: «cas fortuit»; en español e italiano: «caso fortuito»; en ruso: «aluchaï»; en alemán: «Zufall») no presenta aparentemente ningún problema terminológico importante en derecho internacional. Quienes distinguen entre «fuerza mayor» y «caso fortuito» utilizan esta última expresión tanto en el derecho interno como en derecho internacional.

e) El concepto de fuerza mayor

13. En sentido lato, la fuerza mayor ha sido definida²³ como un hecho ajeno al obligado, previsto o imprevisto, pero inevitable o irresistible, que lo imposibilita para cumplir la obligación de que se trate. A fin de subrayar la estrecha interrelación entre la fuerza mayor y el grado de diligencia que se espera del obligado en toda relación jurídica específica, la fuerza mayor ha sido definida también de manera negativa o excluyente como un acontecimiento no atribuible a una «falta» (dolo o negligencia culpable) del obligado o que sucede con independencia de su voluntad y de manera que éste no puede controlar, impidiéndole cumplir con la obligación²⁴. En definitiva, la excepción de fuerza mayor se basa en el principio de que la posibilidad es el límite de todas las obligaciones (*ad impossibilia nemo tenetur*). No se espera que nadie ejecute lo imposible. Por consiguiente, la excepción de fuerza mayor opera en la medida en que perdure la fuerza mayor. Si desaparece, el obligado debe cumplir la obligación o, en caso contrario, será responsable por el incumplimiento.

14. Debería señalarse que la imposibilidad de cumplimiento creada por ciertos hechos o sucesos no sólo pue-

de ser «transitoria», sino también «permanente», así como «absoluta» o «relativa»²⁵. La distinción entre imposibilidad «transitoria» y «permanente» parecería carecer de importancia a los fines de caracterizar un hecho o acontecimiento como fuerza mayor. Sin embargo, ello no siempre es así cuando se trata de los efectos que el orden jurídico atribuye a esas formas de imposibilidad. Por ejemplo, la imposibilidad resultante de la «desaparición permanente o destrucción de un objeto indispensable para la ejecución de un tratado», debida a un hecho o suceso de fuerza mayor, no sólo permite invocar la «excepción de fuerza mayor» contra una demanda por incumplimiento, sino asimismo poner fin al tratado o denunciarlo²⁶. No obstante, si la imposibilidad es «transitoria», el tratado sólo puede suspenderse. En cuanto a la distinción entre imposibilidad «relativa» y «absoluta», el hecho o suceso de que se trate podría considerarse finalmente como una circunstancia atenuante en los casos en que la imposibilidad sea únicamente «relativa»²⁷.

15. Se admite generalmente que para que una excepción de fuerza mayor esté bien fundada deben reunirse los siguientes requisitos: 1.º el hecho debe escapar al control del obligado y no haber sido causado por éste; 2.º el hecho debe ser imprevisto o previsto, pero inevitable o irresistible; 3.º el hecho debe hacer imposible al obligado el cumplimiento de su obligación, y 4.º debe existir una conexión causal real entre la fuerza mayor y el incumplimiento de la obligación. Pero no debe interpretarse el primero de estos requisitos en el sentido de que el hecho o suceso que constituye fuerza mayor debe ser totalmente ajeno a la persona o a las actividades del obligado. El elemento esencial de la fuerza mayor no reside en que los actos u omisiones de que se trate dimanen del obligado o sean ajenos a éste, sino en que dichos actos u omisiones no pueden ser atribuidos a una conducta intencional de su parte. Respecto del segundo requisito, a saber: un hecho imprevisto o previsto, pero inevitable o irresistible, debe subrayarse que basta que se cumpla una de las dos condiciones. En cuanto al tercer requisito, cabe señalar que la mera dificultad de ejecutar una obligación no se considerará que constituye

²² Véase *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 62 y 64, documento A/10010/Rev.1, párrs. 45 y 51.

²³ Para la distinción entre «fuerza mayor» (sentido estricto) y «caso fortuito», véanse párrs. 17 a 19 *infra*.

²⁴ «La fuerza mayor, en el sentido de un hecho natural inevitable, una casualidad o un error no atribuible a una falta del órgano interesado, impide que se le impute una conducta ilícita y excluye, por consiguiente, la responsabilidad internacional del sujeto de derecho internacional que debe responder por esa conducta.» (F. A. Freiherr von der Heydte, *Völkerrecht - Ein Lehrbuch*, Colonia, Verlag für Politik und Wirtschaft, 1958, vol. 1, pág. 314.)

²⁵ No obstante, algunos autores parecerían considerar la fuerza mayor sobre todo como una imposibilidad transitoria. Por ejemplo, se ha dicho que: «En tanto que la fuerza mayor se refiere a una causa generalmente transitoria, la norma *impossibilium nulla est obligatio* se refiere a una imposibilidad absoluta y permanente» (G. Ténékidès, «Responsabilité internationale», *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, 1969, t. II, pág. 785). Para un análisis de la manera en que las cortes y tribunales internacionales han considerado los alegatos de imposibilidad absoluta o relativa de incumplimiento de obligaciones convencionales, véase G. Schwarzenberger, *International Law*, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, vol. I, págs. 538 a 543.

²⁶ Véanse párrs. 76 a 80 *infra*.

²⁷ Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 17 de «Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros: anteproyecto revisado», presentado en 1961 por F. V. García Amador a la Comisión de Derecho Internacional, expresa que ciertas circunstancias, entre ellas la fuerza mayor, «cuando no sean admisibles como causas eximentes de responsabilidad, obrarán como atenuantes de ésta [...]» (*Anuario... 1961*, vol. II, pág. 53, documento A/CN.4/134 y Add.1).

fuerza mayor. Al mismo tiempo, la tesis que proclama que la imposibilidad de cumplimiento ha de ser siempre absoluta y objetiva, prescindiendo de la imposibilidad debida exclusivamente a las condiciones del obligado como tal, parecería ser exagerada, en particular si se la acepta como postulado *a priori* de aplicación general. Por último, tratándose del cuarto requisito, debe decirse que la conexión causal mencionada no debe ser el resultado de una conducta intencional adoptada por el obligado.

16. Los rasgos de la excepción de fuerza mayor definidos precedentemente no sólo han sido destacados por tratadistas de derecho privado, sino también por especialistas de derecho internacional público. Pueden citarse los siguientes pasajes de estos últimos:

Para eximir a un Estado de su responsabilidad, la fuerza mayor debe presentar los tres caracteres tradicionales que enuncian todos los sistemas jurídicos: irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad con respecto a quien la invoca²⁸;

y

La aplicación del principio de *vis major* está sujeta, no obstante, a dos restricciones importantes. Primero, debe haber un vínculo causal entre la *vis major* y el incumplimiento de la obligación. Segundo, la *vis major* alegada no debe haber sido causada por quien la invoca²⁹.

La doctrina señala, sin embargo, que algunos de estos requisitos plantean problemas y dificultades especiales de derecho internacional. Por ejemplo, la condición de que la fuerza mayor debe ser un hecho ajeno al obligado no es siempre fácil de establecer en las relaciones internacionales, ya que, como se ha dicho, «cuanto más extensa es la colectividad que la invoca, más se limitan los factores exteriores»³⁰.

d) La distinción entre «fuerza mayor» (*stricto sensu*) y «caso fortuito»

17. Los tratadistas han estudiado durante siglos la cuestión de si las expresiones «fuerza mayor» y «caso fortuito» son sinónimas. Al parecer, según la opinión

²⁸ Reuter, *op. cit.*, pág. 181.

²⁹ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, pág. 228. El autor cita en apoyo de su tesis algunos pasajes de actuaciones y decisiones judiciales internacionales. En cuanto al requisito de causalidad, menciona ciertas conclusiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional en los Asuntos de los Empréstitos serbios y los Empréstitos brasileños (1929), y las conclusiones del relator en el Asunto sobre las Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos (1924-1925) (véanse párrs. 263 a 273 y 412 a 420 *infra*). En cuanto al requisito de que la fuerza mayor no debe haber sido autoinducida, alude al Asunto Florida (Ex-Oreto), del que se ocupó en 1872 la Corte de Arbitraje de Alabama; al Asunto de las Reclamaciones de los armadores noruegos, examinado en 1922 por la Corte Permanente de Arbitraje (véanse párrs. 406 a 408 *infra*), y al Asunto Michel Macri, del que se ocupó en 1928 un Tribunal Arbitral rumano-turco (Cheng, *op. cit.*, págs. 227 a 231).

³⁰ Reuter, *op. cit.*, pág. 181. El autor se refiere a este respecto a los casos de presunta fuerza mayor debida a dificultades financieras o a dificultades relativas a los tipos de cambio internacionales.

predominante entre los especialistas en derecho romano, la diferencia entre «fuerza mayor» (*vis major*) y «caso fortuito» (*casus*) reside en el hecho de que los casos de «fuerza mayor» no sólo son imprevisibles, sino también inevitables o irresistibles (*vis cui resistit non potest*). No hay fuerza humana que pueda oponerse a ellos.

18. Los tratadistas del derecho inspirado en la tradición romanista han examinado esta cuestión en relación con los códigos modernos, que en algunos artículos emplean a veces la expresión «fuerza mayor» y en otros la expresión «caso fortuito», o que emplean ambas expresiones en el mismo artículo. Una doctrina sostiene que la distinción ya no es aplicable o que carece de interés para el derecho contemporáneo, mientras otros afirman que la distinción aún es válida. Según esta última doctrina, se podría establecer otra división sobre la base de los criterios de distinción empleados. Una teoría llamada subjetiva, bastante similar a la de los especialistas en derecho romano ya mencionada, tiene en cuenta los criterios de la imprevisibilidad y la inevitabilidad. Según esa teoría, un caso fortuito es un suceso que no se podía prever, pero que, de haberse previsto, podía evitarse, mientras que la fuerza mayor es un suceso que, aunque se hubiera previsto, habría sido inevitable. Una segunda teoría, llamada objetiva, se refiere al origen interno o externo del obstáculo para el cumplimiento de la obligación. Para esta teoría, el caso fortuito es el suceso que tiene lugar en el ámbito de aquellos a quienes se refiere la obligación, mientras que la fuerza mayor es un suceso que ocurre fuera de ese ámbito y va acompañado de una violencia tan abrumadora que, examinada objetivamente, no puede considerarse como uno de esos acaecimientos fortuitos que cabe prever en el curso normal y ordinario de la vida cotidiana.

19. En la práctica y en la doctrina del derecho internacional, la expresión «fuerza mayor» se emplea normalmente *lato sensu*, esto es, abarca la fuerza mayor (*stricto sensu*) y el caso fortuito. Sin embargo, en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia internacional se pueden encontrar ejemplos en que se hace referencia expresa al «caso fortuito» o en que se distingue al caso fortuito de otros casos de fuerza mayor. Algunos tratadistas se preguntan si es posible establecer en derecho internacional una distinción entre fuerza mayor y caso fortuito³¹. Otros emplean ambas expresiones. Entre ellos, los que se refieren al criterio según el cual habría que distinguir la fuerza mayor (*stricto sensu*) del caso fortuito ponen de relieve el carácter inevitable o irresistible de la fuerza mayor y el carácter imprevisible del caso fortuito³². Sin embargo, no extraen de esa distinción conclusiones jurídicas distintas en lo que respecta a la calificación de la fuerza mayor (*stricto sensu*) y el caso fortuito como circunstancias que excluyen la ilicitud o

³¹ Véase, por ejemplo, L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 3.^a ed., París, Pedone, 1969, t. II, pág. 499.

³² Por ejemplo, R. Ago señala que «el límite negativo de la culpa consiste o en el hecho de que el comportamiento no sea voluntario, o en el hecho de que el resultado del daño no sea absolutamente previsible, es decir, para usar términos comunes, la fuerza mayor o el caso fortuito» («La colpa nell'illecito internazionale», *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padua, CEDAM, 1940, t. 3, pág. 190).

exoneran de responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

e) La distinción entre los conceptos de fuerza mayor y estado de necesidad

20. El concepto de estado de necesidad y el problema de su reconocimiento en el derecho internacional como circunstancia que excluye la ilicitud —tema que ha causado considerable controversia entre los tratadistas— no constituye el objeto del presente documento, que está dedicado exclusivamente a la fuerza mayor. Sin embargo, parecería necesario incluir en esta introducción algunas consideraciones generales al respecto, con miras a aclarar algo la distinción entre ambos conceptos como dos tipos distintos de circunstancias que excluyen la ilicitud y, como consecuencia, aclarar el concepto mismo de fuerza mayor. Ello es especialmente importante, puesto que la evolución en el derecho internacional de una posición común de la doctrina respecto de la distinción mencionada no ha sido fácil³³, como consecuencia de ciertos juicios teóricos apriorísticos, así como de algunos ejemplos concretos en la historia de las relaciones internacionales en los siglos XIX y XX³⁴.

21. Algunos internacionalistas se refieren a la fuerza mayor y al estado de necesidad como dos circunstancias distintas. Otros, sin embargo, mencionan exclusivamente la fuerza mayor o el estado de necesidad. Las discrepancias entre los tratadistas respecto del empleo de estas expresiones se relacionan en cierta medida con el debate doctrinario entre quienes hacen hincapié en la necesidad de tener en cuenta el elemento «culposo» y quienes enfocan la cuestión desde el punto de vista de un concepto objetivo de responsabilidad internacional que excluye toda idea de «culpa subjetiva»³⁵. Al parecer, los trata-

distas incluidos en el primer grupo se refieren más a menudo a la fuerza mayor, mientras que los autores del segundo grupo tienden a hablar de estado de necesidad. Esta tendencia era mucho más marcada antes de la segunda guerra mundial que en la actualidad. Además, hay un número considerable de autores que no encajan en ese tipo de categorización. En realidad, parecería que las raíces de la discrepancia fueran un poco más profundas y guardarán relación, en definitiva, con las explicaciones que dan las diversas doctrinas respecto de la naturaleza misma del derecho internacional y el proceso generador de sus normas³⁶.

22. Las dudas de los tratadistas a este respecto van más allá de la simple cuestión del empleo de expresiones. En cierta medida, ellas apuntan a los conceptos mismos de fuerza mayor y estado de necesidad en derecho internacional como circunstancias que excluyen la ilicitud o exoneran de responsabilidad. Lo que ocurre en realidad es que, frente a la práctica internacional, algunos de los partidarios de la fuerza mayor tratan de abarcar con esa expresión los casos de estado de necesidad, y algunos de los que emplean la expresión «estado de necesidad» incluyen en ella los casos de fuerza mayor. En el proceso, y ello era inevitable, la distinción entre los conceptos de fuerza mayor y estado de necesidad perdió nitidez en muchos casos. Una cierta falta de precisión en la redacción de la jurisprudencia, la práctica de los

delictual al comportamiento ilícito en un caso de fuerza mayor» (Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 643). En todo caso, el mismo tratadista, que se refiere a la necesidad y a la fuerza mayor como «dos excepciones», estima que, en ausencia de una norma clara en contrario, la teoría objetiva de la responsabilidad internacional descartaría también la excepción de necesidad. A su juicio, si «la culpabilidad fuese la prueba de la conducta cuasi delictual, sería posible prescindir de las normas que regulan la necesidad. El estado de necesidad sería simplemente un conjunto fáctico de circunstancias que equivaldría a una justificación o una excusa para una violación del derecho internacional». (*Ibid.*, páginas 641 y 643.)

³⁶ Es especialmente pertinente a este respecto el pasaje siguiente:

«La fuerza mayor sólo puede aceptarse en las doctrinas que tienen en cuenta el estado de ánimo del agente. La voluntad del Estado se manifiesta mediante personas físicas que actúan en su representación. Estas tienen estados de ánimo sujetos a influencias externas. Así, pues, este aspecto subjetivo de la responsabilidad puede cuadrar con la teoría de la fuerza mayor. A la inversa, el concepto de fuerza mayor no puede aceptarse en las teorías positivistas y voluntaristas. En efecto, las obligaciones del Estado son el resultado de su propia voluntad. El Estado sólo se obliga en la medida en que ha estimado posible contraer obligaciones y dentro del límite en que ha querido hacerlo. En estas circunstancias, ¿cómo se podría hablar de una fuerza externa que obligue al Estado? En estas teorías se descarta toda consideración subjetiva, el estado de ánimo del agente y su voluntad, y se considera exclusivamente el elemento objetivo constituido por la contravención misma del derecho. Totalmente distinta es la situación de la persona física en las sociedades nacionales, que está sujeta a la autoridad del ordenamiento jurídico cuya fuente es ajena a su propia voluntad. Así, la voluntad del individuo puede doblegarse ante un orden que lo domina. Cabe concebir que una fuerza externa dé a esa voluntad una orientación distinta de la prevista. A la inversa, en las teorías positivistas o voluntaristas sólo podrá aceptarse el estado de necesidad que, de todas maneras, será objeto de una concepción distinta de la del derecho privado.» (L. Cavaré, *op. cit.*, págs. 498 y 499.)

³³ Ch. de Visscher, por ejemplo, indica que «existe la tendencia a confundir estado de necesidad con la fuerza mayor o con la legítima defensa» (*Théories et réalités en droit international public*, 3.ª ed., París, Pedone, 1960, pág. 338).

³⁴ Por ejemplo, la incorporación de Cracovia en 1846. Alemania invocó un estado de necesidad para justificar la violación de la neutralidad de Bélgica durante la primera guerra mundial, posición que apoyaron entonces algunos autores alemanes, y en especial J. Kohler. Para una posición contraria a la justificación en derecho internacional del estado de necesidad, véase, por ejemplo, Ch. de Visscher, «Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité», *Revue générale de droit international public*, París, t. XXIV, N.º 1 (enero-marzo 1917), págs. 74 y ss.; «La responsabilité des Etats», *Bibliotheca Visseriana*, Leyden, Brill, 1924, t. II, págs. 111 y ss., y *Théories et réalités en droit international public*, 4.ª ed., París, Pedone, 1970, págs. 314 a 316. La mayoría de los internacionalistas franceses prefieren también emplear el concepto de fuerza mayor y no el de estado de necesidad. Los tratadistas alemanes, italianos y anglosajones se refieren más a menudo al estado de necesidad (o «state of emergency»).

³⁵ Como se ha dicho, «[...] la aceptación del principio de la responsabilidad objetiva tendería a limitar la pertinencia de la excepción de fuerza mayor a las cuestiones del carácter voluntario y la imputabilidad de la conducta cuasi delictual de que se trate. A la inversa, el principio de la responsabilidad subjetiva —en la forma de la doctrina de la culpa— ampliaría el ámbito de la excepción. Tendería a dejar sin efecto cualquier imputación de culpabilidad y, así, a privar de su carácter cuasi

Estados y las decisiones judiciales internacionales pertinentes tampoco han ayudado a la doctrina a establecer en forma más clara esa distinción conceptual³⁷.

23. Algunos ejemplos servirán para ilustrar las consideraciones que se hacen en el párrafo precedente. Así, se ha señalado que: «Los propios autores que niegan que el concepto de fuerza mayor pueda aplicarse en el derecho internacional conceden al Estado amenazado el derecho de *conservación* («Selbsterhaltung»). No hacen más que reconocer la misma idea, aunque la enmarcan en límites más estrechos [...]»³⁸. Hay también tratadistas que mencionan, como circunstancia excluyente de la ilicitud, la «autoconservación en casos de necesidad» («self-preservation in emergencies»), si el acto es necesario para evitar un perjuicio inminente a los intereses del Estado, y consideran, al mismo tiempo, que el ejercicio de lo que denominan el «derecho a la autoconservación» se aplica, entre otras cosas, a los peligros derivados de las leyes de la naturaleza sin intervención del hombre³⁹. También se pueden encontrar ejemplos en que se mencionan el estado de necesidad y la fuerza mayor como si se tratase de un concepto único e igual entre los autores que rechazan la teoría de que el estado de necesidad se basa en un derecho de autoconservación, así como en las teorías que conciben el estado de necesidad como una situación que sólo puede evaluar el Estado que actúa⁴⁰.

24. Con respecto a quienes prefieren hablar de fuerza mayor y no de estado de necesidad, es particularmente significativo el pasaje siguiente, que se cita con frecuencia:

Cabe, empero, preguntarse si, al hablar de excusa por necesidad, el Sr. Anzilotti no se refiere a la excepción de fuerza mayor. De ser así, ¿no sería preferible mantener una sola expresión, que corresponde a un concepto jurídico general más establecido y que puede dar lugar a menos exageraciones que el concepto de necesidad?

[...] en esa ocasión [en la opinión separada en el *Asunto Oscar Chinn* (1934)⁴¹], el Sr. Anzilotti se refería sin duda al

³⁷ Así, la Corte Permanente de Arbitraje, en su laudo relativo al *Asunto de las indemnizaciones rusas* (1912) —en que reconoce que el derecho internacional autoriza la «excepción de fuerza mayor»—, rechazó en ese caso dicha excepción opuesta por el Imperio otomano, pues, según indicó la Corte, el pago de la suma adeudada a Rusia no habría «puesto en peligro la existencia del Imperio otomano o comprometido gravemente su situación interna o externa» (véase párr. 394 *infra*). Cabe interpretar esos términos en el sentido de que entrañan un concepto más similar al de estado de necesidad que al de fuerza mayor.

³⁸ F. von Liszt, *Le droit international: Exposé systématique*, traducción al francés por G. Gidel (1913) de la 9.ª ed. alemana, París, Pedone, 1928, págs. 201 y 202.

³⁹ Por ejemplo, A. Ross, *A Textbook of International Law: General Part*, Londres, Longmans, Green, 1947, págs. 247 y 248.

⁴⁰ Por ejemplo, A. P. Sereni se refiere al «acto cometido en estado de necesidad (fuerza mayor)» (*Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1962, vol. III, pág. 1528). Este autor define así el estado de necesidad: «Se considera que hay estado de necesidad cuando el sujeto comete el acto contrario a derecho impelido por la necesidad de salvarse de un peligro grave e inminente que no ha causado voluntariamente» (*ibid.*, págs. 1528 y 1529).

⁴¹ *C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 63, pág. 114.

estado de necesidad y lo caracterizaba por la imposibilidad de actuar de cualquier otro modo que no fuera aquel contrario al derecho. Ello corresponde plenamente a la idea de fuerza mayor que aparece en el laudo de la Corte Permanente de Arbitraje [*Asunto de las indemnizaciones rusas* (1912)]⁴².

El mismo autor considera el concepto de fuerza mayor reflejado en la decisión de la Corte Permanente de Arbitraje como «una fórmula de principio de lo que debe entenderse por fuerza mayor»⁴³.

25. Existen algunas razones objetivas para explicar opiniones doctrinales tales como las mencionadas *supra*. Debe reconocerse que, como resultado del contenido específico de ciertas normas del derecho internacional⁴⁴, así como de la especial atención que se presta en la práctica internacional a las circunstancias de cada caso específico, la estructura genérica de conceptos tales como «fuerza mayor» y «estado de necesidad», elaborados originalmente en el ámbito del derecho interno, tiende a quedar un poco difusa. Ello ocurre especialmente porque, en definitiva, ambos conceptos tienen en común en cierto modo la idea de necesidad⁴⁵. En ambos casos, la presunta imposibilidad de cumplir la obligación se presenta como una conducta «necesaria». Sin embargo, los dos conceptos no se refieren al mismo tipo de necesidad. Por el contrario, en los casos de fuerza mayor la necesidad difiere en algunos aspectos importantes de la necesidad presente en los casos de estado de necesidad. Uno de estos aspectos, tal vez el más esencial, se refiere a la diferencia entre los conceptos de acto necesario y acto voluntario. Los casos de fuerza mayor tienden a crear condiciones en que el comportamiento adoptado no sólo es necesario, sino también involuntario, mientras que, como se ha señalado, la transgresión de la ley en una situación de necesidad «entraña siempre un acto u omisión intencionales del responsable»⁴⁶. El propio

⁴² Basdevant, *loc. cit.*, págs. 555 y 556.

⁴³ *Ibid.*, pág. 555, nota 3.

⁴⁴ Las normas primarias del derecho internacional a menudo tienen en cuenta diversos grados de necesidad, aspecto que destacan los autores. Véanse, por ejemplo, E. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, pág. 543, e I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, pág. 452. Además, a veces combinan, como suele suceder con las normas convencionales, la «fuerza mayor» y el «estado de necesidad». Por otra parte, en la terminología convencional se establece a menudo una distinción entre la «fuerza mayor» (*stricto sensu*) y el «caso fortuito», y la expresión «necesidad» o «necesidades» se emplea para referirse a este último. Ese tipo de «necesidad» o «necesidades» no se encuadra adecuadamente en el concepto de «estado de necesidad», sino más bien en el de «fuerza mayor» (*lato sensu*). Véanse, por ejemplo, el artículo V del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 610, pág. 230), y los artículos 2 y 4 del Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (*ibid.*, vol. 672, págs. 135 y 136). Para un comentario al respecto, véase F. Durante, *Responsabilità internazionale e attività cosmiche*, Padua, CEDAM, 1969, págs. 78 y 79.

⁴⁵ «En derecho marítimo también se basa en la idea de necesidad, tanto respecto de los buques de guerra como de los mercantes, el derecho de fondeo forzoso, esto es, el derecho de entrar y permanecer en un puerto al que, en principio, se prohíbe el acceso, cuando los riesgos marítimos así lo requieren.» (Von Liszt, *op. cit.*, pág. 202.)

⁴⁶ Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 642.

Anzilotti, en su curso, empieza el estudio del concepto de estado de necesidad indicando que «la propia forma de plantear el problema demuestra que quedan excluidos [...] los casos en que el incumplimiento de una obligación dimana de una imposibilidad real»⁴⁷.

26. La doctrina contemporánea hace cada vez más hincapié en la necesidad de establecer una distinción en derecho internacional entre el concepto de fuerza mayor y el de estado de necesidad, y se encuentran en ella afirmaciones como la siguiente:

Es necesario distinguir entre la doctrina de la necesidad y la de la fuerza mayor. En el caso de la primera, la conducta ilícita del Estado dimana de una decisión voluntaria adoptada como único medio de proteger un interés vital amenazado. En cambio, la fuerza mayor es una fuerza externa e irresistible que actúa con independencia de la voluntad del agente, pues, como señala el Artículo 19 de la Carta de las Naciones Unidas [48], la transgresión se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del Estado [49].

Hay que distinguir cuidadosamente la fuerza mayor del «estado de necesidad», que, según algunos autores, [...] puede justificar la comisión de actos internacionalmente ilícitos⁵⁰.

Establecen con frecuencia esta distinción en la actualidad no sólo los autores que rechazan el estado de necesidad como circunstancia general que excluye la ilicitud, sino también los tratadistas que reconocen a la fuerza mayor y al estado de necesidad como límites de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁵¹.

27. Como se ha indicado, la esencia del concepto de estado de necesidad «consiste en la lesión de un derecho subjetivo de otra persona cometida por un sujeto que se ve obligado a ello por la necesidad de salvarse o de salvar a otro de un peligro grave e inminente»⁵². Al parecer, las condiciones mínimas para que exista «estado de necesidad», indicadas por muchos tratadistas que lo reconocen como circunstancia que excluye la ilicitud en derecho internacional, serían las siguientes: 1) un peligro para la existencia misma del Estado (y no para sus intereses específicos, cualquiera que sea la importancia de éstos); 2) un peligro que no ha sido creado por el Estado que actúa, y 3) un peligro tan grave e inminente que no es posible evitarlo por ningún otro me-

dio⁵³. Cabe agregar, sin embargo, que el «estado de necesidad» («emergency») se invoca a veces también como justificativo en el caso de peligro grave e inminente para el órgano que actúa más que para el Estado mismo.

28. La doctrina insiste muchas veces en el requisito de que exista un peligro para la existencia misma del Estado, para sus intereses vitales. Así, se ha dicho que el derecho internacional reconoce el *jus necessitatis*, dado que: «si no hay ninguna forma concebible en que un Estado pueda cumplir una obligación internacional sin poner en peligro su existencia misma, ese Estado tiene una justificación para no cumplir sus obligaciones a fin de preservar su existencia»⁵⁴. Ese requisito se enuncia con mayor detalle aún en algunas definiciones como la siguiente:

Definimos el estado de necesidad que excluye el delito internacional en el caso concreto como la situación, que debe constatar objetivamente, en que un Estado se ve amenazado de un grave peligro actual o inminente que puede poner en duda su existencia, su estatuto territorial o personal, su gobierno o su estructura misma, de que su independencia o su capacidad de actuar queden limitadas o incluso desaparezcan, situación que sólo puede superar mediante la transgresión de ciertos intereses de otros Estados protegidos por el derecho de gentes⁵⁵.

En general, la doctrina no hace ninguna mención de ese tipo en relación con el concepto de fuerza mayor⁵⁶, lo que, sin embargo, carece de importancia como criterio distintivo en el caso en que se invoca el «estado de necesidad» («emergency») para justificar una conducta adoptada con ocasión de un peligro grave e inminente para el órgano que actúa.

29. Al igual que la fuerza mayor, el estado de necesidad no puede ser autoinducido. Sin embargo, en el caso de fuerza mayor, el Estado se ve frente a un acontecimiento o suceso externo, mientras que los casos de estado de necesidad se refieren a un simple peligro. Por tanto, los motivos del comportamiento del Estado no son los mismos en las dos hipótesis. En la hipótesis del estado de necesidad, el Estado que invoca esa circunstancia procura, en cierto modo, mejorar su posición y promover sus intereses nacionales (*de lucro captando*); en cambio, el principal objetivo de una excepción de fuerza mayor consiste en proteger una posición que ya tiene (*de damno evitando*)⁵⁷. Más bien el hecho de pre-

⁴⁷ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, traducción al francés por G. Gidel de la 3.ª ed. italiana, París, Sirey, 1929, vol. I, págs. 507 y 508.

⁴⁸ El texto del artículo es el siguiente:

«El Miembro de las Naciones Unidas que esté en mora en el pago de sus cuotas financieras para los gastos de la Organización no tendrá voto en la Asamblea General cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las cuotas adeudadas por los dos años anteriores completos. La Asamblea General podrá, sin embargo, permitir que dicho Miembro vote si llegare a la conclusión de que la mora se debe a circunstancias ajenas a la voluntad de dicho Miembro.»

⁴⁹ Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, pág. 544.

⁵⁰ Ténékidès, *loc. cit.*, pág. 786.

⁵¹ Por ejemplo, Ago, «Le délit international» (*loc. cit.*), págs. 476 a 498 y 540 a 545; Cheng, *op. cit.*, págs. 69 a 77 y 226 a 232, y Schwarzenberger, *op. cit.*, págs. 641 y 642.

⁵² Ago, «Le délit international» (*loc. cit.*), pág. 540.

⁵³ Véanse, por ejemplo, Anzilotti, *op. cit.*, págs. 513 y 514, y Ago, «Le délit international» (*loc. cit.*), pág. 545. Los autores que estudian el estado de necesidad junto con la fuerza mayor incluyen a veces, como requisito adicional, que el peligro sea imprevisible (por ejemplo, Sereni, *op. cit.*, pág. 1530).

⁵⁴ Cheng, *op. cit.*, pág. 228.

⁵⁵ K. Strupp, «Les règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1934-I, París, Sirey, 1934, t. 47, pág. 568.

⁵⁶ Véanse párrs. 10 a 13 *supra*. Sin embargo, debe observarse que los autores que rechazan el estado de necesidad en derecho internacional tienden a ampliar el concepto de fuerza mayor y, en relación con este último concepto, se refieren a veces a la salvaguardia de la existencia del Estado (véase, por ejemplo, Ténékidès, *loc. cit.*, pág. 786).

⁵⁷ Ténékidès, *loc. cit.*, pág. 786. Este tratadista indica que la «fuerza mayor» y el «estado de necesidad» difieren también entre sí desde el punto de vista de su aplicación («mise en oeuvre») y de sus resultados (*ibid.*)

caver un perjuicio inminente, un peligro, que el de reaccionar ante un hecho efectivo parece ser una condición del estado de necesidad, lo que no corresponde necesariamente a lo que ocurre en los casos de fuerza mayor. Esta condición da a la conducta en el caso de un estado de necesidad un cierto aspecto de prevención que no existe en los casos de fuerza mayor. Sin duda, los requisitos de que el peligro sea «grave e inminente» y de que «no se pueda evitar por cualesquiera otros medios» son límites que restringen rigurosamente el estado de necesidad⁵⁸, tal como interpretan hoy este concepto la mayor parte de los autores que lo reconocen en el derecho internacional⁵⁹. Sin embargo, esos requisitos no tienen el mismo carácter objetivo que el suceso o acontecimiento externo que entraña el concepto de fuerza mayor.

30. Por último, como se ha señalado antes⁶⁰, en el caso de un estado de necesidad la conducta de que se trata es voluntaria. Las condiciones especiales de presión que, en definitiva, podrían justificar esa conducta no equivalen, en principio, a una fuerza apremiante imprevisible o irresistible como en el caso de la fuerza mayor. La conducta en el estado de necesidad sigue siendo un acto o una omisión intencionales; se trata de una conducta voluntaria que, a diferencia de la legítima defensa, se adopta para salvaguardar los propios derechos mediante la transgresión de los derechos de otro Estado cuya conducta es jurídicamente irreprochable⁶¹. Los intereses de las dos partes en conflicto son legítimos y se ajustan al derecho⁶². Además, la apreciación del peligro y de la inevitabilidad de los medios empleados para impedirlo está sujeta, en el *modus operandi* de la excep-

ción de estado de necesidad, al menos al principio, a la interpretación subjetiva del Estado que actúa. Por esas razones, principalmente, incluso quienes reconocen el estado de necesidad en el derecho internacional subrayan que se trata de una causa «excepcional» de exoneración, calidad que no va unida a la excepción de fuerza mayor⁶³.

f) El carácter general de la excepción de fuerza mayor

31. La excepción de fuerza mayor excluye la ilicitud. Sin embargo, los Estados pueden renunciar, por acuerdo, al ejercicio de ese derecho. Ahora bien, en ausencia de una norma general en contrario, y a menos que la norma específica del caso disponga otra cosa, la excepción de fuerza mayor puede invocarse independientemente de las características de la obligación internacional no cumplida.

32. La fuente de la obligación internacional (tratado, costumbre, principio general, acto unilateral, decisión de un órgano competente de una organización internacional, fallo de la Corte Internacional de Justicia, laudo de un tribunal de arbitraje, etc.) no influye en el reconocimiento de la fuerza mayor como justificación para el incumplimiento. Como se ha afirmado, «en realidad puede tomarse en consideración, cualquiera que sea la fuente de la obligación no cumplida»⁶⁴. Por tanto, como en el caso de cualquier otra obligación internacional, la obligación de cumplir un fallo que tenga en derecho internacional la fuerza de *res judicata* no es quebrantada si esa obligación no puede cumplirse debido a fuerza mayor⁶⁵. Esto no excluye naturalmente la posibilidad de concertar arreglos entre las partes interesadas que modifiquen de común acuerdo la obligación impuesta por el fallo, como, por ejemplo, teniendo en cuenta la capacidad de pago del deudor⁶⁶.

33. Huelga decir que la excepción de fuerza mayor como circunstancia que excluye la ilicitud presupone que la obligación internacional incumplida de que se trate haya sido obligatoria en el momento en que se suponía que debía ser cumplida por el Estado que invoca la excepción. Por tanto, en el caso de las obligaciones convencionales, la cuestión de la excepción de fuerza mayor no puede plantearse cuando los propios Estados contratantes excluyen el deber de observar las obligaciones establecidas en el tratado correspondiente y, por consiguiente, también la responsabilidad por el incumplimiento de esas obligaciones⁶⁷, bien sobre la base de una regla general del derecho de los tratados,

⁵⁸ Como se ha dicho: «Estos supuestos estrictos limitan estrechamente el estado de necesidad en derecho internacional, lo que pone cortapisas a la aplicación abusiva de esta regla de excepción.» (A. Verdross, *Völkerrecht*, 5.ª ed., Viena, Springer, 1964, pág. 413, nota 1. Para una versión española, véase *Id.*, *Derecho Internacional Público*, traducción al español por Antonio Truyol y Serra de la 3.ª ed. alemana, Madrid, Aguilar, 1957.)

⁵⁹ En realidad, la sistematización efectuada por Anzilotti, y posteriormente por otros autores, constituye un intento de evitar los abusos a que podían dar lugar en última instancia las opiniones doctrinales anteriores que procuraban explicar el estado de necesidad sobre la base de conceptos tales como la autoconservación o la autoprotección o de la teoría de los derechos fundamentales de los Estados (Anzilotti, *op. cit.*, pág. 508).

⁶⁰ Véase párr. 25 *supra*.

⁶¹ Como se ha dicho:

«La esencia de la legítima defensa es un daño cometido, una transgresión de un deber jurídico para con el Estado que actúa en legítima defensa. Este elemento [...] es claramente esencial si se ha de considerar la legítima defensa como un concepto jurídico. [...] Este requisito previo de la conducta delictiva distingue la legítima defensa del «derecho» al estado de necesidad.» (D. W. Bowett, *Self-Defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, pág. 9.)

⁶² «En cambio, el estado de necesidad se caracteriza por el hecho de que un Estado, frente a un conflicto entre la protección de sus intereses vitales por una parte y el respeto del otro por la otra, transgrede el derecho de un Estado *inocente* para salvarse. El Estado que actúa en estado de necesidad viola, pues, el derecho de un Estado que no lo ha atacado ni amenazado.» (A. Verdross, «Règles générales du droit international de la paix», *Recueil des cours...*, 1929-V, París, Hachette, 1931, t. 30, págs. 488 y 489.)

⁶³ Véanse, por ejemplo, A. Cavaglieri, *Corso di diritto internazionale*, 3.ª ed., Nápoles, Rondinella, 1934, pág. 535; Ago, «Le délit international» (*loc. cit.*), págs. 544 y 545.

⁶⁴ Reuter, *op. cit.*, pág. 115.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, Cheng, *op. cit.*, págs. 296 y 339.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, el Asunto de la Sociedad comercial de Bélgica (1939), *C.P.J.I.*, serie A/B, N.º 87, págs. 176 a 178 (véanse párrs. 274 a 290 *infra*).

⁶⁷ Véase, por ejemplo, P. Fedozzi, *Trattato di diritto internazionale*, 3.ª ed., Padua, CEDAM, 1938, vol. I, pág. 542 y ss.

tal como la establecida en el artículo 61 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁸, o sobre la base de una disposición específica del tratado de que se trate. Las cláusulas del tratado que reservan el derecho de las partes contratantes en el supuesto de fuerza mayor o de caso fortuito de terminar o suspender en todo o en parte las obligaciones previstas en el tratado son bien conocidas en la práctica internacional. La regla general para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación debido a la imposibilidad de cumplimiento, establecida en el artículo 61 de la Convención de Viena, está redactada teniendo en cuenta, entre otras cosas, las situaciones de fuerza mayor. Ahora bien, no todos los supuestos de imposibilidad de cumplimiento que caen dentro de la regla de Viena son necesariamente casos de fuerza mayor⁶⁹. Además, y esto es aún más evidente, no todos los casos de fuerza mayor están incluidos dentro de la regla mencionada⁷⁰. El artículo 61 de la Convención de Viena se refiere solamente a las reglas del derecho de los tratados para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, ya que las reglas relativas a la responsabilidad del Estado, incluidas las referentes a la excepción de fuerza mayor, han sido reservadas por el artículo 73 de la convención. Esto significa, con otras palabras, que no todos los casos en los que puede invocarse legítimamente la fuerza mayor como circunstancia que excluye la ilicitud por incumplimiento son casos en los que la fuerza mayor puede proporcionar una base para dar por terminado un tratado, retirarse del mismo o suspender su aplicación⁷¹. Debe agregarse también que las obligaciones convencionales tienden a interpretarse no como deberes absolutos, sino relativos. Por consiguiente, puede suceder que, como se ha subrayado, «las obligaciones convencionales probablemente han de interpretarse de forma que las circunscriba con objeto de excluir las situaciones tanto de imposibilidad absoluta como relativa del ámbito mismo de esas obligaciones. De esto se sigue que, en las circunstancias de cualquier tipo, la negativa de cumplir no es la negativa a cumplir obligaciones reales establecidas en virtud de un tratado, sino la negativa a cumplir obligaciones que [...] no pueden considerarse obligaciones del tratado»⁷².

34. En principio, la excepción de fuerza mayor puede

⁶⁸ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311. La convención se denominará en adelante «Convención de Viena».

⁶⁹ Como se ha señalado: «La fuerza mayor no puede invocarse si la imposibilidad de ejecutar proviene de un hecho atribuible al que la invoca, incluso si ese hecho no constituye una violación de una obligación internacional.» (Reuter, *op. cit.*, pág. 116.) El mismo autor indica que en el caso de «imposibilidades económicas» de carácter no absoluto, la «fuerza mayor» y los «cambios fundamentales de las circunstancias» tienden a aproximarse entre sí (*ibid.*).

⁷⁰ «La noción de fuerza mayor no se limita ciertamente a la desaparición o destrucción de un objeto indispensable para el cumplimiento de un tratado.» (F. Capotorti, «L'extinction et la suspension des traités», *Recueil des cours...*, 1971-III, Leyden, Sijthoff, 1972, t. 134, pág. 531.)

⁷¹ Véanse párrs. 76 a 80 *infra*.

⁷² Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 539.

invocarse independientemente de la esfera a que corresponda la obligación internacional de que se trate. Los Estados y los tribunales internacionales han tratado la excepción de fuerza mayor prácticamente en todas las esferas del derecho internacional. En el pasado, la excepción se ha invocado frecuentemente en relación con las obligaciones internacionales de los Estados relativas al trato de extranjeros en casos de guerra, de guerra civil, de violencia de las turbas, de disturbios, etc., pero también en relación con obligaciones relativas a otras esferas tales como la soberanía y la integridad territorial de los Estados, los derechos y las obligaciones de los neutrales, las obligaciones financieras de los Estados, las leyes de guerra, etc. No parece haber ninguna esfera particular de obligaciones que en cuanto a tal pueda considerarse fuera del posible ámbito de aplicación de la excepción de fuerza mayor. Ciertamente ha habido algunas controversias relativas a la aplicabilidad de la excepción de fuerza mayor en ciertas esferas tales como, por ejemplo, las leyes de guerra⁷³ y el trato de los extranjeros⁷⁴, pero el problema se ha relacionado con la

⁷³ Una referencia a la cuestión puede encontrarse en Von Liszt (*op. cit.*, pág. 202):

«Muy controvertida es la cuestión de saber en qué medida las nociones de necesidad y de legítima defensa son susceptibles de aplicarse al derecho de la guerra. Frecuentemente se afirma que la observación de las leyes de la guerra estaría limitada por la «necesidad de guerra», lo que los alemanes llaman la «Kriegsraison». Tal afirmación desconoce el desarrollo moderno del derecho de la guerra, que *niega expresamente* a los beligerantes «la libertad ilimitada en la elección de los medios de perjudicar al enemigo», de los *necessaria ad finem belli*: a este respecto cabe remitirse al artículo 22 del reglamento anexo a la Cuarta Convención de 1907. No se tiene derecho a bombardear una ciudad abierta, incluso cuando el fin de la guerra dependa de su aniquilación. Esto no quiere decir que la idea de legítima defensa no ocupe un lugar en el derecho de la guerra: la defensa ante una agresión contraría a derecho es siempre lícita. Y del concepto del estado de necesidad procede la cláusula que frecuentemente se halla en las leyes de guerra: «en la medida en que lo permitan las circunstancias» («cláusula de circunstancia», «Umstands-Kausel»).»

⁷⁴ Por ejemplo, la doctrina elaborada por E. Brusa en el período de sesiones celebrado en La Haya (1898) del Instituto de Derecho Internacional, según la cual existiría un «deber jurídico de los Estados de indemnizar a los extranjeros que hayan sufrido pérdidas por hechos gubernamentales del Estado en el que residían, y ordenados para reprimir disturbios interiores» [K. Strupp, «Responsabilité internationale de l'Etat en cas de dommages causés aux ressortissants d'un Etat étranger en cas de troubles, d'émeutes ou de guerres civiles», *The International Law Association, Report of the Thirty-first Conference* (Buenos Aires, 1922), Londres, Sweet and Maxwell, 1923, vol. I, página 128]. La teoría del *riesgo estatal* elaborada por Fauchille en el siguiente período de sesiones del Instituto llevaría también a limitar la excepción de fuerza mayor en los casos de disturbios internos. Estas tesis fueron abandonadas hace tiempo. El Instituto de Derecho Internacional, en el período de sesiones celebrado en Lausana (1927), se apartó de estos enfoques. Ya en 1924, de Visscher declaró que, «debido a esos disturbios, las autoridades locales han podido hallarse en la imposibilidad de ejercer una acción preventiva o represiva verdaderamente adecuada. En efecto, la práctica internacional ha admitido aquí un caso de fuerza mayor» [«La responsabilité des Etats» (*loc. cit.*), pág. 104]. Esta conclusión corresponde a la posición adoptada de forma constante en la materia por los Estados y autores latinoamericanos (véase, por ejemplo, C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 5.ª ed., París, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1896, vol. 3, pág. 138).

cuestión del contenido de obligaciones internacionales específicas (a saber: con el contenido de las reglas «primarias» correspondientes) más que con la cuestión de excluir esferas o campos completos del derecho internacional del ámbito y *modus operandi* de una excepción de fuerza mayor.

35. El contenido de la obligación u obligaciones internacionales específicas de que se trate es, por otra parte, muy importante en lo concerniente a la admisibilidad de una excepción de fuerza mayor. Esto no es así porque pueda decirse, *a priori*, que las obligaciones internacionales de cierto contenido quedan fuera del ámbito de la excepción. Desde ese punto de vista el «contenido» de la obligación es tan irrelevante como su «fuente» o la esfera del derecho internacional a que pertenezca. La excepción puede hacerse valer incluso en relación con obligaciones internacionales de carácter procesal tales como el principio *audi alteram partem* y otras reglas que rigen los procedimientos judiciales internacionales⁷⁵. La importancia del contenido de la obligación deriva del hecho de que las reglas «primarias» pueden eventualmente modificar, limitar e incluso excluir la aplicación normal de la excepción de fuerza mayor. Esto sucede frecuentemente con respecto a las reglas convencionales⁷⁶ y puede ocurrir asimismo respecto a ciertas obligaciones internacionales que tienen otra «fuente» formal⁷⁷. Como ha subrayado la doctrina, «después de haber precisado el tenor de la regla cabe preguntarse si se está en presencia de una fuerza mayor que *excusa de no ajustarse a aquella regla* * y si es necesario invocar esta noción»⁷⁸.

36. La práctica internacional ofrece ejemplos en los que la excepción de fuerza mayor se ha invocado en relación con el incumplimiento resultante tanto de acciones como de omisiones. El incumplimiento de obligaciones internacionales que imponen el «deber de hacer» algo se presta probablemente más a que se invoque la fuerza mayor como razón del incumplimiento. Los hechos o acontecimientos externos que tengan carácter de fuerza mayor pueden impedir al obligado hacer lo que una obligación de ese tipo haya previsto, dando

lugar a una reclamación de incumplimiento por omisión. Un ejemplo es la omisión de tomar las medidas debidas para proteger a un enviado diplomático extranjero en una situación de disturbios. La falta de pago de una deuda del Estado sería otro ejemplo de incumplimiento por omisión en los que a veces se ha alegado fuerza mayor. Pero un hecho o acontecimiento que equivalga a fuerza mayor también puede dar lugar a reclamaciones de incumplimiento por acción cuando la obligación internacional de que se trate impone el deber de abstenerse de hacer lo que se ha hecho. Así, se ha alegado frecuentemente una excepción de fuerza mayor, debido a condiciones climatológicas o a problemas mecánicos, en relación con las supuestas violaciones del espacio aéreo de un Estado por una aeronave militar de otro Estado. La excepción de fuerza mayor también puede aplicarse respecto de obligaciones que requieran una acción u omisión determinadas (obligaciones de comportamiento), así como respecto de obligaciones que requieran en términos generales que se logre un resultado determinado sin especificar los medios que han de emplearse para ese fin (obligaciones de resultado). Ahora bien, es posible que las características de una obligación tales como las descritas anteriormente tengan finalmente cierta influencia en la forma en que se aplica la excepción de fuerza mayor.

37. Por último, obsérvese que, como se ha indicado anteriormente⁷⁹, el hecho o el acontecimiento que crea una situación de fuerza mayor e impide el cumplimiento de la obligación de que se trate puede ser causado por todo tipo de circunstancias. Por consiguiente, la imposibilidad de cumplimiento creada de esa forma puede tener un carácter tanto material como jurídico o moral. Como se ha afirmado, «la doctrina contemporánea admite dos tipos de imposibilidad y las engloba ambas en la expresión fuerza mayor»⁸⁰. En su opinión consultiva de 7 de junio de 1955 sobre el procedimiento de votación relativo al territorio de África Sudoccidental, la Corte Internacional de Justicia consideró que la cuestión de la conformidad del sistema de votación de la Asamblea General con el del Consejo de la Sociedad de las Naciones presentaba «dificultades insuperables de carácter jurídico». El pasaje correspondiente de la opinión consultiva dice lo siguiente:

No se tuvo presente el sistema de votación de la Asamblea General cuando la Corte, en su opinión de 1950, declaró que la supervisión «debería ajustarse lo más posible al procedimiento seguido a este respecto por el Consejo de la Sociedad de las Naciones» [81]. La constitución de un órgano prescribe habitualmente el método de votación por el cual el órgano adopta sus decisiones. El sistema de votación está relacionado con la composición y funciones del órgano y forma una de las características de la constitución del mismo. La adopción de decisiones por mayoría de dos tercios o por mayoría simple es uno de los rasgos característicos de la Asamblea General, en tanto que la norma de la unanimidad era uno de los rasgos característicos del Consejo de la Sociedad de las Naciones. Estos dos

⁷⁵ En el Asunto relativo a la Compañía de Electricidad de Sofía y de Bulgaria (auto) [1940], por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional decidió que Bulgaria no podía por su propio deseo impedir la continuación del procedimiento incoado por haberse abstenido «sin razones válidas» de presentar una réplica después de que el plazo inicial para hacerlo ya había sido prorrogado una vez (véanse párrs. 291 a 297 *infra*).

⁷⁶ Véanse párrs. 39 a 117 *infra*.

⁷⁷ «A los efectos del derecho internacional, la guerra ya no es una cuestión de política externa, sino un hecho que es o legal o ilegal. En relación con terceros Estados cabe, cuando menos, sostener que las medidas de la guerra agresiva ya no están amparadas por la razón «necesidad». Análogamente, cabe sostener que ya no puede permitirse a un agresor que se base en el carácter de fuerza mayor de las contramedidas adoptadas en legítima defensa por su oponente. Por tanto, al menos en relación con cualquier Estado que sea parte en un tratado que prohíba la guerra agresiva o el uso de la fuerza, es posible sostener que el transgresor del tratado no puede atribuir sus propias medidas de guerra agresiva a las necesidades de guerra o las de su enemigo a fuerza mayor.» (Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 646.)

⁷⁸ Basdevant, *loc. cit.*, pág. 556.

⁷⁹ Véase párr. 4 *supra*.

⁸⁰ L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3.^a ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964, pág. 340.

⁸¹ C. I. J. *Recueil* 1950, pág. 138.

sistemas son característicos de órganos diferentes, y un sistema no puede ser sustituido por otro sin una enmienda constitucional. Trasplantar a la Asamblea General la regla de la unanimidad del Consejo de la Sociedad de las Naciones no sería simplemente introducir un procedimiento, sino que equivaldría a olvidar una de las características de la Asamblea General. Por consiguiente, la cuestión de la conformidad del sistema de votación de la Asamblea General con el del Consejo de la Sociedad de las Naciones presenta dificultades insuperables de carácter jurídico. Por estas razones, el sistema de votación de la Asamblea General debe considerarse que no está incluido en el procedimiento que, según la anterior opinión de la Corte, la Asamblea General debería seguir al ejercer sus funciones de supervisión⁸².

⁸² C. I. J. *Recueil* 1955, pág. 75.

Ahora bien, una imposibilidad jurídica de derecho interno, tal como la ausencia de disposiciones internas de aplicación apropiadas, no podría invocarse hoy en el derecho internacional como fuerza mayor que justifique el incumplimiento de una obligación internacional. Como dispone el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura por la Comisión de Derecho Internacional:

El hecho de un Estado sólo podrá calificarse de internacionalmente ilícito según el derecho internacional. En tal calificación no influirá el que el mismo esté calificado de lícito según el derecho interno⁸³.

⁸³ Para la referencia, véase la nota 9 *supra*.

CAPÍTULO PRIMERO

La práctica de los Estados

38. Los materiales y la información contenidos en este capítulo se han dividido en dos secciones principales. La sección 1 se dedica a la práctica de los Estados reflejada en tratados y otros instrumentos internacionales, así como en las actas respectivas. La sección 2 se refiere a la práctica de los Estados reflejada en la correspondencia diplomática y en otros documentos oficiales relativos a casos concretos.

SECCIÓN 1.—LA PRÁCTICA DE LOS ESTADOS REFLEJADA EN TRATADOS Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EN LAS ACTAS RESPECTIVAS

39. Como cualquier otra de las reglas que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, la fuerza mayor y el caso fortuito como circunstancias que excluyen la ilicitud operan en derecho internacional independientemente de todo acuerdo especial entre los Estados de que se trate. Por otro lado, nada impide que los Estados incluyan disposiciones expresas al respecto en los tratados y otros instrumentos internacionales. En realidad, los tratados y otros instrumentos internacionales a veces contienen disposiciones de ese tipo⁸⁴. El contenido de esas disposiciones puede

simplemente reflejar el estado del derecho internacional, pero en otras ocasiones el alcance de la fuerza mayor y del caso fortuito como circunstancias que excluyen la ilicitud en derecho internacional se amplía⁸⁵ o se restringe⁸⁶ mediante las respectivas disposiciones conven-

cionado y el incumplimiento, y c) que a consecuencia del acontecimiento de que se trata, el cumplimiento se ha visto impedido o demorado, o se ha tornado completamente imposible (*ibid.*, págs. 263 y 264).

⁸⁵ Se pueden hallar ejemplos de esta tendencia en algunas de las «cláusulas de no responsabilidad» insertadas en tratados que regulan la responsabilidad de los Estados por los daños sufridos por extranjeros durante las guerras civiles, las revoluciones y otros disturbios internos, celebrados por países latinoamericanos con otras potencias durante el siglo XIX y a comienzos del siglo XX para limitar las reclamaciones de naciones consideradas más poderosas [véase, por ejemplo, H. Arias, «The non-liability of States for damages suffered by foreigners in the course of a riot, an insurrection, or a civil war», *American Journal of International Law*, Nueva York, vol. 7, N.º 4 (octubre de 1913), págs. 755 a 764].

⁸⁴ Los acuerdos de desarrollo económico celebrados entre Estados e inversores privados también contienen muy frecuentemente cláusulas de fuerza mayor. Para un análisis de estas cláusulas, véase G. R. Delaume, «Excuse for non-performance and force majeure in economic development agreements», *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, vol. 10, N.º 2 (otoño 1971), pág. 242. El autor señala que las estipulaciones de uso habitual en estos acuerdos se dividen en dos categorías principales, según se limiten a incorporar en el acuerdo el concepto de fuerza mayor aceptado en un sistema jurídico determinado, sea o no la propia ley del acuerdo (cláusulas de referencia), o traten de formular una definición original adaptada a las circunstancias particulares del caso (cláusulas cualitativas) (*ibid.*, pág. 245). El autor llega a la conclusión de que esas cláusulas no hacen un intento serio de definir los acontecimientos que pueden constituir una causa de justificación y que, con variaciones de alcance y de precisión, significan entre otras cosas que la parte transgresora no podrá exonerarse de responsabilidad a menos que pueda establecer: a) que no se encuentra en falta en el momento en que ocurre el hecho de fuerza mayor y ha actuado con toda la diligencia que sea razonable exigir para evitar el incumplimiento (o, en términos más generales, que el hecho escapa razonablemente a su dominio); b) que hay un nexo directo o una relación causal entre el acontecimiento men-

⁸⁶ Pueden hallarse, por ejemplo, disposiciones convencionales que restringen el alcance normal de la fuerza mayor y del caso fortuito como circunstancias que excluyen la ilicitud en tratados de paz, así como en otros tipos de acuerdos internacionales, y ello independientemente de si los tratados indicados enfocan a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos «objetivamente» o si tienen en cuenta el elemento «culpa» para establecer dicha responsabilidad. Los regímenes convencionales de responsabilidad basados en el principio de responsabilidad «absoluta» o «estricta» para ciertas actividades riesgosas o sumamente riesgosas también proporcionan ejemplos de disposiciones convencionales que limitan el alcance normal de la fuerza mayor y del caso fortuito (véanse párrs. 106 a 117, *infra*).

cionales. Puede suceder, incluso, que mediante un acuerdo se excluya completamente a las excepciones de fuerza mayor y caso fortuito en las relaciones entre las partes contratantes. Las normas sobre responsabilidad del Estado con respecto a dichas excepciones no parecerían tener los rasgos de una norma de *jus cogens*, es decir, de una norma imperativa de derecho internacional general que no admite derogación y sólo puede modificarse mediante una norma superviniente de derecho internacional general de igual carácter. El alcance y el *modus operandi* normales de la fuerza mayor y del caso fortuito como circunstancias susceptibles de excluir la ilicitud están sujetos, pues, a la condición general de que las normas «primarias» correspondientes (convencionales o consuetudinarias) no hayan dispuesto otra cosa. Ciertas disposiciones de tratados y otros acuerdos internacionales revelan, en efecto, que las partes tienen conciencia de la necesidad de circunscribir a la fuerza mayor dentro de límites precisos. Con ese objeto se especifica algunas veces que deben cumplirse ciertas condiciones antes de que pueda reconocerse como tal a un acontecimiento de fuerza mayor, en el sentido en que lo define el tratado o acuerdo correspondiente. También hay disposiciones convencionales que asignan claramente a la parte que invoca la fuerza mayor la carga de probar la relación causal entre el acontecimiento o los acontecimientos invocados como eximente y la consiguiente imposibilidad de cumplir con la obligación internacional.

40. Es posible incluir disposiciones convencionales concernientes a la fuerza mayor y al caso fortuito como defensas o excepciones que pueden invocar las partes contratantes tanto en los instrumentos bilaterales como en los multilaterales. Son numerosos los ejemplos de este tipo de disposiciones en tratados bilaterales⁸⁷. No es necesario, sin embargo, analizar tales cláusulas bilaterales para los fines del presente estudio. Por otra parte, y sin perjuicio de la reserva hecha en el párrafo precedente, podría ser útil identificar aquellos tipos de disposiciones de los instrumentos multilaterales, particularmente de los instrumentos de codificación y de otros instrumentos de carácter normativo, como medio de determinar el estado actual y la evolución del derecho internacional en esta materia.

41. Para mantener el presente estudio dentro de dimensiones razonables y para evitar repeticiones innecesarias se ha limitado la investigación correspondiente a los tratados multilaterales y a otros instrumentos inter-

nacionales multilaterales relativos a ciertas esferas previamente seleccionadas del derecho internacional que parecerían presentar, *a priori*, mayor interés para el objetivo expresado antes. Ese planteamiento se dirige también a subrayar que la fuerza mayor y el caso fortuito son circunstancias que excluyen la ilicitud que pueden operar con relación a toda clase de obligaciones internacionales e independientemente de la esfera del derecho internacional al que pertenezcan las obligaciones de que se trate.

42. Debería señalarse también que podría ser sumamente importante al respecto el contenido de las normas primarias cuya violación puede hacer surgir la responsabilidad internacional. Es obvio que la fuerza mayor y el caso fortuito como excepciones no operarán del mismo modo frente a una obligación internacional que incorpore elementos tales como «intención», «culpa» o «negligencia», que con respecto a obligaciones internacionales que limiten o excluyan tales elementos. Por esta razón se han incluido en esta sección, a título ilustrativo, determinadas disposiciones que podrían considerarse propiamente pertenecientes al dominio de las normas primarias. Sirven también como ejemplos de la introducción de los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito en el derecho internacional.

43. Otras disposiciones asimismo incluidas en esta sección, como aquellas cuyo texto se refiere a los intereses vitales de la nación o emplean otras expresiones equivalentes, parecerían contemplar situaciones comprendidas dentro de la noción de estado de necesidad antes que dentro de las de fuerza mayor o caso fortuito. Sin embargo, se ha considerado adecuado incluir algunas disposiciones de este tipo para tener presente el problema de la distinción que debería hacerse entre fuerza mayor y caso fortuito por un lado y estado de necesidad por otro como dos tipos diferentes de circunstancias que excluyen la ilicitud. Esos ejemplos sirven también para ilustrar el hecho de que en el lenguaje de los tratados no es siempre fácil distinguir claramente entre los diferentes tipos de circunstancias que excluyen la ilicitud.

44. Finalmente, la reseña de las disposiciones de los tratados y demás instrumentos internacionales multilaterales hecha en esta sección se ha complementado, en algunos casos, mediante documentos del tipo de los trabajos preparatorios, así como la información pertinente proporcionada en otras actas oficiales publicadas relativas a negociaciones intergubernamentales de instrumentos multilaterales.

a) Paz y seguridad internacionales

LA DEFINICIÓN DE LA AGRESIÓN APROBADA POR LA ASAMBLEA GENERAL EN 1974

45. La «Definición de la agresión», aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1974⁸⁸, expresa, en el artículo 1.º, que:

La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia

⁸⁷ Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo XVIII del Tratado entre los Estados Unidos de América y el Canadá relativo al desarrollo de los recursos hidráulicos de la cuenca del río Columbia, firmado en Washington el 17 de enero de 1961, que dice así:

«Los Estados Unidos de América y el Canadá serán mutuamente responsables y deberán proporcionarse mutuamente una indemnización adecuada con motivo de cualquier hecho, omisión o demora que configure una violación del Tratado o de cualquiera de sus disposiciones, salvo que se trate de un hecho, omisión o demora ocurridos a causa de guerra, huelga, calamidad mayor, *vis divina*, fuerza incontrolable o una interrupción necesaria para la conservación.» [Legislative texts and treaty provisions concerning the utilization of international rivers for other purposes than navigation (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 63.V.4), pág. 218.]

⁸⁸ Resolución 3314 (XXIX), anexo.

política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición⁸⁹.

El párrafo 4 de la resolución 3314 (XXIX) señala a la atención del Consejo de Seguridad la Definición de la agresión consignada como anexo de la misma y recomienda que, cuando proceda, tenga en cuenta esa Definición como orientación para determinar, de conformidad con la Carta, la existencia de un acto de agresión.

46. Esa disposición se completa con la consignada en el artículo 3 de la Definición, que enumera una serie de actos que, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizarán, con sujeción a las disposiciones del artículo 2 y de conformidad con ellas, como actos de agresión⁹⁰.

47. El artículo 5 de la Definición —cuyo párrafo 2 expresa que «la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional» y que «la agresión origina responsabilidad internacional»⁹¹— dispone en su párrafo 1 que

⁸⁹ Ninguna parte de la Definición: a) se interpretará en el sentido de que amplía o restringe en forma alguna el alcance de la Carta, incluidas sus disposiciones relativas a los casos en que es lícito el uso de la fuerza (art. 6); b) podrá perjudicar en forma alguna el derecho a la libre determinación, la libertad y la independencia, tal como surge de la Carta, de pueblos privados por la fuerza de ese derecho, a los que se refiere 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 Unidas (art. 7); c) se interpretará, en especial el inciso c del artículo 3, como una justificación para que un Estado bloquee, en contravención del derecho internacional, las rutas de libre acceso de un país sin litoral hacia el mar y desde éste (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo noveno período de sesiones, Anexos*, tema 86 del programa, documento A/9890, párr. 9); d) se interpretará, en especial el inciso d del artículo 3, de manera alguna que menoscabe la facultad de un Estado de ejercer sus derechos dentro de los límites de su jurisdicción nacional, a condición de que ese ejercicio sea compatible con la Carta de las Naciones Unidas (*ibid.*, párr. 10).

⁹⁰ Los actos especificados en el artículo 3 son los siguientes:

«a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

«b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

«c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

«d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

«e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

«f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

«g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.»

⁹¹ En una nota explicativa consignada en el párrafo 20 del informe del Comité Especial sobre la cuestión de la definición

«ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión»⁹². En lo concerniente a la determinación de que se ha cometido un acto de agresión, el artículo 2 de la Definición —con arreglo a la declaración contenida en el preámbulo de que la cuestión ha de considerarse a la luz de todas las circunstancias de cada caso concreto— estipula lo siguiente:

El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba *prima facie* de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.

48. Las disposiciones de la Definición referentes a la determinación de un acto de agresión originaron varias declaraciones de representantes de Estados Miembros, tanto en el Comité Especial sobre la cuestión de la definición de la agresión⁹³ como en la Sexta Comisión de la Asamblea General⁹⁴. Algunos pasajes de esas declaraciones se refieren a la cuestión de la importancia que habría de asignar el Consejo de Seguridad, a la luz del texto de las disposiciones respectivas, a las circunstancias que rodean a cada caso concreto y en especial a elementos como la «intención», los «objetivos» o los «motivos».

49. De esas declaraciones se desprende que el artículo 2 de la Definición representa un compromiso entre el principio de la prioridad (primer uso de la fuerza armada) y las facultades discrecionales del Consejo de Seguridad para determinar, actuando de conformidad con la Carta

de la agresión se dice que las palabras «responsabilidad internacional» se emplean sin perjuicio del alcance de esa expresión (*ibid.*, *vigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 19* (A/9619 y Corr.1)). Ya se había consignado la responsabilidad de los Estados por agresión en instrumentos y proyectos preparados antes de la adopción de la Definición. Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, contenido en 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 Unidas, adoptada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970 [resolución 2625 (XXV), anexo]. Véanse también los principios VII y IX de los Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado según la opinión de los países latinoamericanos», preparados por el Comité Jurídico Interamericano en 1962 (*Anuario... 1969*, vol. II, pág. 160, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo XIV).

⁹² Una nota consignada en el párrafo 20 del informe del Comité Especial sobre la cuestión de la definición de la agresión explica que el Comité tuvo especialmente presente el principio contenido en 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 Unidas, según el cual «ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de ningún otro» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 19* (A/9619 y Corr.1)).

⁹³ *Ibid.*, anexo I.

⁹⁴ *Ibid.*, *vigésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 1471.ª a 1483.ª, 1488.ª, 1489.ª y 1502.ª a 1504.ª sesiones.

a la luz de «otras circunstancias pertinentes», si se ha cometido o no se ha cometido un acto de agresión en cada caso concreto. Varios representantes mencionaron expresamente que elementos como la «intención», los «objetivos» o los «motivos» quedaban comprendidos en el artículo 2 dentro de las palabras «otras circunstancias pertinentes»⁹⁵ o que dichas palabras abarcaban «todas» las circunstancias pertinentes⁹⁶. Otros representantes declararon que la referencia hecha en el artículo 2 a «otras circunstancias pertinentes» no abarcaba la «intención», el «propósito» o los «objetivos»⁹⁷. Otros representantes adoptaron posiciones intermedias⁹⁸, y algunos de ellos distinguieron entre circunstancias «agravantes» y «eximentes»⁹⁹. Finalmente, otros representantes no se refirieron expresamente al asunto, aunque en sus declaraciones pueden percibirse diferencias de grado en cuanto a la importancia relativa del principio del primer uso de la fuerza en la Definición¹⁰⁰.

50. Durante el debate no se hizo ninguna referencia a la fuerza mayor ni al caso fortuito como circunstancias que excluyen la ilicitud. Sin embargo, algunos representantes distinguieron entre la «intención», en el sentido de acto voluntario, y los «motivos»¹⁰¹. Por ejemplo, el representante del Iraq señaló lo siguiente:

⁹⁵ Véanse, por ejemplo, las declaraciones de los representantes de los siguientes países: *Australia* (*ibid.*, 1478.ª sesión, párr. 29); *Bélgica* (*ibid.*, 1476.ª sesión, párr. 29); *Bulgaria* (*ibid.*, 1472.ª sesión, párr. 42); *Canadá* (*ibid.*, 1473.ª sesión, párr. 10); *Chile* (*ibid.*, 1474.ª sesión, párr. 18); *Estados Unidos de América* [*ibid.*, 1480.ª sesión, párr. 70, e *ibid.*, *Suplemento N.º 19* (A/9619 y Corr.1), pág. 24]; *Grecia* (*ibid.*, *Sexta Comisión*, 1482.ª sesión, párr. 48); *Guatemala* (*ibid.*, 1479.ª sesión, párr. 22); *Jamaica* (*ibid.*, 1480.ª sesión, párr. 3); *Japón* [*ibid.*, 1473.ª sesión, párrafo 19, e *ibid.*, *Suplemento N.º 19* (A/9619 y Corr.1), pág. 17]; *Mongolia* (*ibid.*, *Sexta Comisión*, 1474.ª sesión, párr. 11); *Países Bajos* (*ibid.*, 1473.ª sesión, párr. 2); *Paraguay* (*ibid.*, 1483.ª sesión, párr. 4); *Reino Unido* (*ibid.*, 1472.ª sesión, párr. 20); *República Democrática Alemana* (*ibid.*, 1476.ª sesión, párr. 15); *República Socialista Soviética de Ucrania* (*ibid.*, 1477.ª sesión, párr. 11); *Turquía* (*ibid.*, párr. 27); *URSS* (*ibid.*, 1472.ª sesión, párr. 5).

⁹⁶ Véanse, por ejemplo, las declaraciones de los representantes de *Madagascar* (*ibid.*, 1474.ª sesión, párr. 36) y de la *República Unida del Camerún* (*ibid.*, 1483.ª sesión, párr. 11).

⁹⁷ Véanse, por ejemplo, las declaraciones de los representantes de los siguientes países: *Argelia* (*ibid.*, 1479.ª sesión, párr. 32); *Cuba* (*ibid.*, párr. 41); *Kenya* (*ibid.*, 1474.ª sesión, párr. 23); *México* [*ibid.*, *Suplemento N.º 19* (A/9619 y Corr.1), págs. 43 y 44]; *República Árabe Siria* (*ibid.*, pág. 21); *Yugoslavia* (*ibid.*, *Sexta Comisión*, 1479.ª sesión, párr. 6).

⁹⁸ Véanse, por ejemplo, las declaraciones de los representantes de los siguientes países: *Austria* (*ibid.*, 1472.ª sesión, párr. 32); *Costa de Marfil* (*ibid.*, 1481.ª sesión, párr. 81); *Chipre* (*ibid.*, 1479.ª sesión, párr. 14); *Nueva Zelanda* (*ibid.*, 1475.ª sesión, párr. 23); *Suecia* (*ibid.*, 1472.ª sesión, párr. 8).

⁹⁹ Véase, por ejemplo, la declaración del representante de *Rumania* (*ibid.*, 1475.ª sesión, párr. 5).

¹⁰⁰ Véanse, por ejemplo, las declaraciones de los representantes de los siguientes países: *Brasil* (*ibid.*, 1474.ª sesión, párr. 48); *Burundi* (*ibid.*, 1482.ª sesión, párr. 8); *Colombia* (*ibid.*, 1474.ª sesión, párr. 56); *China* (*ibid.*, 1475.ª sesión, párr. 16); *España* (*ibid.*, 1472.ª sesión, párr. 37); *Francia* (*ibid.*, 1474.ª sesión, párr. 28); *Indonesia* (*ibid.*, 1482.ª sesión, párr. 34); *Irán* (*ibid.*, 1480.ª sesión, párr. 12); *Iraq* (*ibid.*, 1478.ª sesión, párr. 7); *Malí* (*ibid.*, 1480.ª sesión, párr. 8); *Pakistán* (*ibid.*, 1477.ª sesión, párrafo 2); *Sri Lanka* (*ibid.*, 1478.ª sesión, párr. 56).

¹⁰¹ Véanse las declaraciones de los representantes del *Iraq* (*ibid.*, 1478.ª sesión, párr. 8) y *Túnez* (*ibid.*, 1482.ª sesión, párrafo 23).

El texto del proyecto de Definición permite, además, señalar el problema de los actos no voluntarios. En efecto, la agresión no puede ser sino voluntaria, aunque a veces un acto involuntario puede tener la apariencia de agresión. Sin embargo, se mantiene el equilibrio del texto porque el primer párrafo del artículo 5 limita esa posibilidad al precisar que ninguna consideración, sea cual fuere su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión. Con esas palabras, los autores indican que los motivos del acto, lo que es distinto de la intención del autor, no pueden ser tomados en consideración¹⁰².

Es difícil concebir una «agresión», y en particular una «guerra de agresión», que no sea un acto voluntario del Estado de que se trata, pero pueden producirse daños con motivo del uso de la fuerza militar o de las armas debido a un caso fortuito o a un caso de fuerza mayor. Tales accidentes pueden ocurrir no solamente a lo largo de las fronteras terrestres de un país determinado, sino también en el mar e incluso muy adentro del territorio de un Estado, como, por ejemplo, en el caso del lanzamiento accidental de bombas por un avión militar extranjero armado en apuros¹⁰³.

b) Derecho económico internacional

ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO (1947)

51. Frecuentemente, los convenios multilaterales sobre comercio, productos básicos, uniones económicas, etc., estipulan excepciones concretas, algunas de las cuales podrían en su día invocarse en casos de fuerza mayor. Por ejemplo, el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)¹⁰⁴, titulado «Excepciones generales», dispone que, a reserva de que tales medidas no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir, entre otras cosas, que toda parte contratante adopte o aplique las medidas necesarias para proteger la moral pública, la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico; relativas a la conservación de los recursos naturales agotables; que impliquen restricciones a la exportación de materias primas nacionales necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los períodos en que el precio nacional sea mantenido

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ El caso fortuito o la fuerza mayor en cuestión sólo puede referirse al lanzamiento accidental de las bombas. En tal caso, por supuesto, la excepción no podría constituir una circunstancia que excluyera la ilicitud de un hecho internacionalmente ilícito cometido por la aeronave antes de ese acontecimiento, como, por ejemplo, la violación del espacio aéreo del Estado territorial cuando éste no hubiera autorizado el vuelo.

¹⁰⁴ GATT, *Instrumentos básicos y documentos diversos*, volumen IV (N.º de venta: GATT/1969-1).

a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización, etc.¹⁰⁵.

52. El apartado *a* del párrafo 1 del artículo XIX del Acuerdo prevé también la adopción de medidas de urgencia sobre la importación de productos en casos particulares, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias, en los siguientes términos:

Si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias, y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo, se importa un producto en el territorio de esta parte contratante en cantidades tan mayores y en condiciones tales que cause o amenace causar un perjuicio grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese perjuicio, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión.

CONVENCIÓN SOBRE EL COMERCIO DE TRÁNSITO DE LOS ESTADOS SIN LITORAL (1965)

53. La Convención sobre el Comercio de Tránsito de los Estados sin Litoral¹⁰⁶, celebrada en Nueva York el 8 de julio de 1965, expresa en el párrafo 1 del artículo 7 que

Salvo en casos de fuerza mayor, los Estados contratantes tomarán todas las medidas necesarias a fin de evitar retrasos o restricciones al tráfico en tránsito.

El artículo 11 estipula excepciones a la convención por motivos, entre otros, de moral pública, salubridad o seguridad pública, como precaución contra las enfermedades de animales o plantas o contra las plagas, así como para la protección de los intereses esenciales de su seguridad. El artículo 12 permite, con sujeción a ciertas condiciones, apartarse de las disposiciones de la convención en una situación de emergencia que ponga en peligro la existencia política o la seguridad del Estado de tránsito.

CONVENIOS SOBRE PRODUCTOS BÁSICOS

54. Pueden encontrarse también varios ejemplos en los convenios sobre productos básicos. Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 12 del *Convenio Internacional del Azúcar de 1958*¹⁰⁷ establece que el Consejo podrá modificar las cantidades que habrán de deducirse según dicho artículo si le resulta satisfactoria la explicación que le ofrezca el país participante de que se trate de que sus exportaciones netas resultaron inferiores a su cuota por causa de fuerza mayor. El párrafo 6 del artículo 46

¹⁰⁵ El artículo XXI del Acuerdo General también enumera una serie de excepciones relativas a la seguridad. Por ejemplo, se expresa que no deberá interpretarse ninguna disposición del Acuerdo en el sentido de que impida a toda parte contratante que adopte medidas en cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

¹⁰⁶ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 597, pág. 79.

¹⁰⁷ *Ibid.*, vol. 385, pág. 294.

del *Convenio Internacional del Azúcar de 1968*¹⁰⁸ contiene una disposición similar. Además, el artículo 56 de este convenio establece una norma general referente a la exención de obligaciones «en circunstancias excepcionales». El párrafo 1 de dicho artículo dice lo siguiente:

1) Siempre que resulte necesario por razón de circunstancias excepcionales o de emergencia o de fuerza mayor no previstas expresamente en el Convenio, el Consejo, por votación especial, podrá eximir a un miembro de una obligación del Convenio si llega a la conclusión, oídas las explicaciones del miembro interesado, de que su cumplimiento perjudica gravemente a ese miembro o le impone una carga injusta.

55. El párrafo 1 del artículo 60 del *Convenio Internacional del Café de 1962*¹⁰⁹ dispone que:

1) El Consejo podrá exonerar, por mayoría distribuida de dos tercios, a un Miembro de una obligación que, por circunstancias excepcionales o de emergencia, por fuerza mayor, o por deberes constitucionales u obligaciones internacionales en virtud de la Carta de las Naciones Unidas con territorios que administre en virtud del Régimen de Administración Fiduciaria:

- a) represente un grave sacrificio;
- b) imponga una carga injusta a dicho Miembro, y
- c) otorgue a otros Miembros una ventaja injusta o ilógica.

El párrafo 1 del artículo 57 del *Convenio Internacional del Café de 1968*¹¹⁰ contiene una disposición similar, que omite, no obstante, los apartados *a*, *b* y *c*. Lo mismo ocurre en el caso del *Convenio Internacional del Cacao de 1972*¹¹¹ (art. 59) y del *Convenio Internacional del Cacao de 1975*¹¹² (art. 60).

56. Los *Convenios Internacionales del Aceite de Oliva de 1956 (modificado en 1958)*¹¹³ y de 1963¹¹⁴ establecen un procedimiento para retirarse del convenio que se aplica, con arreglo a determinadas circunstancias que se especifican, cuando un gobierno participante declare que circunstancias ajenas a su voluntad le impiden cumplir las obligaciones contraídas en virtud de dicho convenio (apartado *a* del párrafo 2 del artículo 39). Además, los convenios sobre productos básicos contienen a veces excepciones por razones de seguridad nacional¹¹⁵.

CONVENIOS SOBRE COMUNIDADES ECONÓMICAS O ASOCIACIONES DE LIBRE INTERCAMBIO

57. Los tratados que establecen comunidades económicas también prevén las situaciones excepcionales, in-

¹⁰⁸ *Ibid.*, vol. 654, pág. 226.

¹⁰⁹ *Ibid.*, vol. 469, pág. 247.

¹¹⁰ *Ibid.*, vol. 647, pág. 190.

¹¹¹ *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cacao, 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.D.9), pág. 9.

¹¹² *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cacao, 1975* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.76.II.D.9), pág. 7.

¹¹³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 336, pág. 216.

¹¹⁴ *Ibid.*, vol. 495, pág. 4.

¹¹⁵ Véase, por ejemplo, el artículo XVI del Convenio Internacional sobre el Estaño (*ibid.*, vol. 256, pág. 88).

cludidas las que pueden configurar casos de fuerza mayor. Puede encontrarse un ejemplo en el artículo 224 del Tratado que instituye la *Comunidad Económica Europea*¹¹⁶, celebrado en Roma el 25 de marzo de 1957, concebido en los siguientes términos:

Los Estados Miembros se consultan a fin de adoptar las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del Mercado Común resulte afectado por las medidas que un Estado Miembro pueda verse en la obligación de tomar en caso de graves perturbaciones interiores que afecten al orden público, en caso de guerra o de tensión internacional grave que envuelva amenaza de guerra, o para hacer frente a los compromisos que haya contraído en orden al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional.

58. La *Convención constitutiva de la Asociación Europea de Libre Intercambio*¹¹⁷, firmada en Estocolmo el 4 de enero de 1960, y el *Tratado que establece una Zona de Libre Comercio e instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*¹¹⁸, firmado en Montevideo el 18 de febrero de 1960, especifican que los Estados miembros de las Asociaciones podrán adoptar y cumplir las medidas necesarias para proteger la moralidad pública, la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales, el patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico, para impedir desórdenes o delitos, etc.

c) Trato de los extranjeros

INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE JURISTAS DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES (1924)

59. En una resolución aprobada el 28 de septiembre de 1923, el Consejo de la Sociedad de las Naciones encomendó a una Comisión Especial de Juristas que respondiera a ciertas cuestiones planteadas en la interpretación del Pacto y a otros puntos de derecho internacional¹¹⁹. La Comisión Especial se reunió por primera vez del 18 al 24 de enero de 1924. En una carta de fecha 24 de enero de 1924, el Sr. Adatci (Japón), Presidente de la Comisión Especial, notificó al Presidente del Consejo de la Sociedad las respuestas en que habían convenido los juristas que integraban la Comisión Especial¹²⁰. La respuesta a la cuestión V (¿En qué condiciones y en qué medida responde un Estado del delito po-

lítico cometido contra extranjeros en su territorio?) afirma, entre otras cosas, que un Estado sólo responde de los delitos políticos cometidos contra la persona de extranjeros en su territorio si ese Estado «no ha adoptado las disposiciones adecuadas» para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente¹²¹.

CONFERENCIA DE CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL (LA HAYA, 1930)

60. La lista de puntos presentada a los gobiernos para que hicieran comentarios por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) en relación con la cuestión de la «Responsabilidad de los Estados por el daño causado en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros» contenía un punto XI titulado «Circunstancias en que un Estado puede declinar su responsabilidad»¹²². Sin embargo, ni el punto XI ni las correspondientes bases de discusión elaboradas por el Comité Preparatorio (bases N.ºs 1, 24, 25, 26 y 27)¹²³ se referían a la fuerza mayor o al caso fortuito. En cambio, la fuerza mayor y el caso fortuito fueron tenidos en cuenta, tanto por los gobiernos como por el Comité Preparatorio, en las consideraciones adelantadas y en las propuestas hechas en relación con otros puntos y bases de discusión. El texto de varias de las bases sugeriría que, al menos respecto de algunas de ellas, no debía prescindirse de «circunstancias» tales como la fuerza mayor y el caso fortuito en el proceso de determinar el cumplimiento o la violación de las disposiciones en cuestión. Las respuestas escritas presentadas por los gobiernos a esos otros puntos y las actas oficiales de la propia Conferencia confirman, en términos generales, que tal interpretación era compartida por muchos de los gobiernos y que para algunos de ellos uno de los principales temas de preocupación era esclarecer, en la medida de lo posible, esa cuestión.

61. Por ejemplo, puede hallarse una referencia expresa a la «fuerza mayor» en los comentarios generales hechos por *Francia* en relación con el punto III (Actos del órgano legislativo) y por *Suiza* sobre el punto V

¹²¹ *Ibid.*, pág. 524.

¹²² El punto XI estaba redactado como sigue:

«XI.—Circunstancias en que un Estado puede declinar su responsabilidad. ¿Cuáles son las condiciones que han de llenarse en los siguientes casos?: a) cuando un Estado alegue que ha actuado en legítima defensa; b) cuando un Estado alegue que ha actuado en circunstancias que justificaban una política de represalias; c) cuando un Estado alegue que las circunstancias justifican la abrogación unilateral de sus compromisos contractuales; d) cuando el individuo afectado se haya comprometido contractualmente a no recurrir a la vía diplomática.» [Sociedad de las Naciones, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III: *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (documento C.75.M.69.1929.V), pág. 161.]

Excepto la base N.º 1 (invocación del derecho interno), esas bases no fueron consideradas por el Tercer Comité de la Conferencia.

¹²³ Véase *Anuario...* 1956, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 2.

¹¹⁶ *Ibid.*, vol. 294, pág. 17. Para una versión española, véase Servicio de Estudios del Banco Urquijo, *El Mercado Común Europeo, Estudio y textos*, 2.º ed., Madrid, 1958, pág. 173.

¹¹⁷ *Ibid.*, vol. 370, pág. 3. Para una versión española, véase Ediciones Taurus, *Instituciones y textos europeos*, págs. 217 y 218.

¹¹⁸ Véase ALALC, *Instrumentos Jurídicos Básicos*, Montevideo, 1975, 2.º ed., rev., pág. 7.

¹¹⁹ Además del Sr. Adatci y del Director de la Sección Jurídica de la Secretaría de la Sociedad de las Naciones, la Comisión Especial estaba compuesta por juristas procedentes de Bélgica, Brasil, España, Francia, Imperio Británico, Italia, Suecia y Uruguay.

¹²⁰ Consejo de la Sociedad de las Naciones, Minutas de la 28.ª reunión, celebrada en Ginebra del lunes 10 al sábado 15 de marzo de 1924, 6.ª sesión [*Journal officiel*, 5.º año, N.º 4 (abril de 1924), pág. 523].

(Actos del órgano ejecutivo). Los textos son los siguientes:

Francia:

Ningún tribunal tiene jurisdicción para entender en una reclamación de indemnización por daños causados por un acto del parlamento.

Sólo hay dos excepciones:

1.º Si el propio parlamento ha concedido por ley una indemnización;

2.º Si el particular lesionado está ligado por contrato con el gobierno (un antiguo concesionario de obras públicas o de algún otro servicio público); en ese caso, puede obtener una indemnización ordenada por el juez en virtud de su contrato y basándose en una teoría conocida como «*imprévision*» (una circunstancia imprevista). La ley en cuestión se considera como un caso de *vis major*. Si el resultado es un aumento de la carga que debe soportar el concesionario, que no se podía prever en el momento en que se celebró el contrato, el concesionario tiene derecho a una indemnización como compensación de esa carga contractual extra ¹²⁴.

Suiza:

Se ha aducido que un acto realizado por un Estado dentro de sus límites legales e inspirado por consideraciones de defensa nacional no constituye un delito internacional, incluso aunque pueda perjudicar a otro Estado. Una norma así sería evidentemente demasiado absoluta; crearía condiciones de incertidumbre jurídica que equivaldrían casi a una negación total de la ley. Sin embargo, hay que admitir el derecho a la propia conservación y conceder al Estado un derecho de legítima defensa, siempre que ese derecho se interprete estrictamente y se subordine rigurosamente a la existencia de una agresión injusta e ilegal. Debemos distinguir claramente, por tanto, entre ese derecho y la ley de la necesidad, que puede usarse como un manto para encubrir cualquier forma de injusticia y arbitrariedad. También debe hacerse una excepción a la responsabilidad internacional en lo que respecta al caso fortuito o de fuerza mayor, en la inteligencia de que, no obstante, el Estado podría ser tenido por responsable si al caso fortuito o al caso de fuerza mayor hubiera precedido culpa, sin la cual no se habría causado ningún daño a un tercer Estado en la persona o en los bienes de sus nacionales ¹²⁵.

62. Las bases de discusión N.ºs 2 y 7 ¹²⁶ establecen que un Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero si ese daño resulta del hecho de haber aprobado o no medidas legislativas, o de un acto u omisión del

poder ejecutivo, incompatibles con las «obligaciones internacionales» del Estado. Dejando aparte cuestiones de lenguaje, el mismo principio básico fue incorporado en los artículos 6 (actos legislativos) y 7 (actos ejecutivos) adoptados en primera lectura por el Tercer Comité de la Conferencia ¹²⁷. Tales artículos no hacen al respecto más que desarrollar la norma general incorporada al artículo 1.º ¹²⁸, según el cual todo «incumplimiento» ¹²⁹ de las «obligaciones internacionales» de un Estado por parte de sus órganos entraña la responsabilidad internacional de éste. Hay que señalar, sin embargo, que la expresión «obligaciones internacionales» se definió, a los efectos de la convención, en el artículo 2 —un artículo aprobado también en primera lectura por el Tercer Comité de la Conferencia— con referencia no sólo a las obligaciones resultantes de un tratado o de la costumbre, sino también a las obligaciones resultantes de «los principios generales del derecho» ¹³⁰. Hay que señalar al respecto que la fuerza mayor ha sido reconocida como uno de esos principios ¹³¹. Varios representantes subrayaron en el Tercer Comité de la Conferencia que no era aconsejable excluir la consideración de «los principios generales del derecho», y algunos de ellos, como el representante de *Finlandia*, vincularon la cuestión a la interpretación y aplicación de aquellas bases de discusión según las cuales la posible responsabilidad internacional del Estado depende de las «circunstancias» ¹³². Especialmente pertinente al respecto es la siguiente declaración del representante de *Portugal* en el Tercer Comité, durante la consideración de la base N.º 7:

No hay que temer que, al admitir la concepción objetiva de la responsabilidad, dejemos de lado todos los factores individualistas o subjetivos. Esa concepción lleva naturalmente a considerar el incumplimiento de la obligación como el hecho fundamental, que es suficiente para ocasionar la responsabilidad. Pero esa responsabilidad puede variar en amplitud y gravedad según la naturaleza del propio incumplimiento [...], puede variar también según las circunstancias en que se cometa el acto irregular o ilegal, y puede variar la gravedad

¹²⁷ *Ibid.*, pág. 222, apéndice 3.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Es interesante señalar que la palabra «incumplimiento», usada en el artículo 1.º, no aparece en los artículos 6 y 7. Se temía que el uso de la palabra incumplimiento en esos últimos artículos condujera al Tercer Comité de la Conferencia a examinar la «teoría de la culpa». Véanse las exposiciones de los representantes de *Bélgica*, *Italia* y los *Países Bajos* en Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international* (La Haya, 13 de marzo a 12 de abril de 1930), vol. IV, *Procès-verbaux de la Troisième Commission* [C.351(c).M.145(c).1930.V], págs. 33 y 36. *Hungría* presentó a la Conferencia una propuesta, según la cual «si el daño sufrido por un extranjero es el resultado de actos u omisiones de los órganos administrativos, el Estado sólo es responsable si no concede al extranjero la posibilidad de dirigir sus reclamaciones contra los *órganos culpables* * [...]», que no fue recogida por el Tercer Comité (para el texto completo, véase *ibid.*, pág. 226).

¹³⁰ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 221, documento A/CN.4/96, apéndice 3.

¹³¹ Por ejemplo, por la Corte Permanente de Arbitraje en el Asunto de las indemnizaciones rusas (1912) (véanse párrs. 388 a 394 *infra*).

¹³² El representante de *Finlandia* mencionó específicamente las bases N.ºs 8, 4, 9 y 24 [véase Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence... (op. cit.)*, pág. 58].

¹²⁴ Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, pág. 197. En la respuesta de Francia al punto V (Actos del órgano ejecutivo) se hace una distinción entre casos de responsabilidad establecidos en textos particulares y casos de responsabilidad fuera de todo texto. Con respecto a la última categoría, se dice que la autoridad pública incurre siempre en responsabilidad en caso de «culpa en los servicios públicos» («faute de service public»), y que a veces la autoridad pública incurre en responsabilidad incluso cuando no haya habido ninguna culpa en el servicio. También se hace una referencia a la jurisprudencia del «Conseil d'Etat» (Consejo de Estado), distinguiendo entre culpa grave («une faute lourde»), imprudencia grave («une imprudence grave») y culpa evidente y particularmente grave («une faute manifeste et particulièrement grave») (*ibid.*, pág. 198 y 199).

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 241.

¹²⁶ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 219, documento A/CN.4/96, apéndice 2.

de esas circunstancias. Por ejemplo, pueden equivaler a culpa, fraude o negligencia¹³³.

63. Hay que señalar también que las bases de discusión, elaboradas por el Comité Preparatorio teniendo en cuenta las respuestas de los gobiernos a las preguntas relacionadas con el punto IV (Actos relacionados con la actuación de los tribunales), establecen que un Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero por el hecho de que, entre otras cosas, haya habido «demoras injustificables» por parte de los tribunales o que el contenido de la decisión judicial esté «manifiestamente inspirado por la mala voluntad» hacia los extranjeros como tales o como nacionales de un determinado Estado (base de discusión N.º 5)¹³⁴, así como si el daño sufrido por un extranjero es consecuencia del hecho de que el procedimiento y la sentencia «adolecen de vicios tan graves» que revelan que los tribunales no ofrecen las garantías indispensables para una acertada administración de justicia (base de discusión N.º 6)¹³⁵. El artículo 9 (relativo a la responsabilidad del Estado por actos culpables de la judicatura), adoptado en primera lectura por el Tercer Comité de la Conferencia¹³⁶, usa expresiones tales como «manifiestamente incompatible con las obligaciones internacionales del Estado», «obstáculos injustificables» y «demoras que implican una denegación de justicia»¹³⁷. El último párrafo del artículo

¹³³ *Ibid.*, pág. 62.

¹³⁴ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 219, documento A/CN.4/96, apéndice 2. Por ejemplo, la respuesta de *Polonia* al punto IV, N.ºs 1 a 4, dice al respecto que «[...] no se incurre en responsabilidad internacional si la decisión, aunque sea injusta en sí misma e irreconciliable con obligaciones internacionales, fue simplemente el resultado de un error por parte del tribunal, un suceso que es inevitable en la práctica judicial de cualesquiera tribunales nacionales actuando de perfecta buena fe» [Sociedad de las Naciones, *Bases de discusión... (op. cit.)*, pág. 46]. La respuesta de *Suiza* al mismo punto señalaba que «una decisión judicial inspirada por la malicia hacia los extranjeros como tales o como nacionales de un determinado Estado asesta un golpe al principio de la protección judicial debida a los extranjeros [...] la decisión en cuestión sería un acto contrario al derecho internacional y daría lugar, por tanto, a la responsabilidad del Estado» (*ibid.*, pág. 48). La respuesta de los *Estados Unidos de América* manifiesta que «el Estado no es responsable de los errores de los tribunales nacionales en la interpretación del derecho interno, si no existe fraude, corrupción o injusticia intencional» [Sociedad de las Naciones, *Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence, Supplément au tome III (C.75(a).M.69(a).1929.V)*, pág. 11].

¹³⁵ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 219, documento A/CN.4/96, apéndice 2.

¹³⁶ *Ibid.*, pág. 222, apéndice 3.

¹³⁷ Las disposiciones incorporadas al artículo 9 distinguen entre incumplimiento de obligaciones internacionales resultante de «decisiones judiciales» e incumplimiento de obligaciones internacionales resultante de «procedimientos judiciales». Refiriéndose a los últimos, el representante del *Reino Unido* manifestó que:

«Es una alegación cuya prueba es muy difícil y que no se puede aducir con ligereza. No obstante, hay casos en que sucede. Citaré sólo un caso que ocurrió hace mucho tiempo [...]: un buque llegó a una ciudad portuaria de cierto país y, al entrar en el puerto, volcó una barca en la que un par de personas estaban remando hacia el puerto. Se trató de un puro accidente y pudo haber o no negligencia por parte del oficial de navegación del buque, pero ese oficial fue arrestado cuando bajó a tierra e inculpaado de asesinato,

establece un período de dos años a partir de la fecha en que se haya pronunciado la decisión judicial para la presentación de una reclamación contra el Estado, «a menos que se demuestre que existen razones especiales que justifican la prolongación de este plazo».

64. Respecto de otras cuestiones específicas, tales como saber si el Estado incurre en responsabilidad si, mediante un acto legislativo (punto III, N.º 4) o mediante un acto ejecutivo (punto V, N.º 1, b), desconoce, suspende o modifica *deudas* contraídas con extranjeros, ciertos gobiernos sugirieron que la respuesta dependería en cada caso de las circunstancias, y algunos de ellos hicieron una reserva para el caso de «necesidad». Los siguientes pasajes de la respuesta de *Sudáfrica* a esos puntos constituyen una buena ilustración de tal posición:

Tal acción constituiría *prima facie* un incumplimiento de sus obligaciones internacionales y daría lugar a una reclamación internacional. Implicaría ciertamente una responsabilidad internacional si un Estado, con capacidad para cumplir sus obligaciones, al repudiar las deudas para con extranjeros, fuera movido por la falta de consideración hacia sus derechos.

No obstante, el Gobierno de la Unión no excluiría la posibilidad de que tal rechazo fuera un acto justificable. Los extranjeros que prestan dinero a un Estado concreto difícilmente pueden esperar que no les perjudiquen en ninguna circunstancia las vicisitudes del Estado en cuestión. Si, a causa de circunstancias adversas que escapan a su control, un Estado se encuentra realmente en tal situación que no puede cumplir todos sus compromisos y obligaciones, está virtualmente en una situación de necesidad. Tendrá que establecer entonces una prelación entre sus obligaciones y atender primero a las que sean de más vital interés. Por ejemplo, no puede esperarse de un Estado que cierre sus escuelas y universidades y sus tribunales, que licencie a su policía y que descuide sus servicios públicos en tal medida que exponga al caos y a la anarquía a su comunidad simplemente para disponer así del dinero para pagar a sus prestamistas, extranjeros o nacionales. Hay límites a lo que puede esperarse razonablemente de un Estado, del mismo modo que los hay para un individuo. Si, en tal contingencia, las consecuencias del infortunio se dividen equitativamente entre los nacionales y los extranjeros, y no se discrimina especialmente contra estos últimos, no debe haber motivo de queja¹³⁸.

La respuesta de *Austria* a las preguntas planteadas en el punto III, N.º 4, contiene una referencia expresa a la fuerza mayor. Su texto es el siguiente:

La doctrina predominante en derecho internacional no parece calificar al rechazo de deudas por parte de un Estado como una violación de las obligaciones internacionales de ese Estado a menos que actúe arbitrariamente; por ejemplo, que distraiga del destino apropiado las garantías asignadas a sus acreedores. Por otra parte, esta doctrina no admite que aquellos Estados cuyos nacionales hayan sido perjudicados por tal rechazo puedan intervenir en nombre de las personas damnificadas en caso de

es decir, fue procesado por la intención deliberada de matar a dos personas en una barca a las que nunca vio, nunca había visto y no podía haber tenido ninguna intención posible de dañar en absoluto. Fue procesado y finalmente el tribunal supremo rechazó la inculpaación; pero, por esa desgraciada acusación, permaneció durante muchos meses en prisión en condiciones penosas.» [Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence... (op. cit.)*, págs. 107 y 108.]

¹³⁸ Sociedad de las Naciones, *Bases de discusión... (op. cit.)*, págs. 37 y 59.

que el rechazo no haya sido arbitrario, sino impuesto por *vis major*. Hay que considerar que, en la mayoría de los casos, los riesgos que implica la adquisición de obligaciones de un Estado cuya situación financiera sea inestable están compensados ya por el precio de emisión o el tipo de interés. También es evidente que un Estado que se niegue a pagar supuestas deudas por razones de orden jurídico no actúa arbitrariamente.

En opinión del Gobierno Federal, la codificación que se propone debe basarse en la doctrina anteriormente expuesta¹³⁹.

Las bases de discusión elaboradas por el Comité Preparatorio, a la luz de las respuestas recibidas de los gobiernos a los puntos III, N.º 4, y V, N.º 1, *b*, antes mencionados, establecieron una distinción entre el rechazo de deudas puro y simple y la suspensión o modificación del servicio de una deuda. Con respecto a este último, se establece que un Estado incurre en responsabilidad si suspende o modifica el servicio por un acto legislativo (base de discusión N.º 4)¹⁴⁰ o si el poder ejecutivo incumple las obligaciones resultantes de una deuda del Estado (base de discusión N.º 9), «a menos que se vea forzado a ello por *necesidades financieras* *»¹⁴¹.

65. Por lo que se refiere a la aprobación de una disposición legislativa o a actos ejecutivos de carácter general incompatibles con los términos de *concesiones* otorgadas o *contratos* celebrados por el Estado con un extranjero, o de naturaleza capaz de obstaculizar su ejecución, las bases de discusión N.ºs 3 y 8, elaboradas por el Comité Preparatorio a la luz de las respuestas recibidas de los gobiernos a los puntos III, N.º 2, y V, N.º 1, *a*, de la lista, disponen que, «según las circunstancias», el Estado podrá incurrir en responsabilidad¹⁴². La respuesta de *Dinamarca* decía, por ejemplo:

Las autoridades también se ven obligadas a veces a tomar medidas por consideraciones de salud pública o seguridad, decencia u orden público, sin que el concesionario o la otra parte en el contrato tenga derecho a reclamar una indemnización al respecto¹⁴³.

En la respuesta de los *Estados Unidos de América* se dice que el derecho de una nación «a ejercer sus poderes decisorios sigue intacto»¹⁴⁴, pero, al mismo tiempo, se recuerda que los Estados Unidos «han planteado reclamaciones diplomáticas en casos en que mediaba la anulación arbitraria o confiscatoria de concesiones o contratos»¹⁴⁵. Algunos gobiernos subrayaron al respecto el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros. Por ejemplo, en la respuesta del *Canadá* se manifestaba que

¹³⁹ *Ibid.*, pág. 38.

¹⁴⁰ *Anuario...* 1956, vol. II, pág. 220, documento A/CN.4/96, apéndice 2.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*, págs. 219 y 220.

¹⁴³ Sociedad de las Naciones, *Bases de discusión...* (op. cit.), pág. 56. *Bélgica* indicaba también que:

«No puede darse una respuesta precisa a la cuestión [...]. Por ejemplo, una ley sobre pensiones puede, al elevar el costo de la mano de obra, obstaculizar la ejecución de una concesión otorgada anteriormente, pero sería inadmisibles que se hiciera responsable al Estado debido al hecho de que la concesión fue otorgada a extranjeros.» (*Ibid.*, pág. 31.)

¹⁴⁴ Sociedad de las Naciones, *Supplément au tome III* (op. cit.), pág. 8.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pág. 13.

«la responsabilidad [del Estado] surge sólo si las circunstancias son tales que no justificarían la rescisión de un contrato entre nacionales del Estado»¹⁴⁶. Otros señalaron que la responsabilidad del Estado sólo existiría si la conducta de las autoridades legislativas o ejecutivas se apartara de las obligaciones fundamentales de un Estado civilizado respecto de los extranjeros, reconocidas con carácter general por el derecho internacional¹⁴⁷.

66. Las bases de discusión N.ºs 3 y 8 (concesiones o contratos) y N.ºs 4 y 9 (deudas) no fueron consideradas por el Tercer Comité de la Conferencia. Sin embargo, algunos países participantes presentaron propuestas y enmiendas a las mismas. *Portugal* indicó —en relación con las bases de discusión N.ºs 4 y 9— la necesidad de tener en cuenta que, «en *circunstancias extremas*, un Estado puede hallarse en una situación excepcional en que tanto los *nacionales* como los *extranjeros* hayan de soportar sacrificios»¹⁴⁸. Por otra parte, el *Japón* propuso que se enmendaran esas dos bases, añadiendo al final del segundo párrafo las palabras: «[...] necesidades financieras, tales como una mora, que se consideren urgentes e inevitables como consecuencia de desastres, calamidades o sucesos totalmente excepcionales, y cuya duración debe ser limitada y razonable»¹⁴⁹.

67. Algunos gobiernos se refirieron también a las «circunstancias» del caso en sus respuestas al punto V, N.º 1, *d*, relativo a la privación de *libertad* «injustificada» de un extranjero¹⁵⁰. En la respuesta de *Polonia* se dice:

Pese a esas distintas medidas precautorias, no se pueden evitar enteramente casos injustos de detención debidos a errores por parte de las autoridades. Un extranjero puede estar expuesto también al riesgo de actos de las autoridades que, aunque revistan una forma legal, sean realmente injustos, siempre que se le conceda la oportunidad de defenderse de conformidad con el derecho del país en cuestión, y tenga derecho a reclamar una indemnización cuando la ley la admita; si ha cumplido esos deberes, el Estado está exento de responsabilidad. Puede mantenerse que el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando se manifieste por las circunstancias que la detención injusta del extranjero se debe exclusivamente a su nacionalidad extranjera o cuando las autoridades hayan tratado desfavorablemente su reclamación de indemnización o satisfacción por ese motivo. El Estado, que tiene en general autoridad para expulsar de su territorio a un extranjero, no tiene derecho a privarle de su libertad mientras esté en el país ni tiene derecho a atentar contra sus derechos fundamentales¹⁵¹.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pág. 2. Véase también *Hungría* [Sociedad de las Naciones, *Bases de discusión...* (op. cit.), pág. 31], *Suiza* (*ibid.*, pág. 32) y *Checoslovaquia* (*ibid.*, págs. 33 y 58).

¹⁴⁷ Véanse, por ejemplo, *Austria* (*ibid.*, pág. 30) y *Polonia* (*ibid.*, pág. 32).

¹⁴⁸ Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence...* (op. cit.), pág. 232.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pág. 228.

¹⁵⁰ Por ejemplo, *Austria* [Sociedad de las Naciones, *Bases de discusión...* (op. cit.), pág. 67], *Bélgica* (*ibid.*), *Reino Unido* (*ibid.*, pág. 68) y *Países Bajos* (*ibid.*). La respuesta de los *Estados Unidos de América* señala que, «en tiempo de guerra, se ha considerado que el Estado no es responsable de las detenciones por meras sospechas» [Sociedad de las Naciones, *Supplément au tome III* (op. cit.), pág. 14].

¹⁵¹ Sociedad de las Naciones, *Bases de discusión...* (op. cit.), pág. 69.

La base de discusión N.º 11, elaborada por el Comité Preparatorio, que tuvo en cuenta las respuestas de los gobiernos a ese punto de la lista, usa expresiones tales como [detención] «manifiestamente innecesaria» o «indebidamente prolongada», [encarcelamiento] «sin motivos suficientes» y «sufrimientos innecesarios» en relación con la determinación de actos considerados particularmente «injustificados»¹⁵². Algunas de esas expresiones se usaron también en enmiendas a ella presentadas a la Conferencia¹⁵³. El Tercer Comité de la Conferencia no consideró la base N.º 11.

68. El hecho de que el Estado no haya mostrado «la diligencia que, atendidas las circunstancias [...], era de esperar de un Estado civilizado», fue el criterio fundamental que se siguió en las bases de discusión N.ºs 10, 17 y 18¹⁵⁴ para determinar la responsabilidad internacional del Estado por la *protección insuficiente* otorgada a extranjeros en caso de daño causado por un particular. Tal criterio fue mantenido por el Comité Preparatorio a la luz de las respuestas recibidas de los gobiernos a los puntos V, N.º 1, c, y VII, a y b. El Comité resumió esas respuestas como sigue:

Las respuestas muestran que un Estado incurre en responsabilidad si el gobierno no ejerce la debida diligencia para proteger a los extranjeros. Los siguientes puntos surgen en las respuestas: el grado de diligencia que hay que alcanzar es el que cabe esperar de un Estado civilizado; la diligencia requerida varía con las circunstancias; el criterio no puede ser el mismo en un territorio de reciente asentamiento y en el país de origen; el criterio varía según las personas afectadas, en el sentido de que el Estado tiene un deber especial de vigilancia y, por tanto, una mayor responsabilidad respecto de personas investidas de un carácter público reconocido. La protección que se debe es principalmente la protección contra el delito¹⁵⁵.

69. Esas bases de discusión fueron consideradas conjuntamente por el Tercer Comité de la Conferencia. Tras largos debates, se adoptó finalmente, por una mayoría de 21 contra 17 y 2 abstenciones, el texto del artículo 10. En él se dispone que, por lo que respecta al daño causado por particulares a extranjeros o a sus bienes, el Estado sólo es responsable cuando el daño sufrido por los extranjeros resulta del hecho de que el Estado ha omitido la adopción de las medidas «que deben adoptarse normalmente, atendidas las circunstancias», para prevenir, reparar o reprimir los actos lesivos¹⁵⁶. Durante

¹⁵² *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96, apéndice 2.

¹⁵³ Véanse, por ejemplo, las enmiendas presentadas por *Japón, Noruega* y el *Reino Unido* [Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence... (op. cit.)*, págs. 221, 227 y 230].

¹⁵⁴ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 220, documento A/CN.4/96, apéndice 2.

¹⁵⁵ Sociedad de las Naciones, *Bases de discussion... (op. cit.)*, págs. 67 y 96.

¹⁵⁶ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 222, documento A/CN.4/96, apéndice 3. El texto adoptado se basó en una propuesta presentada por las delegaciones de los *Estados Unidos de América, Francia, Grecia, Italia* y *Gran Bretaña* [véase Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence... (op. cit.)*, pág. 175]. El resultado de la votación fue el siguiente: *a favor*, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, España, Estado Libre de Irlanda, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, India, Italia, Japón, Noruega, Países

el examen de la cuestión se sugirieron también otros criterios al respecto. Por ejemplo, se propuso reemplazar «normalmente» por «razonablemente» o por «adecuadamente». El «criterio del trato a los nacionales» fue propuesto también en un texto presentado por *China*, que fue rechazado en el Tercer Comité por 23 votos contra 17¹⁵⁷. La consideración de las bases N.ºs 10, 17 y 18 y la adopción del artículo 10 puede caracterizarse como el momento crítico de la Conferencia en cuanto se refiere a la cuestión de la responsabilidad por daños causados a extranjeros o a sus bienes.

70. La cuestión de la «culpa» fue mencionada por algunas delegaciones durante el debate sobre las bases N.ºs 10, 17 y 18¹⁵⁸, y la «fuerza mayor» fue mencionada expresamente por varios representantes, aunque no necesariamente en apoyo de las mismas opiniones. Hablando a favor de la adopción del «criterio normal de diligencia que se ha de esperar de un Estado civilizado», el representante de *Finlandia* dijo que, en el caso

[...] de un Estado que no se halle accidentalmente en una situación irregular, sino que aplique intencionalmente en su interior un régimen general incompatible con la aplicación correcta de medidas preventivas o punitivas,

[...] no podría hablarse de fuerza mayor ni serían anormales las circunstancias; toda la estructura del Estado sería tal que los extranjeros no podrían reclamar medidas adecuadas de protección.

La expresión «la diligencia que cabe esperar de un Estado civilizado» proporcionaría un criterio objetivo [...].

Las palabras «atendidas las circunstancias» abarcan cualquier situación irregular que surja accidentalmente. Sin embargo, no se tienen en cuenta los casos en que el orden interno existente en un Estado se deba al régimen generalmente aplicado [...] ¹⁵⁹.

Por otra parte, el representante de *China* —que, como se indicó anteriormente, propuso como criterio «el trato concedido a los propios nacionales»— criticó la expresión «las medidas que deben adoptarse normalmente», basándose en lo siguiente:

[...] se trata, por tanto, de un criterio de normalidad, y afirmo que ése es un criterio al que ningún país puede someterse. Considérense los países mejor organizados en lo que concierne a la paz y el orden; incluso en esos países debe haber períodos de tensión —por causas humanas o por fuerza mayor—, períodos anormales en los que no cabe esperar que se adopten las medidas que deben adoptarse normalmente [...] ¹⁶⁰.

71. La base de discusión N.º 19 especifica que el *grado* de responsabilidad del Estado, en caso de reclamaciones resultantes de una supuesta *protección insuficiente* otorgada a extranjeros, depende de «todas las circunstancias» y, en especial, de si el acto del particular fue dirigido contra un extranjero como tal o de si la víctima

Bajos, Sudáfrica, Suecia y Suiza; *en contra*, Brasil, Ciudad Libre de Dantzig, Colombia, Checoslovaquia, Chile, China, El Salvador, Hungría, México, Nicaragua, Persia, Polonia, Portugal, Rumania, Turquía, Uruguay y Yugoslavia; *abstenciones*, Dinamarca y Letonia (*ibid.*, pág. 190).

¹⁵⁷ *Ibid.*, pág. 185.

¹⁵⁸ Véase, por ejemplo, la carta dirigida al Presidente del Tercer Comité por el representante de *México* (*ibid.*, pág. 229).

¹⁵⁹ *Ibid.*, pág. 185.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pág. 186.

había adoptado una actitud provocadora¹⁶¹. Al resumir las respuestas pertinentes de los gobiernos —respuestas a los puntos VII, *c* y *d*, de la lista—, el Comité Preparatorio hizo la observación de que algunos gobiernos

consideran necesario tener en cuenta el hecho de que, mientras la hostilidad contra un grupo concreto de personas puede escapar a veces a la previsión de las autoridades, cuya responsabilidad *puede así quedar atenuada o eliminada* *, el caso será muy diferente si el sentimiento de hostilidad estuviera tan extendido entre una parte considerable de la población que no hubiera podido dejar de ser advertido por las autoridades, que, por consiguiente, deberían haber adoptado precauciones¹⁶².

El Tercer Subcomité del Tercer Comité de la Conferencia consideró las bases de discusión N.ºs 19 y 29 (Reparación de los daños) y recomendó la supresión de la base N.º 19. El Tercer Comité decidió unánimemente suprimir la base N.º 19, tal como se recomendaba. Que el «grado» de la responsabilidad del Estado depende de todas las circunstancias era evidente por sí mismo, y que, por tanto, era innecesario mencionarlo, fue una de las razones expuestas para tal supresión¹⁶³.

72. Finalmente, respecto del daño resultante de *insurrecciones, motines y otros disturbios* —una cuestión respecto de la cual se ha mencionado frecuentemente la fuerza mayor¹⁶⁴—, las bases de discusión N.ºs 21 y 22¹⁶⁵, elaboradas por el Comité Preparatorio (puntos VIII y IX de la lista)¹⁶⁶, establecieron el principio de que el Estado no es responsable del daño causado a extranjeros: *a*) por funcionarios públicos durante la represión de una insurrección, un motín u otro disturbio¹⁶⁷, o *b*) por las personas que participan en una insurrección o motín o por la violencia de las turbas. La respuesta del *Reino Unido* al punto VIII tiene especial importancia al respecto:

El Estado no es responsable, por regla general, de las pérdidas o daños sufridos por un extranjero que sean infligidos involuntariamente por las autoridades o las fuerzas armadas del Estado

¹⁶¹ *Anuario...* 1956, vol. II, pág. 220, documento A/CN.4/96, apéndice 2.

¹⁶² Sociedad de las Naciones, *Bases de discusión...* (*op. cit.*), pág. 102. La base de discusión N.º 20, que se ocupaba de las consecuencias que pueden seguirse de una decisión del Estado (ley de exención, amnistía u otras medidas análogas) que ponga fin al derecho de reparación que tenía un extranjero damnificado contra el autor del daño, establecía que en tales casos el Estado en cuestión se hace responsable del daño «en la medida en que lo era el autor del mismo» (*Anuario...* 1956, vol. II, página 220, documento A/CN.4/96, apéndice 2).

¹⁶³ Sociedad de las Naciones, *Actes de la Conférence...* (*op. cit.*), págs. 130 y 235.

¹⁶⁴ El informe del Subcomité del Comité de Expertos para la codificación progresiva del derecho internacional, preparado por el Sr. Guerrero, Relator, se refiere expresamente a la fuerza mayor en las consideraciones dedicadas al daño causado a extranjeros en casos de motín y guerra civil. Véanse los párrs. 538 a 548 *infra*.

¹⁶⁵ *Anuario...* 1956, vol. II, pág. 220, documento A/CN.4/96, apéndice 2.

¹⁶⁶ Sociedad de las Naciones, *Bases de discusión...* (*op. cit.*), págs. 104 a 111; y *Supplément au tome III* (*op. cit.*), págs. 3 y 19 a 21.

¹⁶⁷ Algunas respuestas señalaron que el Estado desempeña un deber al reprimir disturbios.

durante la represión de una insurrección o motín o un ataque de violencia de las turbas. Debe pagarse indemnización por la propiedad de un extranjero confiscada o destruida intencionalmente en el curso de tales operaciones, pero no por la propiedad destruida o dañada involuntariamente, a menos que, en este último caso, exista alguna disposición en el derecho interno que establezca el pago de indemnización, en cuyo caso el derecho a indemnización se rige por las disposiciones de tal legislación interna.

No se aplicaría el principio anterior, y el Estado sería responsable de las pérdidas o daños sufridos por extranjeros durante la represión de una insurrección, un motín o un ataque de violencia de las turbas, si la conducta de las autoridades o de las fuerzas armadas fuera manifiestamente incompatible con las reglas generalmente observadas por los Estados civilizados o si los actos que dan lugar a la reclamación hubieran rebasado manifiestamente las necesidades de la situación¹⁶⁸.

73. En los casos de daños causados a extranjeros por personas que participen en una insurrección o motín o por la violencia de las turbas, el principio de la no responsabilidad del Estado está condicionado por las disposiciones contenidas en las bases de discusión N.ºs 22, *a*, a 22, *d*¹⁶⁹. Por ejemplo, la base de discusión N.º 22, *a*, afirma que el Estado es responsable «si no ha puesto la diligencia adecuada en tales circunstancias para prevenir los daños y castigar a sus autores», y la base de discusión N.º 22, *d*, dice que el Estado es responsable «si el movimiento ha ido dirigido contra extranjeros como tales, o contra personas de una nacionalidad determinada, salvo que el gobierno demuestre que no ha habido negligencia por su parte o por parte de sus funcionarios». La omisión de la «diligencia adecuada» es de nuevo el criterio seguido por las bases de discusión para determinar en definitiva la responsabilidad internacional del Estado.

74. La cuestión de la responsabilidad del Estado por daños causados a extranjeros o a sus bienes ha sido motivo de preocupación en el *sistema interamericano* desde su mismo origen. La Primera Conferencia Internacional Americana (Washington, 1889-1890) adoptó una recomendación sobre «reclamaciones e intervención diplomática», que proclamaba el principio de la igualdad civil del extranjero con el nacional como límite máximo de protección¹⁷⁰. Tal principio se incorporó también en la *Convención relativa a los Derechos de Extranjería*, firmada en la Segunda Conferencia Internacional Americana (México, 1902), cuyo artículo 2 dispone, entre otras cosas, que:

[...] los Estados no son responsables de los daños sufridos por los extranjeros por causa de actos de facciosos o de individuos particulares, y en general de los daños originados por *casos fortuitos de cualquier especie* *, considerándose tales los actos de guerra, ya sea civil o nacional, sino en el caso de que

¹⁶⁸ Sociedad de las Naciones, *Bases de discusión...* (*op. cit.*), pág. 105. La idea de que el Estado debe reparar los daños en ciertos casos, en particular si sus funcionarios causan daños innecesarios, fue incorporada por el Comité Preparatorio a la base de discusión N.º 21.

¹⁶⁹ *Anuario...* 1956, vol. II, págs. 220 y 221, documento A/CN.4/96, apéndice 2.

¹⁷⁰ *Ibid*, pág. 222, apéndice 4.

la autoridad constituida haya sido remisa en el cumplimiento de sus deberes¹⁷¹.

La resolución sobre «responsabilidad internacional del Estado», aprobada en la Séptima Conferencia Internacional (Montevideo, 1933), reafirmó una vez más el principio de igualdad de trato antes mencionado. Al mismo tiempo, la Conferencia (párr. 4 de la resolución) reconoció que los principios generales «pueden ser materia de definición y limitaciones» y que los organismos encargados de proyectar la codificación tomarán en cuenta «esa necesidad de definición y limitaciones» al formular las reglas aplicables a los diversos casos que puedan presentarse¹⁷².

75. El principio V de los *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado según la opinión de los países latinoamericanos*, preparados por el *Comité Jurídico Interamericano* en 1962, establece que los daños sufridos por los extranjeros como consecuencia de los disturbios o perturbaciones de carácter político o social y los perjuicios causados a los mismos por actos de particulares no acarrear responsabilidad del Estado, «salvo el caso de culpa por parte de la autoridad constituida». El principio VI añade que no es admisible «la teoría del riesgo» como fundamento de la responsabilidad internacional¹⁷³. Los *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado según la opinión de los Estados Unidos de América*, preparados por el *Comité Jurídico Interamericano* en 1965, adoptan como criterio general de responsabilidad el principio de los «requisitos mínimos que determina el derecho internacional». El principio VIII, titulado «Circunstancias en que un Estado tiene el derecho de rechazar la responsabilidad» reconoce que hay «circunstancias de hecho» que permiten al Estado no admitir su responsabilidad¹⁷⁴.

d) Derecho de los tratados

76. Desde el punto de vista del derecho de los tratados, la «fuerza mayor» y el «caso fortuito» se consideran principalmente como un caso de imposibilidad subsiguiente de cumplimiento de las obligaciones de los tratados. La imposibilidad subsiguiente de ejecución, incluida la imposibilidad debida a fuerza mayor, figura frecuentemente como una de las circunstancias que justifican el incumplimiento temporal de una obligación de un tratado por la aplicación de una norma general

de derecho internacional¹⁷⁵. Una vez eliminado el obstáculo constituido por la imposibilidad de ejecución o la fuerza mayor, debe recomenzarse el cumplimiento de la obligación del tratado; de otro modo, el Estado de que se trate asumirá la responsabilidad internacional por el incumplimiento de dicha obligación. La imposibilidad subsiguiente de ejecución, incluida la imposibilidad debida a fuerza mayor, constituye también en el derecho de los tratados una de las causas para poner término o suspender, *in toto* o en parte, la aplicación del tratado mismo.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (1969)

77. Así, la Comisión de Derecho Internacional incluyó en su *proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados*¹⁷⁶, aprobado en 1966, un artículo titulado «Imposibilidad subsiguiente de ejecución», cuyo texto es el siguiente:

Toda parte podrá alegar la imposibilidad de ejecutar un tratado como causa para ponerle término si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción permanentes de un objeto indispensable para la ejecución del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá ser alegada únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

En el párrafo 3 del comentario de la Comisión a este artículo, la disposición que figura en la segunda oración del texto se explica en los términos siguientes:

3) El artículo dispone también que, si la imposibilidad es temporal, podrá ser alegada únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado. La Comisión estimó que tales hipótesis pueden considerarse simplemente como casos en los que cabe alegar la fuerza mayor como eximente de responsabilidad por el incumplimiento del tratado. Sin embargo, la Comisión consideró que en la hipótesis de imposibilidad continua de ejecutar obligaciones de carácter periódico dimanadas de un tratado conviene reconocer como *parte del derecho de los tratados* la facultad de suspender temporalmente la aplicación del tratado.

78. En la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados* (Viena, 1968-1969), la delegación de México presentó una enmienda al artículo 58 antes mencionado del proyecto de la Comisión, en el

¹⁷⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 14 del cuarto informe presentado en 1959 a la Comisión de Derecho Internacional por Sir Gerald Fitzmaurice (*Anuario... 1959*, vol. II, págs. 48 y 49, documento A/CN.4/120).

¹⁷⁶ *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 205 y ss., documento A/6309/Rev.1, segunda parte, cap. II, proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados con sus comentarios, artículo 58. Para la historia legislativa de este artículo, véase el artículo 21 del segundo informe de Sir Humphrey Waldock (*Anuario... 1963*, vol. II, págs. 90 a 92, documento A/CN.4/156 y Add.1 a 3); el artículo 43 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de 1963 (*ibid.*, págs. 240 a 242, documento A/5509, cap. II, secc. B), y el artículo 43 del quinto informe de Sir Humphrey Waldock (*Anuario... 1966*, vol. II, págs. 42, documento A/CN.4/183 y Add.1 a 4). Véanse también los artículos 16 y 17 del segundo informe de Sir Gerald Fitzmaurice (*Anuario... 1957*, vol. II, págs. 30 a 32 y págs. 53 a 58, documento A/CN.4/107).

¹⁷¹ *Ibid.*, apéndice 5. El proyecto sobre «Protección Diplomática» preparado en 1925 por el Instituto Americano de Derecho Internacional establece que todo Estado tiene el derecho de proteger diplomáticamente a sus nacionales en relación con una República Americana, «en el caso en que aquéllos no puedan legalmente recurrir a las autoridades del país, o si se puede demostrar que ha existido por parte de dichas autoridades denegación de justicia, retardo anormal o violación de los principios del derecho internacional» (*ibid.*, pág. 223, apéndice 7).

¹⁷² *Ibid.*, apéndice 6.

¹⁷³ *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 160, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo XIV.

¹⁷⁴ *Ibid.*, págs. 160 y 161, anexo XV.

sentido de que el texto de ese artículo debía ser el siguiente:

Toda parte podrá alegar la fuerza mayor como causa para poner término a la ejecución de un tratado cuando de ella resulte la imposibilidad permanente de cumplir sus obligaciones derivadas del tratado. Si la imposibilidad fuese temporal, la fuerza mayor podrá ser alegada únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado¹⁷⁷.

Al presentar su enmienda a la Comisión Plenaria en 1968, el representante de México dijo que:

2. [...] el artículo propuesto por la Comisión de Derecho Internacional prevé un caso especial de fuerza mayor: el de la desaparición o destrucción de un objeto indispensable para la ejecución de un tratado. Ahora bien, la amplia definición de tratado contenida en el artículo 2 engloba un gran número de acuerdos de carácter comercial o financiero, cuya ejecución puede tropezar con muchos otros casos de fuerza mayor. El representante de México cita en particular la imposibilidad de entregar un producto dentro de un plazo determinado por causa de una huelga, del bloqueo de un puerto o de una guerra; también puede suceder que un Estado rico y poderoso se vea obligado a suspender temporalmente sus pagos. En tales casos, la ley debe establecer los derechos de las partes y no remitirse a su buena voluntad.

3. La fuerza mayor es un concepto perfectamente definido en derecho: el principio que establece que «nadie está obligado a lo imposible» no sólo es una regla universal de derecho, sino un principio de sentido común. La aplicación del concepto de fuerza mayor no ha creado grandes dificultades a los tribunales y no se requiere una enumeración de los acontecimientos que entran en la esfera de este concepto.

4. En el párrafo 3 del comentario del artículo se dice que esas situaciones pueden considerarse simplemente como casos en los que cabe alegar la fuerza mayor como eximente de responsabilidad por incumplimiento del tratado. Pero el no incurrir en responsabilidad por un acto o una omisión es tener derecho para ejecutar o dejar de ejecutar un acto. Si un Estado no incurre en responsabilidad mientras existe la fuerza mayor, es porque mientras dura la fuerza mayor el convenio debe considerarse en suspenso.

5. Si el concepto de fuerza mayor no perteneciera al derecho de los tratados, sino a la teoría de responsabilidad, el artículo 58 no tendría lugar en el proyecto de convención. La delegación mexicana estima que el artículo debe figurar en el proyecto, pero que no debiera mutilarse un principio tan importante como éste de la fuerza mayor para reducirlo a un caso particular del que se encuentran pocos ejemplos en la práctica de los Estados¹⁷⁸.

79. El representante de Cuba era partidario de la enmienda de México, pero pensaba que debía tenerse en cuenta el caso concreto previsto en el artículo 58, a saber: que había de tratarse de un objeto indispensable

para la ejecución del tratado y cuya ausencia, una vez comprobada, tuviera efectos inmediatos sobre la validez del tratado¹⁷⁹. El representante de Bulgaria consideró que la enmienda debía remitirse al Comité de Redacción, aunque no fuera más que para que éste se pronunciara sobre la necesidad o la oportunidad de introducir de modo expreso la noción de fuerza mayor. A su juicio, el artículo 58 se limitaba adecuadamente a circunstancias de fuerza mayor, pero sólo dentro de los límites que le asignaba el texto del proyecto¹⁸⁰. Los representantes del Congo, Francia, Polonia, la URSS y los Estados Unidos de América se declararon contrarios a que se redactara de nuevo el artículo de acuerdo con la enmienda propuesta por México. Así, el representante de los Estados Unidos de América dijo que la expresión «imposibilidad de ejecutar» abarcaba suficientemente la noción de fuerza mayor y que la expresión «fuerza mayor» carecía de precisión¹⁸¹. En opinión del representante de la Unión Soviética, el concepto de fuerza mayor, tal como se concebía en el derecho interno de algunos Estados, no había sido claramente delimitado ni tenía un sentido exacto en derecho internacional. A su juicio, debía evitarse, sobre todo en derecho internacional, el tener que recurrir a analogías sacadas del derecho interno¹⁸². El representante de Polonia también dijo que el concepto de fuerza mayor introduciría en el artículo un elemento de derecho interno hasta ahora desconocido en derecho internacional¹⁸³. Finalmente, el representante de Francia manifestó lo siguiente, en relación con la enmienda de México:

[...] el artículo 58 se refiere a un caso determinado de fuerza mayor: el de que se pueda comprobar objetivamente la desaparición o la destrucción de un objeto indispensable para la ejecución del tratado. Ahora bien, la enmienda de México propone que se tengan en cuenta todos los casos de fuerza mayor. Si el concepto de fuerza mayor es familiar en el derecho interno, ello se debe a que su elaboración y precisión han sido el fruto de una larga jurisprudencia. La delegación de Francia no está convencida de que ese concepto tenga la misma claridad en el derecho internacional y teme que su enunciación en el artículo 58 amplíe el alcance de dicho artículo y haga su aplicación más difícil. En consecuencia, el Sr. de Bresson estima que es preferible tener sólo en cuenta el caso de fuerza mayor previsto en el artículo 58¹⁸⁴.

80. A solicitud del representante de México, su enmienda no fue sometida a votación¹⁸⁵. La Comisión Plenaria, y posteriormente la Conferencia en sesión plenaria, aprobaron el texto propuesto por la Comisión de Derecho Internacional con las enmiendas presentadas por los Países Bajos¹⁸⁶. El texto que figura en el artículo 61 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Trata-

¹⁷⁷ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 196, documento A/CONF.39/14, párr. 531, apartado a.

¹⁷⁸ *Ibid.*, primer período de sesiones, *Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.68.V.7), págs. 398 y 399, 62.ª sesión de la Comisión Plenaria, párrs. 2 a 5. El representante de México, Sr. Suárez, también había representado a su país en la Conferencia de La Haya para la Codificación del Derecho Internacional de 1930.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pág. 400, párr. 24.

¹⁸⁰ *Ibid.*, párr. 20.

¹⁸¹ *Ibid.*, párr. 16.

¹⁸² *Ibid.*, pág. 401, párr. 34.

¹⁸³ *Ibid.*, párr. 28.

¹⁸⁴ *Ibid.*, párr. 27.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pág. 402, párr. 44.

¹⁸⁶ *Ibid.*, *Documentos de la Conferencia (op. cit.)*, pág. 196, documento A/CONF.39/14, párr. 531, apartado b.

dos, de 1969¹⁸⁷, fue aprobado por la Conferencia por 99 votos a favor y ninguno en contra¹⁸⁸, y es el siguiente:

Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento

1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

Debería observarse que la «imposibilidad subsiguiente de cumplimiento» puede alegarse como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación tan sólo con respecto a algunas cláusulas del tratado, tal como se dispone en el artículo 44 (Divisibilidad de las disposiciones de un tratado) de la Convención de Viena de 1969.

e) Derecho diplomático y consular

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS (1961)

81. En el artículo 40 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas¹⁸⁹ de 18 de abril de 1961 se exponen los deberes de un tercer Estado en caso de que atraviese su territorio un agente diplomático para tomar posesión de sus funciones o reintegrarse a su cargo, así como su familia, miembros del personal administrativo y técnico y miembros de sus familias, correos diplomáticos, valijas diplomáticas, correspondencia oficial y otras comunicaciones oficiales en tránsito. En los párrafos 1 a 3 del artículo se establecen la inviolabilidad y las demás inmunidades que concederá en estos casos un tercer Estado que hubiere otorgado a la persona de que se trata «el visado del pasaporte si tal visado fuere necesario»; este último requisito fue agregado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas en el proyecto de artículo correspondiente (art. 39) presentado por la Comisión de Derecho Internacional¹⁹⁰. La Conferencia añadió igualmente un nuevo párrafo 4 al artículo, según el cual

Lo dispuesto en los párrafos precedentes se aplicará a las personas cuya entrada o paso haya autorizado el tercer Estado

¹⁸⁷ *Ibid.*, pág. 321.

¹⁸⁸ *Ibid.*, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.6), pág. 116, 22.ª sesión, párr. 6.

¹⁸⁹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 162.

¹⁹⁰ *Anuario...* 1958, vol. II, pág. 111, documento A/3859, cap. III, secc. II.

o cuya presencia en el territorio del tercer Estado se deba a fuerza mayor¹⁹¹.

OTRAS CONVENCIONES DE CODIFICACIÓN

82. Una disposición similar puede hallarse en otras convenciones de codificación relativas al derecho diplomático y consular aprobadas posteriormente, tales como la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*¹⁹², de 24 de abril de 1963 (art. 54), la *Convención sobre las Misiones Especiales*¹⁹³, de 8 de diciembre de 1969 (art. 42) y la *Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal*¹⁹⁴, de 14 de marzo de 1975 (art. 81).

f) Derecho del mar

CONVENCIÓN SOBRE EL MAR TERRITORIAL Y LA ZONA CONTIGUA (1958)

83. El párrafo 1 del artículo 15 de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua¹⁹⁵, de 29 de abril de 1958, aprobada en la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Ginebra, 24 de febrero a 27 de abril de 1958), establece que «el Estado ribereño no ha de poner dificultades al paso inocente por el mar territorial». El derecho de paso inocente comprende, según el párrafo 3 del artículo 14 de la Convención, «el derecho a detenerse y fondear, pero sólo en la medida en que la detención y el hecho de fondear no constituyan más que incidentes normales de la navegación o le sean impuestos al buque por una arribada forzosa o por un peligro extremo»¹⁹⁶.

TERCERA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR (1973)

84. Los Estados han emprendido recientemente, con el auspicio de las Naciones Unidas, un examen general

¹⁹¹ Véase enmienda de los Países Bajos, presentada de nuevo por Portugal [*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 62.X.1), pág. 73, documento A/CONF.20/L.2, párr. 198, *in fine*].

Al presentar la enmienda el representante de los Países Bajos dijo que un agente diplomático a veces se encuentra inesperadamente en el territorio de un tercer Estado, en el caso, por ejemplo, de que el avión en que viaja se vea desviado de su ruta [*ibid.*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 61.X.2, pág. 215, 35.ª sesión de la Comisión Plenaria, párr. 32)].

¹⁹² Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 596, pág. 392.

¹⁹³ Resolución 2530 (XXIV) de la Asamblea General, anexo.

¹⁹⁴ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales*, vol. II, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.75.V.12), pág. 207.

¹⁹⁵ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 516, pág. 241.

¹⁹⁶ La disposición sigue el texto del artículo correspondiente (art. 15) de los proyectos de artículo relativos al derecho del mar aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1956 (*Anuario...* 1956, vol. II, pág. 268, documento A/3159, cap. II, secc. II).

del derecho del mar y la Asamblea General ha convocado una Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, actualmente en curso, una vez concluida la labor preparatoria encomendada a la Comisión sobre la utilización con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Aunque es demasiado pronto para conocer el resultado de la labor de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, no deja de tener interés, a los efectos del presente documento, observar que los Estados participantes han presentado varias propuestas que se refieren expresamente a la fuerza mayor. Ello se reflejó en el texto único oficioso para fines de negociación presentado al concluir el tercer período de sesiones de la Conferencia (Ginebra, 17 de marzo a 9 de mayo de 1975) por los Presidentes de sus comisiones principales¹⁹⁷.

85. Por ejemplo, en la parte II del texto único oficioso para fines de negociación¹⁹⁸, se menciona la fuerza mayor en los artículos 15 (párr. 2), 39 (párr. 1), 114 (párr. 1) y 125 (párr. 1). En el párrafo 2 del artículo 15, relativo al derecho de paso inocente por el mar territorial, se dice que el paso inocente comprende el derecho de detenerse y fondear, pero sólo en la medida en que la detención y el fondeo constituyan incidentes normales de la navegación o le sean impuestos al buque por fuerza mayor o dificultad grave o con el fin de prestar auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro o en dificultad grave. El párrafo 1 del artículo 39, relativo al paso en tránsito por estrechos utilizados para la navegación internacional, dispone que, al ejercer el derecho de paso en tránsito, los buques y aeronaves deberán, entre otras cosas, «abstenerse de toda actividad que no esté relacionada con sus modalidades normales de tránsito expedito e ininterrumpido, a menos que resulte necesaria por fuerza mayor o por dificultad grave». En el párrafo 1 del artículo 125 figura una disposición similar para buques y aeronaves que ejerzan el derecho de paso por rutas marítimas archipelágicas. Finalmente, en lo que respecta a los Estados sin litoral, en el párrafo 1 del artículo 114 se dice que, «salvo en casos de fuerza mayor, los Estados de tránsito tomarán todas las medidas necesarias a fin de evitar retrasos o restricciones al tráfico en tránsito».

El párrafo 16 del anexo I a la parte I del texto único oficioso para fines de negociación¹⁹⁹ (Condiciones básicas de los estudios generales de la exploración y de la explotación) dispone que el incumplimiento o la demora en el cumplimiento de contratos serán excusados si son

¹⁹⁷ *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, tercer período de sesiones*, vol. IV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.75.V.10), págs. 145 y ss., documento A/CONF.62/WP.8. El texto único tiene carácter oficioso y no prejuzga la posición de ninguna delegación ni representa ningún texto negociado o transacción aceptada. Sin embargo, al prepararlo se tuvieron en cuenta los documentos que la Conferencia tuvo ante sí y las consultas oficiales y oficiosas celebradas durante los períodos de sesiones.

¹⁹⁸ *Ibid.*, págs. 160 y ss., documento A/CONF.62/WP.8/Parte II.

¹⁹⁹ *Ibid.*, págs. 156 y ss., documento A/CONF.62/WP.8/Parte I.

debidos a fuerza mayor y en la medida en que lo hayan sido.

En el cuarto período de sesiones de la Conferencia (Nueva York, 15 de marzo a 7 de mayo de 1976), los presidentes de las comisiones principales presentaron un texto único revisado para fines de negociación²⁰⁰, que incorporaba las modificaciones necesarias para el progreso de las negociaciones desde el final del tercer período de sesiones. No se introdujo ningún cambio sustancial en las disposiciones antes mencionadas²⁰¹, excepto la eliminación del párrafo 16 del anexo I a la parte I del texto revisado²⁰².

g) Comunicaciones y tránsito

ESTATUTO SOBRE LA LIBERTAD DE TRÁNSITO Y ESTATUTO SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS VÍAS NAVEGABLES DE INTERÉS INTERNACIONAL (1921)

86. El Estatuto sobre la Libertad de Tránsito²⁰³ y el Estatuto sobre el Régimen de las Vías Navegables de Interés Internacional²⁰⁴, hechos ambos el 20 de abril de 1921 en la Conferencia convocada en Barcelona con los auspicios de la Sociedad de las Naciones, no se refieren expresamente a la «fuerza mayor». Sin embargo, el artículo 7 del Estatuto sobre la Libertad de Tránsito y el artículo 19 del Estatuto sobre el Régimen de las Vías Navegables de Interés Internacional permiten, en casos excepcionales y por un período lo más breve posible, medidas de carácter general o particular que un Estado contratante se vea obligado a tomar «en caso de una emergencia que afecte a la seguridad del Estado o los intereses vitales del país», aun cuando tales medidas se aparten de las disposiciones que figuran en esos Estatutos²⁰⁵.

87. Además, el artículo 9 del Estatuto sobre el Régimen de las Vías Navegables de Interés Internacional establece también que los aranceles aduaneros percibidos en puertos situados en una vía navegable de interés

²⁰⁰ *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuarto período de sesiones*, vol. V (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.76.V.8), págs. 135 y ss., documento A/CONF.62/WP.8/Rev.1.

²⁰¹ Véase la Parte II del texto único revisado para fines de negociación: *ibid.*, págs. 163 y ss., documento A/CONF.62/WP.8/Rev.1/Parte II, artículos 17, párr. 2; 38, párr. 1, apartado c; 126 y 115, párr. 1.

²⁰² Con posterioridad a la publicación del presente documento en forma mimeografiada, el texto único oficioso para fines de negociación y sus versiones revisadas fueron reemplazados por un «texto integrado oficioso para fines de negociación» [*ibid.*, *sexto período de sesiones*, vol. VIII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.78.V.4), documento A/CONF.62/WP.10].

²⁰³ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. VII, pág. 11.

²⁰⁴ *Ibid.*, pág. 35.

²⁰⁵ Tales disposiciones, al igual que otras de la misma índole registradas en el presente documento, parecerían referirse al «estado de necesidad» y no a la fuerza mayor, pero no se excluye del todo que puedan invocarse en situaciones equivalentes a fuerza mayor.

internacional con motivo de la importación y exportación de mercancías a través de dichos puertos no deben ser superiores a los percibidos en las demás fronteras aduaneras del Estado interesado respecto de mercancías de la misma clase, origen y destino, excepto en el caso de «circunstancias especiales que justifiquen una excepción por necesidades económicas»²⁰⁶.

OTROS CONVENIOS

88. En el *Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional*²⁰⁷, firmado en Londres el 9 de abril de 1965, se dice que ninguna de las disposiciones del convenio deberá interpretarse como impedimento para que un gobierno contratante aplique «las medidas temporales» que juzgue necesarias para preservar la moralidad, la seguridad y el orden públicos, o para impedir la introducción o la difusión de enfermedades o pestes que puedan poner en peligro la salud pública o contagiar a los animales o vegetales.

89. El *Convenio Internacional para las Líneas de Carga*²⁰⁸, firmado en Londres el 5 de julio de 1930, establece en su artículo 4 que:

Un buque no se halla sujeto a las prescripciones del convenio en el momento de emprender un viaje cualquiera; no deberá ser sometido a ellas en el transcurso de éste, cuando modifique su derrota por el mal tiempo o por cualquier otra causa de fuerza mayor.

La administración tendrá en cuenta, para la aplicación de las prescripciones del presente convenio, cualquier cambio de derrota o retraso que se origine en un buque como consecuencia del mal tiempo o cualquier otra causa de fuerza mayor²⁰⁹.

A los efectos del convenio, el término «administración» denota el gobierno del país al que pertenece el buque.

90. El *Convenio para la Protección de los Cables Submarinos*²¹⁰, firmado en París el 14 de marzo de 1884, establece como hecho punible la rotura o deterioro de un cable submarino llevada a cabo voluntariamente o por negligencia culpable, excepto cuando sus autores «no hayan tenido más que el fin legítimo de proteger su vida o la seguridad de su barco, después de haber adoptado todas las precauciones necesarias para evitar tales roturas o deterioros».

²⁰⁶ Una disposición análoga figura en el artículo 16 del Estatuto sobre el Régimen Internacional de los Puertos Marítimos, hecho en Ginebra el 9 de diciembre de 1923 (*ibid.*, vol. LVIII, pág. 285).

²⁰⁷ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 591, pág. 265.

²⁰⁸ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, volumen CXXXV, pág. 301.

²⁰⁹ Disposiciones análogas figuran en otros convenios, como, por ejemplo, en el artículo 7 del Convenio Internacional sobre Líneas de Carga, de 1966 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 640, pág. 133), en el Convenio Internacional sobre el Arqueo de Buques (publicación de la OCMÍ, N.º de venta: IMCO.1970.1, pág. 19) y en las Convenciones Internacionales para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, de 1948 y 1960 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 164, pág. 126, y volumen 536, pág. 42).

²¹⁰ G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil de traités*, Gottinga, Dieterich, 1887, 2.ª serie, t. XI, pág. 281.

h) Protección del medio ambiente²¹¹

CONVENIO INTERNACIONAL PARA PREVENIR LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS (1954)

91. En el artículo IV del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos²¹², hecho en Londres el 12 de mayo de 1954, se especifica que la prohibición de descargas o escapes de petróleo desde buques que dispone el convenio no se aplica, en particular, a la descarga «efectuada por un buque para asegurar su propia seguridad o la del otro buque, para evitar daños al buque o a la carga, o para salvar vidas humanas en el mar» ni al escape ocurrido «a raíz de una avería o pérdida imposible de evitar si se han adoptado todas las precauciones razonables después de ocurrir la avería o descubrir la pérdida para impedir o reducir tal escape».

CONVENIO SOBRE LA PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN DEL MAR POR VERTIMIENTO DE DESECHOS Y OTRAS MATERIAS (1972)

92. De conformidad con las disposiciones del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias²¹³, hecho en Londres, Ciudad de México, Moscú y Washington el 29 de diciembre de 1972, las partes contratantes prohibirán el vertimiento de cualesquiera desechos u otras materias en cualquier forma o condición, excepto en los casos que se especifican en el convenio. Sin embargo, esa prohibición no se aplicará «cuando sea necesario salvaguardar la seguridad de la vida humana o de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar, en casos de fuerza mayor debidos a las inclemencias del tiempo o en cualquier otro caso que cons-

²¹¹ Para los regímenes de responsabilidad que rigen la protección del medio marino contra la contaminación por hidrocarburos, véanse párrs. 113 y 114 *infra*.

²¹² Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 327, pág. 3. En el Reglamento anexo al Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, de 1973 (publicación de la OCMÍ, N.º de venta: 74.01.S, pág. 19), figuran también como excepciones las descargas de petróleo necesarias para lograr la seguridad del buque o para salvar vidas en el mar, así como las resultantes de daños sufridos por los buques. Véase también el Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico, hecho en Helsinki el 22 de marzo de 1974, y el Reglamento anexo [*Leyes nacionales y tratados relativos al derecho del mar* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E/F.76.V.2), pág. 518].

²¹³ Publicación de la OCMÍ, N.º de venta: 76.14.S. Disposiciones similares figuran en el artículo 8 del Convenio para la Prevención de la Contaminación Marina Provocada por Vertidos desde Buques y Aeronaves, firmado en Oslo el 15 de febrero de 1972 (A/AC.138/SC.III/L.9) y en el Protocolo para la Prevención de la Contaminación del Mar Mediterráneo Provocada por Vertidos desde Buques y Aeronaves, adjunto al Convenio para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación, hecho en Barcelona el 16 de febrero de 1976 (PNUMA, *Plan de acción para el Mediterráneo y Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de los Estados Ribereños de la Región Mediterránea para la Protección del Mar Mediterráneo*, Naciones Unidas, Nueva York, 1978, pág. 43).

tituya un peligro para la vida humana o una amenaza real para buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar, si el vertimiento parece ser el único medio para evitar la amenaza y si existe toda probabilidad de que los daños emanantes de dicho vertimiento sean menores que los que ocurrirían de otro modo» (artículo V).

i) Derechos humanos

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966)

93. La expresión «fuerza mayor» no aparece en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que figuran en el anexo a la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966. En el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos figura una disposición general que permite la derogación en situaciones excepcionales de las obligaciones asumidas de acuerdo con el Pacto. El párrafo 1 de ese artículo dice lo siguiente:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Sin embargo, en el párrafo 2 del mismo artículo se añade que la disposición del párrafo 1 antes citada no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 (derecho a la vida inherente a la persona humana), 7 (penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes), párrafos 1 y 2 del artículo 8 (esclavitud y servidumbre), 11 (prisión por deudas), 15 (inmunidad ante leyes *ex post facto*), 16 (derecho a la personalidad jurídica) y 18 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión)²¹⁴.

94. Normas relativas a algunos derechos estipulados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos²¹⁵, así como en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Cultura-

²¹⁴ En el artículo 15 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 213, pág. 221) bajo los auspicios del Consejo de Europa, y en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hecha en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 [Documentos Oficiales de la OEA, serie de Tratados multilaterales, convenios y acuerdos, N.º 36 (publicación de la OEA, N.º de venta: 70.II.7894.S)], figura una disposición sobre suspensiones de carácter análogo a la que se especifica en el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²¹⁵ Véanse, por ejemplo, los artículos 12, 14, 19, 21 y 22.

les²¹⁶ disponen que esos derechos o su ejercicio pueden estar sometidos a determinadas restricciones previstas por la ley y necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y las libertades de los demás.

j) Derecho relativo a conflictos armados

CONVENCIÓN RELATIVA A LAS LEYES Y COSTUMBRES DE LA GUERRA TERRESTRE (1907)

95. En el artículo 3 de la Convención [IV] relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre²¹⁷, de 18 de octubre de 1907, aprobada en la Segunda Conferencia Internacional de la Paz (La Haya, 15 de junio a 18 de octubre de 1907)²¹⁸, se dice que:

La parte beligerante que violare las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su fuerza armada.

El reglamento a que se hace referencia en el artículo es el «Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre» anexo a la convención²¹⁹.

96. Como es bien sabido, la formulación del artículo 3 de la Convención de 1907 tiene su origen en una enmienda relativa a la indemnización por violación del Reglamento presentada a la Conferencia por la delegación de Alemania²²⁰. En la declaración con que presentó la enmienda el representante de Alemania, en la cuarta sesión de la Primera Subcomisión de la Segunda Comisión de la Conferencia, se explica por qué es necesario introducir una norma de responsabilidad internacional como la propuesta por esa delegación:

Tal vez podría cuestionarse la necesidad de prever un caso semejante debido a que no cabe duda de que las potencias signatarias de una convención internacional tienen intención de acatar las normas que hayan adoptado. Huelga decir que no es nuestra intención cuestionar la buena fe de los gobiernos. De hecho, una norma que abriga el caso de una infracción de estipulaciones convencionales es impensable si nos referimos a obligaciones cuya ejecución depende de la sola voluntad del gobierno. Pero éste no es el caso. De acuerdo con la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, los gobiernos no tienen otra obligación que dar instrucciones a sus ejércitos de conformidad con las disposiciones que figuran en el Reglamento anexo. Si se admite que estas disposiciones deben

²¹⁶ Véase el artículo 8.

²¹⁷ *Actes et documents de la Deuxième Conférence internationale de la paix* (La Haya, 15 de junio a 18 de octubre de 1907), La Haya, Imprimerie nationale, 1907, t. I, pág. 626. Para una versión española, véase Marqués de Olivart, «Acta final de la Segunda Conferencia de la Paz y Convenciones anexas a la misma», *Revista de Derecho Internacional y Política Exterior*, Madrid, 1909.

²¹⁸ Convocada para completar y precisar más en determinados aspectos la labor de la Primera Conferencia de la Paz, incluidos la convención y el reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 26 de julio de 1899.

²¹⁹ *Actes et documents de la Deuxième Conférence...* (op. cit.), págs. 623 a 631.

²²⁰ *Ibid.*, t. III, pág. 144.

formar parte de las instrucciones militares, su infracción sería sancionable según las leyes penales que salvaguardan la disciplina de los ejércitos. Sin embargo, no puede pretenderse que estas sanciones sean suficientes para prevenir absolutamente toda transgresión individual. No sólo son los jefes de los ejércitos quienes tienen que acatar las disposiciones del Reglamento. Estas disposiciones son igualmente aplicables a todos los oficiales, suboficiales y soldados. Por tanto, los gobiernos no pueden garantizar que las órdenes que hayan sido impartidas de conformidad con su acuerdo sean cumplidas sin excepción en el curso de la guerra.

En estas circunstancias es adecuado prever las consecuencias de infracciones que puedan cometerse contra las exigencias del Reglamento. Según un principio de derecho privado, todo aquel que, mediante un acto ilícito, intencionalmente o por negligencia, infringe el derecho de otra persona, debe compensar a esa persona por el daño causado. Este principio es igualmente aplicable en el ámbito del derecho internacional y especialmente en los casos que nos ocupan. Sin embargo, no podemos sostener aquí la teoría de la culpa subjetiva según la cual el Estado tan sólo sería responsable si pudiera probarse en su contra una falta de cuidado o vigilancia. Los casos más frecuentes serán aquellos en que no puede imputarse negligencia alguna al gobierno mismo. Si, en este caso, las personas perjudicadas de resultas de una violación del Reglamento no pudieran solicitar una reparación del gobierno y estuvieran obligadas a dirigirse al oficial o soldado responsable, no conseguirían, en la mayoría de los casos, obtener la indemnización que se les debe. Por consiguiente, consideramos que la responsabilidad de todo acto ilícito cometido en violación del Reglamento por personas integrantes del ejército debería incumbir a los gobiernos a los que pertenecen ²²¹.

97. A la luz de esa declaración, parecería que el propósito principal de la enmienda era establecer que la responsabilidad internacional por la violación de las normas consignadas en el reglamento surge «objetivamente» sin que sea preciso probar que los órganos implicados fueran culpables o negligentes. El artículo 3 de la Convención de 1907, frecuentemente citado y comentado, ha sido mencionado posteriormente como ejemplo de disposición de un tratado que refleja el principio de la responsabilidad «absoluta». A este respecto, vale la pena recordar que en las normas sustantivas del reglamento figura una serie de disposiciones «de salvedad» basadas en nociones tales como la «necesidad militar». Esta característica de las normas principales, el carácter de la situación que se intenta reglamentar y la manera en que se supone que han de aplicarse en la práctica explican la redacción del artículo 3 de la Convención. Sin embargo, ¿cabe entender que el artículo 3 establece una responsabilidad «absoluta» o «estricta» que excluye totalmente la posibilidad de invocar en caso alguno la excepción de fuerza mayor? Sobre esta cuestión se han expresado diferentes opiniones ²²².

98. Del párrafo 5 de la declaración formulada el 18 de diciembre de 1924 por el Gobierno de Finlandia con ocasión de la firma del Protocolo para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, aprobado por la Quinta Asamblea de la Sociedad de las Naciones, parecería colegirse que la excepción de fuerza mayor podría invocarse legítimamente en determinados casos de su-

puestas violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Dicho párrafo dice lo siguiente:

El Estado que, en una situación determinada, y a menos que se viera absolutamente obligado por fuerza mayor, ha violado las leyes y costumbres de la guerra no escapará a la responsabilidad de dicha violación. Se entiende que, tanto si ha sido declarado agresor como si no, no eludirá esta responsabilidad consignada en el artículo 3 de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, aprobada en 1907 ²²³.

CONVENCIÓN RELATIVA AL RÉGIMEN DE LOS BUQUES MERCANTES ENEMIGOS AL EMPEZAR LAS HOSTILIDADES (1907)

99. En el artículo 1 de la Convención [VI] relativa al Régimen de los Buques Mercantes Enemigos al Empezar las Hostilidades ²²⁴, de 18 de octubre de 1907, hecha también en la Segunda Conferencia de la Paz, se dispone que cuando un buque mercante de una de las potencias beligerantes se encuentre, al empezar las hostilidades, en un puerto enemigo —o entre en un puerto enemigo sin conocer las hostilidades— es de desear que se le permita salir libremente, o inmediatamente, o «después de un plazo de favor suficiente». Y el artículo 2 precisa que el buque mercante

[...] que, a consecuencia de circunstancias de fuerza mayor, no hubiese podido salir del puerto enemigo durante el plazo previsto en el artículo precedente y aquel al cual no se hubiera permitido la salida, no podrán ser confiscados. El beligerante puede únicamente embargarlo, pero mediante la obligación de restituirlo después de la guerra, sin cobrar indemnización alguna, o requisicionarle, mediante indemnización ²²⁵.

100. En el comentario del artículo 2, que figura en el informe general de la Cuarta Comisión de la Conferencia ²²⁶, se explica que el artículo prevé el caso de un buque mercante enemigo que no ha podido partir porque no se le ha consentido la salida o porque no ha podido por fuerza mayor aprovechar el permiso de salida. Según el comentario, el propósito del artículo es dar a un Estado beligerante el derecho a embargar el buque, a condición de restituirlo después de la guerra, o de requisarlo, a condición de pagar una indemnización; pero, por otra parte, se prohíbe al Estado beligerante confiscar el buque. Se consideró que no era equitativo y que atentaba contra la seguridad necesaria en el comercio internacional el hecho de que el Estado beligerante, además de la opción que se le daba de no consentir la partida de un buque, pretendiera hacer que el

²²³ Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 6.º año, N.º 9 (septiembre de 1925), pág. 1213.

²²⁴ *Actes et documents de la Deuxième Conférence... (op. cit.)*, t. I, pág. 644.

²²⁵ *Ibid.* La expresión «fuerza mayor» también se utilizó en propuestas relativas al tema de esta disposición presentadas por diversas delegaciones, entre ellas, las delegaciones de Rusia, Suecia y Gran Bretaña (*ibid.*, t. III, págs. 1150, 1151 y 1155).

²²⁶ J. B. Scott, *Rapports faits aux Conférences de La Haye de 1899 et 1907*, Oxford, University Press, 1920, pág. 585. Para algunos ejemplos de la interpretación dada por los tribunales de presas a la expresión «fuerza mayor» del artículo 2 de la Sexta Convención de La Haya, véase J. W. Garner, *Prize Law during the World War*, Nueva York, MacMillan, 1927, págs. 293 y 294.

²²¹ *Ibid.*, págs. 139 y 140.

²²² Véase párr. 560 *infra*.

comercio inocente asumiera la carga de una pérdida «que no podía preverse».

CONVENCIÓN RELATIVA A LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS POTENCIAS NEUTRALES EN CASO DE GUERRA MARÍTIMA (1907)

101. Según la Convención [XIII] relativa a los Derechos y Deberes de las Potencias Neutrales en Caso de Guerra Marítima²²⁷, de 18 de octubre de 1907, aprobada en la Segunda Conferencia de la Paz, un gobierno neutral está obligado a «usar de todos los medios de que disponga» para cumplir las obligaciones de vigilancia estipuladas en los artículos 8 y 25 de la convención²²⁸. En el informe de la Tercera Comisión de la Conferencia se explica, en relación con el artículo 8, que la disposición adoptada

reproduce la [primera] norma de Washington^[229] con dos pe-

²²⁷ *Actes et documents de la Deuxième Conférence... (op. cit.)*, t. I, pág. 681.

²²⁸ El artículo 8 de la Convención dice lo siguiente:

«Un gobierno neutral está obligado a usar de todos los medios de que disponga para impedir que en su jurisdicción se equípe o arme un navío acerca del cual tenga motivo razonable para creer que está destinado a cruzar o a concurrir a las operaciones hostiles contra una potencia con la cual dicho gobierno neutral se encuentre en paz. Está asimismo obligado a usar de la misma vigilancia para impedir la salida fuera de su jurisdicción de cualquier navío destinado a cruzar o a concurrir a operaciones hostiles, y que hubiere sido, en dicha jurisdicción, adaptado en todo o en parte a los usos de la guerra.»

El artículo 25 dice:

«Toda potencia neutral está obligada a ejercer vigilancia por los medios de que disponga para impedir que en sus puertos, radas y aguas se violen las disposiciones que preceden.»

²²⁹ El artículo 6 del Tratado de Washington, de 8 de mayo de 1871, concertado entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América, dice lo siguiente:

«Al decidir las cuestiones sometidas a los árbitros, éstos se regirán por las normas siguientes, que son acordadas por las altas partes contratantes como normas que se considerarán aplicables al caso, y por los principios de derecho internacional congruentes con ellas que los árbitros determinen que son aplicables al caso.

»Normas

»Todo gobierno neutral está obligado:

»1) En primer lugar, a valerse de la debida diligencia para impedir que en su jurisdicción se equípe o arme un navío acerca del cual tenga motivo razonable para creer que está destinado a cruzar o guerrear contra una potencia con la que se encuentra en paz; y también a utilizar la misma diligencia para impedir la salida fuera de su jurisdicción de cualquier navío destinado a cruzar o guerrear como se dijo antes, y que hubiere sido, en dicha jurisdicción, adaptado en todo o en parte a los usos de la guerra;

»2) En segundo lugar, a no permitir o aceptar que ningún beligerante utilice sus puertos o aguas territoriales como base de operaciones navales contra el otro o para renovar o aumentar los suministros militares o las armas o el reclutamiento de hombres;

»3) En tercer lugar, a ejercer la debida vigilancia en sus puertos y aguas territoriales y sobre todas las personas dentro de su jurisdicción, para evitar toda violación de las obligaciones y deberes antedichos.» (*Ibid.*, t. III, pág. 601.)

Para el fallo del tribunal arbitral de Ginebra en el Asunto del *Alabama*, véanse párrs. 334 y 335 *infra*.

queñas modificaciones. Se ha omitido la expresión «debida diligencia», que se ha hecho famosa por su oscuridad desde su solemne interpretación; nos hemos limitado a decir, en primer lugar, que el gobierno neutral está obligado a «usar de todos los medios de que disponga» y, en segundo lugar, a «usar de la misma vigilancia»²³⁰.

En un pasaje del informe sobre el artículo 25 se dice que el principio de la tercera norma de Washington²³¹ no halló oposición: «se buscaba meramente hallar una fórmula que no impusiera a los neutrales una responsabilidad excesiva en proporción con los medios de que disponen. Esto es tanto más necesario cuanto que no se trata sólo de puertos, sino también de aguas territoriales [...]»²³².

102. Cualquiera que sea la diferencia entre las expresiones «la debida diligencia» y «usar de todos los medios de que disponga», parecería claro que esta última expresión da a entender entre otras cosas que si una potencia neutral se ve privada por fuerza mayor de los medios para cumplir las obligaciones estipuladas en los artículos 8 y 25 de la convención, no incurriría, en esa medida, en ninguna violación de las obligaciones correspondientes y, por tanto, no tendría por qué asumir la responsabilidad internacional por ese motivo.

103. Debería observarse también que la expresión «fuerza mayor» fue utilizada en algunos artículos de la proposición presentada por la delegación de *España* acerca de los derechos y deberes de las potencias neutrales en la guerra marítima. Esos artículos trataban de la cuestión de la limitación de la estadía de buques de guerra beligerantes en puertos y aguas territoriales neutrales y de las excepciones que deberían aceptarse en casos de inclemencia del tiempo u otra fuerza mayor²³³. Igualmente se consideró la fuerza mayor en relación con la cuestión de la destrucción de buques mercantes neutrales capturados como presas. La cuestión fue planteada en el programa de *Rusia* de 3 de abril de 1906: «¿Es ilícita la destrucción de todas las presas neutrales por motivos de fuerza mayor según las leyes actualmente vigentes y la práctica de la guerra marítima?»²³⁴.

k) Arreglo pacífico de controversias

CONVENCIÓN PARA EL ARREGLO PACÍFICO DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES (1907)

104. En relación con la revisión de la Convención para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales²³⁵, de 1899, emprendida por la Segunda Conferencia Internacional de la Paz (La Haya, 15 de junio a 18 de octubre de 1907), algunas delegaciones presentaron pro-

²³⁰ *Ibid.*, pág. 493.

²³¹ Véase la nota 229 *supra*.

²³² *Actes et documents de la Deuxième Conférence... (op. cit.)*, t. III, pág. 512.

²³³ *Ibid.*, pág. 701.

²³⁴ *Ibid.*, págs. 1100 y 1134.

²³⁵ J. B. Scott, *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, Nueva York, Oxford University Press, 1920, pág. 41.

puestas que se referían a la fuerza mayor. Así, por ejemplo, la delegación de *Rusia*, en su propuesta sobre procedimiento arbitral, sugirió que:

Después de la vista, el tribunal procederá inmediatamente a las deliberaciones, durante las cuales no se admitirá la presentación de nuevos documentos o de instrumentos escritos, salvo en caso de fuerza mayor real y de hechos absolutamente imprevisibles²³⁶.

La delegación de *Alemania* propuso que el tribunal arbitral, una vez concluidas las alegaciones, «tuviera en cuenta todos los nuevos escritos o documentos que ambas partes estuviesen de acuerdo en presentar, o aquellos que no hubiesen podido presentarse por motivos de fuerza mayor o por circunstancias imprevisibles»²³⁷. Esas propuestas no se incorporaron a la *Convención para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales*²³⁸, de 1907, cuyos artículos 67 y 68 reproducen la correspondiente disposición de la Convención de 1899 (artículos 42 y 43).

105. También se aludió a la fuerza mayor en la Primera Subcomisión y en el Comité A de la Primera Comisión de la Conferencia de 1907, durante el examen de las cuestiones relativas a la revisión del sistema de arbitraje establecido en la Convención de 1899. Así, por ejemplo, el representante de *Haití* señaló que:

Es indudable que las circunstancias constitutivas de fuerza mayor, que coloquen a un Estado en una situación meramente transitoria de imposibilidad de pago de una deuda, corresponderán a la jurisdicción del tribunal arbitral. Como las circunstancias constitutivas de fuerza mayor, es decir, los hechos ajenos a la voluntad del hombre, puede a menudo, al paralizar la voluntad de hacer, impedir el cumplimiento de las obligaciones,

[...] no puedo imaginar que, en virtud de una decisión arbitral, una gran nación acreedora deje de considerar que actúa «de mala fe» un Estado deudor que sea incapaz de cumplir sus obligaciones de resultas, digamos, de una inundación, una erupción volcánica, malas cosechas, etc. El testimonio de la historia contemporánea obra en contra de tal reconocimiento [...] ²³⁹.

El representante de *Rumania* dijo que

el primer deber de todo Estado es administrar sus finanzas y sus relaciones económicas de modo tal que pueda cumplir sus obligaciones cualesquiera que sean las circunstancias. Se ha dicho que hay casos de fuerza mayor, de gran crisis económica que, en un momento dado, podrían hacer tambalear la solvencia del Estado [...] esas contingencias son demasiado extraordinarias para que sea necesario prever sus consecuencias en estipulaciones internacionales²⁴⁰.

²³⁶ *Actes et documents de la Deuxième Conférence...* (op. cit.), t. II, pág. 876.

²³⁷ *Ibid.*, pág. 877.

²³⁸ Scott, *Les Conventions et Déclarations de La Haye...* (op. cit.), pág. 41.

²³⁹ *Actes et documents de la Deuxième Conférence...* (op. cit.), t. II, págs. 294 y 295.

²⁴⁰ *Ibid.*, pág. 297. La fuerza mayor se mencionó también en relación con la situación que se producía a raíz de la oposición del parlamento a que se votase un proyecto de ley. Algunas delegaciones rechazaron expresamente el punto de vista de que un gobierno pudiese alegar la negativa de su parlamento como caso de fuerza mayor (véase *ibid.*, págs. 439, 446, 447 y 451). La Convención [XII] Relativa al Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas, de 18 de octubre de 1907, que fue examinada también en la Primera Comisión de la Segunda

D) Regímenes convencionales de responsabilidad por los perjuicios causados por actos que se relacionen con determinadas actividades

106. Los Estados han establecido mediante tratados una serie de regímenes que regulan la responsabilidad por los perjuicios causados por actos relacionados con determinadas actividades no necesariamente prohibidas por el derecho internacional. Algunos de esos regímenes se inspiran en el principio de la responsabilidad por «culpa», pero en otros casos el desarrollo de la ciencia y la tecnología han movido a los Estados a basarlos en otros conceptos jurídicos, tales como el concepto de la responsabilidad «estricta» o «absoluta»²⁴¹. El grado de riesgo que implican ciertas actividades peligrosas o excesivamente peligrosas y la extensión de los daños y perjuicios que de ellas provengan explican la incorporación al derecho internacional convencional de los conceptos jurídicos de responsabilidad «estricta» o «absoluta»²⁴².

Conferencia de la Paz, se refiere en dos oportunidades a la fuerza mayor. El artículo 21 establece que el Tribunal residirá en La Haya y no puede, salvo caso de fuerza mayor, trasladarse a otro lugar sino con el consentimiento de las partes beligerantes, y el artículo 31, tras disponer que cuando no se hubiere interpuesto el recurso de apelación dentro del plazo fijado por el artículo 28 o por el artículo 30, se declarará, sin debate, inadmisibile, dice lo siguiente:

«Sin embargo, si justifica la Parte que un impedimento de fuerza mayor ha dado motivo a la no interposición del recurso dentro del plazo fijado o si lo interpone dentro de los 60 días siguientes a la cesación de este impedimento puede admitirse, siempre que la parte contraria haya sido debidamente notificada.» (*Ibid.*, vol. I, págs. 672 a 674.)

Esta convención nunca entró en vigor. Las propuestas formuladas sobre la materia por las delegaciones de *Alemania*, los *Estados Unidos de América*, *Francia* y *Gran Bretaña* aludieron también a la fuerza mayor [J. B. Scott, *Rapports faits aux Conférences de La Haye de 1899 et 1907 (op. cit.)*, págs. 797 y 805].

²⁴¹ En términos generales, la responsabilidad por «culpa» implica la atribución de responsabilidad a un sujeto que ocasiona el daño en forma intencional o por negligencia. Puede decirse que hay responsabilidad «estricta» o «absoluta» cuando existe la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a otros, independientemente de que haya culpa o negligencia por parte del actor. A veces, la expresión «responsabilidad absoluta» se utiliza para señalar una forma de responsabilidad más rigurosa que la que se califica habitualmente de «estricta».

²⁴² Durante los últimos veinte años, los tratadistas han prestado particular atención a la cuestión de la reglamentación internacional de la responsabilidad derivada de ciertas actividades peligrosas o excesivamente peligrosas. La mayor parte de esos escritos analiza en detalle el derecho convencional existente sobre la materia. Véase, por ejemplo, G. Arangio-Ruiz, «Some international legal problems of the civil uses of nuclear energy», *Recueil des cours...*, 1962-III, Leyden, Sijthoff, 1963, t. 107, pág. 497; C. A. Colliard, «La Convention de Bruxelles relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires», *Annuaire français de droit international*, 1962, Paris, vol. VIII, 1963, pág. 41; J. Constantinoff, «La révision de la Convention de Varsovie et la responsabilité du transporteur aérien», *Revue française de droit aérien*, Paris, vol. 24, N.º 4 (octubre-diciembre 1970), pág. 393; F. Durante, *Responsabilità internazionale e attività cosmiche*, Padua, CEDAM, 1969; W. F. Foster, «The Convention on international liability for damage caused by space objects», *Annuaire canadien de droit international*, 1972, Vancouver (B. C.), 1973, t. X, pág. 137; D. Goedhuis, «Conflicts of law and divergencies in the legal regimes of air space and

(Continúa en la página siguiente.)

107. No deja de tener interés, para los fines del presente documento, referirse a esos regímenes. Como lo demuestran los ejemplos que se señalan más adelante, aun cuando el sistema respectivo se inspire en el principio básico de la responsabilidad «estricta» o «absoluta» no le son totalmente ajenos los conceptos de fuerza mayor y de caso fortuito. La posibilidad de invocar, en los regímenes de esa clase, situaciones de fuerza mayor o caso fortuito como excepciones a la responsabilidad es, desde luego, mucho más limitada que lo normalmente aceptado en derecho internacional. No obstante esas limitaciones, la mayor parte de los regímenes convencionales de que se trata reconocen, de un modo u otro, ciertas circunstancias determinadas como excepciones a la responsabilidad, circunstancias que corresponden normalmente al concepto de fuerza mayor y de caso fortuito.

NAVEGACIÓN MARÍTIMA

108. Los regímenes convencionales que regulan la responsabilidad en materia de navegación marítima se inspiran en gran medida en el principio de la responsabilidad por «culpa». Por tanto, la fuerza mayor y el caso fortuito desempeñan un papel importante en esos regímenes como excepciones a la responsabilidad. Así, el *Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordaje*²⁴³, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910, establece expresamente que «si el abordaje es fortuito, si es debido a un caso de fuerza mayor, o si existe duda sobre las causas del mismo, soportarán los daños quienes los hayan sufrido» (art. 2). Si el abordaje se debiera a falta cometida por uno de los buques, la reparación de los daños corresponderá al buque que la haya cometido (art. 3), y si existe falta común, la responsabilidad de cada uno de los buques será proporcional a la gravedad de las faltas que, respectivamente, hayan cometido (art. 4). Además, recae sobre el demandante la prueba de la «culpa», por cuanto el artículo 6 del convenio dispone que «no exis-

ten presunciones legales de culpa en cuanto a la responsabilidad del abordaje».

109. El *Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas a la Limitación de la Responsabilidad de los Propietarios de Buques Destinados a la Navegación Marítima*²⁴⁴, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, estipula que la limitación a la responsabilidad establecida por el artículo 1 del Convenio no se aplica, entre otras cosas, «a las obligaciones derivadas de hechos o faltas del propietario del buque» (art. 2). El *Convenio Internacional sobre la Limitación de la Responsabilidad de los Propietarios de Buques de Mar*²⁴⁵, firmado en Bruselas el 10 de octubre de 1957, adopta un criterio similar.

110. El *Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Transporte de Pasajeros por Mar*²⁴⁶, hecho en Bruselas el 26 de abril de 1961, hace depender la responsabilidad del porteador por daños de que el demandante pruebe que los perjuicios de que se trata se debieron a culpa o negligencia del transportista. Esa culpa o negligencia se presume sólo en caso de muerte o de lesiones personales causadas por naufragios, abordajes, encalladuras, explosiones o incendios (art. 4), presunción que admite prueba en contrario. El *Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Transporte de Equipaje y de Pasajeros por Mar*²⁴⁷, hecho en Bruselas el 27 de mayo de 1967 (art. 4), y el *Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar*²⁴⁸, de 13 de diciembre de 1974, establecen un sistema análogo.

NAVEGACIÓN AÉREA

111. En la esfera de la aviación civil, la *Convención para la Unificación de Determinadas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional*²⁴⁹, hecho en Varsovia el 12 de octubre de 1929, presume la responsabilidad del porteador, pero éste puede refutar la presunción ofreciendo probar que adoptó todas las medidas necesarias para evitar los perjuicios o que le fue imposible adoptarlas. Con arreglo al artículo 17, el porteador es responsable del daño ocasionado por la muerte, heridas o cualquier lesión corporal sufrida por un viajero cuando el accidente que ha originado el daño haya tenido lugar a bordo de la aeronave o durante las operaciones de

(Continuación de la nota 242.)

outer space», *Recueil des cours...*, 1963-II, Leyden, Sijthoff, 1964, t. 109, pág. 257; L. F. E. Goldie, «Liability for damage and the progressive development of international law», *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 14, 4.ª parte, octubre de 1965, pág. 1189; C. W. Jenks, «Liability for ultra-hazardous activities in international law», *Recueil des cours...*, 1966-I, Leyden, Sijthoff, 1967, t. 117, pág. 99; M. Lachs, «The international law of outer space», *Recueil des cours...*, 1964-III, Leyden, Sijthoff, 1966, t. 113, pág. 7; R. Y. Jennings, «General course of principles of international law», *Recueil des cours...*, 1967-II, Leyden, Sijthoff, 1969, t. 121, págs. 511 a 526; G. P. Zhukov, «Principes fondamentaux du droit spatial international», *Droit international contemporain - Recueil d'articles sous la direction du professeur G. Tunkin*, Moscú, Progrès, 1972, pág. 393; J. M. Kelson, «State responsibility and the abnormally dangerous activity», *Harvard International Law Journal*, Cambridge (Mass.), vol. 13, N.º 2 (primavera 1972), pág. 197; P. Strohl, «La Convention de 1971 relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires - Un essai de conciliation entre le droit maritime et le droit nucléaire», *Annuaire français de droit international*, 1972, París, vol. XVIII, 1973, pág. 753.

²⁴³ *Registro de textos de Convenciones y otros instrumentos relativos al Derecho Mercantil Internacional*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.V.3), pág. 131.

²⁴⁴ *Ibid.*, pág. 148.

²⁴⁵ *Ibid.*, pág. 173. El artículo 1 de ese convenio dispone que puede limitarse la responsabilidad «salvo que el hecho origen del crédito haya sido causado por culpa personal del propietario».

²⁴⁶ *Conférence diplomatique de droit maritime, onzième session (Bruxelles, 1961)*, Bruselas, Goemaere, 1961, pág. 371. La culpa coadyuvante del pasajero puede exonerar al porteador total o parcialmente de responsabilidad (art. 5).

²⁴⁷ *Conférence diplomatique de droit maritime, douzième session, première phase (Bruxelles, 1967)*, Bruselas, Goemaere, 1967, pág. 389.

²⁴⁸ OCMÍ, *Conférence juridique internationale de 1974 sur le transport des passagers et de leurs bagages a bord des navires, Acte final de la Conférence* (publicación de la OCMÍ, N.º de venta: 75.03.F), pág. 21.

²⁴⁹ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, volumen CXXXVII, pág. 11.

embarque o desembarque, y el artículo 18 establece, entre otras cosas, que el porteador es responsable del daño causado en casos de destrucción, pérdida o avería de equipajes registrados o de mercancías, cuando este daño ocurra durante el transporte aéreo. Sin embargo, esas disposiciones se encuentran complementadas por la norma establecida en el artículo 20, que dice lo siguiente:

1. El porteador no será responsable si prueba que él y sus representantes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible adoptarlas.

2. En los transportes de mercancías y equipajes, el porteador no será responsable cuando pruebe que el daño provino de una falta de pilotaje, de conducción de la aeronave o de navegación y que, en todos los órdenes, él y sus representantes adoptaron las medidas necesarias para evitar el daño.

Se puede descartar o atenuar la responsabilidad del porteador en caso de que exista culpa coadyuvante de la persona lesionada (art. 21).

112. En el artículo 1 del *Convenio sobre Daños Causados a Terceros en la Superficie por Aeronaves Extranjeras*²⁵⁰, hecho en Roma el 7 de octubre de 1952²⁵¹, se establece la obligación del operador de la aeronave de reparar los daños causados, siendo suficiente para ello la prueba de que los daños se produjeron. Los daños de que se trata deben ser «consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado». El convenio no hace depender la responsabilidad de la culpa del operador. No obstante, la responsabilidad absoluta que así se impone al porteador aéreo admite ciertas excepciones o exoneraciones señaladas específicamente. A este respecto es especialmente pertinente la norma establecida en el artículo 5, que dispone que:

La persona que sería responsable con arreglo a las disposiciones de este Convenio no está obligada a reparar los daños que sean consecuencia directa de conflictos armados o disturbios civiles, o si ha sido privada del uso de la aeronave por acto de la autoridad pública.

También será causa de exención o reducción de responsabilidad el que el demandante haya incurrido en culpa o negligencia coadyuvantes (art. 6). Además, el convenio tiene en cuenta la «intención de causar daños» del operador, a los efectos de la determinación de la extensión de la responsabilidad (art. 12). Además, en el artículo 16, que enumera las excepciones que corresponden al asegurador y a toda otra persona que garantice, conforme a lo requerido en el convenio, la responsabilidad del operador por las reclamaciones que se entablen en su contra, se hace expresa referencia a la fuerza mayor.

CONTAMINACIÓN

113. Con respecto a la protección del medio marítimo de la contaminación por hidrocarburos, el artículo III del *Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil*

por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos²⁵², hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969, dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

1. Salvo cuando se den las circunstancias previstas en los párrafos 2 y 3 de este artículo, el propietario de un barco, al ocurrir un siniestro o al ocurrir el primer acontecimiento si el siniestro consistiera en una serie de acontecimientos, será responsable de todos los daños por contaminación causados por los hidrocarburos derramados o descargados desde el barco a resultas del siniestro.

2. No podrá imputarse responsabilidad alguna al propietario si prueba que los daños por contaminación

a) resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o

b) fue totalmente causado por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños, o

c) fue totalmente causado por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función.

El principio de la responsabilidad absoluta que se establece en el párrafo 1 del artículo antes citado está limitado por las excepciones que figuran en los párrafos 2 y 3²⁵³. La excepción a la responsabilidad que se prevé en el apartado a del párrafo 2 se refiere a situaciones que se relacionan con la fuerza mayor (los apartados b y c del párrafo 2 se relacionan más bien con la excepción de «cause étrangère»). Cabe agregar que el convenio tiene en cuenta la «falta concreta o culpa del propietario» en relación con la limitación a la extensión de la responsabilidad (art. V), y que enumera, entre los medios de defensa que amparan al asegurador, el «acto doloso del [...] propietario» (art. VIII)²⁵⁴.

114. El 18 de diciembre de 1971, los Estados partes del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, de 1969, celebraron en Bruselas el *Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños*

²⁵² Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1969 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.71.V.4), pág. 187.

²⁵³ El párrafo 3 se refiere al caso de culpa o negligencia coadyuvantes de la persona que sufrió los daños.

²⁵⁴ El Acuerdo Relativo a la Responsabilidad por la Contaminación Causada por Hidrocarburos, celebrado entre propietarios de buques cisternas en Londres el 7 de enero de 1969 [American Society of International Law, *International Legal Materials*, Washington (D. C.), vol. VIII, N.º 3, mayo de 1969, pág. 498] (inglés solamente), dispone en su artículo IV, titulado «Obligaciones y responsabilidad con respecto a los gobiernos», que: a) Si se produce una descarga de hidrocarburos procedente de un buque cisterna participante, debido a la negligencia del propietario de ese buque (independientemente de la gravedad de dicha negligencia), que cause daños graves por contaminación o cree una situación de peligro grave e inminente de que ocurran esos daños en el litoral que corresponda a la jurisdicción de un gobierno determinado, el propietario de ese buque cisterna participante estará obligado a extraer los hidrocarburos derramados o a pagar los gastos razonables en que incurra el gobierno afectado para hacerlo, hasta el límite máximo de responsabilidad que establece la cláusula VI; y b) Incumbe al propietario la obligación prevista en el apartado a, a menos que pruebe que la descarga de hidrocarburos de su buque cisterna se produjo sin culpa de parte del referido buque.

²⁵⁰ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 310, pág. 212.

²⁵¹ Este convenio reemplaza, entre las partes contratantes, al Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Daños Causados a Terceros en la Superficie por Aeronaves Extranjeras, hecho en Roma el 29 de mayo de 1933 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXCII, pág. 289).

*Causados por la Contaminación de Hidrocarburos*²⁵⁵. Corresponde al Fondo que se establece indemnizar a toda persona que sufra daños causados por la contaminación y no haya podido obtener una indemnización total y suficiente de ellos con arreglo al Convenio de Responsabilidad de 1969. Sin embargo, el apartado a del párrafo 2 del artículo 4 dispone que el Fondo no incurrirá en obligación alguna si prueba, entre otras cosas, que los daños causados por la contaminación resultaron de «actos de guerra, hostilidades, guerras civiles o insurrecciones».

ENERGÍA NUCLEAR

115. En los regímenes convencionales de responsabilidad existentes en esa esfera es asimismo un principio rector el que el explotador responda estrictamente por los daños que resulten de actividades nucleares. De conformidad con el artículo 3 del *Convenio sobre Responsabilidad Civil en la Esfera de la Energía Nuclear*²⁵⁶, hecho en París el 29 de julio de 1960²⁵⁷, para que pueda atribuirse responsabilidad al explotador, es suficiente probar que el daño ha sido causado por combustible nuclear, por productos o por desechos radiactivos de instalaciones nucleares. Entre las excepciones que limitan la responsabilidad estricta del explotador, el artículo 9 del Convenio menciona los daños causados por un accidente nuclear debido a «actos de conflicto armado, invasiones, guerras civiles, insurrecciones o desastres naturales graves de carácter excepcional»²⁵⁸. Los actos de guerra, las hostilidades, las guerras civiles o insurrecciones limitan en forma análoga el principio de la responsabilidad absoluta del explotador, incorporado en el *Convenio sobre la Responsabilidad de los Operadores de Buques Nucleares*²⁵⁹, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1962. En el apartado a del párrafo 3 del artículo IV de la *Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares*²⁶⁰, de 21 de mayo de 1963, figura una disposición semejante que se basa asimismo en el principio de la responsabilidad absoluta (art. IV, párrafo 1). Esta última Convención dispone también que, salvo en la medida en que la legislación del Estado de la instalación disponga lo contrario, el explotador [no]

²⁵⁵ OMCI, *Conférence de 1971 sur la création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, Acte final de la Conférence* (publicación de la OMCI, N.º de venta: 1972.10), pág. 47.

²⁵⁶ Consejo de Europa, *Annuaire européen, 1960*, La Haya, 1961, vol. VIII, pág. 204.

²⁵⁷ Convenio concertado bajo los auspicios de la OCDE. Este convenio se ha complementado con el convenio de 31 de enero de 1963 (*ibid.*, *Annuaire européen, 1963*, La Haya, 1965, volumen XI, pág. 282).

²⁵⁸ En el párrafo 48 del memorándum explicativo de la convención se subraya la diferencia en el alcance de esa excepción y de la fuerza mayor o caso fortuito, al señalarse que la responsabilidad objetiva del operador no puede estar sujeta a las exoneraciones clásicas por actos fortuitos, fuerza mayor, *vis divina* o actos coadyuvantes de terceros, hayan sido o no tales actos razonablemente previsibles y resistibles.

²⁵⁹ *Conférence diplomatique de droit maritime, onzième session, deuxième phase (Bruxelles, 1962)*, Bruselas, Goemaere, 1963, pág. 707.

²⁶⁰ Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1963* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 65.V.3), pág. 158. Esta convención se celebró bajo los auspicios del OIEA.

será responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a «una catástrofe natural de carácter excepcional» (art. 4, párrafo 3, apartado b).

ESPACIO ULTRATERRESTRE

116. En lo concerniente al espacio ultraterrestre, el *Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales*²⁶¹, de 29 de noviembre de 1971, establece un doble sistema de responsabilidad. En primer lugar, el artículo II dispone que:

Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la tierra o a las aeronaves en vuelo.

En segundo lugar, el artículo III dispone que:

Cuando el daño sufrido fuera de la superficie de la tierra por un objeto espacial de un Estado de lanzamiento, o por las personas o los bienes a bordo de dicho objeto espacial, sea causado por un objeto espacial de otro Estado de lanzamiento, este último Estado será responsable únicamente cuando los daños se hayan producido por su culpa o por culpa de las personas de que sea responsable²⁶².

La incorporación, en el artículo II del Convenio, del concepto de responsabilidad absoluta representa la primera ocasión en que un acuerdo internacional ha procurado imponer tal régimen de responsabilidad a los Estados en su condición de tales. Las convenciones a que se hace referencia en los párrafos anteriores han restringido la atribución de la responsabilidad estricta o absoluta a los operadores y las empresas y sólo la ha impuesto a los Estados en forma incidental en su condición de operadores.

117. El artículo VI del Convenio dispone que:

[...] un Estado de lanzamiento quedará exento de la responsabilidad absoluta en la medida en que demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto de omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último Estado represente.

El convenio no establece exención alguna de responsabilidad cuando un desastre natural es la causa del accidente provocado por el objeto espacial. Se estimó en general que exonerar de responsabilidad en ese caso al Estado de lanzamiento anularía, en gran medida, para los fines del convenio, el efecto del principio de la responsabilidad absoluta²⁶³.

²⁶¹ Resolución 2777 (XXVI), de la Asamblea General, anexo.

²⁶² También se tiene en cuenta la culpa para determinar la forma de repartir la carga de la indemnización en casos de responsabilidad mancomunada y solidaria (art. IV).

²⁶³ En la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión para la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos se prestó cierta atención a la cuestión de la exención de responsabilidad basada en la fuerza mayor, con motivo de una propuesta hecha por Hungría en 1965 (A/AC.105/C.2/L.10/Rev.1), que incluía «la catástrofe natural» como fundamento de la exención. Algunos representantes formularon declaraciones a favor de la propuesta, mientras otros estimaron que permitir la exoneración de responsabilidad basada en los desastres naturales o la fuerza mayor sería apartarse del objetivo principal del convenio [véase A/AC.105/C.2/SR.50 (1965) y A/AC.105/C.2/SR.77 y 78 (1967)].

SECCIÓN 2.—PRÁCTICA DE LOS ESTADOS REFLEJADA EN LA CORRESPONDENCIA DIPLOMÁTICA Y EN OTROS DOCUMENTOS OFICIALES RELATIVOS A CASOS CONCRETOS

118. Esta sección está dedicada a la práctica de los Estados reflejada en la correspondencia diplomática y en otros documentos oficiales relativos a casos concretos. Parte del material indicado menciona expresamente la «fuerza mayor», el «caso fortuito» o la «imposibilidad». Otra parte se refiere a la «culpa», la «intencionalidad», la «negligencia», la «debida diligencia», etc., o a la ausencia de tales elementos. Ambas clases de material se relacionan con situaciones de fuerza mayor o de caso fortuito, o con situaciones que se asemejan a ellas.

119. Según se desprende de ese material, la práctica de los Estados subraya las condiciones concretas que rodean el acto u omisión respectivos. La licitud o ilicitud de la conducta de que se trata se analiza tanto en relación con el contenido de la norma «primaria» conexas como con los elementos fácticos específicos del caso. Por ejemplo, cuando una aeronave que pertenece a un Estado vuela sobre el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este último, se mencionan las condiciones específicas en que tuvo lugar el vuelo para determinar si se ha cometido una violación de la obligación de respetar la soberanía e integridad territorial de los Estados o si existe una justificación de fuerza mayor que excluya que el hecho pueda considerarse como una violación. Sin embargo, los Estados han utilizado a veces la expresión «fuerza mayor» para calificar una situación general en cuyo contexto el sujeto de la obligación ha adoptado la conducta de que se trata. Así, por ejemplo, las guerras civiles, las revoluciones y las insurrecciones han sido llamadas a veces situaciones de «fuerza mayor» a los efectos del cumplimiento de ciertas obligaciones relativas al trato de los extranjeros, sin hacerse referencia a las condiciones concretas que rodean el acto u omisión de que se trata. Teniendo presente lo anterior, el material se entrega clasificado en epígrafes de carácter general, según sean los tipos de conducta involucrados (incidentes fronterizos, incidentes marítimos, incidentes aéreos, contaminación, protección de pesquerías fuera del litoral, reembolso de deudas, terrorismo internacional y desviación por la fuerza de aeronaves) o bien el contexto en el cual se adopta la conducta de que se trata (guerras civiles, revoluciones, insurrecciones, motines y violencia de las turbas, hostilidades o conflictos internacionales armados). El material se ha organizado cronológicamente en relación con esos epígrafes generales.

120. Esta sección no incluye material relativo a disposiciones constitucionales o a legislación nacional. Sin embargo, es posible que, con ocasión de promulgarse determinada legislación nacional, los gobiernos intercambien correspondencia diplomática. Así, por ejemplo, Italia envió una nota a Venezuela con motivo de la Ley venezolana sobre extranjeros, de 1903, cuyo artículo 17 dispone la no responsabilidad del Estado respecto a daños o perjuicios causados por agentes o grupos armados al servicio de alguna revolución²⁶⁴. En su res-

puesta, de fecha 21 de noviembre de 1903, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela defendió la posición de su gobierno de no reconocer responsabilidad alguna, salvo por daños causados por las autoridades legítimas, declarando que el Gobierno cumplía su deber atacando y sofocando la insurrección, debiendo ser tomadas sus medidas como insuperables consecuencias de calamidades que, como las provenientes de la naturaleza, no es dable prevenir ni evitar [...]»²⁶⁵.

a) Incidentes en tierras fronterizas

CRUCE DE LA FRONTERA AUSTRÍACA POR FUNCIONARIOS ITALIANOS (1862)

121. En una nota de fecha 2 de agosto de 1862, el Ministro de Prusia en Turín, quien estaba encargado de velar por los intereses de Austria en Italia, envió una protesta al Gobierno austro-húngaro con respecto a una presunta violación territorial cometida por soldados italianos en la isla austríaca de Tessano en el río Po. En su respuesta de fecha 25 de agosto de 1862, el Ministro de Relaciones Exteriores de Italia declaró que un «acto humanitario» no podía considerarse como «violación territorial», y sostuvo que:

En realidad, no fueron soldados italianos, sino dos funcionarios de aduanas quienes, al oír gritos de angustia provenientes de la isla deshabitada de Mezzano Boscajoli, ubicada frente al puesto de guardia ferrarés, desembarcaron en la isla sin

Para la Ley venezolana sobre extranjeros, de 1923, véase *ibid.*, págs. 144 a 146. En otros países de América Latina se ha promulgado también legislación interna inspirada en principios en cierto modo semejantes. Por ejemplo, el artículo 3 de la Ley colombiana, de 31 de agosto de 1886, dispone que «la nación no es necesariamente responsable de las pérdidas sufridas por extranjeros a manos de los rebeldes» (para la ley y su decreto reglamentario, de 11 de octubre de 1886, véase *British and Foreign State Papers, 1885-1886*, Londres, Ridgway, vol. 77, 1893, págs. 808 y 810 a 811); el artículo 1.º de una ley del Ecuador, de 17 de julio de 1888, dispuso que: «la nación no será responsable de los daños y perjuicios que se causen por el enemigo durante una guerra civil o internacional o que se produzcan a raíz de conmociones o motines, ni por aquellos que el gobierno pueda causar en circunstancias semejantes en el curso de operaciones militares o como consecuencia inevitable de la guerra. En esos casos, ni los nacionales ni los extranjeros tendrán derecho a indemnización» (citado por Arias, *loc. cit.*, pág. 758). En las constituciones de algunos países de América Latina figuran disposiciones que tratan sobre la materia tales como, por ejemplo, la Constitución de El Salvador, de 1883, cuyo artículo 46 dice que «[...] ni los salvadoreños ni los extranjeros podrán en ningún caso reclamar al gobierno indemnización alguna por daños o perjuicios que a sus personas o a sus bienes causaren los trastornos políticos, quedando a salvo su derecho a reclamar reparación contra los funcionarios o particulares culpables» (*ibid.*, pág. 757). En A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Droit international public*, París, Sirey, 1936, t. III, págs. 559 y 560, figuran otros ejemplos de disposiciones del mismo tenor en las constituciones de América Latina.

²⁶⁵ Pulido Santana, *op. cit.*, págs. 533 y 534.

²⁶⁴ M. T. Pulido Santana, *La Diplomacia en Venezuela*, Caracas, Imprenta Universitaria, 1963, vol. 1 (tesis), págs. 128 y 131.

ninguna intención hostil * y, al encontrar a un soldado semi-ahogado, lo transportaron a la ribera italiana del río [...] ²⁶⁶.

CRUCE DE LA FRONTERA MEXICANA POR UN DESTACAMENTO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1886)

122. El 11 de enero de 1886, en México, tropas de ese país dispararon y dieron muerte al capitán E. Crawford, del Ejército de los Estados Unidos de América, quien se encontraba al mando de un destacamento de exploradores indios que había cruzado la frontera. El Gobierno de México arguyó que el tiroteo que se había producido temprano en la mañana se debió a que los exploradores indios habían sido confundidos con indios hostiles. Los Estados Unidos de América, tras llegar a la conclusión, sobre la base de las pruebas existentes, de que los disparos no habían constituido un acto internacional, no insistieron en la reclamación ²⁶⁷.

INCIDENTE EN LA FRONTERA ENTRE BULGARIA Y GRECIA (1925)

123. Un convenio entre Grecia y Bulgaria, firmado el 27 de noviembre de 1919, reconoció el derecho de sus respectivos nacionales que pertenecían a minorías raciales, religiosas o lingüísticas a emigrar libremente a los correspondientes territorios. Los emigrantes perderían la nacionalidad del país que abandonaban y adquirirían la del país de destino. Sus bienes raíces debían liquidarse en el país que abandonaban, y el plazo para formular declaraciones a fin de prevalerse de ese derecho de emigración voluntaria expiraba a fines de 1924. La determinación del valor de los bienes pertenecientes a los emigrantes, que había de decidir una comisión mixta, se hizo muy lentamente y ocasionó un sentimiento de descontento entre los emigrantes.

124. Entretanto, había también en Bulgaria un número considerable de refugiados de origen búlgaro que habían llegado de Grecia en diferentes épocas y que no habían querido acogerse a los derechos establecidos en la convención sobre emigración voluntaria de 1919. En cambio, reclamaban los derechos conferidos por el Tratado de Sèvres relativo al trato de las minorías, que preveía el derecho de los nacionales búlgaros o turcos que residiesen habitualmente en territorios traspasados a Grecia por tratados posteriores al 1.º de enero de 1913 a optar por nacionalidades distintas de la griega. Quienes habían optado por otras nacionalidades debían salir de Grecia dentro del plazo de doce meses, pero conservaban la propiedad de los bienes raíces que tuviesen en territorio griego. Esas disposiciones facultaban a las personas originarias de los distritos recientemente incorporados a Grecia a reasentarse en ellos, aun si los habían dejado muchos años antes, y, en todo caso, a conservar sus bie-

nes raíces en esos distritos. Había un número considerable de esas personas en Bulgaria, la mayor parte de las cuales había dejado bienes en Grecia, por los que no habían recibido indemnización alguna ²⁶⁸.

125. Se pidió a una comisión de la Sociedad de las Naciones que investigase los incidentes ocurridos en la frontera entre los dos Estados, la que, en 1925, hizo las siguientes recomendaciones con respecto a dicha situación:

[...] Bajo la presión de las circunstancias, el Gobierno de Grecia utilizó esa tierra [el antiguo distrito búlgaro] para asentar refugiados de Turquía. *Sería imposible desalojar ahora a esos refugiados a fin de permitir el regreso de los antiguos propietarios* *. Tampoco convendría ese procedimiento, pues su resultado sería crear nuevamente en Grecia minorías que las circunstancias habían hecho desaparecer ²⁶⁹.

Sin embargo, la Comisión agregó que, si había de pedirse a esos búlgaros que renunciaban a un derecho, era muy justo que se les indemnizase por el valor de los bienes que habían dejado ²⁷⁰.

126. El representante de Bulgaria, Kalfoff, comentando las antedichas recomendaciones de la Comisión, formuló en la primera sesión de la 37.ª reunión del Consejo de la Sociedad, celebrada el 7 de diciembre de 1925, la siguiente declaración:

La Comisión [...] expresa la opinión de que la llegada a Grecia de un gran número de refugiados del Asia Menor hace imposible la aplicación de los artículos 3 y 4 del Tratado de Sèvres, y propone su derogación a cambio de una indemnización que habría de pagarse a los propietarios de los bienes abandonados que hubiesen sido utilizados para instalar a los refugiados griegos *. [...] debo declarar que los dueños de esos bienes han dispuesto, durante un plazo de cuatro años, de la posibilidad de pedir la liquidación del valor de éstos por conducto de la Comisión greco-búlgara, pero han rehusado ejercer ese derecho. *El Gobierno de Bulgaria no dispone de medios para obligar a esas personas a actuar en contra de sus convicciones* *. Nada impide al Gobierno de Grecia otorgar a ese grupo de personas un nuevo plazo para solicitar la liquidación del valor de sus bienes, si estima que dichas personas han cambiado de parecer después del 31 de diciembre pasado ²⁷¹.

CRUCE DE LA FRONTERA DE BASUTOLANDIA POR LA POLICÍA DE SUDÁFRICA (1961)

127. El 26 de agosto de 1961 la policía de Sudáfrica detuvo al Sr. Anderson Ganyile en el territorio de Basutolandia. El 29 de enero de 1962, contestando a una pregunta sobre las medidas que había adoptado el Gobierno británico, el Ministro de Estado para Relaciones Exteriores declaró en la Cámara de los Comunes:

El Gobierno de Sudáfrica nos ha hecho ahora una relación completa de las circunstancias que rodearon la detención del Sr. Ganyile por la policía de Sudáfrica en el territorio de Ba-

²⁶⁶ Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, Consiglio Nazionale delle Ricerche, *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana, 1970, primera serie, vol. II, pág. 869.

²⁶⁷ J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1906, vol. VI, página 759.

²⁶⁸ Rapport de la Commission d'enquête sur les incidents de frontière entre la Bulgarie et la Grèce: Sociedad de las Naciones, *Journal officiel*, 7.º año, N.º 2 (febrero de 1926), anexo 815, págs. 208 y 209.

²⁶⁹ *Ibid.*, pág. 209.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*, pág. 111.

sutolandia. Nos ha informado que la policía de Sudáfrica penetró en Basutolandia por error, mientras buscaba a sospechosos de asesinato en el territorio aborigen que Sudáfrica tiene en fideicomiso y que limita con Basutolandia, y que detuvo al Sr. Ganyile y a sus acompañantes bajo la impresión equivocada de que eran las personas a quienes buscaba*. El Gobierno de Sudáfrica ha señalado que lamenta esta violación del territorio británico y ha puesto también en libertad al Sr. Ganyile y a sus acompañantes sin formular cargos en su contra. No hemos dejado dudas al Gobierno de Sudáfrica sobre la gravedad que atribuimos a esta violación del territorio de Basutolandia²⁷².

BOMBARDEO DEL TERRITORIO DE LIECHTENSTEIN POR UNA UNIDAD MILITAR SUIZA (1968)

128. El 14 de octubre de 1968 cinco bombas explotaron cerca del valle turístico de Malbuntal, Liechtenstein, próximo a la frontera con Suiza. Se descubrió pronto que una unidad de artillería suiza había cometido el error de disparar. El 15 de octubre, el Gobierno de Liechtenstein protestó ante el Gobierno de Suiza por la «violación de su soberanía territorial»²⁷³. Ese mismo día, el Gobierno suizo manifestó a la Legación de Liechtenstein que lamentaba «esa violación involuntaria del territorio de Liechtenstein» y dio seguridades de que pagaría una indemnización por los perjuicios causados y adoptaría las medidas necesarias para evitar la repetición del accidente en el futuro²⁷⁴.

b) Incidentes marítimos

EL INCIDENTE DE DOGGER BANK ENTRE GRAN BRETAÑA Y RUSIA (1904)

129. El 25 de febrero (12 de febrero) de 1905, la Comisión internacional de investigación, establecida por los Gobiernos de Gran Bretaña y Rusia con arreglo a la Convención de La Haya para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, de 1899, presentó un informe final sobre la investigación de los hechos relacionados con el incidente de Dogger Bank. Según el informe, la segunda escuadra rusa de la flota del Pacífico, bajo el mando del comandante en jefe, almirante Rojdestvensky, navegaba hacia el Lejano Oriente en el momento del incidente. La flota se precavía en extremo de posibles ataques de torpedos. En el atardecer del 21 de octubre (8 de octubre) de 1904, la flota avanzaba cerca de Dogger Bank, en el Mar del Norte, cuando el

último buque, que había quedado rezagado debido a una avería en sus máquinas, telegrafió al comandante en jefe que era «atacado en todos lados por lanchas torpederas». Con ocasión de ello, el almirante Rojdestvensky dio a sus buques la señal de redoblar la vigilancia y de estar alertas a un ataque de lanchas torpederas, impartiendo órdenes de carácter permanente que autorizaban al oficial de guardia a romper el fuego en caso de un ataque evidente e inminente. Hacia la 1.00 hora del 22 de octubre (9 de octubre), una noche más bien oscura, con una neblina baja que privaba de claridad a la atmósfera, la flota rusa se encontró con 30 pequeños buques de vapor —arrastreros de Hull (Inglaterra) que pescaban en su lugar habitual—. El primer tiro se disparó por orden del almirante contra un arrastrero «de aspecto sospechoso». Luego el almirante dio una señal a la escuadra de que «no disparase contra los arrastreros», pero poco después siguieron otros disparos. Los últimos disparos duraron unos diez a doce minutos, causando varias pérdidas a los arrastreros y a sus tripulaciones. Los miembros de la Comisión reconocieron unánimemente que los buques pesqueros no habían cometido acto hostil alguno, y la mayoría de los comisionados concluyó que no había lanchas torpederas ni entre los arrastreros ni en parte alguna de los alrededores, y, en consecuencia, el rompimiento de fuego ordenado por el almirante Rojdestvensky no había sido justificado. Sin embargo, el comisionado ruso expresó la convicción de que «habían sido precisamente los buques de aspecto sospechoso que se acercaban a la escuadra con intenciones hostiles los que habían provocado el rompimiento de fuego». No obstante, los comisionados reconocieron por unanimidad «que el almirante Rojdestvensky personalmente había hecho todo lo que había podido, desde el comienzo hasta el fin del incidente, para evitar que los arrastreros que habían sido reconocidos como tales fueran blanco de los disparos de la escuadra»²⁷⁵.

EL INCIDENTE DEL «CHATTANOOGA» ENTRE FRANCIA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1906)

130. El 28 de julio de 1906, hallándose de servicio en el buque de los Estados Unidos *Chattanooga*, en el puerto de Chefu, China, un nacional de los Estados Unidos de América, el teniente England, fue herido mortalmente por una bala perdida, disparada desde un buque de guerra francés que realizaba prácticas de tiro con fusil. En una instrucción de fecha 13 de noviembre de 1906, dirigida al Embajador McCormick, de los Estados Unidos, el Secretario de Estado de ese país, E. Root, escribió lo siguiente:

Si bien el homicidio del teniente England sólo puede considerarse como un accidente, no cabe estimar que pertenece a la categoría de hechos inevitables que no entrañan responsabilidad alguna.* En efecto, no se concibe que hubiese ocurrido sin el elemento coadyuvante de falta de la debida precaución por parte de aquellos oficiales del *Dupetit Thouars* encargados del ejercicio de tiro con fusil, que no hicieron cesar el fuego cuando

²⁷² Reino Unido, *Parliamentary Debates (Hansard), House of Commons, Official Report*, Londres, H. M. Stationery Office, 5.ª serie, vol. 652, 29 de enero de 1962, col. 702. En respuesta a las preguntas acerca de una posible demanda de indemnización que presentaría el Sr. Ganyile contra el Gobierno de Sudáfrica, el Ministro dijo: «[...] el Sr. Ganyile tiene el propósito de solicitar una indemnización. Es un nacional de Sudáfrica y a él incumbe proseguir este asunto [...]. Corresponde al Sr. Ganyile presentar la reclamación. No creo que proceda el apoyo del Gobierno de Su Majestad a ese efecto.» (*Ibid.*, col. 704.)

²⁷³ *Revue générale de droit international public*, París, tomo LXXXIII, N.º 3 (julio a septiembre de 1969), pág. 871.

²⁷⁴ *Annuaire suisse de droit international, 1969-1970*, Zurich, 1971, vol. 26, pág. 158.

²⁷⁵ *American Journal of International Law*, Nueva York, volumen 2, N.º 4 (octubre de 1908), págs. 929 a 936.

el *Chattanooga*, en su paso normal por el canal público, penetró en la línea de impacto.

[...]

En este caso, este Gobierno no tiene el propósito de presentar una demanda de carácter ejemplarizador. Sin embargo, en su condición de custodio y representante de los intereses de sus nacionales, le corresponde prestar la debida consideración a la reclamación de los padres y familiares del teniente England de que se les debe una *indemnización sustancial por la destrucción de una vida joven llena de promesas en circunstancias que, según se ha representado, habrían dado sólidos fundamentos para obtener una indemnización por las vías legales de haberse producido el incidente entre particulares* * 276.

131. El 15 de junio de 1907 Francia pagó 30.000 francos como una «indemnización personal» a la familia de la víctima 277.

EL INCIDENTE DEL «NAIWA» ENTRE EL REINO UNIDO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1920)

132. En agosto de 1920 un buque, el *Naiwa*, que pertenecía a la United States Shipping Board, encalló en Stranger Cay, en las Bahamas del Norte. Las autoridades aduaneras de las Bahamas exigieron el pago de un derecho por la carga que llevaba el *Naiwa*, que fue trasladada a dos buques de los Estados Unidos, fundándose en una ley de aranceles de las Bahamas, que establecía un derecho del 5 % a las exportaciones de «mercancías varadas de un naufragio». En una comunicación de fecha 5 de noviembre de 1921, dirigida al Cónsul de los Estados Unidos en Nassau, Lathrop, el Director del Servicio Consular del Departamento de Estado, Carr, aconsejó a aquél que retuviese el pago del derecho de exportación, argumentando, entre otras cosas:

Con arreglo a los principios generalmente aceptados, se sostiene habitualmente que *un buque que es arrastrado a determinadas aguas por la inclemencia del tiempo u otras causas que escapen al control de quien está a su mando no queda por ello sujeto a la jurisdicción extranjera que corresponda a esas aguas* *.

El 6 de marzo de 1922, el Secretario interino colonial británico en las Bahamas informó al Cónsul de los Estados Unidos que, «habida cuenta de todas las circunstancias del caso», su Gobierno no deseaba insistir en la reclamación de pago 278.

EL INCIDENTE DEL «DAIGO FUKURYU MARU» ENTRE EL JAPÓN Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1954)

133. El 1.º de marzo de 1954 los Estados Unidos llevaron a cabo ensayos nucleares en los terrenos destina-

²⁷⁶ M. M. Whiteman, *Damages in International Law*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1937, vol. I, pág. 221.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1941, vol. II, pág. 279. En 1935 se produjo una situación semejante en relación con el buque *Havana*, de los Estados Unidos de América, que encalló en la barra de Mantanilla en las Bahamas. El caso se resolvió del mismo modo que el del incidente del *Naiwa* (*ibid.*, pág. 280).

dos a ese fin en Eniwetok, en las Islas Marshall, tras determinar la zona de peligro que rodeaba el sector. Posteriormente, el Gobierno del Japón comunicó que miembros de la tripulación del buque pesquero japonés, el *Daigo Fukuryu Maru*, que al momento de efectuarse los ensayos estaba fuera de la zona de peligro, habían sufrido lesiones derivadas de la precipitación radiactiva. Uno de los afectados murió en septiembre de 1954 279. El 4 de enero de 1955, el Gobierno del Japón y los Estados Unidos llegaron a un arreglo con respecto a las reclamaciones japonesas por medio de un canje de notas. La nota de los Estados Unidos decía, entre otras cosas:

El Gobierno de los Estados Unidos de América ha dejado en claro que está dispuesto a satisfacer una indemnización monetaria, como una expresión adicional de su preocupación y pesar por las lesiones ocasionadas.

Deseo ahora poner en conocimiento de Vuestra Excelencia que el Gobierno de los Estados Unidos de América ofrece por medio de la presente, *ex gratia*, al Gobierno del Japón, independientemente de la cuestión de la responsabilidad legal, la suma de dos millones de dólares con el fin de indemnizar las lesiones o los daños y perjuicios sufridos como resultado de los ensayos nucleares realizados en las Islas Marshall en 1951 280.

EL INCIDENTE DEL «MILWOOD» ENTRE ISLANDIA Y EL REINO UNIDO (1963)

134. En 1963 un arrastrero británico, el *Milwood*, fue acusado por Islandia de pescar ilegalmente dentro de los límites de sus pesquerías y fue arrestado por el guardacostas islandés *Odinn*. Sin embargo, se descubrió que el capitán Smith, del *Milwood*, había abandonado el arrastrero mientras el guardacostas islandés efectuaba la inspección, gracias a la ayuda del comandante Hunt, del buque de guerra británico *Palliser*, al que se trasladaba la tripulación del *Milwood*. El capitán Smith abandonó el lugar a bordo de otro arrastrero británico, el *Juniper*, e inmediatamente puso rumbo a Escocia. El Ministerio de Relaciones Exteriores de Islandia, al dar cuenta de los hechos en una nota de fecha 4 de marzo de 1963 a la Embajada británica, concluyó que:

Es evidente que [...] el comandante Hunt ha sido un factor decisivo en la fuga del capitán del *Milwood* y de este modo se hace responsable de su evasión, que le libró del arresto por el guardacostas islandés.

El Gobierno islandés subraya especialmente que la decisión de desistir, en la medida de lo posible, del uso legítimo de la fuerza a fin de no poner en peligro la vida y los bienes de nacionales británicos fue aprovechada indebidamente por el comandante británico para que escapase de la jurisdicción islandesa el autor de un presunto delito. El Gobierno británico debe indemnizar cabalmente a Islandia por esta flagrante y grave transgresión y ha de imponer la sanción adecuada a los responsables 281.

²⁷⁹ M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1965, vol. 4, páginas 565 y 566.

²⁸⁰ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 237, pág. 197.

²⁸¹ British Institute of International and Comparative Law, *British Practice in International Law, 1963-I*, Londres, pág. 17.

135. El 17 de mayo de 1963 el Ministerio de Relaciones Exteriores británico, contestando a la nota de Islandia, dijo que la fuga del capitán del *Milwood* no fue facilitada intencionalmente por el comandante Hunt. La nota señalaba que «la conducta y estado de ánimo del capitán Smith» durante el traslado de la tripulación del *Milwood* al *Palliser* hizo concluir al comandante Hunt «que el único medio a su alcance de impedir que Smith pusiera en peligro su propia vida era trasladarlo al arrastrero *Juniper*». Hunt tomó esta medida en la creencia firme de que el *Juniper* recibiría la orden de dirigirse a Reykjavik y la acataría. La nota británica añadía que el Gobierno de Su Majestad deploraba el hecho de que el capitán Smith hubiera evadido el arresto de este modo y deseaba transmitir sus sinceras excusas. También aceptaba plena responsabilidad por las acciones del buque de guerra *Palliser*²⁸².

EL INCIDENTE DEL «THOR» ENTRE ISLANDIA Y EL REINO UNIDO (1975)

136. Durante la noche del 10 al 11 de diciembre de 1975 los buques auxiliares civiles británicos *Star Aquarius* y *Star Polaris*, que no estaban armados, penetraron en aguas territoriales islandesas en las cercanías de Seydisfjord, a discreción de sus capitanes, buscando, según dijo el representante británico en el Consejo de Seguridad el 16 de diciembre de 1975²⁸³, «abrigo del tiempo riguroso, como tienen derecho a hacerlo en virtud del derecho internacional consuetudinario», en medio de «un gran temporal de nieve, con vientos de nivel 8 y ráfagas de hasta 9 en un mar muy crecido*». El buque de defensa civil *Lloydsman* se unió al *Star Aquarius* en la mañana, cerca de la entrada a Seydisfjord. Alrededor del mediodía del 11 de diciembre, el guardacostas islandés *Thor* se dirigió hacia los dos buques británicos con el código «detenga su buque inmediatamente». Poco después se produjo una colisión entre los buques británicos y el *Thor*.

137. En una nota entregada al Embajador del Reino Unido en Reykjavik, el 12 de diciembre de 1975, el Gobierno islandés sostuvo que el *Thor* había sido espoloneado repetidas veces por los buques británicos, y hacía responsable al Reino Unido de todos los daños sufridos por el buque islandés²⁸⁴. El 16 de diciembre de 1975, el representante islandés en el Consejo de Seguridad denunció además que los buques británicos se encontraban en aguas islandesas, como parte de un contingente de una fuerza naval británica, con el único fin de impedir que el guardacostas islandés hiciera respetar las leyes islandesas²⁸⁵.

138. El 23 de enero de 1976 el representante de Islandia presentó al Consejo de Seguridad un documento en el que figura una transcripción de las audiencias ce-

lebradas en la investigación llevada a cabo en dos tribunales distintos en Islandia en relación con el incidente marítimo anteriormente mencionado²⁸⁶. En la carta de envío de ese documento, el representante permanente dijo que:

[...] parece haber aún mayores razones para llegar a la conclusión [de conformidad con las pruebas que figuran en el documento] de que los buques británicos que protagonizaron este incidente penetraron en una zona situada en aguas territoriales internacionalmente reconocidas como tales con la intención manifiesta de crear y provocar un incidente*, posiblemente con objeto de hundir a uno de los barcos de la flota del Servicio de Guardacostas de Islandia [...] encargados de proteger las actividades de pesca, realizar labores de salvamento y rescate, llevar a cabo investigaciones hidrográficas, efectuar trabajos de cartografía y prestar servicios a los faros²⁸⁷.

139. En relación con la anterior carta de Islandia, el representante del Reino Unido reiteró la postura de su gobierno en una carta de fecha 18 de febrero de 1976, dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad en los términos siguientes:

Los documentos distribuidos a solicitud del representante permanente de Islandia no pueden confundir los hechos básicos del incidente, que son los siguientes: *los navíos británicos habían estado buscando refugio de una tormenta**, y trasvasaban agua de una nave a otra inmediatamente antes del incidente. Ninguno de ellos estaba armado. El guardacostas islandés hizo fuego contra ellos. Las embarcaciones británicas no provocaron en manera alguna el incidente. La colisión fue causada por las maniobras del guardacostas en el momento en que las embarcaciones británicas se dirigían hacia el mar abierto²⁸⁸.

c) Incidentes aéreos

140. Las condiciones atmosféricas desfavorables, el mal funcionamiento de los instrumentos de navegación y otras condiciones de fuerza mayor se invocan frecuentemente en la correspondencia diplomática sobre incidentes aéreos²⁸⁹. Como tales casos son numerosos, sólo figurarán a continuación algunos ejemplos.

INCIDENTES ENTRE FRANCIA Y ALEMANIA (1913)

141. El 3 de abril de 1913 un zepelín alemán aterrizó en Lunéville, Francia, llevando a bordo cinco oficiales uniformados y siete civiles. Según los pasajeros de la aeronave, tras salir de Friedrichshaven, *habían perdido el rumbo debido a la niebla*, y cuando se percataron de

²⁸⁶ *Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, trigésimo primer año, Suplemento de enero, febrero y marzo de 1976, documento S/11944.*

²⁸⁷ *Ibid.*, pág. 23.

²⁸⁸ *Ibid.*, pág. 113, documento S/11995.

²⁸⁹ Véase, por ejemplo, O. J. Lissitzyn, «The treatment of serial intruders in recent practice and international law», *American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 47, N.º 4 (octubre de 1953), pág. 559; *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXII (enero-marzo 1961), página 97. Véase también C. I. J. *Mémoires, Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage* (1954), págs. 11 y 15.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, trigésimo año, 1866.ª sesión.*

²⁸⁴ Mencionado por el representante islandés ante el Consejo de Seguridad (*ibid.*).

²⁸⁵ *Ibid.*

que estaban sobrevolando territorio francés era ya demasiado tarde. Además, las hélices no funcionaban y decidieron aterrizar. Antes de proceder al aterrizaje hicieron señal de socorro. Finalmente añadieron que no habían realizado en absoluto actos de espionaje. Al día siguiente, después de una investigación oficial, se permitió partir al zepelín. El mismo día, el Embajador alemán en París, De Schoen, comunicó al Ministro francés de Relaciones Exteriores, Pichon, el reconocimiento del Gobierno alemán por las satisfactorias medidas que el Gobierno francés había tomado sobre el incidente del «aterizaje involuntario de un dirigible alemán en Lunéville»²⁹⁰.

142. El 22 de abril de 1913 un avión alemán, con dos pilotos a bordo, aterrizó en las inmediaciones del pueblo de Arracourt, Francia. Según la versión de los pilotos, *el avión había perdido el rumbo en la niebla* en su vuelo de Darmstadt a Metz. Al darse cuenta de su error, los pilotos decidieron efectuar un aterrizaje forzoso. Las autoridades civiles y militares francesas juzgaron suficientes las explicaciones. Hacia el atardecer del mismo día, y de conformidad con las instrucciones recibidas desde París, las autoridades locales permitieron partir a los pilotos²⁹¹.

INCIDENTES ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y YUGOSLAVIA (1946)

143. El 9 de agosto de 1946, según las autoridades de los Estados Unidos de América, un avión de transporte norteamericano C-47, en vuelo ordinario de Viena a Udine, Italia, y que trataba de orientarse después de encontrar mal tiempo sobre Klagenfurt, fue atacado por cazas yugoslavos y, como consecuencia, un pasajero resultó gravemente herido y el avión se vio obligado a aterrizar de urgencia en un campo cerca de Kranj. En una comunicación al Embajador de los Estados Unidos en Belgrado, Patterson, transmitida a la prensa el 20 de agosto de 1946, el Departamento de Estado de los Estados Unidos le dio instrucciones para que pidiera al Gobierno yugoslavo la inmediata puesta en libertad de los pasajeros y la tripulación, subrayando que el avión «se vio obligado, por los *peligros de la navegación aérea en condiciones atmosféricas desfavorables* * sobre peligrosas cadenas de montañas, a desviarse de su ruta y orientarse sobre el territorio yugoslavo»²⁹².

144. El 19 de agosto de 1946 se produjo un incidente similar, en el que murieron cinco aviadores norteamericanos. El Gobierno yugoslavo, por su parte, acusó al Gobierno de los Estados Unidos de una serie de violaciones del espacio aéreo yugoslavo por aviones norteamericanos. Empero, en una nota de fecha 30 de agosto de 1946, dirigida al Departamento de Estado, el Encargado de Negocios yugoslavo, Makiedo, indicó que el

Mariscal Tito manifestó al Embajador Patterson que «había prohibido disparar contra los aviones que sobrevuelan el territorio yugoslavo»; presumiendo que el Gobierno de los Estados Unidos de América, por su parte, tomaría las medidas necesarias *para impedir estos vuelos, excepto en caso de emergencia o mal tiempo, para lo que pueden tomarse disposiciones de común acuerdo entre las autoridades norteamericanas y yugoslavas* *²⁹³.

145. En una nota de fecha 3 de septiembre de 1946, dirigida al Encargado de Negocios yugoslavo, el Secretario de Estado interino, Clayton, negó la intencionalidad de ningún vuelo de aviones norteamericanos sobre territorio yugoslavo, y añadió:

Ningún avión norteamericano ha volado intencionalmente sobre Yugoslavia sin la autorización previa de las autoridades yugoslavas, a menos que se haya visto forzado a hacerlo en una emergencia. Entiendo que el Gobierno de Yugoslavia reconoce que, *en caso de que un avión y sus ocupantes se encuentren en peligro, la aeronave puede cambiar su ruta para ponerse a seguro incluso aunque dicha acción pueda resultar en el sobrevuelo del territorio yugoslavo sin autorización previa* *.

[...]

El Gobierno yugoslavo ya ha recibido garantías del Gobierno de los Estados Unidos de que los aviones de los Estados Unidos no cruzarán el territorio yugoslavo sin la autorización previa de las autoridades yugoslavas, *excepto cuando se vean obligados a hacerlo por circunstancias que escapan a todo control, tales como condiciones atmosféricas adversas, pérdida de la dirección y avería mecánica* *²⁹⁴.

146. En octubre de 1946 el Gobierno yugoslavo pagó 150.000 dólares a los Estados Unidos como indemnización por la pérdida de las vidas de los cinco aviadores que resultaron muertos el 19 de agosto. En una nota de acuse de recibo, de fecha 8 de octubre de 1946, el Embajador norteamericano en Yugoslavia reiteró que su gobierno negaba la alegación yugoslava de que el Gobierno yugoslavo no era responsable de la pérdida de los aviones de transporte no equipados con armamento, derribados el 9 y el 19 de agosto, ya que estos aviones no habían penetrado ilegalmente en el espacio aéreo yugoslavo, sino que lo habían hecho por razones *fuera de su control a causa de las condiciones atmosféricas adversas*. Por consiguiente, pidió al Gobierno yugoslavo que reconsiderara su negativa de indemnizar por la pérdida de los dos aviones²⁹⁵.

INCIDENTE ENTRE BULGARIA Y TURQUÍA (1948)

147. El 9 de febrero de 1948 dos aviones militares turcos, cuyos pilotos, según las autoridades turcas, eran «inexpertos», penetraron en el espacio aéreo búlgaro. Cuando sobrevolaban el puerto de Sozopol, situado a 64 kilómetros al sur de la frontera turco-búlgara, las

²⁹⁰ *Revue générale de droit international public*, París, t. XX, 1913, págs. 395 a 398.

²⁹¹ *Ibid.*, pág. 398.

²⁹² Estados Unidos de América, *Department of State Bulletin*, Washington (D. C.), vol. XV, N.º 374 (1.º de septiembre de 1946), págs. 415 y 416.

²⁹³ Citado por el Secretario de Estado interino, Clayton, en su nota de fecha 3 de setiembre de 1946 a Makiedo [*ibid.*, N.º 376 (15 de setiembre de 1946), pág. 502].

²⁹⁴ *Ibid.*, pág. 504.

²⁹⁵ Véase Estados Unidos de América, comunicado de prensa del Departamento de Estado de 9 de octubre de 1946 [*ibid.*, N.º 381 (20 de octubre de 1946), pág. 725].

tropas búlgaras los derribaron tras que éstos hicieran caso omiso de dos avisos. Uno de los aviones cayó al mar y el otro tuvo que realizar un aterrizaje forzoso. Según el comunicado de las autoridades búlgaras, los dos aviones volaban «en condiciones de excelente visibilidad», pero las autoridades turcas alegaron que «el tiempo estaba lluvioso»²⁹⁶.

INCIDENTE ENTRE CHECOSLOVAQUIA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1951)

148. El 8 de junio de 1951 dos cazas de reacción norteamericanos Thunderjet F-84 realizaron un aterrizaje forzoso cerca de Praga. Estaban pilotados, respectivamente, por el teniente norteamericano Luther Roland y el teniente noruego Bjorn Johansen, que efectuaba un período de práctica en la aviación militar norteamericana estacionada en Alemania. Los pilotos no fueron liberados hasta un mes más tarde, el 4 de julio, tras varias gestiones del Gobierno de los Estados Unidos²⁹⁷.

149. En una respuesta al Embajador de los Estados Unidos, a la sazón Briggs, el Vicepresidente del Consejo y Ministro de Relaciones Exteriores, Siroky, manifestó que desde el 15 de enero de 1951 el espacio aéreo checoslovaco había sido violado 116 veces por aviones norteamericanos. Concluía diciendo que:

Parece dudoso que el sobrevuelo del territorio checoslovaco se deba otra vez al *azar* *. Se trataría más bien de un vuelo con objetivo determinado, ya que se había penetrado profundamente en el espacio aéreo checoslovaco y los dos aviones estaban equipados para el combate²⁹⁸.

Esta interpretación fue rechazada en Wáshington.

INCIDENTE ENTRE ALBANIA Y EL REINO UNIDO (1957)

150. El 31 de diciembre de 1957, un avión comercial británico DC-4, en su ruta de Düsseldorf a Singapur, fue interceptado por cazas albaneses, que le obligaron a aterrizar en Valona (Albania). Las autoridades albanesas adujeron que el avión británico había penetrado en el espacio aéreo albanés y sobrevolado su territorio durante casi media hora. Las estaciones de radar italianas indicaron que el avión se había desviado un poco de su ruta debido a la escasa visibilidad reinante aquel día. El avión y su tripulación fueron liberados finalmente el 4 de enero de 1958²⁹⁹. En un comunicado de fecha 6 de enero de 1958, el Foreign Office del Reino Unido declaró:

Es evidente que el avión, como consecuencia de las condiciones atmosféricas desfavorables *, estaba sobrevolando inadvertidamente el territorio albanés en el momento del incidente [...] ³⁰⁰.

²⁹⁶ *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXII, N.º 1 (enero-marzo 1961), págs. 102 y 103.

²⁹⁷ *Ibid.*, págs. 108 y 109.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid.*, pág. 98.

³⁰⁰ Reproducida en *The Times*, Londres, 7 de enero de 1958, pág. 5.

INCIDENTE ENTRE EL REINO UNIDO Y LA REPÚBLICA ARABE UNIDA (1965)

151. En conexión con el ataque al Estado de Beihan por aviones egipcios, el Secretario Colonial Británico hizo la siguiente declaración en la Cámara de los Comunes, el 15 de julio de 1965:

En respuesta a la protesta [del Gobierno del Reino Unido] [...] el Embajador de Su Majestad en El Cairo ha recibido seguridades de las autoridades de la RAU de que existen instrucciones permanentes para sus aviones de no cruzar las fronteras de la Federación y que los recientes ataques sobre el territorio de la Federación de Arabia del Sur [...] sólo han podido deberse a un error del piloto y que se están tomando las medidas necesarias para asegurar que las actuales instrucciones se observen de un modo más estricto en el futuro.

[...] Tras un cuidadoso examen de todas las circunstancias, [...] concluimos que existe una fuerte presunción de que los ataques se debieron a un error del piloto. Por consiguiente, decidimos aceptar su explicación de este incidente [...] ³⁰¹.

INCIDENTE ENTRE INDIA Y PAKISTÁN (1967)

152. El 2 de febrero de 1967 un caza de la fuerza aérea india derribó a un avión pakistaní que había penetrado en el espacio aéreo indio sobre el estado de Punjab, donde había importantes bases militares; el avión no había respondido a una orden dada por el caza interceptor. El Gobierno indio formuló una protesta contra el Gobierno pakistaní por la violación de su espacio aéreo. Por su parte, este último Gobierno anunció que se trataba de un avión civil perteneciente al aeroclub de Lahore, en vuelo de entrenamiento efectuado por un piloto estudiante. Al día siguiente, el Gobierno indio reconoció que había habido un error, aunque indicó que las marcas de identificación del avión eran similares a las de la fuerza aérea pakistaní. El cadáver del piloto fue devuelto al Pakistán ³⁰².

INCIDENTE ENTRE ISRAEL Y ARABIA SAUDITA (1976)

153. El 12 de abril de 1976 un avión de transporte militar de Arabia Saudita, en su vuelo de Damasco a Riyad, penetró en el espacio aéreo israelí cerca de Rosh Hanikra, un asentamiento israelí sobre la costa mediterránea cerca de la frontera libanesa. El avión fue interceptado por cazas israelíes y obligado a aterrizar en Tel Aviv. Según un israelí que estuvo presente durante el interrogatorio inicial de la tripulación, el avión se desvió hacia Israel porque la brújula funcionaba mal y sólo se percataron de su error de navegación cuando aparecieron los cazas israelíes alrededor del avión ³⁰³. El avión de Arabia Saudita fue liberado y devuelto a Riyad el 13 de abril ³⁰⁴.

³⁰¹ British Institute of International and Comparative Law, *British Practice in International Law, 1965-II*, Londres, pág. 146.

³⁰² *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXVIII, N.º 3 (julio-septiembre 1967), pág. 785.

³⁰³ *New York Times*, 13 de abril de 1976, pág. 2.

³⁰⁴ *Ibid.*, 14 de abril de 1976, pág. 2.

d) Contaminación

CONTAMINACIÓN DEL RÍO GRANDE (1962)

154.

Apenas meses escasos desde que surgiera la controversia entre los Estados Unidos de América y México relativa a la contaminación del Colorado por un exceso de depósitos salinos, surgieron dificultades análogas entre los mismos Estados con respecto al Río Grande. Pero esta vez, México era el acusado.

El Dr. Manuel Tello, Ministro mexicano de Relaciones Exteriores, negó, en efecto, categóricamente que México fuera responsable de la contaminación de la región vecina de la desembocadura del Río Grande por un exceso de sal.

El Ministro respondía así al rumor, que había circulado en ciertos medios norteamericanos, de que hubieran mediado por parte de México medidas de represalia contra la alteración salina del Colorado por los granjeros de Arizona. Tello indicó que la presencia de depósitos salinos había sido señalada en el Río Grande desde el verano de 1961, pero que estos depósitos se habían diluido rápidamente y no habían podido afectar seriamente a los cultivos de los granjeros de Texas. *Se trataría tan sólo en ese caso de un fenómeno natural muy antiguo que jamás había provocado dificultades en el pasado, a diferencia de la contaminación de las aguas del Colorado, que tanto por su origen reciente como por los perjuicios que causa a las tierras del valle de Mexicali, presentaba un carácter jurídico completamente diferente* * 305.

e) Protección de la pesca de alturaPESCA DE FOCAS DE PELETERÍA FRENTE
A LA COSTA DE RUSIA (1893)

155. En 1893, en vista de la captura cada vez más abusiva de focas de peletería cerca de las aguas territoriales rusas por pescadores estadounidenses y británicos, el Gobierno ruso dictó un decreto para prohibir la captura de esas focas en un límite de diez millas a partir de la costa rusa y en un radio de 30 millas alrededor de las Islas Komandorsky y Tulénew. En una carta de fecha 12 de febrero (24 de febrero) de 1893, dirigida al Embajador Británico, Morier, el Ministro ruso de Relaciones Exteriores, Chickline, explicó que la medida se había impuesto por la «necesidad absoluta de tomar medidas provisionales inmediatas» debido a la proximidad de la apertura de la temporada, y declaró que el Gobierno ruso estaba dispuesto a entablar negociaciones con los otros dos gobiernos a fin de concertar un acuerdo para una mejor reglamentación de la captura. A continuación caracterizó la medida del modo siguiente:

[...] creo útil insistir en el carácter esencialmente provisional de las medidas anteriormente mencionadas, impuestas por las presentes circunstancias excepcionales, que pueden reconocerse como un caso de *force majeure* y asimilarse al caso de legítima defensa ³⁰⁶.

³⁰⁵ *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXIII, N.º 2 (octubre-diciembre 1962), págs. 775 y 776.

³⁰⁶ *British and Foreign State Papers, 1893-1894*, Londres, H. M. Stationery Office, vol. 86, 1899, pág. 220.

f) Reembolso de deudasPAGO DE CONTRIBUCIONES A LA SOCIEDAD
DE LAS NACIONES (1927)

156. Una resolución de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, de 28 de setiembre de 1926, pidió al Consejo de la Sociedad un estudio de la posición jurídica de los Estados que no pagaban sus contribuciones a la Sociedad, con miras a proporcionar a la Asamblea información al respecto. En el informe que se elaboró se decía lo siguiente:

[...] la obligación de pagar las contribuciones está incluida en el ámbito de la sanción prevista en el artículo 16 del Pacto. La ejecución de la obligación de asistencia prevista en el Pacto no puede garantizarse si la institución por cuyo conducto se realiza esta obligación se halla, debido a la falta de pago de las contribuciones, en una situación difícil para desempeñar sus funciones. Empero, por otra parte, la obligación de pagar contribuciones no es de índole tal que su mero incumplimiento acarree automáticamente la expulsión de la Sociedad. *La falta de pago tendría que ir acompañada de circunstancias de hecho de un carácter tal que demuestren la intención de no asumir las obligaciones dimanantes del Pacto* * 307.

DECLARACIÓN DEL REPRESENTANTE DE AUSTRIA EN LA
ASAMBLEA DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES SOBRE
LA NO EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES
(1930)

157. En una declaración hecha en la cuarta sesión de la Primera Comisión, el 22 de setiembre de 1930, durante la 11.ª reunión de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, el representante de Austria, Hoffinger, dijo lo siguiente:

Sólo deseo mencionar un punto más en nuestra propuesta que parece ser realmente importante. Si el Consejo ha de tomar medidas, en el caso de una negativa a observar un laudo o en el caso de excesiva demora en hacerlo, debe en primer lugar establecer sin duda alguna si el Estado de que se trata ha incurrido efectivamente en mora o está infringiendo verdaderamente sus obligaciones en virtud del Pacto. Puede suceder que la no ejecución del laudo se deba a circunstancias de fuerza mayor, de las que no puede culparse al Estado. Por consiguiente, no se justificaría la adopción de medidas contra ese Estado. Citaré como ejemplo el caso de un Estado a quien se insta a pagar una importante suma a otro Estado que, cuando se hace exigible el pago, se ve afectado por alguna catástrofe terrible de tal naturaleza que produce un serio detrimento de sus recursos financieros. En tal caso, la obligación del Consejo sería más bien establecer un justo equilibrio entre la legítima reclamación del Estado a cuyo favor se dictó el laudo y la consideración debida a un adversario afectado por un desastre. El Consejo se negaría ciertamente a señalar que se había infringido el Pacto y dictar medidas coercitivas contra el Estado deudor ³⁰⁸.

³⁰⁷ Sociedad de las Naciones, Consejo, Minutas de la 44.ª reunión del Consejo, celebrada en Ginebra del 7 al 12 de marzo de 1927, cuarta sesión [*Journal officiel*, 8.º año, N.º 4 (abril de 1927), pág. 381].

³⁰⁸ Sociedad de las Naciones, Actas de la 11.ª reunión ordinaria de la Asamblea, Sesiones de las Comisiones, Minutas de la Primera Comisión, 1930 (*ibid.*, *Supplément spécial*, N.º 85, página 39).

g) Terrorismo internacional y desviación por la fuerza de aeronaves

ATAQUE CONTRA LA LEGACIÓN RUMANA EN BERNA, SUIZA (1955)

158. El 12 de febrero de 1955, a medianoche, cinco refugiados rumanos residentes en la República Federal de Alemania atacaron la Legación rumana en Berna, hiriendo mortalmente a uno de los miembros de la Legación y causando daños en los locales. El 15 de febrero, el Viceministro de Relaciones Exteriores de Rumania envió una nota al Encargado de Negocios de Suiza en Bucarest en la que señalaba a la atención del Gobierno suizo «las graves responsabilidades que le corresponden en estos acontecimientos, de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de inviolabilidad del local y de los archivos, de la persona y de la vida de los miembros de las misiones diplomáticas». El Gobierno rumano envió tres notas adicionales relativas al incidente, cuyos argumentos principales se resumen como sigue:

El Gobierno suizo no había impedido la agresión, como estaba obligado en virtud de la protección que, según las normas del derecho de gentes, el Estado receptor debe a la misión diplomática del Estado acreditante. En contravención del mismo deber, había tardado en poner fin a la ocupación de la legación y proceder al arresto de los culpables. Finalmente, no había prestado asistencia en el acto al chófer herido. En consecuencia, el Gobierno rumano pedía indemnización por los perjuicios morales y materiales que había sufrido³⁰⁹.

159. En respuesta a estas notas, el Consejo Federal suizo subrayó, entre otras cosas, *la imposibilidad de impedir el incidente*. Sus alegaciones se resumen como sigue:

La agresión no podía preverse ni impedirse. La policía, una vez advertida, había tomado todas las medidas impuestas por las circunstancias y, por otra parte, a ella le correspondía decidir cuál era el método que convenía seguir en el caso. Tan pronto como había sido descubierto, el chófer fue trasladado al hospital³¹⁰.

DESVIACIÓN POR LA FUERZA DE UN AVIÓN SUIZO (1970)

160. El 6 y el 9 de setiembre de 1970 el Frente Popular de Liberación de Palestina se apoderó de cuatro aviones, incluido uno de Swissair, en ruta hacia Jordania y la República Árabe Unida. Se obligó a los aviones a permanecer en Zerka, Jordania. El Frente pidió al Gobierno suizo que liberara, en setenta y dos horas, a miembros de su organización que se encontraban en una prisión de Zurich por su participación en el ataque contra un avión israelí en Kloten, en 1969. El Gobierno

suizo decidió aceptar la demanda a fin de salvar a los rehenes³¹¹.

161. El 14 de junio de 1971 el incidente en Zerka se volvió a tratar en el Consejo Nacional suizo por un consejero, König. En respuesta a su pregunta, el Jefe del Departamento Político Federal, Graber, hizo la siguiente declaración:

[...] según los principios del derecho internacional, un Estado no es responsable del comportamiento ilícito de las personas sometidas a su jurisdicción, sino solamente de las negligencias que él mismo haya podido cometer para impedir o hacer cesar dicho comportamiento. Mientras que un Estado sería inmediatamente responsable de una empresa armada lanzada a partir de su territorio por algunos de sus órganos, por ejemplo, los militares, sin embargo, no es responsable de una empresa análoga llevada a cabo por particulares, salvo en el caso que sea culpable de negligencia para prevenirla o hacerla cesar. *Esta noción de negligencia no debe entenderse en abstracto, sino que depende en cada caso de las posibilidades de acción concreta del Estado. La responsabilidad de un Estado, en otros términos, se ve, pues, atenuada hasta desaparecer completamente cuando el control sobre su propio territorio se ve debilitado o impedido a consecuencia de rebeldía, desórdenes, revueltas o guerra civil* *.

En el caso de Jornadia, que es el Estado afectado en primer lugar por los acontecimientos de Zerka, es cierto y conocido que los movimientos palestinos desafían el poder del Gobierno y se han sustraído casi totalmente a él. *Por consiguiente, no cabría hacer responsable a Jordania de los actos de personas que no estaban sometidas a su autoridad. Queda por ver si las autoridades jordanas han hecho todo lo posible para restablecer esta autoridad del Estado. Pienso que la respuesta no podría dejar la menor duda, ya que Jordania se ha lanzado a una guerra civil y ha corrido, pues, los mayores riesgos para reducir precisamente la disidencia de los movimientos palestinos* *.

En otros términos: el examen del problema jurídico que plantea el Sr. König, en función de las circunstancias de hecho * que ustedes conocen, llega a la conclusión de que no es posible hacer jurídicamente responsable de los daños causados por el desvío del avión a Jordania o a cualquier otro Estado árabe³¹².

h) Guerras civiles, revoluciones, insurrecciones, revueltas, violencia de las turbas, etc.

LA REVOLUCIÓN BELGA (1830)

162. Algunos Estados extranjeros, tales como Gran Bretaña, Prusia, Brasil y los Estados Unidos de América, reclamaron indemnización por las pérdidas de bienes de sus respectivos nacionales durante la destrucción, en octubre de 1830, del almacén en Amberes. En una nota oficial del Sr. de Theux, Ministro de Relaciones Exteriores, el Gobierno belga explicó los motivos de su rechazo de las indemnizaciones reclamadas por el Gobierno británico por los bienes de nacionales británicos destruidos en el bombardeo de la ciudad. La nota decía, entre otras cosas, que:

Las consecuencias de la guerra flagrante pertenecen a la categoría de *caso fortuito o fuerza mayor* *, de los que nadie es responsable³¹³.

³⁰⁹ G. Perrin, «L'agression contre la légation de Roumaine à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission», *Revue générale de droit international public*, París, 3.^a serie, t. XXVIII, N.º 3 (julio-septiembre 1957), pág. 414.

³¹⁰ *Ibid.*, págs. 414 y 415.

³¹¹ *Annuaire suisse de droit international*, 1971, Zurich, 1972, vol. 27, pág. 182.

³¹² *Annuaire suisse de droit international*, 1972, Zurich, 1973, vol. 28, págs. 249 y 250.

³¹³ *British and Foreign State Papers, 1841-1842*, Londres, Ridgway, vol. 30, 1858, pág. 224.

En la carta de fecha 13 de noviembre de 1839, dirigida a Sir Hamilton Seymour, Embajador británico en Bruselas, de Theux dijo:

Me complazco en creer [...] que los hechos y las consideraciones contenidos en esta nota serán apreciados en su justa medida y que de ello resultará una justificación suficiente de los motivos por los que el gobierno no se considera obligado a indemnizar las pérdidas sufridas por vuestros nacionales ³¹⁴.

163. El principio establecido en la nota belga no fue discutido por el Gobierno británico. Empero, este último afirmó que, en virtud de las especiales circunstancias del caso, cualquier empleo de la fuerza se había tornado innecesario e inútil. La posición británica se consignó en un memorando dirigido al Gobierno belga, transmitido a Sir Hamilton Seymour mediante carta del Vizconde Palmerston, Secretario de Estado para las Relaciones Exteriores, con fecha 19 de marzo de 1841. El memorando decía, entre otras cosas, que:

En la guerra, la necesidad ineludible excusa muchos actos que resultan en la destrucción de bienes de particulares; pero en el presente caso el Gobierno belga no puede oponer esta excepción. Los actos de los voluntarios belgas no eran inevitables, ni necesarios, ni tan siquiera se había calculado que reportaran ventajas para Bélgica. Eran atropellos desenfundados dirigidos a sembrar la ruina en la ciudad ³¹⁵.

INSURRECCIÓN EN EL DISTRITO DE PARÁ, BRASIL (1835)

164. Habiendo sufrido pérdidas durante la insurrección en el distrito de Pará, en el Brasil, alrededor de 1835, varios comerciantes británicos reclamaron indemnización del Gobierno brasileño. El Ministro brasileño de Relaciones Exteriores, no obstante, se negó a reconocer la legitimidad de las reclamaciones. El Vizconde de Palmerston solicitó el asesoramiento del asesor jurídico británico, John Dodson, que formuló una serie de opiniones sobre el asunto. El 12 de enero de 1836 dictaminó que el Gobierno de Su Majestad obraría justificadamente pidiendo al Gobierno brasileño una indemnización para los comerciantes británicos «si ese Gobierno pudo prevenir o reprimir la insurrección» y no tomó las medidas necesarias a este fin ³¹⁶.

165. En un informe ulterior, de fecha 29 de setiembre de 1838, Dodson formuló los siguientes comentarios sobre una nota dirigida al Encargado de Negocios británico en Río de Janeiro, Hamilton, por el Ministro brasileño de Relaciones Exteriores, acerca del tema de la reclamación de algunos comerciantes británicos:

[...] los argumentos expuestos se fundan en la suposición de que las pérdidas sufridas por súbditos británicos durante la insurrección en Pará, fueron ocasionadas por *circunstancias que escapaban al poder del Gobierno brasileño de prever o impedir* *. El Ministro brasileño admite, lo que por otra parte no cabría negar, que los extranjeros tienen un derecho indiscutible

a la protección de la ley y de sus autoridades, aun cuando no exista un tratado que les confiera dicho derecho, pero sostiene que sería manifiestamente absurdo exigir dicha protección de un gobierno que a consecuencia de un acto criminal de rebelión se ve incapacitado de ofrecerla y, por tanto, trata de justificar su negativa a reconocer la legitimidad de las reclamaciones británicas. Pero la reclamación formulada por conducto de Su Señoría dimanaba de un estado de cosas muy diferente y se funda sobre una base bien distinta, es decir, el hecho, tal como se expone en el informe del Sr. Hamilton, de que cuando llegaron a Río de Janeiro las primeras noticias de la insurrección, el Gobierno brasileño trató el acontecimiento con apatía e indiferencia, hizo caso omiso de todas las comunicaciones sobre el asunto tanto privadas como oficiales y no proporcionó, como podía y debía haber hecho, una fuerza suficiente para impedir el saqueo y las atrocidades que se cometieron posteriormente en la ciudad de Pará. Por consiguiente, los argumentos expuestos por el Ministro brasileño no son pertinentes y resultan inaplicables a la verdadera cuestión en litigio en el presente caso [...] suponiendo que la declaración del Sr. Hamilton sobre la conducta y el poder del Gobierno brasileño sea correcta, opino que el Gobierno de Su Majestad obraría justificadamente si tomara represalias contra Brasil en el caso de que el Gobierno de ese país persistiera en su negativa de reconocer las reclamaciones del Gobierno de Su Majestad en este asunto ³¹⁷.

El 3 de abril de 1839, Dodson informó:

Como no está probado que las pérdidas de que se trata fueron ocasionadas por *la conducta fraudulenta u omisión intencional* * del Gobierno brasileño al no conceder la protección requerida, opino que el Gobierno de Su Majestad no tiene derecho a insistir en la indemnización pedida por los interesados ³¹⁸.

El 22 de julio de 1840, informó, en relación con otra reclamación:

Salvo que se demuestre que las pérdidas de que ahora se trata han sido causadas por *la negligencia dolosa o culpable* * del Gobierno brasileño, soy de la opinión de que no se justificaría que el Gobierno de Su Majestad interviniera para procurar del Gobierno brasileño la indemnización pedida ³¹⁹.

166. Con respecto a la petición de indemnización por la pérdida del bergantín *Clio*, propiedad de un súbdito británico, David Hill, que fue saqueado en Salinas cerca de la desembocadura del río Pará en octubre de 1835, después que el capitán y cuatro miembros de la tripulación fueran asesinados, el asesor jurídico, Dodson, formuló, el 9 de abril de 1836, el siguiente dictamen:

[...] el acto de piratería que ocasionó las pérdidas sufridas por el Sr. Hill —por lo que puedo deducir del examen de los documentos que me han sido presentados— parece haber sido cometido por personas que se habían apoderado del país por la violencia y estaban empeñadas en una guerra civil contra el Gobierno brasileño. En virtud de estas circunstancias, soy de la opinión de que no se justificaría que el Gobierno de Su Majestad diera curso a la reclamación del Sr. Hill y pidiera al Gobierno brasileño que le indemnizara por la pérdida del buque y de su carga ³²⁰.

167. Habiéndosele pedido que formulara el principio jurídico general relativo al derecho de los súbditos ex-

³¹⁴ *Ibid.*, pág. 223.

³¹⁵ *Ibid.*, pág. 232.

³¹⁶ A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, pág. 247.

³¹⁷ *Ibid.*, pág. 249.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Ibid.*, pág. 250.

³²⁰ *Ibid.*, pág. 248.

tranjeros a recibir indemnización cuando eran residentes en un país en el que se producía una guerra civil o una insurrección, Dodson, el 28 de diciembre de 1841, afirmó la excepción de *diligentia quam in suis* del modo siguiente:

[...] Entiendo que es una norma general del derecho de las naciones que los sujetos de un Estado residentes en el territorio de otro están facultados para exigir del gobierno del país en que residen el mismo grado de protección que ese gobierno dispensa a sus propios súbditos y que, a menos que dicha protección les sea retirada, no pueden fundadamente reclamar indemnización por las pérdidas sufridas como consecuencia de una guerra extranjera o interna. Un súbdito británico residente en un país extranjero no puede estar en una situación más favorable que los propios nacionales de ese país [...].

No me parece que exista ningún tipo de circunstancia especial en el caso de Pará que justifique una excepción a los principios generales anteriormente mencionados ³²¹.

OCUPACIÓN DE PUERTO CABELLO POR REVOLUCIONARIOS VENEZOLANOS (1836)

168. En 1836 algunos revolucionarios venezolanos —denominados reformistas— se apoderaron, en Puerto Cabello, de una cantidad de harina perteneciente al Sr. Litchfield, ciudadano norteamericano. El Gobierno de los Estados Unidos de América pidió una indemnización al Gobierno de Venezuela, que se negó a reconocer la reclamación aduciendo motivos de fuerza mayor. A continuación, los Estados Unidos abandonaron el asunto ³²².

VIOLENCIA DE LAS TURBAS EN ATENAS, GRECIA (1847)

169. En 1847 el Gobierno griego trató de impedir la tradición popular de quemar en Pascua una efigie de Judas Iscariote. Circuló un rumor de que esta interferencia en la tradición popular se debía al Caballero Pacífico, comúnmente conocido por Don Pacífico, súbdito británico de religión judía. En consecuencia, su casa fue atacada a mediodía por varios centenares de personas. Según el Ministro británico en Atenas, Sir Edmund Lyons, la turba fue «ayudada, en vez de reprimida, por soldados y gendarmes, y se vio secundada y alentada, si no dirigida, por personas cuya presencia inducía naturalmente a los soldados y la turba a creer que los atropellos que estaban cometiendo serían tratados indulgentemente por el gobierno. El Ministro transmitió esta acusación al Gobierno griego, junto con una sugerencia de indemnización, el 26 de abril de 1847. No habiendo recibido respuesta a esta acusación, el Ministro envió una reclamación formal de indemnización al Ministro griego de Relaciones Exteriores, por conducto de Lord Palmerston, el 14 de setiembre de 1847 ³²³. En sus dictámenes de fecha 2 y 13 de julio de 1847, el asesor ju-

ridico británico, Dodson, expuso sus razones para hacer responsable al Gobierno griego de las pérdidas sufridas por Don Pacífico. En el primer dictamen adujo lo siguiente:

[...] Si a pesar de la notificación transmitida por Sir E. Lyons, el Sr. Coletti [Ministro griego del Interior] y las autoridades griegas no hicieron intento alguno de impedir el atropello, soy de la opinión de que el Gobierno de Su Majestad tiene derecho a exigir indemnización por las pérdidas sufridas por el Sr. Pacífico; pero, *en cambio, si las autoridades griegas actuaron con la debida diligencia y realizaron, aunque ineficazmente, todos los esfuerzos posibles para proteger al Sr. Pacífico, creo que el Gobierno de Su Majestad no puede hacer al Gobierno griego responsable de las pérdidas del Sr. Pacífico* * ³²⁴.

Y en el segundo dictamen, el asesor jurídico sostuvo:

[...] Excuso decir que la ineficiencia mencionada, en relación con los esfuerzos para proteger al Sr. Pacífico, se refiere a la prontitud y la diligencia de las autoridades en enviar auxilio más que al número de la fuerza que se desplegó, o debía haber sido desplegada, en la ocasión.

Según la declaración del Sr. Pacífico, los desmanes denunciados duraron aproximadamente una hora y media, y si el Sr. Coletti y las demás autoridades griegas, tan pronto como recibieron información de lo que estaba sucediendo, no tomaron los medios más rápidos para ponerle remedio, la culpa y la responsabilidad consiguiente por los daños debe recaer sobre el Gobierno griego ³²⁵.

INSURRECCIÓN EN SICILIA (1848)

170. Como resultado del bombardeo de la ciudad de Messina durante la insurrección que tuvo lugar en Sicilia en 1848, algunos residentes británicos de la ciudad sufrieron pérdidas, por las cuales se hicieron reclamaciones al Gobierno napolitano. En respuesta a la cuestión de si el Gobierno británico debía respaldar las reclamaciones, el asesor jurídico británico Dodson declaró, el 3 de julio de 1848, que los súbditos de Estados neutrales que tuvieran bienes en una ciudad asediada o bombardeada no tenían, con arreglo al derecho de gentes, ningún derecho a indemnización como consecuencia de los «incidentes inevitables de la guerra». Continuó diciendo como sigue:

Por tanto, a menos que pudiera demostrarse satisfactoriamente (lo que, a mi humilde juicio, no se ha hecho todavía con respecto a los bienes ahora en cuestión) que la destrucción fue voluntaria y no el efecto de *una mera ocurrencia accidental* * en el ejercicio legal de los derechos a los que el Gobierno napolitano podía recurrir para reducir a la obediencia a la parte de sus súbditos que se habían levantado en armas contra su autoridad, es mi opinión que no podría con propiedad exigirse al Gobierno de Nápoles que indemnice a los perjudicados.

Esta norma fue reconocida y aplicada por el Gobierno de Su Majestad en 1830, en el caso del bombardeo de Amberes, y también en el del bombardeo de Mogador en 1844, y en varias otras ocasiones.

El caso de la propiedad destruida en el puerto franco que se me comunicó el 25 de marzo pasado constituía una excepción a lo que he manifestado como norma general, porque se probó

³²¹ *Ibid.*, pág. 250.

³²² Arias, *loc. cit.*, pág. 747.

³²³ Moore, *op. cit.*, págs. 852 y 853.

³²⁴ McNair, *op. cit.*, pág. 239.

³²⁵ *Ibid.*, pág. 240.

en ese caso que la destrucción fue intencional y gratuita, sin provocación y sin necesidad ³²⁶.

171. Posteriormente se reanudaron las hostilidades en Sicilia, y como consecuencia de ellas varios comerciantes británicos sufrieron pérdidas. El Gobierno napolitano declaró que no respondería por las pérdidas británicas ocurridas como consecuencia de esas hostilidades. En respuesta a la solicitud de protección y apoyo del Gobierno británico de los reclamantes, el asesor jurídico Dodson comunicó, el 3 de mayo de 1849, lo siguiente:

No veo razón alguna para apartarme de la opinión expresada en mi informe del 20 último, a saber: que el Gobierno napolitano podría, a pesar de su declaración, ser considerado responsable de las pérdidas ocasionadas por ataques gratuitos e innecesarios de sus fuerzas contra bienes de súbditos británicos en Sicilia. Sin embargo, no puedo asumir la responsabilidad de decir que el Gobierno napolitano debe responder por todas las pérdidas que puedan sufrir los súbditos británicos en esa isla como consecuencia de la reanudación de las hostilidades, o incluso de la modalidad con que, según se dice, se está librando la guerra. El uso moderno ha ciertamente modificado y suavizado en gran medida los usos de la guerra, especialmente con respecto a la captura y la destrucción de la propiedad privada en tierra, pero cuando esa propiedad resulta destruida por las operaciones ordinarias de la guerra, o en el caso de ciudades bombardeadas, o tomadas por asalto, o de territorios aislados con el fin de asegurar una frontera o detener el progreso de un enemigo o de acercarse a una ciudad que se intenta atacar, entiendo que las partes perjudicadas no pueden demandar compensación, a pesar de ser por nacimiento súbditos de un Estado neutral. Aún menos creo que los súbditos neutrales tengan derecho a demandar indemnización del gobierno por la destrucción de bienes pertenecientes a personas o en posesión de personas súbditos de otro beligerante por el solo hecho de que esas personas tengan deudas con ellos, o porque tengan derechos de retención sobre los bienes ³²⁷.

INSURRECCIÓN EN TOSCANA (1849)

172. En 1849 el Gobierno británico, en nombre de los residentes británicos de Toscana, pidió, sobre la base de daños de guerra, indemnizaciones a ese ducado y a Austria. En una nota austríaca de fecha 14 de abril de 1850, el Príncipe Schwarzenberg dudaba de que un Estado pudiera reclamar para sus ciudadanos residentes en otro país ventajas y privilegios de que no disfrutaban los habitantes del país. En vista de que no se solucionaba la cuestión, el Gobierno de Toscana intentó remitir el caso a un arbitraje y se dirigió al Gobierno ruso. Sin embargo, este último opinó que no había nada que arbitrar porque los argumentos estaban claramente en contra de los residentes británicos. En apoyo de la opinión austríaca, el Conde Nesselrode dijo en una nota rusa de fecha 2 de mayo de 1850 lo siguiente:

De acuerdo con los principios de derecho internacional tales como los entiende el Gobierno ruso, no cabe admitir que un soberano, *forzado por la rebelión* * de sus súbditos a reconquistar una ciudad ocupada por los insurgentes, esté obligado

a indemnizar a los extranjeros que, en medio de circunstancias similares, hayan podido ser víctimas de pérdidas o perjuicios ³²⁸.

El Gobierno británico abandonó entonces la reclamación ³²⁹.

DISTURBIOS EN NUEVA ORLEÁNS, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1851)

173. En agosto de 1851, durante un motín en Nueva Orleans dirigido contra el Cónsul español Laborde y los residentes españoles de la ciudad, la turba saqueó el Consulado español y varias tiendas. El Cónsul español, que había estado, según el Embajador de España en Washington, Calderón de la Barca, «a merced de una turba enardecida» y sin protección, partió para La Habana. El Embajador español exigió que los Estados Unidos pagaran indemnizaciones al Cónsul, así como a los demás españoles que habían sufrido daños. En una comunicación de fecha 13 de noviembre de 1851, dirigida al Embajador español, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Webster, dijo que su Gobierno «ha manifestado voluntad y empeño en cumplir con todos los deberes que una nación amiga tiene derecho a esperar de otra» en ese caso, aunque hizo una distinción entre el derecho del Cónsul y el de los demás ciudadanos españoles ³³⁰.

MOTÍN EN CHILE (1852)

174. En 1852 un buque inglés, el *Eliza Cornish*, y su carga fueron capturados por convictos amotinados del establecimiento penal chileno del Estrecho de Magallanes. Los propietarios del buque y de la carga pidieron al Gobierno británico que interviniera y obtuviera una indemnización del Gobierno chileno. Refiriéndose a la cuestión de si se justificaba que el gobierno adoptara esa medida, el asesor jurídico británico Harding manifestó en su opinión del 13 de julio de 1852 lo siguiente:

Supongo que el Gobierno chileno no fue culpable de negligencia notoria o injustificable * en lo que respecta a la fuerza o la composición de la guarnición y que ninguno de sus oficiales conocía con anterioridad o fue cómplice de lo que ocurrió posteriormente, sino que actuó «*bona fide*» durante todo el tiempo * ³³¹.

ACTOS DE INSURGENTES EN VENEZUELA (1858)

175. Durante el «movimiento revolucionario de marzo» y las frecuentes acciones guerrilleras ocurridas en 1858 en Venezuela, los residentes extranjeros sufrieron pérdidas de diversa naturaleza. El 27 de agosto de 1859,

³²⁸ Strupp, «Responsabilité internationale de l'Etat en cas de dommages causés aux ressortissants d'un Etat étranger en cas de troubles, d'émeutes ou de guerres civiles», ILA, *Report of the Thirty-first Conference* (Buenos Aires, 1922), Londres, Sweet and Maxwell, 1923, vol. I, págs. 131 y 132.

³²⁹ *Ibid.*, pág. 132.

³³⁰ Moore, *op. cit.*, págs. 811 y 812.

³³¹ McNair, *op. cit.*, pág. 253.

³²⁶ *Ibid.*, pág. 251.

³²⁷ *Ibid.*, pág. 252.

los Gobiernos de Gran Bretaña, España y los Estados Unidos de América presentaron al Gobierno de Venezuela una reclamación conjunta por los daños sufridos por sus respectivos nacionales como resultado de las acciones de revolucionarios y agentes del gobierno por igual.

176. En una serie de negociaciones entre Venezuela y España, el primero de esos gobiernos recibió, el 10 de setiembre de 1860, un ultimátum del Sr. Romea, Encargado de Negocios de España, en el que se pedía:

Primero. La entrega a los tribunales, para que sufran la pena a que se han hecho acreedores, de «los perpetradores de los asesinatos cometidos en súbditos de S. M., y si alguno o algunos de ellos hubieren sido puestos en libertad a consecuencia de indultos dados por delitos políticos, que sean reducidos de nuevo a prisión como complicados en delitos comunes», y *Segundo.* Que el Gobierno de Venezuela se comprometa a «indemnizar a los súbditos de S. M. de todos los daños que les hayan irrogado y en adelante les irroguen las autoridades constitucionales y federales»³³².

El Gobierno de Venezuela, si bien aceptó el primero de los dos puntos, repitió su posición sobre el segundo punto. Prometió indemnizar

todos los daños y perjuicios, comprobados legalmente, que les hayan irrogado o en adelante les irroguen las autoridades constitucionales; *siéndole imposible hacerlo con los causados por las facciones, porque terminantemente se lo prohíbe una ley vigente de la República, basada sobre el principio generalmente admitido de que los perjuicios que los extranjeros sufren con motivo de conmociones internas son calamidades de que los gobiernos no pueden humanamente ser responsables**, como no responden de un incendio, de una peste, de un terremoto ni de otros trastornos ocasionados por las revoluciones en el orden físico³³³.

Como se preveía en el ultimátum, el Gobierno de España rompió relaciones diplomáticas con Venezuela. Sin embargo, aproximadamente un año después, el 12 de agosto de 1861, se firmó un acuerdo entre los dos gobiernos en que se disponía, entre otras cosas, que:

Los súbditos españoles perjudicados por las facciones están obligados a justificar la negligencia de las autoridades legítimas en la adopción de las medidas oportunas para proteger sus intereses y personas, y castigar o reprimir a los culpables³³⁴.

177. Entretanto, el Gobierno británico solicitó una opinión jurídica de los asesores jurídicos en cuanto a la medida en que debía considerarse responsable al Gobierno de Venezuela por los daños infligidos en los bienes o las personas de súbditos británicos o de otros súbditos extranjeros durante los mismos incidentes. Los asesores jurídicos Harding y otros respondieron, en su opinión de fecha 25 de febrero de 1861, como sigue:

Sin embargo, como cuestión de derecho internacional, no pensamos que el Gobierno de Venezuela pueda ser considerado responsable en general de los daños infligidos en los bienes o las personas de súbditos británicos, o de otros extranjeros, residentes en el país, por insurgentes en hostilidad abierta y armada contra el gobierno, daños que el *gobierno no tenía capacidad*

*de impedir**. Un extranjero no puede pedir que se le coloque en mejor situación que los súbditos naturales del país. Si el país es invadido por un enemigo y las propiedades del extranjero son dañadas por el ejército invasor, él no tiene derecho a reclamar indemnización. Los daños causados por insurgentes o rebeldes están sujetos a la misma regla. Ahora bien, si el gobierno, teniendo la posibilidad de hacerlo, no aplasta o se abstiene voluntariamente de aplastar a los insurgentes, puede ser considerado cómplice del acto contra el que se reclama, y el extranjero tendría derecho a reclamar indemnización.

En el caso que tenemos ante nosotros no hallamos razones suficientes para alegar que los daños por los que se reclama no habrían ocurrido si no hubiera sido por la negligencia notoria del Gobierno de Venezuela. Por tanto, no pensamos que los hechos, en la medida en que podemos determinarlos, justifiquen una demanda de indemnización³³⁵.

ACONTECIMIENTOS EN AMÉRICA CENTRAL (1860)

178. En una nota de fecha 26 de noviembre de 1860, el Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Cass, escribió:

Un gobierno es responsable sólo del fiel cumplimiento de sus deberes internacionales, pero no de las consecuencias de empresas ilegales de las que no tuvo conocimiento, o que la falta de pruebas u otras circunstancias *hicieron imposible prevenir**³³⁶.

INSURRECCIÓN EN SANTO DOMINGO (1861-1863)

179. Durante una insurrección contra el Gobierno español en Santo Domingo en 1861, los ciudadanos británicos sufrieron pérdidas debido a las operaciones de las autoridades españolas y de las tropas que actuaban bajo sus órdenes dedicadas a aplastar la insurrección. Al asesorar sobre la posición que debía tomar el Gobierno británico con respecto a sus reclamaciones, los asesores jurídicos Palmer y otros dijeron, en su opinión de fecha 26 de enero de 1864, lo que sigue:

[...] con respecto a todas estas reclamaciones, entendemos que las circunstancias en que se produjeron las pérdidas de bienes son iguales, a saber: que las pérdidas fueron consecuencia de las operaciones militares generales de las fuerzas españolas contra los insurgentes en Santo Domingo, no consecuencia de actos especiales de insubordinación o exceso por parte de los militares, innecesarios para los propósitos generales de la guerra, e imputados a personas particulares culpables de esos actos.

Opinamos que todos los súbditos extranjeros domiciliados en un lugar o ciudad, que sufren durante tiempos de guerra a causa de las *operaciones necesarias de la guerra**, deben ser considerados, con respecto a cualquier daño que pueda sufrir su propiedad, en un pie de igualdad y no en forma diferente que los súbditos nativos en la misma ciudad o lugar, y que no tienen más razón para pedir indemnización que la que tienen esos súbditos [...]. Esas pérdidas no confieren ningún título al gobierno del súbdito extranjero para exigir compensación o indemnización por sus pérdidas así sufridas en virtud de los principios del derecho internacional³³⁷.

³³² Pulido Santana, *op. cit.*, pág. 49.

³³³ *Ibid.*, pág. 50.

³³⁴ *Ibid.*, pág. 53.

³³⁵ McNair, *op. cit.*, pág. 260.

³³⁶ Moore, *op. cit.*, vol. VII, 1906, pág. 928.

³³⁷ McNair, *op. cit.*, pág. 261.

180. El Departamento de Estado de los Estados Unidos adoptó una posición similar en una comunicación de fecha 18 de setiembre de 1896 del Secretario de Estado interino, Rockhill, que dice como sigue:

Se presentó una reclamación al Gobierno de España por pérdidas sufridas por un ciudadano de los Estados Unidos en Puerto Plata durante una insurrección contra el Gobierno español en Santo Domingo en 1863. El Gobierno español respondió que se habían adoptado todas las medidas posibles para la protección de los extranjeros en Santo Domingo, pero que las tropas españolas fueron obligadas por los insurgentes a abandonar Puerto Plata, y que España, en esas circunstancias, no era responsable de las pérdidas causadas por los insurgentes. El Departamento de Estado parece haber estado de acuerdo con esa decisión y, tras un lapso de treinta años, decidió no reabrir el caso³³⁸.

GUERRA CIVIL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1861-1865)

181. Algunos residentes británicos en el estado de Missouri solicitaron indemnización por la pérdida o la destrucción de su propiedad ocurrida durante la guerra civil en los Estados Unidos. En una opinión de fecha 21 de octubre de 1861, refiriéndose al caso, los asesores jurídicos británicos Harding y otros manifestaron lo siguiente:

[...] como principio general, cuando súbditos británicos se domicilian voluntariamente en un país extranjero en que se produce una guerra civil, el gobierno *de facto* no debe ser considerado responsable ante el Gobierno de Su Majestad por las pérdidas o destrucciones de bienes causados por aquellos que están en armas contra él, y cuyas acciones *no tiene el poder de controlar* *; si la parte cuyos oficiales o tropas infligieron esas pérdidas o destrucciones, o bajo cuya autoridad se infligieron esas pérdidas o destrucciones, logra en última instancia obtener el poder y ser reconocida por el Gobierno de Su Majestad como el Gobierno soberano, Su Majestad podría tener la posibilidad de insistir en una indemnización con respecto a esas pérdidas y daños; pero es difícilmente posible establecer de antemano y sin tener en cuenta *las circunstancias particulares del caso* *, por qué conducta se guiaría, en efecto, el Gobierno de Su Majestad en cuanto al pago obligatorio de esa indemnización.

Con respecto a la pérdida o destrucción de bienes causadas a súbditos británicos exclusivamente por oficiales o tropas o por personas actuando bajo la autoridad o en nombre del gobierno bajo cuya autoridad viven esos súbditos británicos en el momento, sólo podemos decir que, como principio general, ese gobierno *es* * responsable de ellas; y que el hecho de haber sido cometidas durante una guerra civil, aunque puede en algunos casos paliar o excusar la conducta de los interesados, no exonerará al gobierno de su responsabilidad general. *Nuestras observaciones sobre este punto se limitan evidentemente a la pérdida o destrucción de bienes no causada por accidente* * o por personas desconocidas; no se extienden a esas pérdidas, pues aunque sean consecuencia y hayan sido causadas indirectamente por la existencia de la guerra civil, no son el resultado de violencia ilegal por parte de las autoridades militares o civiles [...] ³³⁹.

³³⁸ Moore, *op. cit.*, vol. VI, pág. 955.

³³⁹ McNair, *op. cit.*, págs. 254 y 255.

182. Un buque norteamericano, el *Alleghanian*, que transportaba guano de propiedad del Gobierno del Perú, fue atacado el 28 de octubre de 1862, mientras estaba anclado en la bahía de Chesapeake, por un grupo de hombres pertenecientes a la Armada Confederada, que estaba bajo el comando de dos tenientes de esas fuerzas. Los oficiales actuaban bajo órdenes especiales del Secretario de la Armada Confederada. El buque fue incendiado y hundido con su carga. El Embajador peruano ante los Estados Unidos, Barreda, cuyo gobierno no había reconocido formalmente a la Confederación como potencia beligerante, presentó una reclamación a los Estados Unidos por la pérdida de la carga³⁴⁰.

183. El 9 de enero de 1863, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Seward, respondió al Embajador peruano y convino con él en considerar «la destrucción del guano en cuestión un acto premeditado e injustificable, que fue cometido con pleno conocimiento de su naturaleza y carácter por la parte que realizó su destrucción». Declaró también que los Estados Unidos «reconocerían la responsabilidad que los actos injustificables de los destructores del *Alleghanian* le imponen». Tras exponer algunas consideraciones con respecto a la determinación de esa responsabilidad, Seward terminaba como sigue:

Este Gobierno lamenta tan sinceramente como puede lamentarlo el Gobierno del Perú que sus esfuerzos por lograr estos objetivos hayan sido hasta el momento infructuosos. Sin embargo, lo que ha ocurrido en el caso del *Alleghanian* ha ocurrido *sin falta alguna por parte de este Gobierno; ha sido cometido por ciudadanos desleales, sobre los cuales, a causa de las operaciones de la guerra civil, ha perdido temporalmente su control* *. Además, el Gobierno no ha escatimado ningún esfuerzo razonable por indemnizar los daños que se han cometido y por reparar las pérdidas en que se ha incurrido. Proseguirá estos esfuerzos con diligencia y buena fe. El Presidente está demasiado convencido del sentido de equidad de la República del Perú para dudar de que esta respuesta a las reclamaciones del Sr. Barreda se considere enteramente satisfactoria³⁴¹.

184. En su respuesta de fecha 30 de enero de 1863, el Ministro del Perú reiteró la responsabilidad de los Estados Unidos³⁴².

LA COMUNA DE PARÍS (1871)

185. Se pidió a los asesores jurídicos británicos que informaran a su gobierno en varias ocasiones sobre casos ocurridos en Francia, en 1871, durante la Comuna de París. El principio general expuesto en esos informes parecería ser que, *al no haber negligencia* por parte del gobierno legal en prevenir o sofocar la insurrección, no podía considerarse responsable a Francia por las pérdidas y daños sufridos por súbditos británicos; se hacía referencia al argumento de *diligentia quam in suis rebus*. Así, pues, en conexión con la reclamación relativa a una

³⁴⁰ J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1898, vol. II, págs. 1621 y 1622.

³⁴¹ *Ibid.*, pág. 1624.

³⁴² *Ibid.*

cierta cantidad de carbón, enviada por barco por una compañía británica para ser entregada en París y arrebatada por miembros de la Comuna, los asesores jurídicos británicos Collier y otros manifestaron, en una opinión de fecha 29 de abril de 1871, lo siguiente:

[...] opinamos que no puede considerarse con propiedad al Gobierno francés responsable ante el Gobierno de Su Majestad por los daños causados en los bienes de súbditos británicos en *partes de Francia que no están bajo el control político de ese Gobierno* *, y, por tanto, que el Sr. Johnson no tiene ningún derecho a reclamar al Gobierno de Versalles la indemnización por los daños causados a sus bienes por los agentes de la Comuna de París.

Si el Gobierno francés logra en el futuro restablecer su autoridad en París y dominar la insurrección, o está dispuesto a indemnizar a los extranjeros por las confiscaciones de sus bienes efectuadas por los insurgentes, [...] observaríamos que ese gobierno podría muy bien hacer una distinción entre las pérdidas sufridas por súbditos británicos en Francia a causa de la invasión de ese país por los ejércitos alemanes durante la reciente guerra entre Francia y Prusia y las pérdidas sufridas por súbditos británicos a raíz de la guerra civil que existe actualmente en Francia, y que, si bien el Gobierno francés estaría justificado al negarse a pagar la menor indemnización en el primer caso a los súbditos británicos por la destrucción de sus propiedades por los súbditos de otras potencias, puede considerarse obligado en el último caso, pero sólo como cuestión de equidad, a pagar alguna indemnización a los súbditos británicos por pérdida que les infligieron súbditos franceses, a pesar de que no hubo ahorro de esfuerzos por parte de ese gobierno para dominar la insurrección. Decimos «sólo como cuestión de equidad» porque pensamos que cuando un gobierno no ha escatimado esfuerzos por controlar una insurrección, los extranjeros no tienen derecho a recurso alguno contra él para pedir indemnización por las pérdidas a las que estuvieron expuestos, en común con los súbditos del gobierno, y *de las que el gobierno no ha podido proteger a sus propios súbditos* * 343.

LEVANTAMIENTO EN LA ARGENTINA (1871)

186. En 1871 varios residentes extranjeros sufrieron daños en la Argentina a raíz de los actos de gauchos tumultuosos. Los agentes diplomáticos presentaron reclamaciones al Gobierno de la Argentina protestando contra la falta de seguridad que padecían los inmigrantes extranjeros. El 13 de marzo de 1872, el asesor jurídico británico Twiss comunicó a su gobierno que no podía reclamarse indemnización alguna en nombre de los ciudadanos británicos por los daños sufridos como resultado de un levantamiento de los gauchos, súbditos argentinos, a menos que «las autoridades locales no hubieran proporcionado la debida protección a los súbditos británicos» 344. Earl Granville, en su nota del 26 de marzo de 1872, dirigida al Encargado de Negocios británico en Buenos Aires, le indicó que si hallaba, tras investigación cuidadosa, que las autoridades locales no habían cumplido con su obligación, procediera a demandar una indemnización apropiada por los daños infligidos. «En caso de no haber falta —continuó—, por calamitoso que haya sido el resultado de este levantamiento para los súbditos británicos, el Gobierno de Su Majestad

lamenta no poder plantear una reclamación en su nombre» 345.

INSURRECCIÓN CARLISTA EN ESPAÑA (1874)

187. Refiriéndose a la cuestión de si se justificaba que el Gobierno británico presentara reclamaciones ante el Gobierno español en nombre de los ciudadanos británicos que habían sufrido pérdidas en Cartagena durante el bombardeo de esa ciudad por insurgentes carlistas, los asesores jurídicos británicos Baggallay y otros comunicaron, en una opinión de fecha 9 de mayo de 1874, lo siguiente:

Como cuestión de derecho internacional y causa de intervención diplomática, no puede considerarse responsable un gobierno por los daños infligidos en la propiedad o las personas de extranjeros residentes en el país por insurgentes alzados en hostilidad armada contra el gobierno, *daños que el gobierno no pudo prevenir* * 346.

En una opinión posterior, de fecha 7 de diciembre de 1874, los mismos asesores jurídicos manifestaron lo siguiente:

[...] opinamos que los súbditos británicos que llevan a cabo sus negocios o que residen en España no pueden reclamar al Gobierno español ninguna indemnización por las pérdidas que puedan haber sufrido a raíz de los actos de las tropas [del Gobierno] y de los insurgentes [carlistas] durante la guerra civil, excepto en el caso de que el Gobierno español indemnice a los súbditos españoles que puedan haber sufrido pérdidas similares 347.

VIOLENCIA DE LAS TURBAS EN ACAPULCO, MÉXICO (1875)

188. Un ciudadano norteamericano resultó muerto en el ataque de una multitud contra una iglesia protestante en Acapulco. En un despacho de fecha 23 de febrero de 1875, dirigido al Embajador norteamericano en México, Foster, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Fish, dijo:

[...] los gobiernos no son habitualmente responsables de indemnizar por los homicidios cometidos por particulares. *Todo lo que puede esperarse razonablemente de ellos es que, en buena fe y en la medida de sus facultades, enjuicien a los delincuentes de acuerdo con la ley* * 348.

VIOLENCIA DE LAS TURBAS EN DENVER, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1880)

189. El 31 de octubre y el 1.º de noviembre de 1880 hubo actos de violencia de las turbas en Denver, Colorado, en que algunos residentes chinos sufrieron daños graves en sus personas y sus bienes. El Embajador chino hizo una reclamación ante el Gobierno de los Estados

345 Arias, *loc. cit.*, pág. 748.

346 McNair, *op. cit.*, pág. 265.

347 *Ibid.*

348 Moore, *A Digest...* (*op. cit.*), vol. VI, pág. 815.

343 McNair, *op. cit.*, págs. 262 y 263.

344 *Ibid.*, pág. 265.

Unidos solicitando, entre otras cosas, que los propietarios de los bienes destruidos en forma inexcusable fueran indemnizados de alguna manera por sus pérdidas. En una carta de fecha 30 de diciembre de 1880, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Evarts, contestó al Embajador chino como sigue:

[...] Estos incidentes no son peculiares de ningún país. Ni los Estados Unidos ni la China están exentos de estos desastres. En el caso que consideramos ahora, puede verse que las autoridades locales recurrieron a todos los medios a su alcance para sofocar a la multitud, y que estos medios resultaron tan eficaces que dentro de las veinticuatro horas se restableció la autoridad regular y legal y la multitud fue completamente apaciguada y se detuvo a muchos de los cabecillas.

En circunstancias de esta naturaleza, cuando el gobierno ha hecho todos los esfuerzos legítimos por aplastar a una multitud que amenaza o ataca a la vez la seguridad de sus propios ciudadanos y la de los residentes extranjeros dentro de sus fronteras, no conozco ningún principio de obligación nacional, y no hay ciertamente ninguno que se derive de estipulaciones de tratados, que hagan que el Gobierno de los Estados Unidos esté en la obligación de indemnizar a los residentes chinos de Denver que, en común con ciudadanos de los Estados Unidos residentes a la época en esa ciudad, sufrieron pérdidas a causa de los actos de la multitud. Los recursos que puedan estar al alcance de los ciudadanos de Colorado o de los ciudadanos de los Estados Unidos provenientes de otros estados de la Unión residentes en Colorado por las pérdidas resultantes de ese hecho están igualmente abiertos a los residentes chinos de Denver que hayan sufrido pérdidas como resultado de los desmanes de la multitud. Esto es todo lo que exigen los principios del derecho internacional y los usos de la cortesía nacional³⁴⁹.

EL INCIDENTE DE SAIDA, ARGELIA (1881)

190. En una nota de fecha 30 de junio de 1881, el Embajador de España en París, Duque Fernán-Núñez, exigió que el Gobierno de Francia indemnizara a los residentes españoles de Saida, Argelia, que habían sufrido daños físicos y materiales durante los conflictos internos en esa ciudad. El Ministro de Relaciones Exteriores francés, Saint-Hilaire, replicó en una nota enviada al Ministerio de Relaciones Exteriores español como sigue:

Se sabe, por otra parte, que, en circunstancias similares, Francia no ha hecho jamás distinciones de nacionalidad, y que, en su territorio, los residentes extranjeros han podido siempre beneficiarse de las medidas de indemnización adoptadas en favor de los nacionales.

Estas medidas de indemnización no podrían evidentemente, en el caso, emanar de una obligación jurídica. Los acontecimientos de Saida caen en la categoría de los *hechos inevitables a los que todos los habitantes del país están expuestos, como lo están a los ataques de una plaga, y que no pueden comprometer la responsabilidad del Estado* *. Recientemente, el Gobierno del Rey se ha amparado en esta teoría universalmente consagrada para rechazar la obligación de indemnizar los daños resultantes de conflictos internos o de guerra civil: no se extrañará entonces de que el Gobierno francés tenga a bien recordar, con arreglo a las mismas reglas de derecho internacional, que no tiene obligación de indemnizar a las víctimas de Argelia³⁵⁰.

³⁴⁹ *Ibid.*, págs. 821 y 822.

³⁵⁰ A. Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, París, Centre national de la recherche scientifique, 1965, vol. III, pág. 618.

191. En respuesta a esta nota, el Duque Fernán-Núñez adujo en una nota dirigida a Saint-Hilaire, de fecha 31 de julio de 1881, lo siguiente:

Los azares siempre funestos de la guerra dan a los nacionales extranjeros los medios de evitar los desastres que ellos ocasionan.

Pero, cuando se han establecido grandes explotaciones bajo la salvaguardia de las fuerzas de una nación poderosa, cuando esas explotaciones llegan, al desarrollarse, a constituir la base principal de la riqueza de una colonia, y experiencias repetidas han mostrado que el trabajo al que se dedican es el único que puede alimentar esas industrias, *no se puede considerar su destrucción como un caso ordinario de fuerza mayor ocasionado por los azares de la guerra* *.

En los únicos casos que podrían presentar una analogía, aunque remota, con el caso actual, la nación española no ha vacilado en indemnizar los daños que le fueron señalados y justificados [...] ³⁵¹.

192. En una nota dirigida al Gobierno español, anexa a una nota dirigida al Duque Fernán-Núñez, de fecha 8 de agosto de 1881, Saint-Hilaire, recordando incidentes similares en España y en Cuba, donde el Gobierno francés no había presentado reclamaciones, manifestó lo siguiente:

El [Gobierno francés] consideró que al ir a establecerse en el extranjero sus nacionales habían aceptado voluntariamente una parte en la buena y en la mala fortuna del país; no quiso ni averiguar si no correspondía a la autoridad local una cierta responsabilidad, ni sopesar los medios empleados en la represión, ni investigar las modificaciones sucesivas introducidas en el comando de las fuerzas regulares: son estas apreciaciones que corresponden únicamente al Estado soberano.

¿No se aplican acaso las mismas consideraciones, con más fuerza aún, a los lamentables acontecimientos de que acaba de ser teatro la provincia de Orán? Nadie ignora la situación particular que la cercanía de tribus turbulentas y fanáticas crea para las explotaciones de las tierras altas. La administración colonial ejerce toda su vigilancia para mantener allí el orden; su propio interés está en juego, y la tranquilidad que ha reinado durante los años precedentes atestigua que ha tenido éxito de ordinario. Estas condiciones son bien conocidas para los nacionales y extranjeros que vienen espontáneamente a buscar allí las ventajas de un trabajo seguro y lucrativo; han debido contar, entre los riesgos a que se exponen, la posibilidad de esos movimientos indígenas cuya explosión desafía a veces toda predicción, y no podrían con justicia hacer recaer la responsabilidad sobre la autoridad francesa. Su situación con respecto al Gobierno de la República es entonces idéntica a la que la insurrección cubana y la guerra carlista plantearon para los residentes franceses con respecto al Gobierno del Rey: ni unos ni otros han aducido derechos de indemnización, pero todos tienen derecho sobre bases similares a una reparación equitativa ³⁵².

193. En una nota de fecha 19 de setiembre de 1881, dirigida a Saint-Hilaire, el Duque Fernán-Núñez escribió que el Gobierno español nunca había reclamado una indemnización en el sentido estricto y jurídico del término, y añadió que siempre había apoyado la doctrina de que «sólo se comprometen las responsabilidades nacionales por la acción voluntaria, intencional y meditada de los poderes públicos». Continuó diciendo que

³⁵¹ *Ibid.*, pág. 619.

³⁵² *Ibid.*, pág. 620.

lo que su gobierno pedía era «indemnizaciones espontáneas y libremente consentidas por un Estado, con un objetivo de reparación y alivio, ante infortunios de que fue teatro su territorio nacional»³⁵³.

194. El Gobierno francés aceptó esta posición básica, y en una nota de la misma fecha, dirigida al Duque Fernán-Núñez, Saint-Hilaire dijo lo siguiente:

Se reconoce que en derecho estricto no existe para los dos Estados ninguna obligación jurídica de indemnizar a los reclamantes; pero, por una parte y por la otra, se admite que, en equidad, la situación de las víctimas es digna de interés en todo sentido y capaz de crear derecho a indemnizaciones cuya apreciación se reservan los dos gobiernos la facultad de determinar [...] ³⁵⁴.

INSURRECCIÓN EN SFAX, TÚNEZ (1881)

195. La residencia del agente consular italiano en Sfax, Túnez, y las de otros italianos fueron ocupadas por tropas francesas cuando intervinieron para aplastar una rebelión. El Gobierno italiano protestó ante el Gobierno de Túnez en razón de que la ocupación violaba las disposiciones del artículo 20 del Tratado de Amistad y Comercio del 8 de setiembre de 1868 entre Italia y Túnez, según el cual los bienes inmuebles de los ciudadanos italianos en Túnez eran inviolables³⁵⁵.

196. En una carta de fecha 10 de agosto de 1881, dirigida al Cónsul general interino de Italia en Túnez, Raybaudi, el Ministro Residente de Francia en Túnez, Roustan, que estaba a cargo de las relaciones exteriores del Bey, escribió lo siguiente:

El Gobierno de Su Alteza lamenta la violación temporal del derecho de posesión de las propiedades de italianos en cuestión. Sin embargo, debe señalar que esta violación se produjo en un caso de fuerza mayor y fue uno de los actos requeridos y cometidos como consecuencia de la operación militar que restauró la autoridad del Bey en la ciudad insurgente³⁵⁶.

En relación con esta carta, el Ministro de Relaciones Exteriores de Italia manifestó, en una carta dirigida a Raybaudi, de fecha 17 de agosto de 1881, lo siguiente:

El representante admite implícitamente, por las expresiones de pesar que contiene su nota, la irregularidad de la ocupación; sin embargo, trata de justificarla invocando la fuerza mayor. A este respecto, no sería inapropiado observar que, dado que el Tratado ítalo-tunecino estipula claramente la inviolabilidad de los bienes inmuebles italianos, no es posible entender cómo puede buscarse justificación invocando un caso que no era ciertamente de fuerza mayor para las tropas y los oficiales franceses, que habían entrado en Sfax después de que el bombardeo había desplazado por completo al enemigo. En todo caso, incluso si el acto inicial de ocupación se reconociera como caso de fuerza mayor, ello no bastaría para legitimizar una larga ocupación³⁵⁷.

³⁵³ *Ibid.*, pág. 621.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ Società italiana per l'Organizzazione internazionale, Consiglio Nazionale delle Ricerche, *op. cit.*, págs. 872 y 873.

³⁵⁶ *Ibid.*, pág. 873.

³⁵⁷ *Ibid.*

197. Después de la misma insurrección, el agente y Cónsul general británico en Túnez hizo una protesta ante el Bey en nombre de los ciudadanos británicos que habían sufrido pérdidas en Sfax, considerando al Gobierno francés responsable de las pérdidas en razón de la insuficiencia de las medidas adoptadas por las autoridades locales para la protección de las personas y los bienes. En un despacho al que se habían referido los asesores jurídicos británicos James y otros, en su opinión del 11 de agosto de 1881, como correcto y justificado, el Secretario de Estado de Relaciones Exteriores británico manifestó lo siguiente al Cónsul general:

[...] El Gobierno de Su Majestad ha sostenido siempre la opinión de que una potencia extranjera no puede, como cuestión de derecho internacional, considerarse en general responsable de los daños infligidos a las personas o los bienes de súbditos británicos residentes en el país por insurgentes levantados en hostilidad abierta y armada contra su gobierno, *daños que el gobierno no tuvo la posibilidad de prevenir* *. En ese caso, los extranjeros no pueden pedir que se les coloque en una situación mejor que los súbditos naturales del país. Si la propiedad de un extranjero resulta dañada por un ejército invasor, el extranjero no tiene derecho a indemnización, y el daño causado por rebeldes insurgentes está sujeto a la misma norma. Ahora bien, si el gobierno, teniendo el poder de hacerlo, por negligencia o voluntariamente se abstiene de reprimir o aplastar a los insurgentes, puede ser considerado cómplice del acto contra el que se reclama, y el extranjero tendría derecho a exigir indemnización. Es posible que usted tenga bases razonables para suponer que en el caso actual los daños que se reclaman no habrían ocurrido si no hubiera sido por la negligencia abierta del Gobierno del Bey, aunque, en la medida en que el Gobierno de Su Majestad está informado, éste no parece ser el caso. Pero, *en las circunstancias* *, es conveniente que protestas de esta naturaleza no se presenten sin comunicación previa con el Gobierno de Su Majestad, y debo, por tanto, indicarle que se dirija a este Gobierno si en alguna ocasión futura pareciera necesario presentar una protesta similar [...] ³⁵⁸.

EL INCIDENTE DE ALEJANDRÍA, EGIPTO (1882)

198. En 1882 Arabi Pasha intentó en Alejandría, primero como oficial militar y posteriormente como Ministro de Estado, derrocar, con la asistencia de algunos dirigentes militares, al gobierno constitucional. Según una carta de fecha 13 de julio de 1882 del Foreign Office:

[...] Arabi Pasha, a pesar de que se le había advertido de que se le consideraría responsable, como Ministro de Estado, por un quebrantamiento de la tranquilidad pública como consecuencia de sus actuaciones revolucionarias y de los pronunciamientos inflamatorios de su partido, se abstuvo por completo de adoptar las medidas apropiadas para el aplastamiento inmediato del levantamiento que amenazaba y la protección de las vidas y los bienes de los extranjeros, aunque tenía a su disposición amplios medios para hacerlo.

[...] la fuerza de policía de Alejandría no sólo era una protección insuficiente para los extranjeros en las circunstancias, sino que, animada por sentimientos de odio hacia los extranjeros, excitados en ella por las maquinaciones de Arabi Pasha y su partido, y habiéndose unido a la demanda del Khedive en favor de la restauración de Arabi Pasha en el poder, se negó

³⁵⁸ McNair, *op. cit.*, págs. 265 y 267.

a cumplir con su deber en ocasión del levantamiento, y no hizo ningún esfuerzo por proteger a los extranjeros contra la violencia de la multitud³⁵⁹.

En una opinión (sin fecha) de los asesores jurídicos británicos James y Herschell, se decía:

Que el principio general en casos como el que tenemos ante nosotros es que todos los Estados tienen la obligación de proporcionar una protección razonable a las personas y los bienes de los extranjeros residentes en su territorio, y deben responder ante el Estado de origen de esos residentes si se quebranta esa obligación [...].

La medida de la protección que debe proporcionarse es, en nuestra opinión, la que un gobierno, utilizando todos los medios razonables y ejerciendo toda la diligencia razonable para la prevención y la represión de los maltratos o la violencia contra personas o bienes, es capaz de proporcionar.

Si se han utilizado esos medios y se ha ejercido esa diligencia y, a pesar de ello, los extranjeros residentes en un país han sufrido daños, el gobierno de ese país no podría, en nuestra opinión, verse obligado en derecho a proporcionar una indemnización. Establecer si el daño en un caso particular se debe a que el gobierno no cumplió con sus obligaciones es una cuestión de hecho que debe determinarse según las circunstancias del caso.

No tenemos aún ante nosotros en forma completa todos los hechos relacionados con los atropellos que ocasionaron las muertes del Sr. Richardson y el Sr. Dobson; pero, en la medida en que podemos juzgar, hubo falta de cumplimiento de las obligaciones que incumben al Gobierno de Egipto, lo que llevó a esas consecuencias desastrosas, y lo que justificaría una reclamación de indemnización³⁶⁰.

199. Después de restaurado el orden, las autoridades egipcias propusieron confiar el arreglo de las reclamaciones de indemnización por las pérdidas sufridas por los extranjeros a una comisión internacional que se constituiría por un decreto del Khedive. El Ministro de Relaciones Exteriores francés, Duclerc, expresó su acuerdo básico con el decreto propuesto en una nota de fecha 4 de setiembre de 1882 dirigida al Ministro británico en París. Sin embargo, Duclerc añadió el siguiente comentario sobre los términos del decreto propuesto:

Según los propios términos del proyecto de decreto adjunto al memorando de los contralores, los daños que se trata de reparar son los provenientes «de los hechos de la guerra o de la rebelión, de los actos de pillaje o de incendio producidos desde el 10 de junio de 1882». Según una jurisprudencia universalmente reconocida, se considera que los daños resultantes de casos de fuerza mayor no crean ningún derecho a indemnización para las víctimas, ninguna obligación jurídica a cargo del soberano territorial. Tenemos, por tanto, fundamento para pensar, contrariamente a la opinión emitida en el memorando, que los tribunales egipcios, si se les plantean reclamaciones contra el Estado por hechos de guerra o de pillaje, no vacilarían en negar razón a los demandantes y en declinar toda competencia. No por eso estamos menos de acuerdo con los contralores en reconocer los inconvenientes que presentaría la injerencia de la jurisdicción ordinaria en el arreglo de asuntos semejantes, y sólo vemos ventajas en que la cuestión de la competencia sea resuelta antes de la reapertura de los tribunales, a fin de descartar toda causa de incertidumbre³⁶¹.

³⁵⁹ *Ibid.*, pág. 267.

³⁶⁰ *Ibid.*, pág. 268.

³⁶¹ Kiss, *op. cit.*, pág. 624.

DISTURBIOS EN HAITÍ (1883)

200. El 14 de diciembre de 1883 un representante de la Cámara de Diputados de la Asamblea Nacional Francesa informó acerca de los acontecimientos que estaban ocasionando pérdidas a los residentes franceses en Haití como sigue:

[...] El levantamiento fue aplastado al cabo de unos pocos minutos por las tropas del Gobierno, pero esas mismas tropas se entregaron a los más atroces desórdenes que ha conocido Haití. Las puertas de las casas haitianas y de las casas extranjeras, sin distinción alguna, fueron derribadas a golpes de cañón [...]³⁶².

Respondiendo a esa declaración, el Ministro de Relaciones francés, Ferry, dijo:

Parece desgraciadamente muy verosímil que la responsabilidad del Presidente Salomón esté directa y particularmente comprometida en los abominables atentados que se nos acaban de relatar.

En todo caso debo decir a la Cámara que, desde la primera noticia, el Gobierno ha cumplido con su deber: transmitió al Gobierno del Presidente Salomón las reclamaciones de nuestros nacionales, y debo decir que, sin discusión ni vacilación, el Gobierno haitiano ha aceptado de la manera más amplia el principio de estas reclamaciones, cuya cifra queda por determinar³⁶³.

REVOLUCIÓN EN BRASIL (1885)

201. El 11 de marzo de 1885 el Gobierno italiano presentó al Gobierno del Brasil reclamaciones por las pérdidas que los residentes italianos habían sufrido durante una revolución en el Brasil. Sin embargo, el Gobierno del Brasil rechazó la responsabilidad por los daños resultantes de actos de los insurgentes, así como por lo que llamó *vis major*. Se rechazó una contrapropuesta del Gobierno del Brasil, pero, tras negociaciones, Italia y el Brasil convinieron en remitir algunas reclamaciones a una comisión local mixta y presentar algunas otras cuestiones al arbitraje del Presidente de los Estados Unidos de América³⁶⁴.

LOS DISTURBIOS DE ROCK SPRINGS, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1885)

202. El 30 de noviembre de 1885 el Embajador chino en Washington, Cheng Tsao Ju, señaló a la atención del Secretario de Estado, Bayard, el incidente que ocurrió en Rock Springs, en el territorio de Wyoming, el 2 de setiembre de 1885, en el que varios cientos de residentes chinos habían sido atacados por una banda de maleantes armados, que mataron e hirieron a veintiocho chinos y causaron grandes pérdidas a sus propiedades.

³⁶² *Ibid.*, pág. 635.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ J. Goebel, Jr., «The international responsibility of States for injuries sustained by aliens on account of mob violence, insurrections and civil wars», *American Journal of International Law*, Nueva York, vol. 8, N.º 4 (octubre de 1914), págs. 847 y 848.

El Embajador chino subrayó el hecho de que el ataque contra los chinos había sido «no provocado por su parte» y de que las autoridades civiles no habían intentado prevenir o sofocar los disturbios. Pedía por eso, en nombre de su gobierno, entre otras cosas, que las personas culpables fueran castigadas y que se indemnizara plenamente a los ciudadanos chinos de las pérdidas y daños que habían sufrido ³⁶⁵.

203. En su respuesta de fecha 18 de febrero de 1886, el Secretario de Estado de los Estados Unidos describió el escenario del incidente de Rock Springs como una zona apartada de todo centro de población y marcada por todas las características habituales de una localidad nueva y escasamente colonizada. La población estaba integrada por hombres de todas las razas, migratorios en sus hábitos. A esta región remota y poco protegida habían acudido los trabajadores chinos voluntariamente en gran número. Sus asaltantes, también extranjeros, eran trabajadores mineros descontentos que habían intentado sin éxito inducir a los chinos a que se unieran a ellos en una huelga para conseguir mejores salarios. El incidente carecía de carácter oficial y de carácter nacional, pues no había ni en una parte ni en la otra un representante del Gobierno de la China o del Gobierno del Territorio de Wyoming. El Secretario de Estado continuó diciendo como sigue:

[...] Sin embargo, puedo decir francamente que las circunstancias del caso en consideración contienen características que me inclino a creer que pueden inducir al Presidente a que recomiende al Congreso, no bajo la obligación de un tratado o de un principio del derecho internacional, sino solamente sobre la base de un sentimiento de generosidad y compasión para con un grupo inocente y desafortunado de hombres, súbditos de una potencia amiga, que, mientras estaban pacíficamente empleados bajo nuestra jurisdicción, fueron tan gravemente ultrajados: que *en vista de que las autoridades policiales de Rock Springs se abstuvieron de manera tan abierta y vergonzosa de mantener la paz o incluso de intentar mantener la paz o de hacer esfuerzos adecuados para hacer cumplir la ley, o de castigar a los delincuentes* *, o de indemnizar la pérdida de los bienes saqueados o destruidos, podría razonablemente ser objeto de la consideración benévola del Congreso la posibilidad de que, en el entendimiento claro de que no se crea por ello ningún precedente, o responsabilidad por falta de cumplimiento adecuado de la jurisdicción policial en los territorios, se conceda, *ex gratia*, un socorro pecuniario a los perjudicados, en la medida del valor de la propiedad de que fueron tan ofensivamente privados, para el grave descrédito de las instituciones republicanas ³⁶⁶.

INSURRECCIÓN EN CUBA (1887)

204. Un ciudadano norteamericano, D. G. Negrete, visitó Cuba y compró una propiedad cuando la isla estaba en estado de insurrección. Habiendo sufrido después pérdidas en su propiedad a causa de los actos de los insurgentes, pidió a su gobierno que presentara su reclamación al Gobierno de España. Al rechazar la solicitud de que su gobierno patrocinara la reclamación en el caso Negrete, el Secretario de Estado de los Estados

Unidos de América, Bayard, explicó su posición en una carta de fecha 6 de enero de 1888 como sigue:

Encuentro ahora que el Gobierno de España niega su responsabilidad y, además del obstáculo técnico por el hecho de no haber planteado el caso en el plazo oportuno ante la comisión, plantea la importante cuestión de las condiciones bajo las cuales un gobierno está obligado a indemnizar a los extranjeros por las pérdidas sufridas a raíz de insurrecciones dentro de sus fronteras. Con frecuencia se ha señalado esta cuestión a la atención de este Departamento y ella debe determinarse por los principios del derecho internacional aplicables igualmente a los casos en que el Gobierno de los Estados Unidos es el reclamante por daños así sufridos por sus ciudadanos, y a los casos en que otros gobiernos proceden contra él por daños semejantes infligidos a extranjeros dentro de sus fronteras. Procedo a continuación a enumerar los principios que han sido aceptados por este Departamento.

La medida de la diligencia que debe ejercer un gobierno en la represión de un desorden no es la de un asegurador, sino la que los gobiernos prudentes suelen ejercer en las circunstancias. Para adoptar la norma tal como se establece en el Código de Justiniano, y como se la tomó de ese código en toda la jurisprudencia moderna y se la aceptó, por tanto, en España al igual que en los Estados Unidos, la ley requiere *diligentiam qualem diligens paterfamilias suis rebus adhibere solet* (la diligencia habitual de un buen padre de familia); recordando que *paterfamilias*, en el sentido en que se utiliza aquí, representa a una persona cuyas relaciones con su familia con arreglo al derecho antiguo servirían para ilustrar las relaciones del gobierno con el Estado. La palabra decisiva en esta norma es *solet* (habitual): apela a la costumbre. La máxima es que la diligencia que los gobiernos ejercen *habitualmente* en circunstancias análogas debe ejercerse en cada caso, y cada gobierno es responsable ante las potencias extranjeras por los daños infligidos a ellas o a sus súbditos a raíz de la falta de esa diligencia habitual en la preservación del orden.

¿Cuál es entonces la costumbre que se convierte así en la guía? Recientemente, al considerar una reclamación contra los Estados Unidos no poco similar a la que pide usted ahora que se presente contra España, he tenido que mostrar cómo la costumbre depende de las condiciones, de modo que el grado de diligencia habitual y razonable en una región nueva y poco poblada del país en que la fuerza de policía es débil y está dispersa, donde no pueden mantenerse fuerzas armadas y donde la costumbre impone a la persona, en gran medida, no sólo la preservación del orden, sino la reivindicación de supuestos derechos, es muy diferente del grado de diligencia habitual en un centro de población bajo una policía bien organizada, donde puede recurrirse rápidamente a las fuerzas armadas en apoyo de la ley. Hay épocas de revuelta contra las cuales ningún gobierno puede protegerse sino mediante el mantenimiento de un ejército en pie, que sería no sólo una amenaza para las instituciones libres, sino que impondría a la comunidad cargas que en sí mismas podrían ser la causa de revueltas mucho más graves que las que se intentó prevenir. Un período similar marcó el comienzo de la reciente guerra civil en los Estados Unidos, cuando este gobierno se encontró sin los medios de aplastar inmediatamente la insurrección en que se vieron afectados por igual los bienes y las personas de extranjeros y ciudadanos. Cuando gobiernos extranjeros se quejaron de los daños que habían sufrido así sus súbditos, se les informó que «esta insurrección es una de esas calamidades contra las cuales ningún gobierno prudente puede protegerse, excepto mediante medidas más nocivas que el mal que tienen por objeto remediar». Y dijimos también «es el deber de los extranjeros apartarse de esos riesgos, y si no lo hacen, o si se exponen voluntariamente a esos riesgos, deben aceptar las consecuencias». Esa fue la posición adoptada por este gobierno durante la última guerra civil; yo

³⁶⁵ Moore, *A Digest... (op. cit.)*, vol. VI, págs. 822 y 823.

³⁶⁶ *Ibid.*, págs. 834 y 835.

tomé esa posición en lo que respecta a la exposición voluntaria por los extranjeros a los riesgos de una comunidad no colonizada, en mi correspondencia con el Embajador chino en esta capital, con referencia a los daños infligidos a súbditos chinos en los territorios de Wyoming y Wáshington por la violencia de las turbas. El Sr. Fish, en sus instrucciones al Sr. Foster el 15 de agosto de 1873, al analizar nuestras reclamaciones contra México por los daños allí sufridos por ciudadanos americanos a raíz de la violencia insurreccionaria, dijo que la norma en que se basan esas reclamaciones «no debe siempre aplicarse a las personas domiciliadas en un país y raramente a las que puedan visitar una región obviamente en estado de guerra civil». Sobre esas bases, el Sr. Seward sostuvo, el 9 de enero de 1863, que el Gobierno de los Estados Unidos no era responsable por las pérdidas causadas a ciudadanos peruanos por la destrucción de su propiedad a bordo de un buque en la bahía de Chesapeake en 1862, pues esa destrucción había sido causada por un ataque repentino de insurgentes que no podía haber sido impedido por el Gobierno de los Estados Unidos de América mediante la diligencia habitual y debida.

Los Estados Unidos, habiendo establecido así las normas de responsabilidad en respuesta a reclamaciones de extranjeros, no pueden negarse a aceptarlas cuando se hacen reclamaciones con respecto a potencias extranjeras. No puede con justicia suponerse que la capacidad de España de reprimir las insurrecciones en Cuba es mayor que la de los Estados Unidos de reprimir la insurrección que culminó en la última guerra civil. La capacidad y la obligación de España de tener en todo momento una fuerza militar disponible en Cuba, lo suficientemente grande para permitirle proteger las propiedades atacadas en cualquier sitio por insurgentes, no pueden suponerse mayores que las de los Estados Unidos de América, en 1885, de tener una fuerza militar estacionada en todos sus territorios y en su costa occidental suficiente para proteger a los trabajadores y mineros chinos en cada uno de los puntos remotos a los que elijan acudir. Si la ausencia de esos escenarios de desórdenes inesperados de una fuerza militar adecuada no hizo a los Estados Unidos responsables de los daños sufridos por esos extranjeros, tampoco puede la ausencia de una fuerza militar adecuada en el momento de la destrucción de la propiedad del Sr. Negrete en Cuba ser suficiente por sí misma para hacer responsable a España. El mero hecho de que haya ocurrido una insurrección no es prueba de negligencia y, en realidad, el hecho de que una insurrección se mantenga por un período considerable es *prima facie* prueba de *vis major*, que impone a la parte que alega negligencia particular la carga de probarla. Tampoco puede el Departamento negarse a aplicar a los ciudadanos de los Estados Unidos que visitan tierras extranjeras cuando imperan en ellos insurrecciones, o el gobierno local es incapaz de aplastar tumultos repentinos, la norma que aplicó a extranjeros que visitaron porciones de nuestro territorio cuando había en ellos insurrecciones, o cuando el gobierno local no estaba en condiciones de aplastar los tumultos repentinos. No puede considerarse que España tiene un grado de responsabilidad mayor para con los extranjeros por las pérdidas que éstos sufrieron en razón de los desórdenes en Cuba que la que se impone a los Estados Unidos por desórdenes similares dentro de su jurisdicción; ni tampoco pueden los Estados Unidos reclamar para sus ciudadanos que se trasladan voluntariamente a tierras extrañas inmunidades que no concede cuando se reclaman contra sí. Sostenemos que los extranjeros que acuden a localidades que son teatro de desórdenes en un país lo hacen a su propio riesgo, y debemos aplicar la misma norma a nuestros propios ciudadanos en tierras extranjeras.

Es bien sabido que cuando el Sr. Negrete visitó Cuba y adquirió allí una propiedad esa isla estaba en estado de insurrección. No tengo informaciones acerca del precio que pagó por la propiedad ni acerca de a quién la compró, ni de las condiciones de la venta; tampoco sé qué influencia tuvo la existencia

de la insurrección en el precio. Sin embargo, es bien sabido que las propiedades en el distrito expuesto a insurrección estaban por esa razón y naturalmente muy depreciadas en su valor. En la medida en que se desprende de la información ante mí, el Sr. Negrete incurrió voluntariamente en los riesgos que correspondían a su compra y naturalmente él y las demás personas que hacen inversiones en un país en estado de insurrección contemplan esos riesgos y no tienen, por tanto, derecho a pedir a su gobierno que demande de España indemnización por las pérdidas así sufridas por ellos ³⁶⁷.

DISTURBIOS EN TURQUÍA (1890)

205. El 18 de julio de 1890 los asesores jurídicos británicos Webster y Clarke aprobaron un proyecto de despacho, dirigido por el Marqués de Salisbury al Sr. Fane, relativo a una reclamación de indemnización solicitada por un empleado del Consulado Británico en Canea, Turquía, cuya propiedad había sido destruida mientras la guardaban soldados turcos, así como a otra reclamación de la viuda del ex Vicecónsul en esa ciudad, cuya propiedad había sido incendiada por cristianos. Tras enumerar una serie de «principios generales» sobre la base de los cuales el Gobierno británico había «actuado siempre en esos casos», el proyecto de despacho decía:

Sin embargo, el Gobierno de Su Majestad requeriría en la práctica la prueba más clara de negligencia por parte del gobierno de un Estado amistoso o de culpabilidad por parte de sus autoridades antes de intervenir en nombre de ciudadanos británicos, en la medida en que se les acordó un tratamiento tan favorable como el que se extendió a los nativos o a los extranjeros de otras nacionalidades ³⁶⁸.

VIOLENCIA DE LAS TURBAS EN NUEVA ORLEÁNS, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1891)

206. El 14 de marzo de 1891, 11 personas de origen italiano, que fueron acusadas de haber participado en el asesinato del jefe de policía de Nueva Orleáns, fueron asesinadas por una turba de ciudadanos en una cárcel de la ciudad. El mismo día, el Embajador italiano en Wáshington, Barón Fava, recibió instrucciones del Ministro de Relaciones Exteriores, Marqués Rudini, en el sentido de denunciar el acto de la multitud y solicitar medidas inmediatas y enérgicas para la protección de los italianos en Nueva Orleáns y el castigo de las personas que participaron en el ataque a la cárcel. El embajador italiano señaló la cuestión a la atención del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Blaine, el 15 de marzo. El 31 de marzo de 1891 el Embajador italiano repitió las demandas de su gobierno, que consistían en seguridades oficiales del Gobierno de los Estados Unidos de que se enjuiciaría a las partes culpables y el reconocimiento, en principio, de que se debía una indemnización a los familiares de las víctimas ³⁶⁹.

207. En una nota de fecha 1.º de abril de 1891, dirigida al Encargado de Negocios italiano, Marqués Imperiali, que ocupó el cargo a la partida del Embajador,

³⁶⁷ *Ibid.*, págs. 962 a 964.

³⁶⁸ McNair, *op. cit.*, pág. 269.

³⁶⁹ Moore, *A Digest...* (*op. cit.*), vol. VI, págs. 837 y 838.

el Secretario de Estado de los Estados Unidos manifestó que, aunque su gobierno reconocía el principio de la indemnización a los súbditos italianos «que pudieron haber sufrido a causa de la violación de los derechos que se les aseguran con arreglo al tratado» [entre los dos Estados que garantiza a los súbditos italianos «la protección y la seguridad más constantes»], y aunque aseguraba una investigación a fondo del incidente, se rehusaba a proceder de manera indebidamente apresurada en respuesta a las demandas italianas. En otra nota, de fecha 14 de abril, el Secretario de Estado manifestó:

Si resultara que [...] los funcionarios públicos encargados del deber de proteger las vidas y las propiedades en esa ciudad estuvieron en connivencia con los actos de la multitud o, al recibir noticia o información adecuada del peligro amenazado, se abstuvieron de adoptar medidas para la preservación de la paz y más tarde para enjuiciar a los culpables, el Presidente, en esas circunstancias, consideraría que se dieron argumentos suficientes y que debería plantearse el caso a la consideración del Congreso, con miras a obtener indemnización para las familias de los súbditos italianos que perdieron sus vidas a causa de la violencia ilegal ³⁷⁰.

208. El 12 de abril de 1892, el Secretario de Estado pagó una suma de 24.330 dólares al Gobierno de Italia. En su nota dirigida al Encargado de Negocios italiano observó que los daños «no fueron infligidos directamente por los Estados Unidos, a pesar de lo cual el Presidente cree que es su solemne deber, así como un gran placer para él, que el Gobierno nacional pague una indemnización satisfactoria» ³⁷¹.

VIOLENCIA DE LAS TURBAS EN MARSOVÁN, TURQUÍA (1893)

209. En su mensaje anual al Congreso, de 4 de diciembre de 1893, el Presidente Cleveland, de los Estados Unidos de América, dijo:

El incendio y destrucción parcial por turbas descontroladas de uno de los edificios del Anatolia College, fundado por ciudadanos de los Estados Unidos en Marsován, y la indiferencia aparente del Gobierno turco ante el atropello, pese a la complicidad de algunos de sus funcionarios, requería la más seria protesta, a la que siguieron promesas de indemnización y castigo de los criminales ³⁷².

GUERRA CIVIL EN EL BRASIL (1893-1894)

210. En una nota de fecha 9 de octubre de 1893, dirigida al Ministro de la Marina, el Ministro de Justicia brasileño señaló:

En tiempo de disturbios internos o de guerra civil, el gobierno no asume responsabilidad alguna y no viola los derechos de los particulares cuando, obligado por fuerza mayor y en el ejercicio legítimo de los poderes públicos, garantiza la seguridad del Estado o comete actos que causan perjuicios a particulares. Estos, ya sean nacionales o extranjeros, no tienen derecho a indemnización alguna. Esta es la doctrina que ha prevalecido

a juicio de los publicistas más autorizados y en la práctica internacional ³⁷³.

211. Comentando la cuestión de la responsabilidad del Gobierno brasileño por la detención de buques pertenecientes a algunos armadores británicos en Río de Janeiro, durante la guerra civil, los asesores jurídicos británicos Webster y Finlay dijeron en una opinión de fecha 29 de mayo de 1896:

En nuestra opinión, no incumbe responsabilidad alguna de este tipo al Gobierno brasileño respecto de la detención de los buques en Río que pudiera autorizar al Gobierno de Su Majestad para presentar reclamaciones a nombre de los armadores. [...] Los extranjeros deben correr el riesgo de la guerra civil en todo Estado al que se dirijan, y el gobierno de ese mismo Estado no puede, en virtud del derecho internacional, ser obligado a indemnizarlos por los daños sufridos en razón de una guerra civil o insurrección. Para sostener un argumento de ese tipo sería necesario demostrar que ha habido de parte del Estado algún incumplimiento de obligación con arreglo al derecho internacional. El hecho de que ocurra una insurrección o de que ella no sea aplastada inmediatamente no constituye tal incumplimiento de obligación [...] ³⁷⁴.

212. La misma guerra civil provocó ciertos perjuicios a algunos italianos residentes en el Brasil. En una comunicación de fecha 17 de agosto de 1894, dirigida al Embajador de Italia en el Brasil, el Barón Blanc, Ministro de Relaciones Exteriores de Italia, manifestó, entre otras cosas:

El caso de los perjuicios derivados de actos que, en violación del derecho vigente, han sido cometidos por las autoridades o por agentes que dependan del gobierno contra el cual se reclama es muy diferente del caso de los perjuicios que tienen otros orígenes, como serían los provocados por operaciones de guerra ordinarias o por actos derivados de revolucionarios o de malhechores de derecho común. Respecto de los primeros, no cabe duda alguna de que se puede responsabilizar al Estado, pero respecto de los segundos falta toda base racional de una responsabilidad gubernamental a menos que el gobierno o sus agentes hayan omitido en forma evidente el cumplimiento de sus deberes en lo que respecta a *la posibilidad de prevenir el daño que fundamenta la reclamación* *. En lo que respecta a los casos de la tercera clase, que se refieren a la ejecución e interpretación de los contratos celebrados por los súbditos del Rey con el gobierno local, justo es reconocer que, en bien del interés general de nuestras colonias, cuyas condiciones de éxito consisten en adaptarse como lo hacen otras colonias más prósperas a las leyes, jurisdicciones y costumbres del país, no conviene que los italianos cuenten, para el éxito de sus empresas comerciales e industriales, con la intervención del gobierno real y de sus agentes. Tal intervención no se justifica en semejante asunto, a menos que haya denegación de justicia, violación de tratados, infracción del derecho internacional ³⁷⁵.

213. En Encargado de Negocios de Italia presentó al Gobierno brasileño, el 11 de marzo de 1885, una lista de todas las reclamaciones. Con respecto a los daños causados a personas y propiedades por los actos de los insurrectos, el Gobierno del Brasil rechazó toda respon-

³⁷³ *Revue générale de droit international public*, París, t. I (1894), págs. 164.

³⁷⁴ McNair, *op. cit.*, pág. 271.

³⁷⁵ *Revue générale de droit international public*, París, t. IV (1897), págs. 406 y 407.

³⁷⁰ *Ibid.*, pág. 839.

³⁷¹ *Ibid.*, pág. 840.

³⁷² *Ibid.*, pág. 865.

sabilidad, al igual que en los casos de fuerza mayor derivados de incidentes de guerra³⁷⁶. Una de las reclamaciones, la reclamación de la empresa Camuyrán, pasó a ser objeto de correspondencia entre ambos gobiernos. La empresa reclamaba que, en septiembre de 1893, el comandante de las fuerzas federales brasileñas «hizo poner fuera de servicio dos chalupas a vapor» pertenecientes a la empresa. El Gobierno del Brasil respondió que ese acto no sólo «se justificaba, dada la necesidad de impedir que los rebeldes utilizaran dichas embarcaciones», sino también que era «un acto de guerra ordinario, un caso de fuerza mayor que no da derecho ninguno a indemnización»³⁷⁷.

MOTÍN EN NUEVA ORLEÁNS, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1895)

214. En marzo de 1895, durante un conflicto laboral en Nueva Orleáns, James H. Bain, sobrecargo del vapor británico *Engineer*, fue atacado y herido de bala por un grupo de hombres armados sin provocación ni aviso mientras se encontraba cumpliendo sus funciones en los muelles. Al parecer, los amotinados no pretendían herir a Bain, sino que éste fue alcanzado por un disparo hecho contra trabajadores a los cuales los amotinados deseaban impedir que trabajaran en los muelles. El Embajador británico, citando el artículo 1.º del tratado de comercio de 1815, que disponía la «más completa protección y seguridad» de los mercantes, sostuvo que el vapor británico no había sido protegido de la turbamulta armada por las autoridades locales. El fiscal de Louisiana negó que las autoridades estatales fueran culpables de abandono de deberes o de omisión en la protección del comercio de la ciudad. En junio de 1896 el Gobierno de los Estados Unidos transmitió al Embajador británico un pago, hecho «por consideraciones humanitarias no relacionadas con la cuestión de la responsabilidad al respecto», como plena indemnización para Bain³⁷⁸.

VIOLENCIA DE LAS TURBAS EN WALSENBERG, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1895)

215. En marzo de 1895, cinco mineros italianos, sospechosos del homicidio de un mesonero estadounidense, fueron atacados por grupos de hombres armados mientras eran escoltados a una cárcel y también mientras estaban detenidos en la cárcel. Tres de los italianos resultaron muertos y dos huyeron hacia las montañas, pero más tarde debieron amputárseles los pies por haberseles congelado. El Embajador italiano, Barón Fava, en su protesta ante el Departamento de Estado de los Estados Unidos, sostuvo que la circunstancia de que ni en el ataque en el camino ni en el ataque en la cárcel «había opuesto la fuerza pública resistencia alguna» determinaba evidentemente «la responsabilidad de las autoridades locales». El Cónsul italiano en Denver informó,

³⁷⁶ *Ibid.*, pág. 408.

³⁷⁷ *Ibid.*, pág. 407.

³⁷⁸ Moore, *A Digest...* (op. cit.), vol. VI, págs. 849 y 850.

sin embargo, de que en su intento por lograr el enjuiciamiento de los criminales había contado con la colaboración de las autoridades locales, pero que, por diversas causas, entre las cuales se encontraba lo escaso de la población y lo poco frecuente de las sesiones de los tribunales, había habido dificultades y retrasos en la iniciación de los juicios.

216. En un mensaje de fecha 3 de febrero de 1896, dirigido al Congreso, el Presidente Cleveland señaló:

Sin debatir la cuestión de la responsabilidad de los Estados Unidos por estos resultados, ya sea en razón de obligaciones derivadas de tratados o en virtud de las normas generales del derecho internacional, deseo hacer presente al Congreso que sería apropiado hacer, con cargo a los fondos públicos, una erogación pecuniaria razonable y pronta para los heridos y para las familias de los que resultaron muertos³⁷⁹.

217. Posteriormente se pagó una suma de 10.000 dólares a los herederos de los italianos asesinados y a los dos que sufrieron heridas. En la carta de fecha 12 de junio de 1896, en que se transmitía el pago al Embajador italiano, el Secretario de Estado, Olney, dijo que el pago se hacía «por consideraciones humanitarias no relacionadas con la cuestión de la responsabilidad al respecto»³⁸⁰.

MOTÍN EN HARPOOT, MARASH, ETC., TURQUÍA (1895)

218. En noviembre de 1895 se informó que varios edificios pertenecientes a misioneros estadounidenses habían sido incendiados por ciudadanos kurdos y turcos en presencia de soldados turcos durante un motín armenio. El Embajador de los Estados Unidos de Armenia notificó a la Sublime Puerta que el Gobierno otomano sería considerado responsable de la indemnización inmediata y plena de todos los perjuicios. Se informó además que el 19 de noviembre una escuela misionera estadounidense, ubicada en Marash, había sido incendiada durante un estallido de violencia³⁸¹.

³⁷⁹ *Ibid.*, pág. 843.

³⁸⁰ *Ibid.* En 1897 se hizo un pago de la misma naturaleza, es decir, «por consideraciones humanitarias no relacionadas con la cuestión de la responsabilidad al respecto», a los familiares de tres italianos que habían sido linchados mientras estaban en la cárcel acusados de homicidio, en Hanville, Luisiana. Después de las investigaciones se descubrió que los funcionarios locales habían tomado todas las precauciones normales para la seguridad de los presos y que no se les podía atribuir culpa alguna por el súbito estallido de violencia de las turbas (*ibid.*, páginas 843 a 845). Nuevamente en 1898 el Gobierno de los Estados Unidos, «por consideraciones humanitarias no relacionadas con la cuestión de la responsabilidad al respecto», pasó una suma de dinero al Gobierno mexicano «como indemnización total» para los herederos de un mexicano que había sido linchado en Yreka, California, en 1895 (*ibid.*, pág. 851). Asimismo, por una ley de 3 de marzo de 1903 se destinó otra suma para ser pagada, «por consideraciones humanitarias no relacionadas con la cuestión de la responsabilidad al respecto», al Gobierno italiano, como «indemnización total», para los herederos de dos italianos que habían sido asesinados y para otro que había sido herido por una turba armada en Erwin, Mississippi, el 11 de julio de 1901 (*ibid.*, pág. 848 y 849).

³⁸¹ *Ibid.*, pág. 865.

219. En una nota de fecha 14 de febrero de 1896, dirigida al Embajador estadounidense, el Sr. Pasha, Ministro de Relaciones Exteriores de Turquía, sostuvo que en los disturbios ocurridos en Harpoot y Marash las autoridades locales y las tropas imperiales habían hecho todo lo posible por proteger la propiedad y las vidas de los estadounidenses y que, en consecuencia, Turquía no estaba obligada a indemnizar las pérdidas. Sostuvo además que un gobierno no era responsable de los daños causados necesariamente al defenderse de una insurrección³⁸². El Secretario de Estado de los Estados Unidos, Olney, respondió, en su nota de fecha 17 de octubre de 1896, que esta doctrina de la no responsabilidad iba mucho más allá del «principio de derecho internacional formulado muy generalmente de que un gobierno no es responsable de los daños causados a los intereses locales extranjeros por los actos de insurgentes incontrolables»; que «parecería ampliar esa doctrina de manera de incluir la irresponsabilidad por los actos del gobierno en la represión de la insurrección», y que, en cualesquiera de los dos casos, desconocía totalmente «la responsabilidad de Turquía por las expoliaciones y perjuicios cometidos por sus propias autoridades o agentes en las personas y los bienes de ciudadanos estadounidenses», expoliaciones y perjuicios de los cuales, según se declaraba, había bastantes pruebas. La respuesta de Turquía, por consiguiente, fue considerada «completamente inadmisibles»³⁸³.

220. El Secretario de Estado sostuvo además, en su nota de fecha 28 de octubre de 1896, dirigida al Embajador de Estados Unidos en Turquía:

Parece estar plenamente demostrado que los inmuebles de ciudadanos estadounidenses estaban inadecuadamente protegidos, que sufrieron impactos de disparos turcos, que fueron saqueados por soldadesca turca y que durante horas sufrieron los efectos del fuego incontrolado, y ante tales pruebas el argumento sostenido en la nota de Mavroyeni Bey, en representación de la Puerta Otomana, es totalmente insostenible, para no decir nada de la prueba casi concluyente de colusión entre la guarnición y los atacantes kurdos. No parece haber lugar para la aplicación de la norma de derecho internacional —limitada y con cuidadosas reservas— relativa a la irresponsabilidad de un gobierno por los actos de insurgentes incontrolables. *La negligencia de las autoridades y los actos de sus propios agentes han sido puestos aquí en tela de juicio, no las acciones de los kurdos ni mucho menos las de los supuestos rebeldes armenios sobre los cuales la Puerta parece querer arrojar la responsabilidad de estos incendios y saqueos* *³⁸⁴.

221. El Gobierno de Turquía tomó la misma posición de no admitir el principio de otorgar indemnizaciones por las reclamaciones «derivadas de desórdenes que tuvieron lugar en algunas localidades del Imperio» en otros incidentes que fueron objeto de reclamaciones de los Estados Unidos. El Sr. Sherman, Secretario de Estado de los Estados Unidos, reiteró la posición de su gobierno en una nota de fecha 23 de agosto de 1897, dirigida al Embajador estadounidense en Turquía:

Existiendo un gobierno capaz de sofocar esos desórdenes sin haberlo hecho *, y habiéndose causado perjuicios a bienes estado-

unidenses, los Estados Unidos sostienen que Turquía puede ser considerada responsable de conformidad con un principio de derecho internacional bien reconocido³⁸⁵.

Finalmente, en diciembre de 1898, el Sultán prometió al Embajador estadounidense indemnizar las pérdidas. Tras una larga negociación, el 12 de junio de 1901, se llegó a una solución cuando el Gobierno de Turquía hizo un pago para todas las reclamaciones válidas y pendientes de los Estados Unidos, inclusive las derivadas de la destrucción de bienes en Harpoot y Marash³⁸⁶.

222. También resultaron con daños considerables residentes franceses y sus bienes. En respuesta a una nota dirigida a Constantinopla, el 22 de abril de 1896, por el Sr. Cambon, Embajador francés, el Ministro de Relaciones Exteriores de Turquía señaló, en una nota de fecha 20 de junio de 1896:

[...] tengo el deber de informar a Vuestra Excelencia que la Sublime Puerta, *debido a las circunstancias* * en que tuvieron lugar los desórdenes y a las normas admitidas en semejante materia, lamenta no poder admitir el principio de otorgar indemnizaciones para el caso de que se trata. Además, se han dado órdenes severas a las autoridades competentes para impedir la repetición de tales incidentes³⁸⁷.

223. En respuesta a ese argumento, el Embajador francés replicó, el 27 de junio de 1896, al Ministro de Relaciones Exteriores:

Para justificar este rechazo usted invoca *las circunstancias en que tuvieron lugar los desórdenes* que constituyen el objeto de mi gestión.

Me es imposible admitir semejante rechazo, ya que *esas circunstancias*, lejos de autorizar al Gobierno otomano para sustraerse a la responsabilidad de los tristes acontecimientos ocurridos, constituyen la causa y la justificación de mis reclamaciones.

Todos los franceses o protegidos franceses en cuyo favor formuló ante la Puerta solicitudes de indemnización han sido víctimas de la *negligencia inexcusable de las autoridades locales, civiles o militares, que no tomaron o no quisieron tomar las medidas que las circunstancias reclamaban* *.

[...]

La responsabilidad del Gobierno otomano, en consecuencia, ha sido comprometida en forma indiscutible por la culpa misma de sus agentes, y las circunstancias que acompañaron a los acontecimientos * como consecuencia de los cuales los franceses o protegidos franceses sufrieron perjuicios en Anatolia, crean para la Sublime Puerta obligaciones de las cuales no me cabe duda que sentimientos de equidad le impiden sustraerse³⁸⁸.

224. Nuevamente más tarde, en una nota de fecha 28 de enero de 1897, dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores de Turquía, el Embajador francés reiteró de la siguiente manera las circunstancias que harían responsable al Gobierno de Turquía de las pérdidas:

No es necesario que insista en la obligación que pesa sobre el Gobierno imperial de repararlos y de indemnizar a los reclamantes por las pérdidas que han sufrido. Ya que no sólo la

³⁸² *Ibid.*, pág. 866.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ *Ibid.*, pág. 867.

³⁸⁶ *Ibid.*, pág. 868.

³⁸⁷ Kiss, *op. cit.*, págs. 630 y 631.

³⁸⁸ *Ibid.*, pág. 631.

autoridad no tuvo la previsión ni la energía para tomar medidas a fin de garantizar la mantención del orden, sino que, con una actitud que sólo podría calificarse severamente, contribuyó a sabiendas a extender y prolongar las matanzas y el saqueo dejando entregados varios barrios de la ciudad al populacho musulmán armado. La policía y la tropa asistieron indiferentes y se hicieron cómplices del saqueo de establecimientos pertenecientes a nacionales franceses, en circunstancias que una sola palabra habría bastado para detener los desmanes de las bandas armadas.

La Sublime Puerta no podría sustraerse en estas condiciones a la responsabilidad que pesa totalmente sobre el Gobierno imperial y a la necesidad de indemnizar a los extranjeros a cuya protección se negó. No cabría discutir en modo alguno su justo derecho³⁸⁹.

INSURRECCIÓN CUBANA (1895-1898)

225. En relación con las pérdidas que ciudadanos estadounidenses sufrieron en Cuba como consecuencia de acciones de los insurgentes, el Sr. Uhl, Secretario de Estado interino de los Estados Unidos, escribió el 1.º de julio de 1895:

Es un principio generalmente aceptado de derecho internacional que un gobierno soberano no es comúnmente responsable respecto de los residentes extranjeros por los perjuicios que puedan sufrir dentro de sus territorios como consecuencia de los hechos de insurgentes cuya conducta no puede controlar. Dentro de los límites del control eficaz habitual, los residentes obedientes de la ley tienen derecho a ser protegidos en los asuntos ordinarios de la vida y las relaciones, con sujeción, desde luego, a las necesidades militares, si su propiedad se encontrare situada dentro de la zona de operaciones activas. Se informa de que las autoridades españolas hacen lo posible por impedir el tipo de expoliaciones que temen los autores de la carta, y la notificación de cualquier peligro particular que se temiera de parte de los insurgentes iría seguido de la adopción de salvaguardias especiales por las autoridades. Sin embargo, en caso de perjuicios, toda reclamación debería fundarse necesariamente en la justificación y prueba razonable de que los funcionarios responsables del Gobierno español, *estando en situación de impedir tales perjuicios* *, no actuaron con la debida diligencia para hacerlo³⁹⁰.

226. En el artículo VII del Tratado de Paz, celebrado en París el 10 de diciembre de 1898, España y los Estados Unidos renunciaron recíprocamente a todas las reclamaciones de indemnización de cualquier tipo de ambos gobiernos o de sus ciudadanos contra el otro gobierno que pudieran haber surgido desde los comienzos de la insurrección cubana. El artículo disponía además que los Estados Unidos resolverían las reclamaciones de sus ciudadanos contra España. En virtud de esa disposición se creó una comisión estadounidense por una ley del Congreso de los Estados Unidos, en 1901, a fin de resolver tales reclamaciones. La ley disponía que las reclamaciones serían resueltas «según los méritos de los distintos casos, los principios de equidad y de derecho

internacional»³⁹¹. El 28 de abril de 1903 la Comisión adoptó varios «principios» que habrían de aplicarse en su resolución de las reclamaciones, que, entre otras cosas, decían lo siguiente:

[...]

2. Aunque la reciente insurrección en Cuba asumió gran magnitud y duró más de tres años, ni España ni los Estados Unidos otorgaron jamás derechos de beligerante a los insurgentes de manera de crear un estado de guerra en el sentido internacional que eximiera al gobierno principal de la responsabilidad ante los extranjeros por los actos de los insurgentes.

3. Pero en los casos en que *una insurrección armada ha excedido el control del gobierno principal, la norma general es que este gobierno no es responsable de los perjuicios causados a los extranjeros por los insurgentes* *.

4. Esta Comisión tomará nota debidamente de que la insurrección en Cuba, que culminó en la intervención de los Estados Unidos y en la guerra entre España y los Estados Unidos, excedió, desde el comienzo, *el control de España* *, y así siguió hasta que tuvieron lugar esa intervención y esa guerra.

Sin embargo, si se sostiene y demuestra en un caso particular ante esta Comisión que las autoridades españolas pudieron haber impedido los perjuicios actuando con la debida diligencia, España será considerada responsable en ese caso.

5. Por cuanto había entre España y los insurgentes una guerra en el sentido real, aunque no era un estado de guerra en el sentido internacional, España tenía derecho a adoptar las medidas de guerra permitidas por las normas y costumbres de la guerra internacional para recuperar su autoridad. No obstante, si se sostiene y demuestra en un caso particular que los actos de las autoridades o soldados españoles fueron contrarios a tales normas y costumbres, España será considerada responsable en ese caso.

[...]

8. Con sujeción a las limitaciones y restricciones anteriormente señaladas, es indudablemente norma general de derecho internacional que la concentración y devastación son medidas legítimas de guerra. Tanto los extranjeros como los súbditos deben someterse a esa norma y sufrir *los riesgos de la guerra* *. Los bienes de los residentes extranjeros, al igual que los de los autóctonos del país, cuando se encuentran «en el curso de la guerra», están sujetos a las bajas de la guerra, y todo lo que las fuerzas que avanzan encontraran ante sí, ya sea que les impidiera el paso o que les pudiera prestar ayuda en caso necesario o, en caso de quedar en su retaguardia sin alteraciones, pudiera brindar ayuda al enemigo, podrá ser tomado o destruido por los ejércitos de cualquiera de los beligerantes, y no se entenderá que incumbe responsabilidad alguna al gobierno del país cuya bandera enarbole ese ejército y cuyas batallas pueda estar librando.

Si en un caso particular ante esta Comisión se justifica y demuestra que España no ha cumplido con sus obligaciones en la forma en que han sido definidas anteriormente, será considerada responsable en ese caso³⁹².

INSURRECCIÓN EN FORMOSA (1897)

227. El 19 de enero de 1897 los asesores jurídicos británicos Webster y Finlay informaron con respecto a una insurrección en Formosa, que entonces formaba parte del Imperio japonés:

³⁹¹ *Ibid.*, pág. 807.

³⁹² *Ibid.*, págs. 808 y 810.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Citado por S. B. Crandall en «Principles of international law applied by the Spanish Treaty Claims Commission», *American Journal of International Law*, Nueva York (N. Y.), vol. 4, N.º 4 (octubre de 1910) pág. 810.

El único fundamento en que podría basarse [la reclamación del Sr. Patel] sería que el Gobierno japonés se hubiera hecho responsable de negligencia grave tendente de manera real a provocar la insurrección [...]. En circunstancias ordinarias, ningún Estado extranjero tiene derecho a interferir en la regulación de los asuntos internos de otro Estado y, a menos que se pueda demostrar que los perjuicios fueron ocasionados por acción directa o negligencia del gobierno extranjero o de sus agentes, o por la negligencia de la fuerza militar o policial en brindar la protección otorgada a los súbditos del país, no puede sostenerse con éxito ninguna reclamación³⁹³.

VIOLENCIA DE LAS TURBAS EN KOUANG-SI, CHINA (1897)

228. En abril de 1897 estalló la violencia de las turbas en Kouang-Si, China, contra los misioneros y comerciantes franceses. Uno de los misioneros resultó muerto. El 20 de abril de 1897, el Sr. Gérard, Embajador francés en Pekín, presentó una protesta ante el Gobierno chino, señalando la gravedad de la situación, la inacción del Gobernador de Kouang-Si y lo inadecuado de las tropas de la provincia para controlar a las turbas³⁹⁴. El 21 de abril, según el Embajador francés, el Emperador impuso una severa reprimenda al Gobernador de Kouang-Si, que fue «considerado culpable de negligencia», además de ordenársele que enviara cierta cantidad de tropas necesarias para reprimir a las turbas³⁹⁵. Posteriormente, el Cónsul francés en Long-Tchéou informó de la detención y ejecución de los dirigentes de las turbas que habían sido responsables del homicidio del misionero francés, así como del pago de la indemnización solicitada³⁹⁶.

INSURRECCIÓN EN SIERRA LEONA (1899)

229. Durante una rebelión en Sierra Leona, ciudadanos británicos y extranjeros allí residentes sufrieron pérdidas. En una opinión de fecha 17 de agosto de 1899, los asesores jurídicos británicos, Webster y Finlay, negaron toda responsabilidad legal del Gobierno británico de pagar indemnización por las pérdidas. Dijeron:

Ningún gobierno asegura ni a sus propios súbditos ni a los súbditos de Estados extranjeros contra la posibilidad de insurrección, y todos los residentes de un Estado deben correr el riesgo de perjuicios derivados de tales causas. En el caso de los extranjeros, la reclamación podría ser planteada por su gobierno si se pudiera demostrar claramente que los daños fueron resultado de la omisión de alguna precaución evidente y necesaria de parte del gobierno del Estado en que tuvo lugar la insurrección, o que la insurrección fue provocada por la mala conducta o negligencia de parte del propio gobierno o de

sus funcionarios*. En este caso no se ha sugerido nada de esta especie [...] ³⁹⁷.

DISTURBIOS EN RUSIA (1906)

230. En relación con las pérdidas sufridas por ciudadanos franceses durante los disturbios ocurridos en Rusia, el informe redactado por la comisión francesa encargada de examinar el proyecto de ley relativo a la elaboración del presupuesto general para el año fiscal de 1907 (Ministerio de Relaciones Exteriores) contenía las siguientes observaciones:

En lo que respecta a las pérdidas sufridas con ocasión de disturbios internos, se sabe que una doctrina generalmente admitida en derecho exonera a los Estados de la responsabilidad por los daños que pudieran derivar de ellos*.

En Francia, sin embargo, y conservando siempre el principio jurídico de su irresponsabilidad, el gobierno ha acudido en ayuda de las víctimas de las conmociones públicas con asignaciones otorgadas a título de gracia y sin distinción de nacionalidad³⁹⁸.

DISTURBIOS EN CASABLANCA, MARRUECOS (1906)

231. El 15 de setiembre de 1906, el Encargado de Negocios de Francia en Tánger informó al Sr. Barthou, Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, de que la violencia había sido provocada en Casablanca por los sirvientes del Shereef Ma el Aïnin mientras él se encontraba visitando esa ciudad. Los residentes europeos en esa ciudad, especialmente un mecánico herrero francés que se refugió en el Consulado francés, se vieron en peligro. Los cónsules de diversos Estados solicitaron del Gobernador que tomara las medidas necesarias para la protección de los extranjeros. El Shereef se fue de la ciudad al día siguiente con sus sirvientes, pero no se hizo ningún intento por detener al culpable o por restituir los objetos robados a sus dueños. El Encargado de Negocios agregó que Ma el Aïnin había sido recibido por el Sultán a su regreso a Fez con grandes honores³⁹⁹.

232. En una comunicación de fecha 19 de setiembre de 1906, el Ministro de Relaciones Exteriores interino comunicó al Encargado de Negocios francés lo siguiente:

Por cuanto las autoridades marroquíes locales no tomaron las medidas preventivas necesarias para impedir los disturbios de Casablanca, y cuando, por otra parte, no intentaron en modo alguno detener a los culpables y hacer que devolvieran los objetos robados, parece plenamente justificada una demanda de indemnización. Presente al Makhzen una reclamación a este respecto y hágale notar que su responsabilidad deriva de la negligencia y de la mala voluntad de sus funcionarios*. Usted puede agregar verbalmente que esa responsabilidad se agrava en la especie como consecuencia de los estímulos que acaba de

³⁹³ McNair, *op. cit.*, pág. 271. Asimismo, otros asesores jurídicos, Reid y Lockwood, dijeron el 13 de junio de 1895 que «puede apoyarse una reclamación de indemnización [...] en los casos en que se hubiera provocado perjuicio al súbdito de un Estado extranjero por motines que no podrían haber ocurrido sino como consecuencia del abandono de sus deberes por las autoridades locales» (*ibid.*, pág. 270).

³⁹⁴ Kiss, *op. cit.*, pág. 632.

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ *Ibid.*, pág. 633.

³⁹⁷ McNair, *op. cit.*, pág. 271. Un argumento semejante basado en la falta de «mala conducta grave» o «negligencia» de parte de las autoridades públicas durante una insurrección fue esgrimido por los mismos asesores jurídicos en su opinión de fecha 19 de enero de 1897 respecto de la reclamación del Sr. Patel, quien había sufrido perjuicios en Formosa (*ibid.*, pág. 271).

³⁹⁸ Kiss, *op. cit.*, pág. 618.

³⁹⁹ *Ibid.*, pág. 634.

dar en forma de regalos y subsidios al principal organizador de estos desórdenes ⁴⁰⁰.

VIOLENCIA DE LAS TURBAS EN SOUTH OMAHA, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1909)

233. En una nota de fecha 22 de febrero de 1909, dirigida al Departamento de Estado de los Estados Unidos, la Legación griega en Wáshington se refirió a los motines contra los residentes griegos en South Omaha, que habían sido provocados por el homicidio de un funcionario policial por un preso griego. Se sostuvo que se allanaron tiendas, se destruyeron bienes y se infligieron lesiones a las personas. La nota subrayaba que la protección policial otorgada a las víctimas del ataque fue desganada. El Ministro solicitaba en consecuencia que se pagara indemnización a las víctimas ⁴⁰¹. En una comunicación de fecha 11 de marzo dirigida al Departamento de Estado, el Gobernador de Nebraska negó toda responsabilidad de parte de su Estado sosteniendo lo siguiente:

En el momento de este disturbio en South Omaha, el Gobernador ofreció a las autoridades de esa municipalidad los servicios de la milicia del Estado e hizo todo lo que estaba dentro de sus facultades para impedir ya fuera la violencia personal o los daños a la propiedad [...] ⁴⁰².

El Gobierno de los Estados Unidos, si bien rechazó «la responsabilidad legal de pagar indemnización para satisfacer estas reclamaciones», lamentó el incidente y anunció que se solicitaría del Congreso un crédito de 30.000 dólares ⁴⁰³.

DISTURBIOS EN BARCELONA, ESPAÑA (1909)

234. En respuesta a una pregunta planteada por un diputado en la Asamblea Nacional francesa respecto de las reclamaciones de algunos ciudadanos franceses que habían sufrido pérdidas durante los disturbios ocurridos en Barcelona en julio de 1909, el Sr. Pichon, Ministro de Relaciones Exteriores francés, declaró, el 24 de diciembre de 1909, lo siguiente:

La dificultad es [...] que no hay jurisprudencia internacional en materia de responsabilidad de los Estados respecto de lo que ocurre con ocasión de disturbios civiles o políticos. Por tanto, la jurisprudencia es variable según los Estados: algunos de ellos reconocen su responsabilidad y otros no la reconocen. En España hay una doble legislación: cuando los extranjeros tienen motivos para reclamar por los hechos de los causantes de los disturbios, éstos son responsables con sus bienes. Pero la legislación decide que sólo los bienes de los culpables convictos de sedición responden por los daños causados.

Ahora bien, los insurgentes carecían en su mayoría de medios de existencia. Por tanto, será muy difícil obtener reparación por los hechos en cuestión dentro del orden de ideas que acabo de exponer.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, págs. 634 y 635.

⁴⁰¹ Hackworth, *op. cit.*, vol. V, pág. 662.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.*, pág. 663.

Desgraciadamente, éstos son los hechos que dan lugar a las reclamaciones más importantes [...].

Respecto de esas reclamaciones, [...] no podemos dirigirnos al Gobierno español sino para solicitarle, de conformidad con su legislación, la indemnización que nos pueda otorgar.

Hay otras cinco reclamaciones, entre las cuales se encuentra la del Sr. Raquillet: se refiere a perjuicios causados por la tropa [...]. También está la suma que podríamos reclamar para la familia de aquellos de nuestros compatriotas que resultaron muertos por la tropa. A este respecto, la legislación española nos otorga el derecho de hacer valer reclamaciones. Un decreto real de 3 de junio de 1879 [...] dispone que «los daños causados por los *accidentes inevitables de los combates* * no deben dar lugar a indemnización, porque no es posible que el Estado remedie todos los males causados por la guerra, pero que, sin embargo, estarán sujetos a indemnización los daños causados en cumplimiento de órdenes de las autoridades o de los jefes militares o resultantes de disposiciones anteriores de éstos [...]» ⁴⁰⁴.

ACTOS DE REBELDES EN MÉXICO (1911)

235. En relación con reclamaciones estadounidenses por pérdidas causadas por los actos de revolucionarios en México, el Sr. Adee, Secretario de Estado interino de los Estados Unidos, escribió, en sus instrucciones de fecha 7 de noviembre de 1911, al Sr. Wilson, Embajador estadounidense en México:

[...] usted debe tener además claramente presente el principio en que se ha basado nuestro propio gobierno, a saber: que en los casos en que una insurrección armada ha *excedido del control del Gobierno principal* *, la norma general es que el gobierno no sea responsable de los daños provocados a los extranjeros por los insurgentes ⁴⁰⁵.

DISTURBIOS INTERNOS EN AFRICA ECUATORIAL (1912)

236. El informe presentado el 25 de enero de 1912 al Senador francés por el senador Baudin, a nombre de la comisión encargada de estudiar el proyecto de ley relativo a la aprobación del acuerdo del 4 de noviembre de 1911 entre Francia y Alemania, sobre delimitación de sus respectivas posiciones en el Africa Ecuatorial, contiene el párrafo siguiente:

En caso de disturbios en un país, el gobierno local no podría ser responsable por los daños sufridos por los extranjeros. La responsabilidad del Estado no podría comprometerse en cierta medida si no se demuestra *que faltó previsión y firmeza y que de esta manera fue él mismo causa directa del perjuicio sufrido* * ⁴⁰⁶.

VIOLENCIA DE LAS TURBAS EN SETÚBAL, PORTUGAL (1917)

237. En agosto de 1917 una fábrica envasadora de pescado, de propiedad de un nacional francés en Setúbal, Portugal, fue saqueada por una turba como consecuencia de un conflicto laboral. En una respuesta de

⁴⁰⁴ Kiss, *op. cit.*, pág. 626.

⁴⁰⁵ Hackworth, *op. cit.*, vol. V, 1943, pág. 668.

⁴⁰⁶ Kiss, *op. cit.*, pág. 618.

fecha 28 de febrero de 1920 ante una pregunta planteada por escrito por un diputado de la Asamblea Nacional francesa acerca de las medidas que había tomado el gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores francés dijo:

El Ministro de la República en Lisboa intervino en diversas oportunidades en favor de la sociedad Beziere. Por cuanto el tribunal local absolvió a los individuos acusados de haberse entregado a actos de violencia contra esas fábricas basándose en la falta de pruebas, el representante del Gobierno francés reclamó del Gobierno portugués una indemnización o, para decirlo más exactamente, la reparación de las pérdidas provocadas por los daños. [...] Pese a las gestiones urgentes y reiteradas de la Legación de Francia, la solicitud de reparación hecha por la empresa Beziere no ha sido acogida, y el principio de la indemnización no ha sido jamás reconocido formalmente por ninguno de los ministros de relaciones exteriores que se han sucedido en Portugal. Por el contrario, desde el comienzo de este asunto todos han hecho valer que el Gobierno no reconocía su responsabilidad en casos de este tipo. El Encargado de Negocios de Francia en Lisboa ha sido invitado a insistir nuevamente para que se dé satisfacción a la reclamación de la empresa Beziere.⁴⁰⁷

DISTURBIOS CIVILES EN EL PERÚ (DECENIOS DE 1920 Y 1930)

238. En diciembre de 1934, la Legación de Italia solicitó que el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú interpusiera sus buenos oficios ante las autoridades competentes para que se indemnizara al súbdito italiano Antonio Robello, residente en La Mejorada, por las pérdidas que había sufrido en los últimos movimientos revolucionarios. Estaba acreditado que Robello se había visto obligado a entregar a los facciosos mercadería, la que, por otra parte, tenía un pequeño valor. En criterio del Ministerio peruano:

Corresponde a la justicia ordinaria investigar si el acto de Trevejo constituyó una extorsión, cometida en el carácter de rebelde en armas, o si se trató de una transacción comercial. Pero, en ninguno de los dos casos procede deducir responsabilidad contra el Estado peruano. En el segundo caso es obvio que se trataría de una simple relación de derecho privado.

En el otro extremo, si Trevejo ha cometido un delito en agravio de Robello, éste debe acusarlo para que se le siga la instrucción respectiva y reclamar la devolución o el pago de lo indebidamente tomado.

De conformidad con los principios que rigen la responsabilidad internacional y especialmente con la doctrina establecida por el Gobierno peruano en la circular de 26 de octubre de 1897, el Estado no asume la responsabilidad por los daños y perjuicios que sufran los extranjeros como consecuencias inevitables de la rebelión ni de los que en el curso de ésta les causen los facciosos. De manera que aun cuando estuviera acreditado judicialmente que se había tratado de una extorsión cometida durante la rebelión, no se podría responsabilizarnos por ella.

Esta doctrina reposa en la idea del riesgo que voluntariamente afronta el extranjero que se domicilia en un país por las consecuencias que puedan resultarle de las perturbaciones políticas y sociales que producen situaciones dentro de las cuales la autoridad legal no puede ejercer la protección que habitual-

mente presta a los extranjeros como a los nacionales en sus vidas e intereses⁴⁰⁸.

239. Poco después, la misma Legación de Italia, encargada de los intereses de los súbditos húngaros, amparó la reclamación de la viuda de Wittgruber, quien pedía una indemnización por la vida de su esposo, que fue muerto en noviembre de 1930, en Malpaso, en el choque producido con motivo de la huelga de los trabajadores de la fundición de La Oroya. El Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú consideró la reclamación improcedente de conformidad con la doctrina mantenida por la Cancillería, «que ha tenido su expresión orgánica en la circular de 28 de octubre de 1897, según la cual el Estado no es responsable por los daños causados por las turbas en las asonadas o motines, salvo que hubiese en la autoridad culpabilidad y notoria negligencia en evitarlos, siéndole posible». Por otra parte, según el Ministerio de Relaciones Exteriores peruano aparecía de los antecedentes «que las autoridades tomaron las medidas que la gravedad y la emergencia de la situación impusieron según su criterio», por lo que tampoco era el caso de que se hubiera producido una situación comprendida en la mencionada reserva⁴⁰⁹.

240. En la misma época, la Legación de Alemania en Lima interpuso reclamación diplomática para que se indemnizara a varias firmas alemanas de Iquitos por daños que habían sufrido con motivo de la rebelión ocurrida en esa región en 1921, cuya indemnización había venido gestionando desde 1922. En este caso, el Gobierno alemán había reconocido que, «según los principios universales del derecho internacional, acontecimientos tales como se han desarrollado en Iquitos no autorizarían a los respectivos damnificados de nacionalidades extranjeras a indemnizaciones»; pero anotaba que el Gobierno peruano, en otros casos, no había observado los principios que había establecido desde 1897 y había pagado indemnizaciones a súbditos alemanes y otros extranjeros a consecuencia de acontecimientos similares. No obstante, en nota de 4 de marzo de 1936, el Ministerio de Relaciones Exteriores peruano sostuvo que el Gobierno del Perú «es ajeno a los hechos en que sustentan su derecho las firmas reclamantes y, por consiguiente, declina toda responsabilidad». Nuevamente se refería a «la doctrina que invariablemente ha sostenido el gobierno al tratarse de los daños sufridos por extranjeros y nacionales ocasionados por movimientos sediciosos, cuyo control escapa a las autoridades, no obstante ejercitar todas las facultades de que disponen para mantener el orden público». Y agregaba: «Tal doctrina se conforma con la jurisprudencia establecida, la cual se identifica con los principios de derecho internacional sobre la materia»⁴¹⁰.

241. En julio de 1936 la Legación de España en Lima sustentó las reclamaciones formuladas por algunos ciudadanos españoles con motivo de los hechos ocurridos

⁴⁰⁸ Citado por A. Ulloa, *Derecho Internacional Público*, 4.ª ed., Madrid, Ediciones Iberoamericanas, 1957, t. II, pág. 262, nota 757.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, págs. 262 y 263.

⁴¹⁰ *Ibid.*, pág. 263, nota 757.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, pág. 636.

en Iquitos en 1921 y 1922. En respuesta, el Ministerio de Relaciones Exteriores peruano ratificó la doctrina de 1897, que «se confirma con la jurisprudencia establecida de acuerdo con los principios del derecho internacional sobre la materia»⁴¹¹.

242. En julio de 1936 la Legación de Francia sostuvo reclamaciones de súbditos franceses con motivo de los daños que sufrieron en los disturbios populares de enero de 1931. En respuesta, el Ministerio de Relaciones Exteriores peruano reiteró que el gobierno consideraba, «de acuerdo con la doctrina que invariablemente ha sostenido, que no le alcanza responsabilidad derivada de hechos, cuyo control escapa a las autoridades, no obstante ejercitar todas las facultades de que disponen para mantener el orden público». Y agrega que, ante reclamaciones semejantes, el gobierno «ha declinado, como lo hace ahora, toda responsabilidad por ser ajeno a los hechos en que ella se sustenta, invocando en amparo de su posición no sólo los antecedentes citados, sino las conclusiones del Comité de Expertos para la Codificación progresiva del derecho internacional de la Liga de las Naciones»⁴¹².

ACTOS DE REBELDES EN OVIEDO, ESPAÑA (1934)

243. Una filial de la *Singer Sewing Machine Company* de Nueva York sufrió daños en la propiedad como consecuencia de actos de rebeldes en Oviedo, España, y pidió al Gobierno de los Estados Unidos que apoyara su reclamación contra el Gobierno español. En una instrucción de fecha 9 de enero de 1935, dirigida al Embajador estadounidense, el Departamento de Estado señaló:

En vista del principio bien establecido en la práctica internacional de que un Estado no es responsable de los perjuicios sufridos por extranjeros en manos de insurgentes, *a menos que hubiera falta de la debida diligencia de parte del gobierno en impedir los perjuicios**, las pruebas presentadas indican que no hay base para la presentación de una reclamación diplomática oficial, aunque la empresa reclamante sea estadounidense⁴¹³.

GUERRA CIVIL ESPAÑOLA (1936-1939)

244. Respecto de pretendidos destrozos en bienes de estadounidenses en Almería, España, provocados por la onda expansiva de bombardeos aéreos, el asesor jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos escribió en una comunicación de fecha 7 de junio de 1937:

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ Hackworth, *op. cit.*, vol. V, pág. 670. Asimismo, en una comunicación de fecha 29 de setiembre de 1931, dirigida al Sr. Guggenheim, Embajador de los Estados Unidos en Cuba, el Sr. Castle, Secretario de Estado interino, escribió: «[...] la posición general es que la responsabilidad de un gobierno establecido, por los actos de los insurgentes, queda comprometida cuando las autoridades constituidas, conociendo la inminencia del peligro y estando en situación de proteger los bienes, dejan de actuar con la debida diligencia para su protección» (*ibid.*).

[...] los daños de guerra que son causados durante las hostilidades no constituyen normalmente base para una reclamación internacional⁴¹⁴.

245. En una nota de fecha 27 de setiembre de 1938, el asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores francés escribió:

[...] se admite en general, y especialmente por las jurisdicciones arbitrales que han debido ocuparse de cuestiones de esa especie, que en caso de guerra civil un gobierno no es responsable de los daños sufridos por los extranjeros como consecuencia de los hechos de los insurgentes. *Sólo sería diferente si se demostrara que el gobierno regular cometió una falta o que no hizo todo lo que estaba en su poder para evitar los daños o sofocar la revolución**⁴¹⁵.

DISTURBIOS EN ARGEL, ARGELIA (1964)

246. El 10 de junio de 1964, durante las actividades de recepción de paquetes postales desembarcados de un buque en Argel, ocurrió una violenta explosión que causó lesiones a tres personas y considerables daños materiales a paquetes y cartas. En una respuesta de fecha 28 de agosto de 1965 ante una pregunta presentada por escrito a la Asamblea francesa, el Ministro de Obras Públicas y Transporte francés declaró:

La administración postal argelina decidió, dentro del marco del artículo 33 del acuerdo internacional relativo a paquetes postales firmado en Ottawa en 1957, que en razón de su carácter imprevisible e irresistible, el siniestro ocurrido en su territorio constituía un caso de fuerza mayor. Ahora bien, según el artículo 33 citado, las administraciones postales están exentas de toda responsabilidad cuando ocurre un caso de fuerza mayor. De ello se desprende que la administración postal argelina no puede otorgar ninguna indemnización por las pérdidas, explosiones o averías de los paquetes consiguientes al siniestro de que se trata. Esta decisión, que se conforma estrictamente a las disposiciones del acuerdo internacional relativo a paquetes postales, se impone a la SNCF (Sociedad Nacional de Ferrocarriles Franceses), que asegura el servicio de los paquetes postales por cuenta del Ministerio de Correos y Telecomunicaciones en cumplimiento a las disposiciones de la convención de 15 de enero de 1892, modificada el 5 de noviembre de 1945. Esta sociedad, en consecuencia, no ha podido dar lugar a las solicitudes de indemnización presentadas por los remitentes de los paquetes postales destruidos⁴¹⁶.

i) Conflictos u hostilidades armados internacionales

BOMBARDEO DE GREY TOWN (1854)

247. En 1854 algunos ciudadanos británicos sufrieron pérdidas cuando un oficial naval de los Estados Unidos dirigió un ataque contra Grey Town (San Juan del Norte), Nicaragua, que se había proclamado como gobierno independiente en 1852. Ante una pregunta acerca de la

⁴¹⁴ *Ibid.*, pág. 684.

⁴¹⁵ Kiss, *op. cit.*, pág. 637.

⁴¹⁶ *Annuaire français de droit international*, 1965, París, volumen XI, 1966, pág. 1042.

posibilidad de que el Gobierno británico presentara reclamaciones contra los Estados Unidos, los asesores jurídicos británicos Harding y otros declararon en su opinión de fecha 19 de enero de 1855:

El ataque del Gobierno de los Estados Unidos contra Grey Town puede ser un acto de agresión injusta y cruel, *pero no es menos un acto de hostilidad entre el Gobierno de los Estados Unidos y el de Grey Town dentro de los incidentes ordinarios de un estado de hostilidad pública e internacional* *.

Este razonamiento, como es evidente, sería inaplicable en un caso en que el ataque fuera hecho engañosamente y con el objeto real de causar perjuicios a los súbditos de un tercera potencia.

Nuestra opinión se basa en la presunción de lo contrario en este caso ⁴¹⁷.

GUERRA CHILENO-PERUANA (1879-1884)

248. Varios extranjeros procedentes de Gran Bretaña, Francia e Italia sufrieron pérdidas como consecuencia de las operaciones militares de las fuerzas chilenas durante la guerra con el Perú. En un tribunal de arbitraje establecido en Valparaíso a fin de resolver acerca de esas reclamaciones, el representante chileno sostuvo, entre otras cosas,

que el saqueo, los incendios, las destrucciones personales, la destrucción de propiedad privada, son incidentes inevitables en toda guerra, y que los neutrales debían evitarlos abandonando la localidad en que tuvieran lugar las hostilidades ⁴¹⁸.

249. El Gobierno italiano pidió al Gobierno británico que comentara el argumento chileno mencionado. En una opinión de fecha 28 de noviembre de 1884, los asesores jurídicos británicos James y otros hicieron el siguiente comentario respecto del pasaje citado:

Sin duda los incendios, las lesiones personales, la destrucción de propiedad privada y posiblemente cierta medida de saqueo pueden ser incidentes inevitables de la guerra. Pero también pueden ser arbitrarios, excesivos y debido a que la guerra se está desarrollando en forma contraria a los usos de la guerra civilizada y a las normas de derecho internacional.

Es evidente, en consecuencia, que el tercer principio, aunque pueda ser correcto en lo sustancial, no puede ser aceptado sin reservas ⁴¹⁹.

PRIMERA GUERRA MUNDIAL (1914-1918)

250. El 13 de abril de 1915 un aviador alemán aterrizó en territorio de los Países Bajos, un Estado neutral, y fue internado junto con su aeroplano. El Embajador alemán, en una nota de fecha 20 de mayo de 1915, declaró que el aviador no había estado comprometido en ninguna operación militar, sino que había cruzado la frontera como consecuencia de un error de dirección en un vuelo de adiestramiento. Pidió que se pusiera en libertad al aviador y el aeroplano. El Ministro de Rela-

ciones Exteriores de los Países Bajos insistió, sin embargo, en que el aviador y el aeroplano debían seguir internados, sosteniendo que la gran libertad de acción de un aeroplano, la facilidad con que hace actividades de reconocimiento y escapa a todo control requerían un tratamiento especial y severo. Agregó que si se descubría a un aeroplano sobrevolando el territorio de los Países Bajos sería inmediatamente atacado, y si un aviador aterrizara en su territorio, ya fuera por su propia voluntad o como consecuencia de disparos o por alguna otra razón, sería internado con su aeroplano ⁴²⁰.

251. El 8 de setiembre de 1915 dos dirigibles alemanes cruzaron la frontera de los Países Bajos, un Estado neutral, y aunque hicieron señales para aterrizar, siguieron su camino. El Gobierno de los Países Bajos protestó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores alemán sosteniendo que, aunque las aeronaves pudieran haber llegado al territorio de los Países Bajos como consecuencia de un error debido a la niebla, su conducta tras conocer su error no parecía justificada. El Gobierno alemán expresó su pesar en una nota de fecha 5 de octubre de 1915 ⁴²¹.

252. En una nota de fecha 17 de febrero de 1916, el Gobierno alemán reclamó por el hecho de que las fuerzas armadas de los Países Bajos, sin previo aviso, habían disparado contra un dirigible mientras éste se encontraba sobrevolando el territorio de los Países Bajos el 1.º de febrero, en circunstancias que sus acciones debían haber mostrado que operaba en condiciones de fuerza mayor. La aeronave se perdió en alta mar como consecuencia. El Gobierno de los Países Bajos replicó que la aeronave no había indicado que estuviera sufriendo avería ni que deseara aterrizar y que anteriormente se le había avisado reiteradamente que se encontraba sobre territorio neutral. Proseguía diciendo:

[...] Cabe observar que la única manera eficaz de que los comandantes de las aeronaves alemanas eviten actos incompatibles con el respeto de la soberanía y neutralidad de los Países Bajos consistiría en que se mantuvieran siempre suficientemente lejos de las fronteras marítimas y terrestres de los Países Bajos a fin de evitar la posibilidad de llegar a sobrevolar el territorio del Reino, ya sea por error o bajo la influencia de las condiciones atmosféricas ⁴²².

El Gobierno alemán insistió en que la aeronave se encontraba en situación de emergencia ⁴²³.

253. En diciembre de 1916 los Gobiernos de los Países Bajos y Alemania llegaron a un acuerdo respecto de señales de emergencia. El Embajador alemán declaró, el 27 de diciembre de 1916, que en caso de que una aeronave alemana aterrizara después de exhibir tales señales de emergencia, su gobierno no objetaría la internación en los Países Bajos de la aeronave y su tripulación por la duración de la guerra, una vez que hubiera aterrizado en territorio de los Países Bajos ⁴²⁴.

⁴²⁰ Hackworth, *op. cit.*, vol. VII, 1943, págs. 550 y 551.

⁴²¹ *Ibid.*, págs. 551 y 552.

⁴²² *Ibid.*, pág. 552.

⁴²³ *Ibid.*, pág. 553.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴¹⁷ McNair, *op. cit.*, pág. 279.

⁴¹⁸ *Ibid.*, pág. 285.

⁴¹⁹ *Ibid.*, pág. 286.

254. En mayo de 1917 un aeroplano alemán dejó caer bombas sobre la ciudad holandesa de Zierikzee, dando muerte a tres personas y provocando extensos daños materiales. El Gobierno de los Países Bajos sostuvo que las bombas no habían sido lanzadas por error, sino deliberadamente. El 18 de agosto de 1917 otro escuadrón aéreo alemán sobrevoló territorio holandés y dejó caer cierto número de bombas. En respuesta a la protesta de los Países Bajos, el Gobierno alemán afirmó nuevamente que los aviadores se habían perdido entre las nubes y expresó su pesar ante lo ocurrido. La explicación, sin embargo, no fue considerada satisfactoria y se reiteró la protesta ⁴²⁵.

255. El 17 de octubre de 1915, aviadores alemanes dejaron caer ocho bombas en la aldea suiza de Chaux-de-Fonds, matando a un niño, hiriendo a otros y provocando daños a la propiedad. El 31 de marzo de 1916, aviadores alemanes dejaron caer nuevamente bombas en Porrentruy, cerca de la frontera francesa, provocando algunos daños a propiedades. El Gobierno suizo, un gobierno neutral, envió una protesta al Gobierno alemán contra estas infracciones de su soberanía cometidas en violación de las seguridades que se habían dado anteriormente durante la guerra en el sentido de que los aviadores alemanes tenían instrucciones de no acercarse a más de tres millas de la frontera suiza. El Gobierno alemán expresó su «profundo pesar» por el bombardeo de Chaux-de-Fonds, y declaró que los aviadores habían sido depuestos de sus cargos. También parecía haberse pagado una indemnización por los daños materiales, aunque, en el caso del bombardeo de Porrentruy, el Gobierno alemán explicó que el aviador había perdido su camino y que creía que se encontraba sobre Belfort ⁴²⁶.

256. El 26 de abril de 1917, un aviador francés sobrevoló y bombardeó la ciudad suiza de Porrentruy, causando daños en varios edificios y lesiones a tres personas. Se sostuvo que la acción había tenido lugar por error. El Gobierno francés, sin embargo, expresó prontamente su pesar por lo ocurrido, ofreció una indemnización adecuada y dio seguridades de que se investigaría el asunto y que el aviador sería castigado tan pronto como se establecieran los hechos ⁴²⁷.

SEGUNDA GUERRA MUNDIAL (1939-1945)

257. El 9 de marzo de 1940, un aeroplano del ejército canadiense, en un vuelo de instrucción, hizo un aterrizaje forzoso por error en territorio de los Estados Unidos de América, que entonces era un Estado neutral, cerca de la frontera canadiense. El Gobierno de los Es-

tados Unidos decidió dar veinticuatro horas al aeroplano y a los miembros de su tripulación para que hicieran abandono del territorio una vez que se informó a la Legación canadiense ⁴²⁸.

258. El 21 de diciembre de 1940, en circunstancias en que Yugoslavia era un Estado neutral, el puerto de Susak, cerca del pueblo italiano de Fiume, fue bombardeado por error por la Real Fuerza Aérea británica. En noviembre de 1953, el Gobierno británico pagó al Gobierno de Yugoslavia la suma de 2.500 libras esterlinas por los daños. Se dijo que Yugoslavia interpretó esa medida como una indemnización simbólica y una muestra de buena voluntad más que como un reconocimiento de una obligación positiva basada en la responsabilidad británica ⁴²⁹.

259. El 26 de junio de 1944, durante las operaciones aéreas contra Italia, los bombardeos de la Real Fuerza Aérea británica atacaron, por error, parte de San Marino, un Estado neutral, dando muerte a 59 personas (incluso 19 italianos), causando lesiones a 48 personas y provocando daños a la propiedad. En 1947, San Marino reclamó indemnización al Gobierno británico, pero el elevado monto de la reclamación provocó la ruptura de las negociaciones. Una vez reanudadas las negociaciones, el Gobierno británico ofreció la suma de 81.000 libras esterlinas, que fue aceptada en definitiva por San Marino el 5 de julio de 1961. El Gobierno británico dejó en claro que no asumía responsabilidad legal alguna por el incidente y que la indemnización se proponía exclusivamente como «un acto de gracia y amistad» ⁴³⁰.

⁴²⁸ Hackworth, *op. cit.*, vol. VII, págs. 256 y 257. La Declaración General de Neutralidad, aprobada en Panamá el 3 de octubre de 1939, dispone que las repúblicas americanas:

«f) Considerarán una contravención a su neutralidad todo vuelo de una aeronave militar de un Estado beligerante sobre su propio territorio. Respecto de los aviones no militares, adoptarán las medidas siguientes: esos aviones volarán sólo con el permiso de la autoridad competente; todos los aviones, independientemente de su nacionalidad, seguirán rutas determinadas por sus autoridades; sus comandantes o pilotos declararán el lugar de partida, los lugares en que se detendrán y su destino; se les permitirá que utilicen la radiotelegrafía sólo para determinar su ruta y sus condiciones de vuelo, utilizando para tales fines el idioma nacional, sin claves, permitiéndose sólo las abreviaturas normales; las autoridades componentes podrán requerir que los aeroplanos lleven un copiloto o radiooperador para los fines del control. Las aeronaves militares beligerantes transportadas a bordo de buques de guerra no abandonarán estas naves mientras se encuentren en aguas de las repúblicas americanas; las aeronaves militares beligerantes que aterricen en territorio de una república americana serán internadas con sus tripulaciones hasta la cesación de las hostilidades, salvo en los casos en que el aterrizaje se haga debido a avería probada. Quedarán exentos de la aplicación de esas normas los casos en que existan convenciones en contrario.» * (*Ibid.*, pág. 556.)

⁴²⁹ *Revue générale de droit international public*, París, 3.^a serie, t. XXXII, N.º 4 (octubre-diciembre 1961), pág. 834.

⁴³⁰ *Ibid.*, págs. 832 y 834.

⁴²⁵ J. W. Garner, *International Law and the World War*, Londres, Longmans, Green, 1920, vol. I, pág. 477.

⁴²⁶ *Ibid.*, págs. 472 y 473.

⁴²⁷ *Ibid.*, pág. 473.

CAPÍTULO II

Jurisprudencia internacional

260. Las decisiones judiciales internacionales que se indican en este capítulo están agrupadas en dos secciones principales. La sección 1 se refiere a los casos de arreglo judicial, y la sección 2 trata los casos sometidos a arbitraje.

SECCIÓN 1.—ARREGLO JUDICIAL

261. El material que abarca esta sección se relaciona con asuntos presentados ante la Corte Internacional de Justicia o su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. Las decisiones judiciales de los tribunales militares internacionales correspondientes a actuaciones criminales contra individuos (por ejemplo, las decisiones de los tribunales de Nuremberg y de Tokio, constituidos después de la segunda guerra mundial) no han sido incluidas habida cuenta del alcance del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados que está elaborando la Comisión de Derecho Internacional. Dicha exclusión parecería justificarse asimismo por otras razones. Los requisitos necesarios para caracterizar una situación determinada como circunstancia de «fuerza mayor» o de «caso fortuito» que excluye la ilicitud en las relaciones entre Estados pueden no coincidir necesariamente con los requisitos establecidos por el derecho penal, nacional o internacional, relativos a la responsabilidad criminal de los individuos.

262. Al seleccionar los materiales sobre arreglo judicial incluidos en la presente sección, se han tenido debidamente en cuenta los pasajes pertinentes de los fallos de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Permanente de Justicia Internacional, así como las opiniones separadas o disidentes de los magistrados y los escritos presentados por los agentes de las partes ante los tribunales. La presentación de los materiales aquí registrados sigue el orden cronológico de los casos.

ASUNTO CONCERNIENTE AL PAGO DE DIVERSOS EMPRÉSTITOS SERBIOS EMITIDOS EN FRANCIA (*Francia contra el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos*) [1929]

263. Este asunto entrañaba una controversia entre el Gobierno serbocroata-esloveno y los tenedores franceses de ciertos empréstitos serbios, en relación con la cuestión de cuál base monetaria de pago del capital y los intereses de dichos empréstitos debía hacerse efectiva. La República de Francia, en nombre de los tenedores franceses de bonos, sostuvo que el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos estaba obligado a pagar las sumas adeudadas sobre la base del valor del franco oro, en tanto que el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos alegó que estaba facultado para pagar el servicio de la deuda en francos papel.

264. En el alegato presentado el 25 de julio de 1928 ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, el Estado serbocroata-esloveno se refirió a la «equidad», a la «imposibilidad» y a la «fuerza mayor». Al plantear estas cuestiones se hizo referencia a las graves crisis y trastornos económicos ocurridos como resultado de la primera guerra mundial. Por ejemplo, se afirmó que Serbia, «permanentemente amenazada por algún tipo de conflicto, ha vivido —sin que pueda responsabilizarse— en un estado constante de inquietud y efervescencia»⁴³¹. Tras recordar que el mismo Gobierno de Francia, «impulsado a estabilizar su moneda nacional, ha impuesto con ese motivo a sus acreedores un sacrificio que se ha transformado en definitivo e irremediable [...] se justifica afirmando que le hubiese sido imposible afrontar de otra manera las enormes cargas posteriores a la guerra»⁴³², se dijo en el caso presentado que:

[...] si el Gobierno francés, bajo el imperio de una evidente fuerza mayor, ha debido adoptar esta actitud frente a los prestamistas, no puede pretender equitativamente que el Estado serbio, copartícipe con Francia en los mismos acontecimientos generadores de esta fuerza mayor, no invoque a su vez esa fuerza mayor, habida cuenta de que ha sido consagrada por la legislación de ambos países⁴³³.

265. En su contramemoria de 24 de setiembre de 1928, el Gobierno de Francia declaró que el compromiso suscrito el 19 de abril de 1928 en París entre Francia y Serbia contemplaba negociaciones entre ambos gobiernos, transcurrido un mes desde la decisión de la Corte, y que esas negociaciones «tienen por objeto satisfacer la equidad, una vez que la cuestión de derecho haya sido zanjada por la Corte»⁴³⁴. En su alegato de 16 de mayo de 1929, el agente francés, Basdevant, se explayó también sobre el mismo punto⁴³⁵.

266. El abogado del Estado serbocroata-esloveno, Devèze, en el curso de su alegato de 22 de mayo de 1929 ante la Corte, aludió nuevamente a la «fuerza mayor», la «equidad» y la «imposibilidad», afirmando, entre otras cosas, lo siguiente:

⁴³¹ *C.P.J.I.*, serie C, N.º 16-III, págs. 461 y 462.

⁴³² *Ibid.*, pág. 462.

⁴³³ *Ibid.*, pág. 470.

⁴³⁴ *Ibid.*, pág. 505.

⁴³⁵ *Ibid.*, págs. 95 y 96.

Cabe concebir la equidad sin el derecho cuando se pide que se tengan en cuenta principios que el derecho positivo no ha consagrado, pero no es posible imaginar el derecho sin la equidad. Y puede decirse, de modo general, que de constatarse por excepción un divorcio entre el derecho y la equidad, ello se deberá a que el derecho ha sido mal comprendido o mal interpretado, pues no existe en el mundo legislador que, deliberadamente, haya concebido desconocer la equidad. Existe un caso en que esta confusión del derecho y de la equidad se manifiesta de manera más característica: es el caso de la fuerza mayor que libera al deudor de su obligación a causa de la imposibilidad en que se encuentra de cumplirla, cuando esta imposibilidad dimana de un hecho imprevisto del que no es responsable: el tipo de fuerza mayor que los ingleses denominan *act of God*. En todos los sistemas jurídicos, el caso de la guerra es la circunstancia que más domina la voluntad de los individuos.

Debemos procurar esencialmente que se examine la equidad, pues en todos los alegatos del Estado francés se ha invocado contra nosotros el argumento *pacta sunt servanda*. En esos alegatos hemos percibido un ataque contra el deudor de mala fe que trata de sustraerse a obligaciones contraídas lealmente, de las que tiene conciencia y trata de evadirse. Es una posición moral que el Estado serbocroata-esloveno no puede aceptar ni por un instante ante vuestra Corte y que le compele a examinar el punto de vista de la equidad.

[...] ¿Es posible imaginar que la alta jurisdicción internacional no se sienta inducida a preguntarse en qué condiciones se han contratado estos empréstitos, es decir, si de las circunstancias se desprende que Serbia procura beneficiarse ilícitamente o si, por el contrario, no obedece a una fuerza superior a su voluntad, a un caso de fuerza mayor derivado de una guerra, al oponerse a una pretensión que el propio Gobierno francés no podría afrontar si se le quisiera imponer una exigencia parecida y si, por tanto, la oferta que formula de asegurar en francos franceses el servicio de estos empréstitos no responde a la única expectativa legítima de los acreedores?

Las condiciones en que Serbia ha contratado el empréstito son particularmente características.

[...]

Pero paso ahora a un argumento que, por sí solo, es demostrativo de la fuerza mayor resultante de la guerra: deseo referirme a la actitud del Gobierno francés respecto a sus propios empréstitos.

[...]

¿Podrá acaso Francia decir que de no haberse visto obligada por un imperativo irresistible hubiese reducido deliberadamente, por un acto soberano de su poder legislativo, actuando libre y honestamente, el valor de su franco pagando de esta manera a sus acreedores extranjeros e incluso al pobre francés que le ha confiado su peculio? ¿No es cierto que no? [...] Ningún país del mundo se lo ha reprochado. Todos comprenden que Francia soportó las consecuencias imperativas de la guerra y que al estabilizar su franco a una quinta parte del valor anterior actuó respecto de sus acreedores del modo que, en la actualidad, la probidad exige de una gran nación.

[...]

¿Afirmaré que tenía el derecho absoluto de reducir el valor de su franco y que nada la ligaba a este respecto frente a sus acreedores? No. Se trata de una cuestión de honor de la que ninguna nación puede sustraerse. Si Francia ha obrado de esta manera lo ha hecho debido al imperativo de la fuerza mayor. Ahora bien, ¿con qué derecho os opondríais a que invocásemos la misma fuerza mayor que vosotros sufristeis?

Evidentemente, Francia es una de las víctimas principales de la guerra; puede invocar ante todo el mundo a sus millares de muertos y sus regiones devastadas. Pero la infortunada Serbia, que ha sufrido múltiples invasiones, que ha soportado tres

guerras sucesivas, que ha sido víctima de devastaciones formidables, que ha vertido mares de sangre, cuya juventud toda ha sido segada, y a la que agobia una carga financiera sin precedentes, la infortunada Serbia tiene el derecho de compararse, aun siendo pequeña, a la gran Francia en moral y en derecho. Y puesto que Francia paga en francos franceses depreciados sus cupones al extranjero, ¿no puede Serbia invocar con toda equidad la fuerza mayor y no ha de aceptar el mundo, es decir, la Corte Permanente de Justicia Internacional, este argumento?⁴³⁶

267. En su réplica oral de 23 de mayo de 1929, el agente francés, Basdevant, luego de explayarse sobre ciertos datos, expuso lo siguiente respecto de la excepción de «fuerza mayor»:

[...] en presencia de estas cifras y de este acrecentamiento eventual del 5 % sobre el conjunto del presupuesto serbio, me pregunto si es realmente posible hablar de una excepción de fuerza mayor, y puesto que me planteo esta duda en cuanto a la excepción de fuerza mayor, ella me dispensa de señalar que al hablar de excepción de fuerza mayor los representantes del Gobierno serbio no se han referido en absoluto a la ley francesa. Ello me dispensa igualmente de hacer notar que de haber fuerza mayor, Serbia debería invocarla también respecto de los tenedores ingleses del empréstito de 1895, que, salvo error grave de mi parte, continúa pagándose en libras esterlinas.

Por último, ¿diré que esta Corte no debe apreciar la fuerza mayor o suponer que existe? Dicha cuestión está reservada a otra fase del asunto⁴³⁷.

268. En el *fallo de 12 de julio de 1929* concerniente al litigio, la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró en relación con la cuestión de «fuerza mayor»:

Fuerza mayor.—No puede sostenerse que la guerra misma, a pesar de sus graves consecuencias económicas, afectase jurídicamente a las obligaciones nacidas de los contratos entre el Gobierno serbio y los tenedores franceses de bonos. Los trastornos económicos causados por la guerra no liberaron al Estado deudor, si bien pueden dar origen a consideraciones de equidad que sin duda serán debidamente examinadas en las negociaciones y —en su caso— en el laudo arbitral conforme a lo dispuesto en el artículo II del compromiso.

Se alega que en virtud del régimen monetario de curso forzoso de Francia, establecido por ley de 5 de agosto de 1914, el pago en francos oro, es decir, en metálico, resultó imposible. Pero si se considera que los contratos de préstamo se refieren al franco oro como patrón de valor, el pago de un monto equivalente de francos, calculado sobre esa base, podía realizarse aún. Por consiguiente, una vez que el Tratado de Versalles entró en vigor, cabía decir que los «francos oro» estipulados en el artículo 262, del peso y ley definidos por ley de 1.º de enero de 1914, ya no podían obtenerse y no se han obtenido desde entonces como monedas de oro *in specie*. Pero difícilmente cabría afirmar que por esta razón la obligación del tratado se consideraba dispensada a este respecto a causa de la imposibilidad de cumplimiento. El Tratado de Versalles es un tratado entre Estados y, en el presente asunto, se trata de contratos de empréstito entre un Estado y particulares o prestamistas privados. Pero si esta cuestión se considera como un caso de imposibilidad de cumplimiento y no como fuente o base de la obligación original, parece ser tan imposible obtener «francos oro» del tipo estipulado en el artículo 262 del Tratado

⁴³⁶ *Ibid.*, págs. 211 a 214.

⁴³⁷ *Ibid.*, págs. 259 y 260.

de Versalles como procurarse francos oro del tipo que exigen los contratos de empréstito serbios⁴³⁸.

ASUNTO CONCERNIENTE AL PAGO EN ORO DE LOS EMPRÉSTITOS FEDERALES BRASILEÑOS EMITIDOS EN FRANCIA
(Francia contra Brasil) [1929]

269. Este asunto surgió como resultado de una controversia entre el Brasil y los tenedores franceses de varios préstamos federales brasileños, en relación con la cuestión de si el servicio de estos préstamos debería hacerse efectivo sobre la base del franco oro o del franco papel. La República francesa, en nombre de sus tenedores de bonos, sostuvo que el franco oro debía ser la base para el servicio de los empréstitos, en tanto que Brasil alegó que el franco papel debería servir de base. El Gobierno brasileño, en sus presentaciones orales y escritas ante la Corte, mencionó la «fuerza mayor» y la «imposibilidad» en relación con el derecho interno francés, que, según sostenía ese gobierno, impedía que Brasil efectuase los pagos de las sumas debidas a los tenedores franceses de bonos sobre la base del franco oro⁴³⁹.

270. En la memoria francesa de 29 de junio de 1928, en una sección denominada «Habiendo el Brasil contratado en términos oro debe cumplir sus obligaciones», se manifestó lo siguiente:

El Brasil ha contraído la obligación de pagar en oro el servicio de los tres empréstitos de 1909, 1910 y 1911. Esta obligación debe cumplirse; el Brasil debe efectuar el pago en la moneda corriente en el lugar del pago, en el valor correspondiente a su deuda en oro.

Nada se opone a un pago semejante: en Londres y en Río de Janeiro, que son lugares de pago previstos para los tres empréstitos, nada se opone al pago por el Brasil, por cada franco prometido, del contravalor en la moneda de estos lugares respectivos, al cambio del día, de la vigésima parte de una pieza de oro de 6,45161 gramos de una ley de 9/10 de oro fino.

En París, ni la ley ni la jurisprudencia francesas prohíben un pago semejante. En efecto, las dos leyes que han establecido por una parte el curso forzoso del billete del Banco de Francia en todo el territorio francés y por la otra la prohibición de comerciar en monedas nacionales de oro y de plata no contienen ninguna disposición que afecte al principio de la cláusula oro insertada en los contratos de carácter internacional⁴⁴⁰.

271. En su memoria de 2 de julio de 1928, el Gobierno brasileño declaró que:

En 1909, 1910 y 1911, cuando el Gobierno brasileño contraó estos empréstitos, el régimen imperante era el de *curso legal simple*, según el cual el deudor estaba en condiciones de obtener del Banco de Francia los *francos oro* necesarios para cumplir sus obligaciones.

Debido a la promulgación posterior del *curso forzoso*, según el cual el *franco papel* continúa teniendo el mismo poder libe-

ratorio para el pago de las deudas monetarias, el deudor se ha visto imposibilitado de adquirir en el banco de emisión los francos oro requeridos para el servicio de los contratos.

Este cambio del régimen legal de la moneda francesa constituye un caso de fuerza mayor de la variedad denominada en doctrina *hecho del príncipe* y de él se deriva la imposibilidad para el deudor de cumplir, de conformidad con los términos estrictos del contrato, la obligación contraída.

[...]

Lo que no puede afirmarse es que una simple estipulación de pago en *francos oro*, hecha en tiempos de curso legal, cuando era posible obtener el *franco oro* en el banco, esté destinada a reglar la liquidación de la deuda en el caso (que los tribunales franceses juzgaron *entonces imprevisible*) en que el curso forzoso se haya promulgado y en que, precisamente, el *franco oro resulte imposible de obtener*.

Cuando contrató los empréstitos, el Gobierno brasileño sabía que le era posible, en virtud del curso legal del franco papel, obtener fácilmente los *francos oro* necesarios para los servicios de los contratos.

No se ha previsto la hipótesis, si no imprevisible por lo menos poco probable, de la introducción eventual del curso forzoso.

Por consiguiente, si este acontecimiento de fuerza mayor ha causado la imposibilidad de pagar en *francos oro*, según lo convenido, el deudor se libera pagando en cualquier tipo de moneda que tenga curso legal. A mayor abundamiento, lo que se pretende no es que el Gobierno brasileño pague en *francos oro* contantes y sonantes que no puede obtener, sino que haga efectivo el pago en francos papel, en una cantidad enormemente superior a la de los *francos oro* exigibles.

[...]

De estas consideraciones se desprenden las siguientes conclusiones:

1) Las obligaciones fueron contraídas por el Gobierno brasileño bajo el régimen del curso legal de billetes del Banco de Francia.

2) Las partes convinieron en el pago en *francos oro* cuando era posible obtener esta moneda merced a la conversión que el Banco estaba obligado a realizar.

3) Ellas no habían previsto la hipótesis, que en ese momento parecía casi irrealizable, de la promulgación eventual del curso forzoso.

4) La inconvertibilidad del franco papel en franco oro, en virtud de la ley de 1914, se presenta como un caso de fuerza mayor (hecho del príncipe), que ha hecho imposible el pago en la moneda convenida.

5) En la imposibilidad de obtener el franco oro, por causa ajena a su voluntad, el deudor se libera pagando, en francos papel de curso legal forzoso, el número de unidades que debía en francos oro y el acreedor no tiene el derecho de exigir un número mayor de francos que el que figura en los títulos de crédito (Código Civil, artículo 1895)⁴⁴¹.

272. En su contramemoria de 1.º de octubre de 1928, el Gobierno francés formuló los siguientes comentarios sobre la cuestión de la «fuerza mayor»:

⁴³⁸ C.P.J.I., serie A, N.º 20/21, Fallo N.º 14, págs. 39 y 40.

⁴³⁹ En el caso precedente relativo a los empréstitos serbios, el Gobierno serbocroata-esloveno sostuvo que el derecho interno francés, que en su opinión era la ley aplicable, tenía el efecto de anular las disposiciones de los bonos que exigían el pago en oro o en valor oro (para el examen del punto por la Corte, véase C.P.J.I., serie A, N.º 20/21, Fallo N.º 14, págs. 40 a 47). Una argumentación similar fue presentada también por el Gobierno brasileño en este caso (*ibid.*, Fallo N.º 15, págs. 120 a 125).

⁴⁴⁰ C.P.J.I., serie C, N.º 16-IV, pág. 186.

⁴⁴¹ *Ibid.*, págs. 153, 155, 156 y 158. La contramemoria brasileña de 30 de setiembre de 1928 manifestaba además:

«No se ha previsto la posibilidad de una ley futura de curso forzoso que haga impracticable la conversión de billetes de banco en moneda de oro; el deudor no ha asumido los riesgos de esta medida de fuerza mayor, resultante exclusivamente de un acto del poder público de Francia, inspirado únicamente en el interés público francés.» (*Ibid.*, pág. 240.)

A.—*La ley sobre el curso forzoso del billete del Banco de Francia no constituye un caso de fuerza mayor*

Conviene señalar en primer lugar que un hecho que no impide la ejecución de una obligación, sino que simplemente hace esta ejecución más difícil o más onerosa, no constituye un caso de fuerza mayor. Tal es el caso de la ley que instituyó el curso forzoso del billete del Banco de Francia. Sin duda, el Gobierno del Brasil no puede ya obtener en el Banco de Francia las antiguas monedas de oro francesas en circulación antes de 1914 y cuya supresión se realizó por ley de 25 de junio de 1928. Pero eso no le impide obtener, en el mundo entero, la cantidad de oro que necesita para efectuar el servicio de sus empréstitos. Aún menos le impide, a falta de oro, pagar a sus acreedores el contravalor de este oro, en el día del pago, en la moneda del lugar en que el pago se efectúa. La cláusula de pago en oro, en efecto, conduce generalmente a un pago en moneda del lugar de pago, pero calculada a la par del oro.

[...]

Es evidente que la estipulación de pago en oro ha producido su efecto protector cuando el deudor ha entregado al acreedor, en moneda del lugar de pago, el contravalor exacto del oro que debía. Por otra parte, así lo ha resuelto la Corte de Casación de Francia en tres fallos dictados el 23 de enero de 1924.

[...]

Tal es la doctrina admitida universalmente y, lo repetimos, la Corte de Casación la ha afirmado en tres oportunidades. En consecuencia, nada impide al Brasil obtener el oro, o, más sencillamente, poner en manos de sus acreedores el valor equivalente de este oro en la moneda del lugar de pago y a la cotización del día en que este pago se efectúa. Por otra parte, esta última solución es la adoptada por todas las convenciones internacionales que prevén pagos en francos oro⁴².

273. En su *fallo de 12 de julio de 1929*, la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró lo siguiente en relación con la cuestión de la «fuerza mayor»:

Fuerza mayor.—El trastorno económico causado por la gran guerra no ha liberado legalmente al Gobierno brasileño de sus obligaciones. En cuanto a los pagos en oro, si se admite que existe promesa de pago en valor oro, no existe imposibilidad debido a que no puedan obtenerse monedas de oro. El equivalente en valor es asequible⁴³.

ASUNTO DE LA SOCIEDAD COMERCIAL DE BÉLGICA
(*Bélgica contra Grecia*) [1939]

274. El caso se originó a raíz del incumplimiento por Grecia de dos laudos, dictados en 1936 a favor de una empresa belga, la Sociedad comercial de Bélgica. Con arreglo a los laudos, Grecia estaba obligada a efectuar ciertos pagos a la Sociedad. En la solicitud y memoria que presentó a la Corte Permanente de Justicia Internacional, el Gobierno de Bélgica pedía a esa Corte, entre otras cosas, que declarase que el Gobierno de Grecia, al negarse a ejecutar los laudos, había violado sus obligaciones internacionales. En sus presentaciones, el Gobier-

⁴² *Ibid.*, págs. 255 a 257. En su alegato de 28 de mayo de 1928, el abogado francés, Montel, dijo:

«Tomemos en primer lugar la ley francesa sobre curso forzoso. No se trata de un caso de fuerza mayor. Un hecho que no impide la ejecución de una obligación, sino que simplemente hace su cumplimiento más difícil o más oneroso, no constituye un caso de fuerza mayor.» (*Ibid.*, pág. 109.)

⁴³ *C.P.J.I.*, serie A, N.º 20/21, Fallo N.º 15, pág. 120.

no de Grecia refutaba la alegación de que se había negado a ejecutar el laudo, y, entre otras cosas, pedía a la Corte que desestimase la reclamación del Gobierno de Bélgica referente a la violación de sus obligaciones internacionales en que habría incurrido Grecia y declarase que Grecia se había visto impedida por fuerza mayor de ejecutar los laudos. En el curso del proceso, los representantes de los dos gobiernos trataron largamente de la cuestión de la fuerza mayor. Los magistrados de la Corte plantearon cuestiones a ese respecto. Más adelante se reproducen considerablemente detallados esos debates, por cuanto representan uno de los exámenes más exhaustivos del tema que se hayan hecho ante la Corte. Este asunto refleja también ciertas posiciones doctrinarias relativas a la distinción entre «fuerza mayor» y «estado de necesidad».

275. A la luz del reconocimiento que hizo el Gobierno de Grecia de que los dos laudos tenían la fuerza de *res judicata*, el Gobierno de Bélgica modificó sus presentaciones, dejando a un lado la alegación de que Grecia había violado sus obligaciones internacionales. En su *fallo de 15 de junio de 1939*⁴⁴, la Corte observó que ello hacía también improcedente la presentación de Grecia dirigida a que se desestimase dicha alegación y se concluyese que Grecia se había visto impedida por fuerza mayor de ejecutar los laudos. Sin embargo, la Corte conoció de una nueva presentación de Grecia, en la cual, si bien se reconocía que los laudos tenían la fuerza de *res judicata*, se sostenía que, debido a su situación presupuestaria y monetaria, el Gobierno de Grecia se encontraba materialmente en la imposibilidad de darles cumplimiento en la forma en que habían sido dictados. El carácter un tanto complicado del proceso, en el que hubo modificaciones y retiros de presentaciones, requiere también hacer una exposición detallada del asunto.

276. Como se ha señalado anteriormente, la cuestión de la fuerza mayor fue planteada primeramente por el Gobierno de Grecia. Su contramemoria, de 14 de septiembre de 1938, dice, en parte, lo siguiente:

[...] no es en modo alguno verdad que el Gobierno helénico se haya negado a ejecutar el laudo arbitral. En ningún momento ha pensado poner en duda su valor ni negarse a ejecutarlo. Al contrario, le merece respeto la cosa juzgada y el gran ascendiente que tienen las personas de los árbitros.

Ya ha dado cumplimiento a las cláusulas cuya ejecución dependía de él. Ha hecho entrega de la carta de garantía y ha promulgado la ley en virtud de la cual el Estado helénico sustituyó a la Sociedad en las relaciones entre esta última y los subcontratistas.

Incluso ha dado comienzo a la ejecución de la disposición principal, al haberse declarado dispuesto a abonar una suma por valor de 300.000 dólares que, por escasa que sea, no deja por ello de demostrar su voluntad de cumplir los laudos dentro de los límites de sus posibilidades financieras.

No obstante, las condiciones financieras del país, tal como se determinaron en la investigación realizada gracias a la diligencia de la Sociedad de las Naciones, no han variado desde entonces. Todo lo que la delegación del Comité Financiero señaló en 1933 sobre la capacidad de Grecia conserva su validez en el

⁴⁴ Véase párr. 288 *infra*.

momento actual; de tal suerte que el pago inmediato e íntegro, al contado, como lo pide la Sociedad y el reclamante, de una suma de 6.771.868 dólares oro, o sea, de 1.270.000.000 de dracmas, o, con los intereses devengados hasta el 1.º de agosto de 1938, de 1.400.000.000 de dracmas, es absolutamente imposible.

En efecto, el pago total de tal suma inmediatamente sobrepasa las posibilidades financieras del país, un país de recursos limitados. Esta suma constituye una parte importante del presupuesto anual de Grecia y es absolutamente imposible gravar el presupuesto con una carga tan considerable sin comprometer irremediabilmente el funcionamiento regular de sus servicios públicos.

Por otra parte, el pago de esta suma implica la transferencia de divisas extranjeras en una cantidad tal en relación con la reserva de oro, reserva que asegura la estabilidad de la moneda nacional, que dicha transferencia sin lugar a dudas pondría en peligro esa estabilidad.

Por último, los compromisos contraídos por Grecia con respecto a los tenedores de obligaciones de su deuda externa le impiden otorgar a la deuda que tiene con la Sociedad un trato más favorable que ella, so pena de ver derrumbarse todo el sistema de arreglos concertados con sus acreedores.

No se trata, pues, ni de una negativa ni de un acto culposo, como el Gobierno de Bélgica parece creer. A este respecto, no puede imputarse culpa alguna a Grecia. El Gobierno helénico, animado del deseo de ejecutar el laudo, se ha visto obligado por una necesidad imperiosa independiente de su voluntad, un caso de fuerza mayor, a proponer a la Sociedad que acepte un pago a cuenta de la deuda y celebre un acuerdo provisorio, análogo al aceptado por los otros acreedores, a la espera de un arreglo definitivo para el pago total de la deuda externa del país.

No existe fundamento para reprochar a Grecia haberse negado a ejecutar el laudo cuando, en lugar de negarse, se declara por el contrario totalmente dispuesta a cumplirlo, abonando una suma a cuenta de la deuda y celebrando un acuerdo que se ajusta a su situación financiera y a las condiciones especiales en que se encuentra.

Sin embargo, la Sociedad no ha querido tener en cuenta la situación real y dar pruebas de la buena voluntad indispensable para poder lograr la ejecución práctica del laudo; [...] es, pues, por culpa de la Sociedad y del reclamante que, hasta el momento, no ha podido llevarse a cabo la ejecución del laudo.

Es materia de principio que la intangibilidad de los derechos adquiridos y de la cosa juzgada deben inclinarse ante las exigencias del interés general y de la obligación primordial del Estado de asegurar el funcionamiento regular de sus servicios públicos, el desenvolvimiento normal de las funciones que ejerce y que son inherentes a su misión.

En consecuencia, el Estado tiene el deber de suspender la ejecución de la cosa juzgada si esa ejecución puede perturbar el orden y la paz social que tiene la responsabilidad de resguardar, o comprometer o entorpecer gravemente el funcionamiento normal de los servicios públicos.

El Gobierno de Grecia, atento a los intereses vitales del pueblo helénico, de la administración, de la vida económica, del estado sanitario, de la seguridad tanto interior como exterior del país, no podía seguir otro curso de acción. En su lugar, cualquier gobierno haría lo mismo.

Por otra parte, la Sociedad no podría sostener que le es imposible aceptar los ofrecimientos del Gobierno helénico por respeto a la cosa juzgada; [...].

En cambio, después de pronunciado el laudo se planteó una cuestión de hecho, una cuestión diferente de la que se había resuelto mediante el arbitraje: la de saber si la capacidad financiera del Gobierno helénico permitía o no el pago inmediato e íntegro de la cantidad adeudada que la Comisión había fijado.

El Gobierno helénico no procura imponer a la Sociedad las bases de pago de la deuda que propone. Hace simplemente una propuesta con miras a obtener el asentimiento de la Sociedad, persiguiendo el objetivo práctico de llevar a cabo la ejecución del laudo en la medida de lo posible. La Sociedad debería aceptar esa propuesta, habida cuenta de la situación especial en que se encuentra Grecia. En consecuencia, no se justifica que la Sociedad haga valer la autoridad de la cosa juzgada para rechazar esta propuesta del Gobierno.

El Gobierno no se ha negado a ejecutar la sentencia; no ha incurrido en incumplimiento; no ha desconocido los derechos adquiridos de la sociedad belga; no ha violado sus obligaciones internacionales y no ha cometido un acto ilícito contrario al derecho de gentes, como sostiene el reclamante. El primer escrito en que éste puso en conocimiento del tribunal y de la parte contraria sus peticiones está, pues, mal fundado y procede desestimarlos⁴⁴⁵.

277. En su réplica de 29 de octubre de 1938, el Gobierno de Bélgica dio respuesta a la cuestión de los «obstáculos que, según la contramemoria del Gobierno helénico, impedirían la ejecución del laudo» y, en particular, al problema de «las posibilidades presupuestarias y de transferencia, es decir, de las condiciones económicas y financieras del país»⁴⁴⁶, en la forma siguiente:

Si el Gobierno helénico, con posterioridad a la pronunciación del laudo, y no obstante el carácter especial de su deuda hacia la Sociedad, ha creído poder contraer la obligación de otorgar a los acreedores de su deuda externa la promesa de que serían tratados como el acreedor más favorecido, ese hecho no puede invocarse en contra de la Sociedad. En el supuesto de que ello constituyese, en la práctica, un obstáculo a los pagos que se deben a esa Sociedad, se trataría de un obstáculo que habría creado el mismo Gobierno helénico.

[...]

2.º Para caracterizar las condiciones económicas y financieras del país, la contramemoria recuerda el pasaje del informe del Comité Financiero de la Sociedad de las Naciones, de 30 de junio de 1933, pasaje en que se advertían las circunstancias en las cuales, en 1932, Grecia se encontró en una situación inevitable de insolvencia parcial.

Cabe observar que el Comité Financiero, al presentar ese informe el 12 de octubre de 1933 a la Sociedad de las Naciones, expresó la opinión siguiente: «Parecería, no obstante, que en el curso de los últimos meses Grecia hubiese participado en cierta medida en el mejoramiento general de la situación mundial.»

[...]

El Gobierno de Bélgica no considera que los debates ante la Corte deban involucrar el examen de la capacidad de pago de Grecia, pero se permite, sin embargo, destacar ciertos elementos que invalidan la conclusión anterior de la contramemoria del Gobierno helénico [...]⁴⁴⁷.

278. En la dúplica de 15 de diciembre de 1938, presentada por el Gobierno de Grecia, figuraba lo siguiente:

El laudo, referente al Gobierno y a la Sociedad, no es opo- nible a los obligacionistas de la deuda externa, por no haber sido ellos partes en el litigio; y, si el Gobierno se cñe a la sentencia, corre el riesgo de que los obligacionistas hagan uso de la cláusula que prohíbe otorgar un trato favorecido a otro

⁴⁴⁵ C.P.J.I., serie C, N.º 87, págs. 99 a 102.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, pág. 111.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, págs. 111 y 112.

empréstito. El argumento de que la deuda para con la Sociedad no proviene de un empréstito, tesis adoptada por la Comisión Arbitral, podría no ser tenida en cuenta en una eventual instancia entre el Gobierno y los obligacionistas. Ello constituye un aspecto importante que no ha sido examinado ni resuelto por el laudo y que la Corte no puede dejar de tener en cuenta.

Así, el Gobierno se encuentra en la imposibilidad de otorgar a la deuda de la Sociedad un trato más favorable, a riesgo de verse obligada a extender ese trato a la gran masa de los acreedores. En ese caso, ello significaría el derrumbe del régimen dificultosamente establecido con los acreedores, la depreciación de la moneda nacional y un trastorno en el presupuesto y en la situación económica general del país.

[...]

Por último, no es exacto, como lo pretende en la otra alegación el Gobierno de Bélgica, que todo obstáculo que se presente para efectuar los pagos debidos a la Sociedad, que provengan, llegado el caso, de los acuerdos de que se trata, haya sido creado por el gobierno mismo, que no podría invocarlo contra la Sociedad.

El Gobierno helénico no prestó de buen grado su consentimiento para incluir esa cláusula en los acuerdos. Se vio obligado a hacerlo. Los obligacionistas presentaron esa cláusula como una condición *sine qua non* para llegar a un arreglo sobre la deuda externa de Grecia y no cabe duda de que van a insistir en su adopción en el acuerdo que actualmente se está discutiendo. El Gobierno helénico tiene, pues, derecho a invocar, con respecto a la Sociedad y al Gobierno de Bélgica, la imposibilidad en que se encuentra debido a la cláusula de que se trata.

[...]

No se trata evidentemente de iniciar ante la Corte un debate sobre el grado de capacidad de pago de Grecia. Sobre este aspecto estamos de acuerdo con el Gobierno de Bélgica (véase su réplica, pág. 112); sin embargo, para demostrar lo mal fundado de su conclusión principal, tendente a que la Corte declare que Grecia ha violado sus obligaciones internacionales, será preciso describir en forma general la situación presupuestaria y monetaria del país.

[...]

En consecuencia, resulta evidente que, en estas condiciones, es imposible que el Gobierno helénico haga los pagos y efectúe la transferencia de divisas en que se traduciría la ejecución integral de la sentencia o, incluso, que realice la propuesta hecha y luego retirada por la Sociedad, sin comprometer la existencia económica del país y el funcionamiento normal de los servicios públicos.

[...]

[...] cuando se afirma que todo lo que expuso la delegación del Comité Financiero en 1933 sobre la capacidad de Grecia conserva aún su validez en la hora actual, no se dice sino la verdad. El Comité advirtió que, «en 1932, Grecia se encontraba en la *imposibilidad* de efectuar los pagos correspondientes a la mayor parte de su deuda externa»; la observación es válida aún hoy día.

De lo anterior se desprende que el Gobierno helénico no se ha negado a ejecutar la disposición del laudo que fijó el monto de su deuda; se encuentra en la imposibilidad de hacerlo, y ello se debe a que está obligado por los acuerdos concertados con los obligacionistas de su deuda pública externa y a que ha estado constreñido y sigue estándolo por un caso de fuerza mayor, a saber: por necesidades financieras y monetarias imperiosas. Todas las reclamaciones del demandante se encuentran, pues, desprovistas de fundamento y deben ser desechadas⁴⁴⁸.

279. El agente del Gobierno de Bélgica, Muûls, en su presentación oral, hecha el 15 de mayo de 1939, expuso lo siguiente:

Es verdad que en la dúplica presentada a la Corte el Gobierno helénico afirma, por el contrario, que no se ha negado a ejecutar la disposición del laudo que fijó el monto de su deuda. Pero agrega que se encontró en la imposibilidad de hacerlo, y que ello se debe, en primer lugar, a que se encuentra ligado por acuerdos concertados con los obligacionistas de la deuda pública externa griega.

No nos será difícil desvirtuar esa alegación. Por otra parte, en derecho no corresponde al Gobierno helénico prevalerse, para no ejecutar las obligaciones emanadas de un laudo, de obligaciones que, con posterioridad, ha contraído libremente con terceros.

En segundo lugar, el Gobierno helénico invoca en su dúplica, para establecer la imposibilidad en que se encuentra de pagar la deuda, «la fuerza mayor, a saber: necesidades financieras y monetarias imperiosas».

El Gobierno de Bélgica se guardará aquí de discutir la capacidad de pago de Grecia: en ningún momento ha pensado pedir a la Corte que emprenda el examen de problemas que significan una apreciación de la situación económica de un país.

Sin embargo, el Gobierno de Bélgica se niega a admitir que pueda incumbir al Gobierno helénico decidir unilateralmente, a su voluntad y arbitrio, la medida en que ha de ejecutar sus obligaciones, pues eso se traduce, de hecho, en una anulación de los compromisos que para él derivan del laudo⁴⁴⁹.

280. El mismo día, el consejero de Bélgica, Levy Mollen, comentó, además, lo siguiente:

[...]

En efecto, esta misma cuestión de la capacidad de pago de Grecia se planteó ya ante los árbitros. ¿Qué respondieron ellos en su laudo de 3 de enero de 1936? Que, «de suponer que la insolvencia financiera del Gobierno helénico pudiese ser considerada como el resultado de un caso de fuerza mayor, el artículo 6 de la convención estipulaba: “no corresponderá a la Sociedad soportar ningún perjuicio que derive de acontecimientos de fuerza mayor”; que, en consecuencia, la fuerza mayor no podía oponerse a la Sociedad para liberar al Gobierno helénico de las consecuencias jurídicas de la suspensión desde el 1.º de julio de 1932...» (anexos a la memoria belga, pág. 38).

En consecuencia, aun en este aspecto, el debate está cerrado; nos encontramos en presencia de un argumento que fue presentado, tratado y vuelto a tratar, examinado en todos sus aspectos y rechazado por una decisión soberana y definitiva de la justicia.

La Sociedad comercial de Bélgica, al disponerse a invertir capitales considerables en Grecia, cuida de estipular en la Convención de 1925 que no le corresponderá soportar ningún perjuicio que derive de acontecimientos de fuerza mayor. Esta cláusula es, desde luego, lícita: se puede traspasar la carga de la fuerza mayor. En nuestro caso, las partes así lo acordaron y establecieron.

Por tanto, cuando a comienzos de 1936 el Gobierno helénico presentó ante los árbitros el argumento que aduce hoy día ante ustedes, el laudo le respondió: «En virtud del artículo 6 de la convención, usted ha asumido las consecuencias de la fuerza mayor.»

En consecuencia, sea que el asunto se aborde en el plano de la buena fe —en el cual, evidentemente, las cuestiones de capacidad de pago no pueden jamás excusar un incumplimiento

⁴⁴⁸ *Ibid.*, págs. 139 a 142.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, pág. 167.

total—, sea que se enfoque en el plano jurídico de la cosa juzgada, el Gobierno helénico ha asumido los riesgos de la fuerza mayor. Tanto en un caso como en otro, la cuestión ha sido sometida a la jurisdicción arbitral⁴⁵⁰.

281. El consejero del Gobierno de Grecia, Youpis, presentó verbalmente los días 16 y 17 de mayo de 1939, en forma sumamente detallada, las opiniones de ese Gobierno sobre la aplicación al caso de la excepción de fuerza mayor:

El Gobierno helénico no ha impugnado y no impugna la autoridad del laudo. No se ha negado ni se niega a ejecutarlo; la base en que el reclamante apoya su reclamación es errónea. Lo que ha impedido e impide al Gobierno helénico ejecutar inmediata e integralmente la sentencia es su situación presupuestaria y sus posibilidades de transferir divisas al extranjero. Las razones antes mencionadas colocan al Gobierno helénico en la imposibilidad de ejecutarla inmediata y totalmente; constituyen un caso de fuerza mayor que lo exonera de toda responsabilidad, pero de este asunto nos ocuparemos más adelante.

[...]

Por lo demás, es preciso no perder de vista que es por tres razones diferentes que el Gobierno helénico pretende no estar en condiciones de pagar totalmente su deuda: en primer lugar, porque el estado de sus finanzas no lo permite; en segundo lugar, en razón de sus posibilidades de efectuar transferencias, y, en tercer lugar, a causa de los acuerdos que tiene con otros acreedores.

[...]

[...] el Gobierno helénico ha procurado conciliar su intención de ejecutar el laudo en la medida de sus posibilidades con el deseo legítimo de no hacer recaer sobre sí, de otro modo, las sanciones rigurosas de los acuerdos de Londres y de ver derrumbarse los arreglos que ha concertado para el pago de la deuda pública externa, lo que se traduciría en la ruina de sus finanzas y de la economía nacional.

[...]

Para comprender bien las razones que han obligado al Gobierno helénico a asumir la posición antes mencionada en lo que concierne a la ejecución del laudo, es preciso hacer una reseña de las condiciones en las cuales se vio obligado, en 1932, a suspender el servicio de su deuda pública externa, así como los acuerdos que ha celebrado con sus acreedores.

Grecia es un país de recursos limitados. La delegación de la Sociedad de las Naciones que fue enviada a Grecia en mayo de 1933 a fin de examinar la situación económica y financiera del país, situación a la cual nos referiremos más adelante, hizo una exposición de esa situación que puede resumirse en la forma siguiente:

[...]

Así, según el Comité Financiero, la influencia de factores económicos que no pueden imputarse a Grecia hizo inevitable la insolvencia parcial de ese país, y Grecia se encontró en la imposibilidad involuntaria de asegurar enteramente el servicio de su deuda externa y de mantener la estabilidad de su moneda.

En resumen, la Sociedad de las Naciones reconoció que Grecia había actuado de plena buena fe y que su actitud había sido el resultado ineludible de un caso de fuerza mayor.

[...]

No fue la Sociedad de las Naciones la única en comprobar, tras una investigación a fondo en el lugar mismo, la imposibilidad de Grecia de satisfacer totalmente los derechos de sus acreedores; fueron, además, los acreedores mismos y el presidente del Comité de Empréstitos de la Sociedad de las Naciones,

cuya distinguida personalidad es objeto de aprecio unánime, los que quedaron convencidos de que existía esa imposibilidad, y así lo declararon oficialmente. [...]

[...]

Uno se da cuenta de que, en opinión de los acreedores, el mejoramiento económico del país no ha tenido el grado de desarrollo que sostiene el Gobierno de Bélgica.

Los acreedores estimaban que el mejoramiento había sido débil; por eso sus pretensiones fueron más bien modestas.

Se advertirá más adelante hasta qué punto la Sociedad y el Gobierno de Bélgica se apartan, a este respecto, del punto de vista de la gran mayoría de los acreedores de Grecia.

El Gobierno helénico sostiene que la situación presupuestaria y monetaria del país no le permite ejecutar íntegramente, como lo exige el Gobierno de Bélgica, la disposición del laudo que fijó el monto de su deuda para con la sociedad belga; hace valer que se ha encontrado y se encuentra en la imposibilidad financiera de hacerlo; en resumen, alega un caso de fuerza mayor.

[...]

No es, pues, en la dúplica donde el Gobierno helénico alegó por primera vez la fuerza mayor. Durante todo el transcurso de las negociaciones no hizo sino invocarla para lograr que la Sociedad prestase su consentimiento para un *modus vivendi* aceptable y posible.

Por otra parte, oí con cierta sorpresa al señor Levy Morelle invocar el artículo 6 de la Convención de 27 de agosto de 1925, celebrada entre el Gobierno helénico y la Sociedad comercial de Bélgica, para excluir del debate la excepción de fuerza mayor presentada por el Gobierno helénico.

Según él, el Gobierno helénico no puede invocar un caso de fuerza mayor que le impida pagar la deuda que fijaron los árbitros, y ello porque el artículo 6 prohíbe que la sociedad soporte los perjuicios que deriven de acontecimientos de fuerza mayor.

[...]

Al leerlo, uno queda persuadido de que ese artículo no guarda relación alguna con el presente caso; el artículo 6 no persigue sino un solo objetivo: el de determinar los efectos de la fuerza mayor en la marcha material y técnica de los trabajos.

En dos ocasiones precisa que se trata de casos de fuerza mayor que puedan repercutir directa o indirectamente en la marcha de los trabajos.

En el presente caso ya no se trata de la prosecución técnica de los trabajos: los trabajos que es menester pagar están ya terminados. La cuestión que aquí se plantea es la de saber si el dueño de la obra debe pagar la deuda que emana de los trabajos ejecutados, así como de los suministros entregados, tal como los árbitros fijaron esa deuda o, por el contrario, si aquél queda liberado de toda responsabilidad por el hecho de que su incumplimiento se debe a fuerza mayor.

Son dos asuntos distintos, y lo que se estipuló para la marcha material de los trabajos durante el período de la construcción no puede aplicarse al pago de la suma adeudada debido a que los trabajos ya están ejecutados.

[...]

El laudo ha examinado —no ha hecho sino eso— el efecto de la fuerza mayor que se produjo en 1932 en relación con la posibilidad de rescindir o no el contrato. En el presente caso se trata de examinar los efectos de la fuerza mayor que se produjo después de pronunciado el laudo, a saber: en 1936, en relación con la posibilidad de pagar o no íntegramente la deuda.

Las materias son distintas y el laudo no resuelve la cuestión que hemos planteado, tanto menos cuanto que esa imposibilidad no se presentó en toda su dimensión sino después de que había sido pronunciado.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, págs. 180 y 181.

[...]

Me niego a aceptar que la Comisión de Arbitraje se haya pronunciado sobre la cuestión de los efectos de la fuerza mayor en relación con el pago de la deuda fijada por el laudo. Si, no obstante, lo contrario fuese cierto, me niego a aceptar que el laudo haya interpretado y aplicado correctamente el artículo 6, pese al respeto que me merecen las distinguidas personalidades que formaban parte de la Comisión. Pido a la Corte que tenga a bien prestar toda su atención a la cuestión y examinar a su vez el artículo de que se trata para desprender de él su verdadero sentido.

[...]

[...] a propósito de la fuerza mayor, querría hacer una exposición detallada de la doctrina y la jurisprudencia internacionales, sobre todo en lo que concierne a la fuerza mayor aplicada a las obligaciones pecuniarias de los Estados.

Es materia de principio que las obligaciones contractuales y los fallos deben ejecutarse de buena fe. Es un principio que no es sólo valedero con respecto a los particulares; también es aplicable, en general, a los gobiernos.

Sin embargo, se presentan a veces circunstancias externas ajenas a la voluntad humana que colocan a los gobiernos en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones hacia los acreedores y sus deberes ante el pueblo; los recursos del país resultan insuficientes para cumplir a la vez los dos deberes. No es posible pagar totalmente la deuda y, a la vez, asegurar al pueblo una administración apropiada, garantizarle las condiciones indispensables para su desarrollo moral, social y económico. Se plantea el penoso problema de elegir entre los dos deberes; uno de ellos debe ceder en cierta medida: ¿cuál?

[...]

La doctrina y la jurisprudencia han tenido ocasión de ocuparse de la cuestión. Han debido examinar la cuestión de la aplicabilidad de la fuerza mayor en el derecho internacional público en general y, más especialmente, la cuestión de la insolvencia de los Estados con respecto a sus acreedores, si esa insolvencia proviene de un caso de fuerza mayor.

A este respecto, la doctrina admite que el deber de un gobierno de asegurar el buen funcionamiento de sus servicios públicos esenciales prima sobre el de pagar sus deudas. Ningún Estado está obligado a cumplir o a cumplir totalmente sus obligaciones pecuniarias si ello compromete el funcionamiento de sus servicios públicos y produce el efecto de desorganizar la administración del país. En el caso en que el pago de la deuda ponga en peligro la vida económica o comprometa la administración, el Gobierno está autorizado, en opinión de los autores, a suspender o incluso a reducir el servicio de ésta.

El profesor Gaston Jèze, que ha profundizado muy especialmente la cuestión, ha expresado esta idea en repetidas oportunidades. Así, en un curso dictado en el Instituto Carnegie en 1927-1928, dijo:

«El Estado deudor, aunque no se discuta su condición de deudor, debe conservar los medios para hacer funcionar sus servicios públicos esenciales, pese a lo que disponga el fallo dictado en su contra. He aquí un aspecto que viene a desvirtuar considerablemente los derechos de los acreedores con respecto a los Estados.»

En el *Journal des Finances* de 2 de agosto de 1927, el eminente profesor desarrolla la misma idea. Afrima que:

«Constituye, en efecto, una norma indiscutible del derecho internacional financiero el que un Estado está facultado legítimamente para suspender el servicio de su deuda pública en la medida en que el servicio íntegro de ella comprometería el buen funcionamiento de sus servicios públicos esenciales. En efecto, es evidente que, para pagar íntegramente a sus acreedores, un gobierno no va a paralizar los servicios de la defensa nacional, de la policía y de la justicia.»

En la *Revue de science et de législation financière* (octubre-diciembre 1929, pág. 764), el mismo autor agrega:

«Es una norma de derecho internacional positivo el que un Estado se encuentra autorizado para dar prioridad al funcionamiento de sus servicios públicos esenciales sobre el pago de su deuda.»

Por último, más recientemente, en 1935, en un curso que tuvo lugar en la Academia de Derecho Internacional (*Recueil*, t. 53, pág. 391), vuelve a tratar el mismo tema:

«Ha surgido al mismo tiempo una teoría muy justa en cuanto al principio en que se funda, pero que ha adquirido un desarrollo inesperado y ha servido de pretexto a la insolencia de los Estados: se justificaría que un gobierno suspendiese o redujese el servicio de su deuda pública cada vez que se hubiesen de comprometer o descuidar los servicios públicos esenciales para asegurar el servicio de la deuda.

»En otras palabras: la deuda pública no es el primer servicio público que debe satisfacerse. Esos principios son incontestables e indiscutidos.»

Por otra parte, los profesores de La Pradelle y Politis, comentando en el *Recueil des arbitrages internationaux* (t. II, página 547) dos laudos dictados el 1.º y el 8 de octubre de 1869 respecto de Gran Bretaña y Venezuela, exponen lo siguiente:

«De la circunstancia de que la deuda sea cierta y no controvertida no se concluye que el deudor deba satisfacerla en su totalidad; se precisa, además, que el estado de sus finanzas se lo permita. Por tentados que nos sintamos a hacer abstracción de las particularidades de un empréstito público para someterlo al régimen de las obligaciones ordinarias, no cabe tratar al Estado que no puede pagar sus deudas más rigurosamente que a los particulares que quiebran o se arruinan.»

En este orden de ideas se plantea una cuestión suplementaria: la de saber quién tiene competencia para pronunciarse acerca de: 1.º si el pago de la deuda pondría en peligro el buen funcionamiento de los servicios públicos, y 2.º cuáles serían las economías que habría que realizar y cuáles serían los impuestos que cabría establecer. La doctrina y la práctica de los Estados reconocen que sólo el Estado deudor tiene el derecho de zanjar esas dos cuestiones.

En su curso de 1935, el profesor Gaston Jèze expuso lo siguiente:

«Ese principio ha sido completado por las proposiciones siguientes:

»1.º Sólo el gobierno del país deudor tiene competencia para decidir si los servicios públicos esenciales se verían comprometidos por el servicio de la deuda.

»2.º Sólo el gobierno del país deudor está facultado para elegir los servicios públicos en los cuales es preciso hacer economías o las fuentes de ingresos que cabe establecer o la política aduanera que debe seguirse.»

Por otra parte, Francia, en su controversia con Gran Bretaña sobre la liquidación de las deudas entre los aliados, invocó el mismo principio en su nota de 17 de enero de 1931:

«El arbitraje propuesto —dice esa nota— conduciría a confiar a un árbitro la responsabilidad de juzgar la política financiera del caso, de introducir enmiendas en ella por razones de equidad. Ahora bien, la determinación, tanto de la política financiera de un Estado, que en derecho no se pone en tela de juicio, como de las medidas de equidad que pueda ser conveniente adoptar con ocasión de esa política, son de la competencia exclusiva de ese Estado.»

La cuestión de la fuerza mayor en las relaciones entre dos Estados y de la insolvencia de un Estado con respecto a sus acreedores fue objeto de particular examen por la Corte Per-

manente de Arbitraje en su laudo de 11 de noviembre de 1912 en el conocidísimo litigio entre Rusia y Turquía ^[451].

[...]

La Corte, luego de formular el principio de que «toda indemnización por daños y perjuicios constituye siempre la reparación, la compensación de una culpa», se pronunció en la forma siguiente sobre la excepción de fuerza mayor alegada por el Gobierno otomano:

«La excepción de fuerza mayor invocada en primer lugar es oponible en derecho internacional público, así como en derecho privado; el derecho internacional debe adaptarse a las necesidades políticas.»

En otro considerando, la Corte agregó:

«Por otra parte, por poco que la responsabilidad [financiera] pusiera en peligro la existencia del Estado, constituiría un caso de fuerza mayor, que podría invocarse en derecho internacional público, tanto como por un deudor particular.»

Resulta significativo que incluso el reclamante, el Gobierno de Rusia, haya estado de acuerdo en el principio. En efecto, en el laudo se dice lo siguiente:

«El Gobierno Imperial ruso reconoce expresamente que la obligación de un Estado de ejecutar los tratados puede ceder “si pelagra la existencia misma del Estado, si el cumplimiento del deber internacional es [...] *self-destructive*” [...].»

[...]

¿En qué medida, sin embargo, las dificultades financieras de un gobierno para proceder a la ejecución o para proceder a la ejecución íntegra pueden constituir un caso de fuerza mayor que libere a ese gobierno de toda responsabilidad?

La Corte de Arbitraje formuló el siguiente principio: hay fuerza mayor siempre que el pago de la deuda pueda hacer peligrar la existencia del Estado, aunque ese peligro no sea grave, o que el pago pueda comprometer gravemente su situación interior o exterior.

El laudo de la Corte de Arbitraje ha merecido en general la aprobación de la doctrina. El profesor Jèze, en su curso de la Academia de Derecho Internacional, le prestó su aprobación en 1935 diciendo lo siguiente:

«Me limito a señalar la idea directiva sostenida por esos jurisprudencistas —se refiere a la nota doctrinaria de los señores de La Pradelle y Politis sobre el asunto entre Venezuela y Gran Bretaña— y expresada por la Corte Permanente de Arbitraje en su laudo de 11 de noviembre de 1912.»

El profesor Jèze continúa:

«Esta idea deriva de una necesidad verdadera: enfrentados los gobiernos a una situación en que deban optar entre el servicio de la deuda y el servicio de la defensa nacional, por ejemplo, pueden verse llevados a suspender la primera [a saber: el servicio de la deuda] para asegurar el funcionamiento de la segunda.»

Por su parte, el profesor Alfred von Verdross, en su obra *Völkerrecht*, edición de 1937, está de acuerdo con el profesor Jèze en la aprobación dada por éste a la teoría adoptada por la Corte de Arbitraje. He aquí lo que escribió a este respecto en la página 189 de la traducción francesa:

«A esta categoría pertenece, antes que nada, el principio de que los deberes internacionales no deben conducir hasta la destrucción de sí mismo. Ese principio de autoconservación ha encontrado expresión especialmente en el laudo de 11 de noviembre de 1912 de la Corte de Arbitraje de La Haya sobre el litigio ruso-turco.»

La aplicación del principio de la fuerza mayor depende naturalmente de las circunstancias particulares de cada caso; y, en el litigio ruso-turco, la Corte no estimó que cabía acoger la excepción de fuerza mayor invocada por el Gobierno otomano;

juzgó que la suma debida era demasiado reducida —seis millones de francos solamente— para que su pago pudiese poner en peligro la existencia del Imperio otomano o comprometer su situación.

No cabe duda, pues, de que la Corte, ajustándose al principio formulado por ella, habría acogido la excepción de fuerza mayor y habría exonerado al Estado deudor de toda responsabilidad si el pago de la suma debida, en razón de su importancia, hubiese hecho peligrar la existencia de ese Estado o hubiese comprometido gravemente su situación interior o exterior.

La Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, reunida en 1929 por la Sociedad de las Naciones, adoptó la misma posición de la doctrina y la jurisprudencia mencionadas. Esta conferencia se ocupó, como es sabido, entre otras materias, de la cuestión de la responsabilidad de los Estados, y de un modo especial del repudio por éstos de sus deudas.

[...]

Según las bases de examen preparadas [por el Comité Preparatorio de la Conferencia] y que reflejan el término medio de las opiniones expresadas por los gobiernos interrogados, un Estado no puede, en principio, suspender o modificar el servicio de su deuda de modo total o parcial.

Sin embargo, hay una excepción a la regla: no compromete la responsabilidad de los Estados la suspensión o modificación del servicio de la deuda que hagan bajo la presión de necesidades financieras.

Es la teoría de la fuerza mayor, expresada con otra fórmula, y se sabe que hay escuelas y autores que expresan la misma idea por medio de la expresión: «estado de necesidad».

Si bien la terminología difiere, todo el mundo está, pese a ello, de acuerdo en el sentido y el alcance de la teoría; todos estiman que el Estado deudor no incurre en responsabilidad alguna si se encuentra en una situación semejante.

En primer lugar, el Gobierno helénico hace valer sus dificultades presupuestarias. Pretende que el monto de la deuda de la Sociedad belga constituye una parte importante de su presupuesto anual.

Así, pues, el pago de la deuda no puede sino menoscabar gravemente el equilibrio presupuestario, el funcionamiento de los servicios públicos esenciales del país y su estructura económica y social.

[...]

De lo expuesto cabe concluir que el crédito de la Sociedad era tan considerable, en relación con el presupuesto de Grecia, que su pago inmediato de cuatro millones de dólares oro era prácticamente imposible.

El gobierno se encontró en la necesidad, obligado por un caso de fuerza mayor, de proponer a la Sociedad un pago provisorio reducido que guardara proporción con sus posibilidades.

[...]

El Gobierno helénico alega en segundo lugar que sus posibilidades de transferencia no le han permitido y no le permiten efectuar un pago tan importante en la sede de la Sociedad de Bélgica; dice que en este aspecto la situación presenta, respecto del cumplimiento íntegro del laudo o incluso de su cumplimiento por etapas, de conformidad a la propuesta formulada por la Sociedad, mayores dificultades que el estado de sus finanzas.

[...]

[...] En resumen, el Gobierno ha seguido a este respecto una política sencilla. El pueblo debe vivir de lo que produce el país; es menester restringir las necesidades a lo estrictamente imprescindible y no importar del extranjero sino lo absolutamente indispensable. Pero, todavía más, hay que disponer de una cantidad suficiente de divisas para esas cosas cuya importación es absolutamente indispensable. Si se hiciese una transferencia masiva, tal como lo pide la Sociedad belga, no queda

⁴⁵¹ Véanse párrs. 388 a 394 *infra*.

rfa de la reserva del Banco de Grecia sino una suma tan reducida que no solamente peligraría la estabilidad de la moneda, sino que, además, la población sufriría en sus necesidades más elementales.

Es preciso, pues, reconocer que si el Gobierno helénico obtemperase a las intimaciones, o incluso a las propuestas de transacción de la Sociedad, traicionaría su misión, que consiste en asegurar el bienestar del pueblo y, si no mejorar, por lo menos mantener para él un nivel de vida decente.

[...]

Ello no excluye, de ningún modo, que el tribunal que eventualmente conozca del litigio entre los acreedores y el Gobierno helénico pueda dictar un laudo en el sentido antes indicado. En ese caso el Gobierno, al cumplir el laudo con respecto a la Sociedad, corre un grave peligro. Corre el riesgo de verse obligado a aplicar las mismas modalidades de pago a los otros empréstitos.

El riesgo es demasiado grande y demasiado considerable para que el Gobierno pueda permitirse correrlo. No se trata de un peligro pequeño; la existencia misma del Estado está en juego ⁴⁵².

282. En el curso de la presentación citada anteriormente, el juez Hudson preguntó al consejero del Gobierno helénico con qué propósito se invocaba la excepción de fuerza mayor en este caso, y agregó: «¿Tiene ello el propósito de demostrar que Grecia ha quedado eximida de todas sus obligaciones respecto de la Sociedad comercial de Bélgica, cuya existencia podría haber quedado determinada por la decisión arbitral de 1936?» Respondiendo a esa pregunta, el consejero del Gobierno helénico manifestó:

El Gobierno belga ha entablado un proceso que consiste en lo siguiente: este gobierno dice al Gobierno helénico: «Habéis violado vuestras obligaciones internacionales y los principios del derecho internacional, puesto que os negáis deliberadamente a ejecutar el laudo arbitral y que, de esta manera, perjudicáis a los derechos adquiridos de la sociedad belga.»

El Gobierno helénico responde como sigue a esta acusación: «No es así; no hemos violado deliberadamente nuestras obligaciones internacionales, como lo sostenéis; nos hemos visto obligados, en virtud de un caso fortuito, un caso de fuerza mayor, a no ejecutar integralmente esas obligaciones como lo demandáis; pero estamos dispuestos a llegar a un entendimiento con vosotros y a hallar una solución práctica que nos permita pagar en la medida de nuestras posibilidades a fin de cumplir nuestras obligaciones con la Sociedad. Os proponemos una solución; esta solución ha sido adoptada por la gran mayoría de los acreedores del Estado; ha sido adoptada por la sociedad americana Ulen y es la única que se ajusta a la realidad y a las posibilidades del país. No deseamos liberarnos de toda obligación hacia la Sociedad; respetamos esta obligación; pero no podemos cumplirla sino en la medida de nuestras posibilidades y es así que hemos propuesto una solución lógica, práctica y equitativa [...]» ⁴⁵³.

283. El consejero del Gobierno helénico concluyó su declaración afirmando, entre otras cosas:

Al concluir mi presentación, puedo resumirla como sigue:

El Gobierno belga ha basado formalmente su demanda en la culpa intencional del Gobierno helénico; pero no ha podido aducir la prueba de esta culpa; el hecho de que el laudo no ha

sido ejecutado hasta ahora no constituye prueba suficiente; la consecuencia jurídica de este hecho es que la demanda debe ser rechazada pura y simplemente.

El Gobierno helénico estaría eximido de producir la prueba correspondiente a sus afirmaciones, ya que el demandado no ha probado las suyas.

Sin embargo, ha demostrado la exactitud de todos sus argumentos; a este efecto ha producido en primer lugar la constatación de la Sociedad de las Naciones; en su informe, luego de una investigación profunda sobre el terreno, la Sociedad de las Naciones determinó que, en 1932 y en 1933, el Gobierno helénico se encontraba imposibilitado de asegurar el servicio de su deuda exterior; que esta imposibilidad se debía a un caso de fuerza mayor que eliminaba su responsabilidad y que no podía imputársele culpa alguna por este hecho.

Ha producido, además, los acuerdos en que sus acreedores reconocen la buena fe del gobierno; mediante acuerdos sucesivos admiten que la imposibilidad del Gobierno helénico de ejecutar enteramente sus obligaciones continúa hasta el día de hoy.

Este reconocimiento de la imposibilidad del deudor dimana no solamente de la esencia misma de los acuerdos, por los que se ha aceptado una disminución considerable de sus cargas, sino, además, de una declaración expresa y formal incorporada al acuerdo del mes de agosto de 1936.

Corresponde señalar que esta declaración expresa es posterior al laudo.

La constatación de la Sociedad de las Naciones sobre la buena fe del deudor obliga al Gobierno belga, no sólo por ser miembro de la Sociedad de las Naciones, sino, además, porque ha estado representado en la Comisión Financiera; no puede, por tanto, desconocer esta constatación.

Por otra parte, el reconocimiento por los demás acreedores de la imposibilidad del Gobierno helénico de ejecutar enteramente sus obligaciones tiene un peso considerable.

[...]

¿Qué opone el Gobierno belga a estas pruebas? La afirmación de que la situación económica de Grecia ha mejorado últimamente, afirmación basada en algunas comprobaciones oficiales y en unas pocas comunicaciones de orden político.

Las constataciones producidas son fragmentarias; no reflejan la situación económica, financiera y monetaria del país en su conjunto ni explican los factores y causas de su evolución; sólo se refieren a ciertos aspectos favorables de la tesis del mejoramiento.

Nos hemos propuesto arrojar toda la luz posible sobre esta cuestión; hemos examinado todos los aspectos del problema; el resultado de este examen es que el mejoramiento es parcial y débil y que está contrarrestado en parte por otros factores desfavorables.

En todo caso, esta comprobación no justifica la posibilidad de una ejecución integral e inmediata del laudo ni de una ejecución integral, pero escalonada, según propone la Sociedad.

El presupuesto griego no podría soportar una carga de semejante magnitud y la reserva del banco de emisión no está en condiciones de sufrir una reducción tan considerable. Si así se procediera, se provocaría una catástrofe financiera, monetaria, económica y social.

Existe, además, el compromiso del Gobierno helénico con sus demás acreedores; todo pago más favorable del crédito de la Sociedad belga causaría el hundimiento del régimen establecido para el arreglo de la deuda pública.

Ello constituiría una catástrofe aún peor; a la carga insostenible proveniente de la ejecución del laudo se agregaría la carga aún más pesada del servicio entero, o casi entero, de la deuda exterior.

⁴⁵² C.P.J.I., serie C, N.º 87, págs. 190 y 191, 193 a 195, 197 y 198, 200 a 202, 204 a 209, 211 y 212, 217 y 218 y 220.

⁴⁵³ *Ibid.*, págs. 222 y 223.

[...]

El Gobierno helénico no es el único que ha atravesado estas dificultades; gran número de países han sufrido la presión de los hechos de posguerra y se han visto igualmente en la imposibilidad de cumplir integralmente sus obligaciones. Esos países han encontrado la manera de ser dispensados, de una u otra manera, de las tremendas cargas que pesaban sobre ellos: la depreciación de la moneda o la conversión de los empréstitos públicos, más o menos libre, han sido los medios más frecuentemente utilizados.

[...] ⁴⁵⁴.

284. El consejero del Gobierno belga, Sand, respondió oralmente, el 17 de mayo de 1939. Para terminar, expuso las conclusiones *modificadas* del Gobierno belga y manifestó, entre otras cosas:

[...] en el día de hoy, en la conclusión final que se acaba de leer, el Gobierno helénico pide que se deje constancia de que reconoce la cosa juzgada, pero no sin reservas: la reconoce bajo la reserva expresa de su imposibilidad de ejecutar el laudo tal como ha sido formulado.

Si comparamos esta conclusión con los corolarios que el honorable Sr. Youpis acaba de agregar, advertimos que la imposibilidad que alega el Gobierno helénico para ejecutar el laudo es atribuible a tres causas: en primer lugar, la situación financiera de Grecia; y, en segundo lugar, la dificultad de transferir divisas en Bélgica —imposibilidades de hecho—; pero en tercer lugar, se presenta un obstáculo jurídico, a saber: la imposibilidad resultante, según el Gobierno helénico, de los acuerdos de Londres con los tenedores de obligaciones de la deuda extranjera helénica, acuerdos que durante las discusiones con la Sociedad y luego con el Gobierno belga se habían presentado como obligatorios para la Sociedad comercial de Bélgica, pero que en el curso del alegato del Sr. Youpis no fueron citados más que como posibles bases para conversaciones encaminadas a la ejecución del laudo.

A juzgar por el primer aspecto de la tesis sostenida, y haciendo abstracción de la conclusión final que acabamos de oír, parecería que, según el Gobierno helénico, a la ejecución del laudo sólo se opondrían dificultades de hecho y no de derecho. Por consiguiente, de no existir dificultades de derecho u objeciones de esa naturaleza, no se habría violado un derecho adquirido ni lesionado el derecho internacional.

En un estudio erudito sobre la cuestión de la fuerza mayor respecto de las obligaciones de los Estados, el Sr. Youpis sostuvo ayer que un Estado no está obligado a pagar su deuda si, para pagarla, ha de comprometer sus servicios públicos esenciales.

El Gobierno belga estaría sin duda de acuerdo sobre el principio así enunciado. Pero, al aplicar el principio y antes de cualquier examen sobre la capacidad de pago del Estado demandado, corresponde indagar si la inejecución se ha debido únicamente a consideraciones de hecho dimanadas de la incapacidad de pago o si no existen en apoyo de esta inejecución otras razones derivadas de un pretendido derecho o de la impugnación de un derecho.

Esto es lo que ha quedado expresado, en una redacción perfecta por su brevedad, en la cuarta cuestión (a la que el Sr. Youpis se refirió ayer) examinada en la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional: «Sin repudiar su deuda, el Estado la suspende.»

Por consiguiente, para decidir si ha habido y si hay aún violación de un derecho internacional no se trata de saber si el Gobierno helénico está en condiciones actualmente de pagar

en todo o en parte, sino de saber si el Estado helénico repudia o ha repudiado su deuda o si se ha limitado o se limita a suspenderla.

En el primer caso, si repudia o ha repudiado su deuda, existirá un litigio de orden jurídico que hace a vuestra jurisdicción. En el segundo caso, sólo habrá falta de pago, inejecución de hecho que, en caso de reclamación, podría ser objeto eventual- mente de una instancia internacional destinada a evaluar la inexistencia y el grado de incapacidad de pago alegado.

[...]

[...] La incapacidad de pago sólo puede entrañar una suspensión de pago total o parcial susceptible, por otra parte, de ser enmendada o de concluir; pero no entrañará una liberación ni siquiera parcial de la deuda.

Lo que hay que evitar, por otra parte, es la confusión que consistiría en incluir en la noción de incapacidad de pago objeciones de orden jurídico, como las resueltas del pago en dólares oro o de la asimilación del crédito de la sociedad a la deuda exterior de Grecia; en este caso ya no nos encontraríamos en el ámbito de la incapacidad de pago.

Las dificultades monetarias, en el supuesto de que hayan quedado establecidas en el alegato del Gobierno helénico, no implicarían una reducción de la deuda ni una modificación de las modalidades de pago contempladas en el laudo; la incapacidad de pago no afectará a la cifra de la deuda o a la moneda en que el pago debe realizarse; sólo afectará a la época o las épocas en que el pago pueda hacerse efectivo.

Por otra parte, para que la abstención total de reembolso del capital o de los intereses quedase justificada, la incapacidad de pago debería ser tal que incluso pagos escalonados o reembolsos a cuenta o de intereses hiciesen peligrar los servicios públicos del Estado, su economía o sus finanzas.

Recordemos el litigio entre Rusia y Turquía a que el Sr. Youpis hizo alusión ayer, en que se juzgó que un pago de seis millones era demasiado pequeño para poner en peligro la existencia del Estado deudor o comprometer su situación exterior o interior.

Pero, respecto de nuestro litigio, recordemos también que desde el 25 de julio de 1936, fecha del laudo definitivo, el Gobierno helénico no ha hallado la manera de reembolsar a la Sociedad ni una suma ínfima del capital, ni siquiera de los intereses, lo que refleja por lo menos una falta total de buena voluntad.

[...]

Recordaréis que el artículo 6 de la Convención de 1925 contiene una disposición formal por la que todos los acontecimientos de fuerza mayor deben ser asumidos por el gobierno.

El Sr. Youpis os ha dicho que esta disposición no contemplaba los pagos y que figuraba en un capítulo titulado «Modo de ejecución de los trabajos».

Tenéis en vuestras manos un ejemplar de la Convención de 1925. Si en el curso de vuestras deliberaciones deseáis echar una mirada al aspecto material de sus primeros artículos, constataréis que no es exacto que exista un capítulo titulado «Modo de ejecución de los trabajos», y que no es exacto que el artículo 6 figure bajo semejante rúbrica [...].

[...]

Eso es lo que, por otra parte, ha determinado la Comisión de Arbitraje, no respecto al caso en cuestión, sino en relación con otra impugnación que le fue planteada, a saber: la cuestión de la rescisión de la convención.

El 1.º de julio de 1932 el Gobierno helénico dejó de pagar a la Sociedad los intereses y la amortización. La Sociedad demandó la rescisión de la convención debido a la falta de pago. El Gobierno helénico respondió: «No he podido pagar a causa de una crisis financiera de tal naturaleza que me ha puesto en situación de fuerza mayor.» La Sociedad respondió diciendo:

⁴⁵⁴ *Ibid.*, págs. 231 a 233.

«Artículo 6: Os corresponde a vosotros asumir la carga de la fuerza mayor.»

Así lo han dicho los árbitros en su laudo y en los términos más generales (anexos de la memoria belga, pág. 38):

«Considerando, si bien es cierto, que el Gobierno alega que el estado deficitario de las finanzas de Grecia, que según él constituiría un caso de fuerza mayor que lo obliga a suspender la ejecución de sus obligaciones financieras; que se apoya en las constataciones [...].

»[...] que, por último, de suponerse que la quiebra financiera del Gobierno helénico pudiese considerarse resultante de un caso de fuerza mayor, el artículo 6 de la convención estipula que ‘ninguna consecuencia perjudicial de acontecimientos de fuerza mayor será asumida por la sociedad’ [...].»

Como veis, en el caso concreto en que se discutía ante los árbitros de la interpretación y de la aplicación del artículo 6 no se trataba de una cuestión de trabajos o de suministros: se trataba, como hoy, de una cuestión de pago.

[...]

Sin embargo, esta mañana hemos escuchado la lectura de las nuevas conclusiones a que ha llegado el Gobierno helénico; en ellas reconoce la cosa juzgada y su carácter obligatorio. Pero en tanto que para que quedásemos satisfechos correspondería un reconocimiento sin reservas, el Gobierno helénico sólo aporta un reconocimiento limitado por reservas e impugnaciones que destruyen su alcance.

En efecto, en el párrafo 3 de las conclusiones leídas esta mañana, el Gobierno helénico reconoce la cosa juzgada bajo la expresa reserva de que se encuentra imposibilitado de ejecutar el laudo en los términos en que ha sido formulado. Se declara dispuesto a negociar e indica que sus arreglos con los acreedores podrían servir de base para la discusión.

El discutir sobre la base de arreglos con los acreedores equivale particularmente —para no hablar de otra cosa— a abandonar el pago en dólares oro. Y abandonar el pago en oro ordenado por los árbitros significa desconocer el laudo.

Por tanto, es evidente que este reconocimiento hecho en conclusión no puede satisfacer al Gobierno belga, ya que está limitado en su alcance y que las reservas que lo circunscriben destruyen su valor.

Además, en el primer párrafo de sus conclusiones, el Gobierno helénico pide que se rechacen las conclusiones del Gobierno belga referentes a la violación por el Estado helénico de sus obligaciones internacionales y demanda que se declare que no ha podido cumplir los laudos arbitrales debido a un caso de fuerza mayor.

Esto es todo lo que he alegado esta mañana y esta tarde. ¿Qué entiende el Gobierno helénico por caso de fuerza mayor? Si lo que tiene en mira es la capacidad de pago, no es a lo que nos hemos referido aquí. Si, por el contrario, entiende por caso de fuerza mayor la cuestión de la cláusula oro y de los acuerdos de Londres, en este caso debo responder: en absoluto. He sostenido —y pienso que la Corte se asociará a nuestro punto de vista— que estos acontecimientos no constituyen fuerza mayor y que se trataría en este caso de un desconocimiento voluntario e intencional del laudo por el Gobierno helénico.

[...]

En suma, luego de la nota del 31 de diciembre de 1936 y hasta hoy mismo, en el curso de la audiencia de esta mañana, lo que el Gobierno helénico ha intentado e intenta todavía no es un arreglo de su deuda en cuanto al otorgamiento de condiciones y plazos, sino una reducción de su deuda, particularmente por abolición del pago en oro.

Modificar su deuda, reducirla, sería desconocer el laudo.

Por tanto, respondiendo a las conclusiones del Gobierno helénico, el señor agente del Gobierno belga me autoriza a leer ante la Corte, en su nombre, nuestras conclusiones finales adoptadas en los términos siguientes:

Vista la solicitud del 4 de mayo de 1938 del Gobierno belga, junto con las conclusiones y conclusiones adicionales de las dos Partes,

Advirtiendo que el Gobierno helénico declara reconocer el carácter definitivo y obligatorio de todas las disposiciones de los laudos arbitrales dictados a favor de la Sociedad comercial de Bélgica, el 3 de enero y el 25 de julio de 1936, pero con reservas que destruyen el alcance de este reconocimiento.

El Gobierno belga

SOLICITA DE LA CORTE:

A. Que falle disponiendo que todas las disposiciones de los laudos arbitrales dictados a favor de la Sociedad comercial de Bélgica el 3 de enero y el 25 de julio de 1936 son sin ninguna reserva definitivas y obligatorias para el Gobierno helénico,

B. Que falle en consecuencia:

1. Que el Gobierno helénico está jurídicamente obligado a ejecutar dichos laudos;

2. Que las condiciones de pago de la deuda pública exterior de Grecia a las que el Gobierno helénico entiende subordinar el reembolso de las sanciones pecuniarias pronunciadas en su contra son y deben permanecer ajenas a la ejecución de estos laudos;

3. Que el Gobierno helénico ha pretendido sin título ni derecho imponer a la Sociedad o al Gobierno belga, como condición previa para el pago, sean modalidades de pago de su deuda exterior, sean otras renunciaciones de derechos reconocidos a la Sociedad por los laudos arbitrales;

C. Que rechace las conclusiones del Gobierno helénico. [...]⁴⁵⁵.

285. Una vez que el consejero del Gobierno belga hubo terminado su presentación, fue interrogado como sigue por el juez Anzilotti:

Sr. ANZILOTTI.—Maitre Sand, creo haberle oído decir en dos o tres oportunidades que, si por fuerza mayor ha de entenderse la incapacidad de pago del Estado helénico, se trata de una cuestión de hecho que escapa al marco del procedimiento. Como no estoy enteramente seguro en este momento de que ése sea el punto de vista del Gobierno helénico, daría cierta importancia al hecho de saber exactamente sobre qué se basa para decir que esta cuestión escapa al marco del presente procedimiento.

Me. SAND.—El Gobierno belga ha puesto en movimiento este procedimiento debido, evidentemente, a la falta de pago; pero en la medida en que se intentaba justificar esta falta de pago por medios jurídicos. Según el Gobierno helénico, el laudo arbitral debería sufrir ciertas modificaciones en su aplicación.

En nuestro sentir —tal fue el espíritu con que se redactó la solicitud introductoria— si se trata de un caso en que el Estado no ha impugnado la decisión arbitral, en que ha reconocido que ésta le es imponible, pero que, debido a su situación financiera y sin otra razón de orden jurídico, se encontraba materialmente en la imposibilidad momentánea de pagar, no se ha producido un caso de desconocimiento de la decisión judicial. Un sistema similar de defensa de parte de un Estado no debería interpretarse ni como un pedido de reducción de la

⁴⁵⁵ *Ibid.*, págs. 236 y 237, 239 y 253 a 257.

deuda ni como un pedido de modificación del laudo o de sus modalidades. Si el Gobierno helénico se hubiera limitado a sostener: «No hemos pagado, tampoco vamos a pagar ahora, ni siquiera los intereses, porque no tenemos con qué pagar», no se habría producido un litigio de naturaleza jurídica; en efecto, la incapacidad de pagar, cuando se trata de una obligación relativa a cosas tangibles como el dinero, no constituye jamás la fuerza mayor liberatoria para el deudor. No habría lugar a un proceso en casos similares sino cuando se tratase realmente de una mala voluntad manifiesta.

Pero el fundamento de la acción que tengo el honor de incoar ante esta Corte no se encuentra en la falta de pago basada en una dificultad material, sino en la falta de pago basada en una modificación que se ha tratado de imponer al laudo arbitral al decir: «No os pagaremos salvo que reconozcáis que el laudo debe ser objeto de tal modificación.»

Como lo dije al comenzar mi alegato de esta mañana, distinguimos las objeciones de derecho y la discusión, de puro hecho, acerca de la capacidad de pago. Todas las objeciones que se relacionan con el derecho implican, en nuestra opinión, faltas de parte del Gobierno helénico. Todo lo que se relaciona con cuestiones de hecho escapa a la apreciación de esta Corte.

Si en materia de derecho el Gobierno helénico ha cometido una o más faltas, son éstas las que, a los ojos del Gobierno belga, configuran el desconocimiento de un derecho adquirido y le permiten sostener ante esta Corte que el derecho internacional ha sido violado.

[...]

Sr. ANZILOTTI.—Por consiguiente, han eliminado esta conclusión. En todo caso, ante su pedido de que la Corte constate la inexecución del laudo arbitral observo que no admite que el Gobierno helénico pueda plantear lo que yo denominaría la excepción de fuerza mayor fundada en la falta de capacidad de pago del Estado helénico. Esto me deja algo intrigado. Nos encontramos tal vez ante una excepción de parte del Gobierno helénico. No veo claramente de qué manera puede usted afirmar que esta excepción no cabe en el marco del presente procedimiento. En el fondo, usted controla la demanda, pero no controla la excepción. Tal vez esté equivocado: no conozco enteramente el pensamiento del Gobierno helénico. Pero es un punto que desearía se me aclarase.

Me. SAND.—La excepción que alega el Gobierno helénico reposa en tres fundamentos. Los dos primeros, de puro hecho, son los siguientes: por una parte, la dificultad de pago en que se encuentra y, por otra, la imposibilidad o la dificultad que tiene de exportar divisas oro. Se trata aquí de dos circunstancias de hecho que, si el Gobierno helénico hubiese ofrecido al Gobierno belga propuestas de pago, habrían dado lugar eventualmente a ciertos acuerdos y a ciertas discusiones, pero en el marco del laudo arbitral, es decir, sin modificar ni la condena principal, ni la condena al pago de intereses, ni el pago en oro, ni las modalidades previstas por los árbitros.

Pero el Gobierno helénico no sólo se niega a ejecutar el laudo basándose en estas dos dificultades; no lo ha querido ejecutar más que si el Gobierno belga —y la Sociedad comercial— consienten en modificar ciertas decisiones de los árbitros que son contrarias a las pretensiones del Gobierno helénico. Si la Sociedad comercial, en la necesidad de recibir el dinero, hubiese aceptado las condiciones que el Gobierno helénico deseaba imponerle, se habría visto obligada, por una especie de coacción, a renunciar a cierto número de ventajas que el laudo le había otorgado.

En realidad, cuando el Gobierno helénico emplea la expresión «fuerza mayor», es víctima de una confusión lógica. Si se trata de la fuerza mayor de puro hecho, resultante de que carece de medios necesarios, no es una negativa de pago que constituiría un desconocimiento del laudo; por el contrario, el Gobierno helénico reconocería el laudo si dijera: «No he podi-

do pagáros porque no tengo con qué pagar.» Esta actitud no constituiría una falta.

Pero si, por el contrario, el Gobierno helénico declara: «Yo no deseo pagaros los dólares oro, aun cuando los árbitros han fallado en mi contra sobre este punto; si deseáis obtener alguna suma, comenzad por renunciar a los dólares oro», se trata de un atentado contra los derechos resultantes del laudo para la Sociedad.

Ciertamente, en las explicaciones verbales del Sr. Youpis en la audiencia de ayer y en la de hoy, la distinción entre los motivos de falta de pago basados en hechos y los motivos basados en el derecho, que era bien neta en las memorias escritas, ha quedado menos marcada; el consejero del Gobierno helénico ha reunido en una especie de fuerza mayor única los inconvenientes de derecho y los de hecho. Corresponde, en cambio, disociarlos.

Esto es lo que me he esforzado en hacer de mi réplica; se trata precisamente de distinguir entre inconvenientes de hecho y de derecho. Es posible que los primeros no dependan de la voluntad del Gobierno helénico; si éste no dispone de los recursos necesarios para pagar, no ha incurrido en una falta que dé lugar a una sanción internacional. Pero si, antes de pagar, el Gobierno helénico decide imponer condiciones que no tiene el derecho de imponer, y que el laudo le ha negado, comete una falta que da lugar a una sanción⁴⁵⁶.

286. El consejero del Gobierno helénico, Youpis, se refirió a una pregunta que le fue hecha en una etapa anterior por el juez Van Eysinga⁴⁵⁷ y a las conclusiones modificadas del Gobierno belga, y continuó con su dúplica, al término de la cual expuso las conclusiones finales del Gobierno helénico:

Pido se me disculpe si en mi exposición no he expresado fielmente el pensamiento del honorable consejero del Gobierno belga; la distinción hecha es en realidad demasiado sutil. No puedo asociarme en absoluto a esta teoría. No puedo admitir, por cierto, que el deudor que pide una reducción del crédito o una modificación de las modalidades de pago sea necesariamente y en todos los casos culpable y que al hacer ese pedido desconozca el laudo. El grado de menoscabo de la ejecución del laudo no constituye en mi opinión un criterio correcto. El criterio verdadero reside en las circunstancias materiales en que se encuentra el deudor.

El deudor que está imposibilitado de ejecutar enteramente la obligación y que pretende liberarse en parte de su deuda para ajustarla a sus posibilidades reales actúa bajo la influencia de un caso de fuerza mayor; no es, en consecuencia, culpable.

Por otra parte, fue bajo la influencia de un caso de fuerza mayor semejante que Grecia ha pedido a sus acreedores que consintiesen en disminuir la deuda exterior, disminución que atañe tanto al monto de la deuda y a la moneda como a las modalidades de pago. Ha sido bajo la presión de los mismos motivos que ha actuado respecto de la Sociedad Ulen. Tanto los acreedores como la Sociedad Ulen han comprendido la exactitud de este llamado y la corrección de su deudor; por eso han asentido en concederle las disminuciones pedidas.

Por otra parte, no es posible concebir la otra distinción entre razones de hecho y razones jurídicas. Si las razones jurídicas son realmente valederas y, según las reglas de derecho, imposibilitan eventualmente al deudor para ejecutar enteramente su obligación, este último está eximido de toda culpa.

Por último, no puede admitirse que la Corte carezca de competencia para decidir una controversia en que el Estado deudor,

⁴⁵⁶ *Ibid.*, págs. 258 a 260.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, págs. 243 y 261.

por razones de hecho —por ejemplo, sus dificultades de tesorería— plantea la imposibilidad de ejecutar enteramente sus obligaciones. En tal circunstancia, el gobierno actúa constreñido por un caso de fuerza mayor que puede ser objeto de un litigio ante la Corte.

Me. Sand afirma lo contrario al sostener que la Corte no tendría aquí competencia para examinar la fuerza mayor planteada por el Gobierno helénico. Pero no aporta ningún argumento en apoyo de su tesis [...].

El Gobierno helénico —lo he dicho y ruego que se me permita repetirlo— jamás ha repudiado voluntariamente su deuda en la medida en que puede cumplirla; y ello porque en ningún momento desde la fijación del crédito —y desde mucho antes— estaba en condiciones de pagarlo enteramente. Sólo habría repudiado si el gobierno pudiera pagar y se negara. Pero semejante tesis es insostenible dada la situación bien conocida de las finanzas de Grecia desde 1932.

[...]

El honorable consejero del Gobierno belga se ha explayado largamente sobre el artículo 6 de la convención. Debo protestar que no la ha leído enteramente; yo ya lo he hecho y sería inútil repetir esa lectura ahora. Al leer esa disposición se observa que la fuerza mayor allí contemplada no se refiere sino a la ejecución material y técnica de los trabajos y no guarda ninguna relación con los suministros y el pago de la deuda.

Se hace valer asimismo la interpretación dada por el laudo; pero éste ha interpretado el artículo respecto de la rescisión del contrato, lo que constituye otro tema; ya he tenido oportunidad de explayarme acerca de la corrección y el carácter obligatorio de este considerando del laudo.

Sin embargo, el ámbito de aplicación de este artículo está bien delimitado de conformidad con el texto: corresponde exclusivamente a la marcha material y técnica de los trabajos; de conformidad con el laudo, y a pesar del sentido claro del texto, ese ámbito se refiere a la rescisión del contrato.

El Gobierno belga busca extender el ámbito de aplicación del artículo y desea hacerlo valer en relación con otro tema, diferente del primero (relativo al texto) y del segundo (relativo al laudo), a saber: el pago de la deuda, que no constituye ni la marcha material y técnica de los trabajos (según el texto del artículo), ni la rescisión del contrato (interpretación del laudo). Se trata de una extensión desmesurada y arbitraria —permítaseme los términos— que no se apoya ni en el texto ni en la sentencia.

Pero ¿qué podría conseguir semejante cláusula, aun si tuviese en cuenta nuestro objeto? Ninguna convención celebrada con anterioridad puede posibilitar la ejecución integral del laudo si, de hecho, la ejecución de la obligación se torna imposible para el deudor. Los textos no pueden oponerse a la brutalidad y al carácter ineluctable de los hechos.

[...]

He terminado. Permítaseme, en razón de las importantes modificaciones aportadas a sus conclusiones por el Gobierno belga, que adopte nuevas conclusiones finales.

El Gobierno helénico tiene el honor de solicitar a la Corte que:

1) Rechace la demanda del Gobierno belga tendente a establecer que el Estado helénico ha violado sus obligaciones internacionales; disponga que el Estado helénico se ha visto impedido por un caso de fuerza mayor de ejecutar el laudo arbitral del 3 de enero y el del 25 de julio de 1936;

2) Rechace la demanda de aquel gobierno tendente a que la Corte ordene al Estado helénico que le pague, a favor de la Sociedad comercial de Bélgica, las sumas correspondientes a ésta en virtud del laudo del 25 de julio de 1936;

Subsidiariamente, se declare incompetente para decidir sobre esta demanda;

[...]

3) Admita que el Gobierno helénico reconoce la cosa juzgada derivada de los laudos arbitrales del 3 de enero y del 25 de julio de 1936 respecto de él y de la Sociedad comercial de Bélgica;

4) Reconozca que ese Gobierno se encuentra, no obstante, en razón de su situación presupuestaria y monetaria, imposibilitado materialmente de ejecutar esas obligaciones tal como han sido formuladas;

5) Decida que el Gobierno helénico y la Sociedad comercial de Bélgica negocien la ejecución de los laudos sobre la base de un arreglo que corresponda a las posibilidades presupuestarias y monetarias del deudor;

6) Establezca en principio que la base justa y equitativa de dicho arreglo figura en los acuerdos celebrados o por celebrarse entre el Gobierno helénico y los portadores de títulos de su deuda pública exterior;

7) Rechace todas las conclusiones contrarias del Gobierno belga⁴⁵⁸.

287. Posteriormente, el consejero del Gobierno belga hizo la siguiente declaración:

[...] El Sr. Youpis, resumiendo la tesis que he tenido el honor de desarrollar y dirigiéndose a mí para preguntarme si estaba de acuerdo con él, pretendía atribuirnos la distinción entre impedimentos de hecho, que constituirían según nosotros un caso de fuerza mayor, y la culpa del Estado deudor que repudia su deuda.

Se trata de un error, pues el impedimento de hecho resultante de la situación financiera de un Estado no constituye, en la hipótesis actual, un caso de fuerza mayor.

En efecto, en las obligaciones relativas a cosas fungibles, como una suma de dinero, jamás existe fuerza mayor; solamente puede existir un estado de insolvencia, más o menos prolongado, que no afecta a la obligación jurídica de pago; el Estado deudor continúa obligado, pues el obstáculo no es insuperable.

Su deuda subsiste enteramente en espera de mejor fortuna. Lo que puede pagar, debe pagarlo.

No puede subordinar sus pagos fraccionados a un acuerdo con el Estado acreedor, que tendría particularmente el efecto de eliminar la posibilidad de una situación futura más favorable y amputar inmediatamente el crédito sobre la base de la capacidad financiera actual del Estado deudor.

[...]

El señor agente del Gobierno belga me pide que agregue una última palabra.

Si tras haber determinado la situación jurídica el Gobierno belga estuviera dispuesto a considerar los pagos, lo haría teniendo en cuenta tanto los legítimos intereses de la Sociedad como la capacidad de pago de Grecia y la tradicional amistad entre los dos países.

Con este espíritu estaría eventualmente dispuesto, una vez que se hubiera fallado sobre las conclusiones actuales, a celebrar un compromiso a fin de resolver *ex aequo et bono* las dificultades que se produjeren en cuanto a las propuestas de pagos que Grecia fuera a hacer⁴⁵⁹.

288. En su fallo de 15 de junio de 1939, la Corte Permanente de Justicia Internacional, por trece votos contra dos, 1.º admitió la alegación A del Gobierno belga⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ *Ibid.*, págs. 263 a 265 y 268 y 269.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, págs. 270 y 271.

⁴⁶⁰ Véase párr. 284 *supra*.

y la alegación N.º 3 del Gobierno helénico ⁴⁶¹, y, tomando nota del acuerdo entre las partes, declaró que los dos laudos arbitrales de 1936 referentes al caso entre el Gobierno helénico y la Sociedad comercial de Bélgica eran definitivos y obligatorios; 2.º rechazó las restantes alegaciones de ambos gobiernos. En la opinión de la Corte figuraban las siguientes observaciones sobre las cuestiones de fuerza mayor y de imposibilidad planteadas por el Gobierno helénico:

El agente de Grecia no puso objeciones al abandono por el agente de Bélgica de las alegaciones de que el Gobierno helénico había violado obligaciones internacionales al negarse a pagar conforme a lo dispuesto en los laudos arbitrales pronunciados a favor de la Sociedad. Ciertamente debe considerarse que asintió a que se abandonaran esas alegaciones, ya que declaró que si se retiraban las dos reclamaciones belgas no tendrían importancia las dos primeras alegaciones griegas presentadas el último día de las audiencias ^[462].

Con excepción del abandono de las dos alegaciones que respondían concretamente a las alegaciones belgas que habían sido retiradas, las alegaciones griegas no han experimentado ningún cambio fundamental en el curso del procedimiento. Tras solicitar de la Corte que rechazara la alegación belga de que había habido negativa del Gobierno de Grecia a ejecutar los laudos arbitrales, las alegaciones griegas pedían a la Corte que declarara que el Gobierno helénico reconocía que esos laudos tenían fuerza de *res judicata*, incluso si por razones económicas no podía pagar la suma debida a la Sociedad belga según el laudo.

En esas alegaciones, en su forma definitiva, se hace hincapié en la necesidad de celebrar negociaciones entre las partes para llegar a un acuerdo respecto de la ejecución de los laudos (N.º 5). Se trata de una opinión que parece compartida por el representante del Gobierno belga, ya que al término de la audiencia celebrada el 19 de mayo el consejero belga manifestó que sí, después de que se hubiera determinado la situación jurídica el Gobierno belga tuviera que tratar la cuestión del pago, tendría en consideración los legítimos intereses de la Sociedad, la capacidad de Grecia para pagar y la tradicional amistad entre ambos países. Animada por este espíritu, Bélgica estaría dispuesta a celebrar un compromiso con miras a resolver *ex aequo et bono*, las dificultades que pudieran surgir respecto de las propuestas de Grecia para efectuar el pago a plazos.

[...]

Por consiguiente, las alegaciones formuladas ante la Corte son las presentadas por el Gobierno belga en la audiencia celebrada el 17 de mayo ^[463] y las presentadas por el Gobierno helénico el 19 de mayo ^[464]. Con respecto a las segundas es de observar, sin embargo, que, como se ha dicho anteriormente, ha de considerarse que las alegaciones N.ºs 1 y 2 han sido abandonadas, ya que se han retirado las reclamaciones del Gobierno belga respecto de la violación de las obligaciones internacionales y de la concesión por la Corte de las sumas debidas a la Sociedad comercial de Bélgica, contra la que iban dirigidas esas alegaciones y que solicitaban el rechazo de las mismas. Por consiguiente, las únicas alegaciones que subsisten ante la Corte son las N.ºs 3, 4, 5, 6 y 7.

[...]

[...] De ello se desprende que la alegación griega N.º 3 co-

rresponde a la alegación belga A. Aunque es cierto que en la alegación A se pide a la Corte que declare que las disposiciones de los laudos arbitrales son «sin reservas» definitivas y obligatorias para el Gobierno helénico, es igualmente cierto que la alegación N.º 3 no contiene reservas. La Corte examinará posteriormente si hay que considerar que las alegaciones subsiguientes del Gobierno helénico implican una reserva respecto de su reconocimiento de la *res judicata*. Por el momento bastará con señalar que las dos Partes están de acuerdo: el Gobierno belga pide a la Corte que declare que los laudos arbitrales tienen fuerza de *res judicata*, y el Gobierno helénico pide a la Corte que declare que este Gobierno reconoce que posee esa fuerza.

[...]

La alegación B del Gobierno belga se presenta expresamente como consecuencia de la alegación anterior y, por consiguiente, de la existencia de *res judicata*. En efecto, es evidente que todo el contenido de los tres párrafos de esa alegación se desprende lógicamente del carácter definitivo y obligatorio de los laudos arbitrales. Si los laudos son definitivos y obligatorios, es cierto que el Gobierno helénico está obligado a ejecutarlos y a hacerlo en su forma actual: por consiguiente, no puede pretender subordinar el pago de la carga financiera impuesta a las condiciones para el pago de la deuda pública externa de Grecia, ya que esto no ha sido admitido en los laudos. Tampoco puede sacrificar ningún derecho de la Sociedad reconocido por los laudos como una condición precedente al pago.

Dado que el Gobierno helénico declara que reconoce que los laudos arbitrales poseen fuerza de *res judicata*, no puede impugnar esa alegación del Gobierno belga sin contradecirse. En efecto, no la impugna; su alegación respecto de la ejecución de los laudos parte de otro punto, como veremos inmediatamente. Por consiguiente, la Corte puede decir que la alegación B de Bélgica no es necesaria ni controvertida.

La segunda observación que ha de hacerse se refiere a las palabras «según derecho», que en el N.º 1 de la alegación B califican a la obligación del Gobierno helénico de cumplir los laudos arbitrales. A juicio de la Corte, estas palabras significan que el Gobierno belga adopta aquí un punto de vista estrictamente jurídico respecto de los efectos de la *res judicata*, punto de vista que, en efecto, no excluye la posibilidad de celebrar arreglos que, sin desvirtuar la autoridad de la *res judicata*, atengan en cuenta la capacidad de pago del deudor.

Es precisamente la posición de los hechos y de consideraciones sobre lo que sería justo y equitativo, por oposición a la de derecho estricto, que el Gobierno helénico adopta en las alegaciones N.ºs 4, 5 y 6.

[...]

A fin de apreciar el alcance preciso de estas alegaciones, debe ante todo tenerse presente que, según las claras declaraciones hechas por las Partes durante el procedimiento, la cuestión de la capacidad de pago de Grecia queda fuera del ámbito del procedimiento incoado ante la Corte. Con objeto de mostrar que la alegación belga de que Grecia había violado sus obligaciones internacionales —alegación que ahora ha abandonado— carecía de fundamento, el Gobierno helénico se había visto obligado a dar una descripción general de la situación presupuestaria y monetaria del país. Por consiguiente, no es probable que el propósito del Gobierno helénico fuera pedir a la Corte una decisión sobre este punto en su alegación N.º 4. A juicio de la Corte, la alegación N.º 4 solamente plantea la cuestión de la capacidad de pago de Grecia en relación con la alegación N.º 5, es decir, la pretensión de que debería dejarse que el Gobierno helénico y la Sociedad comercial de Bélgica negociaran un arreglo en consonancia con la capacidad presupuestaria y monetaria del deudor.

De ello se sigue que, no obstante las palabras «sin embargo», la alegación N.º 4 no entraña una reserva respecto del recono-

⁴⁶¹ Véase párr. 286 *supra*.

⁴⁶² Para las dos alegaciones griegas, una de las cuales se refiere específicamente a la fuerza mayor, véase párr. 286 *supra*.

⁴⁶³ Véase párr. 284 *supra*.

⁴⁶⁴ Véase párr. 286 *supra*.

cimiento de la *res judicata* en la alegación N.º 3; parte de un punto de vista distinto del de los derechos reconocidos por los laudos arbitrales. También se desprende que la alegación N.º 4 puede ser abordada por la Corte solamente si aborda la N.º 5, ya que solamente en ese caso tendría que considerarse si la situación presupuestaria y monetaria de Grecia requiere negociaciones.

Ahora bien, la Corte no puede considerar la alegación N.º 5 del Gobierno de Grecia. Aparte de cualquier otra consideración, es cierto que la Corte no está facultada para obligar al Gobierno belga, y aún menos a la Sociedad, que no participa en el procedimiento, a celebrar negociaciones con el Gobierno helénico con miras a llegar a un arreglo amistoso respecto de la ejecución de los laudos arbitrales que ese gobierno reconoce obligatorios: negociaciones de este tipo dependen totalmente de la voluntad de las partes interesadas. Apenas es necesario agregar que, si la Corte no puede invitar al Gobierno helénico y a la Sociedad comercial de Bélgica a celebrar un arreglo que corresponda a la capacidad presupuestaria y monetaria del deudor, menos aún puede indicar las bases de ese acuerdo. Por consiguiente, debe rechazarse la alegación N.º 6.

Tampoco podría considerarse la alegación N.º 4 del Gobierno helénico si se considerara como una excepción encaminada a obtener de la Corte una declaración de derecho en el sentido de que el Gobierno helénico está justificado, debido a razones de fuerza mayor, para no ejecutar los laudos tal como están redactados, pues es evidente que la Corte solamente podría hacer esa declaración tras haber comprobado por sí misma que la supuesta situación financiera existe realmente y tras haber determinado el efecto que la ejecución plena de los laudos tendría en esa situación; de hecho, las Partes están de acuerdo en que la cuestión de la capacidad de pago de Grecia queda fuera del ámbito del procedimiento incoado ante la Corte.

Ahora bien, aunque la Corte no puede admitir las pretensiones del Gobierno helénico, puede dejar constancia de una declaración que el consejero del Gobierno belga, hablando en nombre del agente de ese gobierno, que se hallaba presente en la Corte, hizo al final de la fase oral del procedimiento. Esta declaración fue la siguiente:

«Si tras haber determinado la situación jurídica el Gobierno belga estuviese dispuesto a considerar los pagos, lo haría teniendo en cuenta tanto los legítimos intereses de la Sociedad como la capacidad de pago de Grecia y la tradicional amistad entre los dos países.»

Esta declaración, hecha después de que el Gobierno helénico hubiera presentado sus alegaciones finales, en términos generales está en consonancia con las alegaciones griegas. Permite a la Corte declarar que ambos gobiernos han convenido, en principio, en examinar la posibilidad de celebrar negociaciones con miras a un arreglo amistoso, en el cual se tendría en cuenta, entre otras cosas, la capacidad de pago de Grecia. Un arreglo de esa naturaleza es sumamente conveniente⁴⁶⁵.

289. El juez Van Eysinga formuló una *opinión disidente* en la que figuraban los siguientes extractos:

Por otra parte, la alegación griega N.º 3, que es menos categórica, va seguida de las alegaciones N.ºs 4, 5 y 6, que están relacionadas con la alegación N.º 3 mediante un significativo «sin embargo». Ciertamente, el Gobierno helénico reconoce que los laudos de 1936 tienen la fuerza de *res judicata*, pero también pide a la Corte que declare que es materialmente imposible para él ejecutar los laudos tal como están redactados (alegación N.º 4), que deberían entablarse negociaciones para celebrar un arreglo en consonancia con la capacidad presupuestaria y monetaria de Grecia (alegación N.º 5), y que, en principio,

la base justa y equitativa para ese arreglo ha de hallarse en los acuerdos celebrados o que se celebren por el Gobierno helénico con los titulares de bonos de su deuda pública externa (alegación N.º 6). Grecia también tiene derecho a que la Corte resuelva sobre estas alegaciones.

En tanto que las alegaciones finales de Bélgica adoptan un punto de vista estrictamente jurídico, las alegaciones N.ºs 4 y 6 de Grecia toman otro punto de vista. Lo que la alegación griega N.º 4 pide a la Corte que haga es que resuelva acerca de la capacidad financiera y monetaria de Grecia, aun cuando el propósito de las partes en una fase anterior del procedimiento pueda haber sido dejar esta cuestión aparte. Sobre la base de la conclusión solicitada en la alegación N.º 4 de Grecia, a saber: una conclusión de que es materialmente imposible para el Gobierno helénico ejecutar los laudos de 1936 tal como están formulados, la Corte, de conformidad con la alegación N.º 5, debería dejar al Gobierno helénico y a la Sociedad belga que llegaran a un arreglo que estuviera en consonancia con la capacidad presupuestaria y monetaria de Grecia y que, de conformidad con la alegación N.º 6 de Grecia, debería en principio basarse en los arreglos ya celebrados o que han de celebrarse con los titulares de bonos de la deuda externa griega.

Indudablemente, la Corte tiene jurisdicción para considerar la alegación N.º 4. Se trata de determinar un hecho: la situación presupuestaria y monetaria de Grecia. La determinación de este hecho, a su vez, requiere un informe de expertos, ya que la Corte no puede resolver simplemente sobre la base de lo que las dos partes —pese a que sus declaraciones sobre esta cuestión deben quedar fuera del ámbito de este procedimiento— le han sometido respecto de la capacidad financiera y monetaria de Grecia. En consecuencia, la Corte debería aplicar el artículo 50 del Estatuto, que dispone que podrá, «en cualquier momento, confiar a un individuo, órgano, oficina, comisión u otra organización que seleccione la tarea de llevar a cabo una investigación o de presentar un informe de expertos».

Solamente tras haber recibido un informe de esa naturaleza podría la Corte resolver acerca de las alegaciones N.ºs 4 a 7 de Grecia y acerca de la alegación C de Bélgica⁴⁶⁶.

290. El juez Hudson también formuló una *opinión individual*, en la cual, entre otras cosas, se decía lo siguiente:

La alegación N.º 4 del Gobierno helénico presenta más dificultad. Aunque indudablemente fue presentada en parte con objeto de dar fundamento a las alegaciones N.ºs 5 y 6, no puede decirse que ésa fuera su única finalidad.

En primer lugar, el texto de la alegación N.º 4 debe considerarse que formula una reserva al reconocimiento por el Gobierno helénico del principio de *res judicata* en relación con los laudos arbitrales de 1936. En efecto, en la alegación N.º 3 de Grecia, de 17 de mayo, esa formulación se reconocía que expresaba una reserva al reconocimiento por el Gobierno helénico de la aplicación de ese principio; y la misma intención parece contener la alegación N.º 4, de 19 de mayo, con la palabra *toutefois*. Según esta interpretación, la alegación N.º 4 plantearía la cuestión del efecto jurídico de la situación presupuestaria y monetaria de Grecia, cuestión que fue examinada detenidamente por el consejero del Gobierno helénico en su informe sobre la excepción de fuerza mayor; a mi juicio, esa cuestión requeriría un examen del derecho interno aplicable. Basándose en esta interpretación, la alegación N.º 4, igual que las alegaciones de Bélgica, tendrían que ser rechazadas.

Otra posible interpretación de la alegación N.º 4 sería que la Corte está simplemente llamada a determinar como cuestión de hecho que, debido a la situación presupuestaria y monetaria de

⁴⁶⁵ C.P.J.I., serie A/B, N.º 78, págs. 16 y 17 y 19 a 22.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, págs. 25 y 26.

Grecia, es materialmente imposible para el Gobierno helénico cumplir los laudos arbitrales con arreglo a sus términos. En la dúplica escrita y en la fase anterior del procedimiento oral se declaró que el Gobierno helénico no pedía a la Corte que abordara la cuestión de la capacidad de pago de Grecia; sin embargo, ese gobierno podía cambiar su intención a este respecto. Según esta interpretación, la alegación N.º 4 tendría el efecto de plantear la cuestión de la capacidad de pago de Grecia. Considero que esa alegación, interpretada de esta forma, debería rechazarse por falta de pruebas de la imposibilidad alegada. La mayoría de las estadísticas presentadas a la Corte se refieren a la situación presupuestaria y monetaria de Grecia en un período anterior, y solamente de forma indirecta se refieren a la situación actual. No se pide a la Corte que ordene una investigación de expertos, y las pruebas aportadas no me parece que requieran esa medida.

En la alegación N.º 4 el Gobierno helénico hace hincapié en los términos precisos de los laudos arbitrales. El laudo de 25 de julio de 1936 fijaba la suma que había de pagar el Gobierno helénico a la Sociedad comercial de Bélgica, preveía los intereses a un tipo del 5 % a partir del 1.º de agosto de 1936, pero no fijaba ningún plazo dentro del cual el Gobierno helénico debiera efectuar el pago de la suma debida. En la declaración hecha en nombre del Gobierno de Bélgica el 19 de mayo se dijo que este gobierno nunca se había propuesto pedir un solo pago total de la suma debida, de lo que se deducía que no se proponía hacerlo. Dada esta circunstancia, parecería innecesario investigar la capacidad de pago del Gobierno de Grecia para abonar en un solo pago la totalidad de la suma debida; en este sentido, la alegación N.º 4, considerada como una solicitud para averiguar un hecho, deja de tener sentido después de la declaración belga.

En cuanto a la alegación N.º 3 del Gobierno helénico, considero que la Corte puede tomar nota del reconocimiento por el Gobierno helénico del principio de *res judicata* respecto de los dos laudos arbitrales de 1936, pero considero que al admitir la alegación N.º 3 la parte dispositiva del fallo no debería ir más allá de esto ⁴⁶⁷.

ASUNTO RELATIVO A LA COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DE SOFÍA Y DE BULGARIA (*Bélgica contra Bulgaria*) [1940]

291. En el curso del procedimiento incoado por Bélgica en 1938 contra Bulgaria, la Corte tuvo ante sí la alegación del Gobierno búlgaro de que la fuerza mayor resultante de la segunda guerra mundial le había impedido presentar su dúplica dentro del plazo fijado por la Corte. Ese gobierno alegaba también que, como consecuencia de la guerra, fue imposible al agente de Bulgaria colaborar con el abogado extranjero e informó a la Corte de que había prohibido, debido a graves riesgos de seguridad personal, la salida de Bulgaria de su agente y del magistrado nacional designado al efecto.

292. El 2 de octubre de 1939, dos días antes de que venciera el plazo fijado por la Corte para la presentación de la dúplica de Bulgaria, el agente de Bulgaria envió el siguiente telegrama a la Corte:

Sofía —2 de octubre de 1939—. Tengo el honor de informar a la Corte de que recientes acontecimientos han impedido mi colaboración con el abogado de la defensa búlgara, el profesor francés Gilbert Gidel, y que debido a circunstancias de fuerza mayor resultantes de la guerra no puedo presentar la dúplica

búlgara.—ALTINOFF, Ministro plenipotenciario, agente del Gobierno búlgaro ⁴⁶⁸.

293. El representante belga, al ser informado de este mensaje, respondió en un telegrama de 3 de octubre de 1939 que el Gobierno de Bélgica «no oponía ninguna objeción a una prórroga razonable del plazo teniendo en cuenta la fuerza mayor» ⁴⁶⁹, pero que presentaría a la Corte una solicitud para que adoptase medidas transitorias de protección. La Corte prorrogó el plazo para la presentación de la dúplica búlgara hasta el 4 de enero de 1940.

294. En cuanto a la solicitud belga de que la Corte adoptara medidas transitorias de protección, ésta fijó el 24 de noviembre de 1939 como plazo para que Bulgaria presentara observaciones por escrito al respecto. A este respecto, el agente de Bulgaria envió el siguiente telegrama, de fecha 18 de noviembre de 1939:

Sofía —18 de noviembre de 1939—. En respuesta a la segunda solicitud incidental belga, el Gobierno búlgaro me encarga que informe a la Corte de que debido a la guerra es imposible para el agente búlgaro colaborar con el abogado extranjero en la preparación de la defensa búlgara; y de que, debido a la necesidad de cruzar países beligerantes para llegar a La Haya, lo que entraña graves riesgos de seguridad personal, el Gobierno búlgaro prohíbe la salida del magistrado nacional Papazoff y del agente búlgaro. Teniendo en cuenta esta situación de fuerza mayor, el Gobierno búlgaro no se considera obligado a presentar a la Corte las observaciones requeridas, pero declara que existen múltiples razones para rechazar la solicitud belga de que se adopten medidas transitorias.—ALTINOFF, Ministro plenipotenciario, agente del Gobierno búlgaro ⁴⁷⁰.

295. Después del auto de la Corte, de fecha 5 de diciembre de 1939, por el que se resolvía la petición belga de que se adoptaran medidas transitorias de protección ⁴⁷¹, el agente búlgaro envió el siguiente telegrama, de fecha 2 de enero de 1940, a la Corte:

Sofía —2 de enero de 1940—. Tengo el honor de informar a la Corte que el Gobierno búlgaro reitera su declaración sobre la existencia de circunstancias de fuerza mayor por las razones expuestas en mis dos telegramas anteriores, de 2 de octubre y de 18 de noviembre, debido a las cuales no se considera obligado a presentar la dúplica búlgara a la Corte para la fecha fijada. Según la información oficial, el abogado de la defensa búlgara, el conocido profesor Gilbert Gidel, ha sido movilizado por el ejército francés.—ALTINOFF, Ministro plenipotenciario, agente del Gobierno búlgaro ⁴⁷².

296. El agente belga, tras haber recibido una copia del citado telegrama búlgaro de 2 de enero de 1940, envió a la Corte una carta de fecha 24 de enero de 1940 que contenía ciertas observaciones en forma de alegaciones:

Muy señor mío: el 4 del corriente tuvo la amabilidad de informarme del texto de un telegrama del agente del Gobierno

⁴⁶⁸ *Ibid.*, N.º 80, pág. 6.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.*, N.º 79. Por ese auto, la Corte indicaba como medida transitoria que hasta que la Corte dictara el fallo definitivo sobre el litigio, Bulgaria debería garantizar que «no se adoptara ninguna medida de ningún tipo que pudiera perjudicar los derechos reclamados por el Gobierno belga o que agravara o ampliara el litigio sometido a la Corte» (*ibid.*, pág. 9).

⁴⁷² *Ibid.*, N.º 80, pág. 7.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, págs. 29 a 31.

búlgaro, de fecha 3 de enero, relativo al asunto pendiente entre el Estado de Bélgica y el Estado de Bulgaria (el Asunto relativo a la Compañía de Electricidad de Sofía y de Bulgaria). La actitud adoptada por el Gobierno búlgaro en ese telegrama respecto de la fuerza mayor merece ciertas observaciones del Gobierno belga que tengo el honor de presentar a la Corte en forma de alegaciones cuyo texto figura adjunto. Reciba el testimonio, [...]. DE RUELLE, agente del Gobierno belga.—*Asunto relativo a la Compañía de Electricidad de Sofía y de Bulgaria.* ALEGACIONES.—En relación con el telegrama enviado por el representante del Gobierno de Bulgaria al Secretario de la Corte el 3 de enero; considerando que el Gobierno belga no puede aceptar la alegación incluida en el mismo, a saber: que el estado de guerra actual existente entre ciertos países constituye una situación de fuerza mayor que impide la continuación del procedimiento, el cual, por consiguiente, debería ser suspendido indefinidamente hasta el final de la guerra; considerando que esta alegación no es razonable, está calculada para obstruir los derechos de la parte demandante y no está en consonancia con la alta misión de la Corte; considerando que ninguna de las Partes en el asunto participa en las hostilidades ni tampoco los Países Bajos, donde está ubicada la sede de la Corte; considerando que puede demostrarse, si se negara el hecho, que las comunicaciones entre estos tres países no han sido interrumpidas; considerando además que si la Corte, a la que corresponde la única responsabilidad respecto de este procedimiento, considerara adecuado por cualquier razón conceder una prórroga definitiva, el Gobierno belga no opondría ninguna objeción, como expresó en el curso del procedimiento oral respecto de la indicación de las medidas transitorias de protección; considerando, no obstante, que no se menciona esa medida limitada en el telegrama antes mencionado del agente del Gobierno búlgaro: solicito de la Corte que declare que no hay fundamento para suspender el procedimiento, ya que el argumento de la fuerza mayor ha sido erróneamente invocado por la parte demandada, y que conceda a la parte demandante la oportunidad, si fuera necesario, de presentar alegaciones adicionales para la continuación del procedimiento después de que la Corte haya dictado la decisión aquí solicitada. Bruselas, 24 de enero de 1940, DE RUELLE, agente del Gobierno belga ⁴⁷³.

297. En su *auto de 26 de febrero de 1940*, la Corte resolvió la cuestión de la forma siguiente:

Considerando, en primer lugar, que la Corte está llamada a examinar si la supuesta imposibilidad de colaborar con un abogado extranjero y los supuestos riesgos del viaje a La Haya constituyen circunstancias de fuerza mayor que fundamenten la justificación para no presentar su réplica el Gobierno búlgaro el 4 de enero de 1940, fecha fijada después de la prórroga del plazo por el auto de 4 de octubre de 1939;

Considerando, respecto de esta cuestión, que, por una parte, corresponde al Gobierno búlgaro, si desea disponer de la ayuda de un abogado, seleccionar a un abogado de su nacionalidad o de una nacionalidad extranjera, cuya colaboración en las presentes circunstancias pueda garantizarse efectivamente y, por otra parte, que no se ha demostrado que en realidad hasta el momento presente haya habido o haya nada que impida viajar y mantener comunicaciones entre Bulgaria y la sede de la Corte;

Considerando que los hechos alegados, por consiguiente, no constituyen una situación de fuerza mayor capaz de justificar que el Gobierno búlgaro haya dejado de observar el plazo que le fue concedido para la presentación de la réplica, plazo que expiró el 4 de enero de 1940;

Considerando que se desprende de la memoria y la contra-memoria presentadas respectivamente de conformidad con los autos de 28 de marzo, de 27 de agosto de 1938 y de 4 de abril

⁴⁷³ *Ibid.*, págs. 7 y 8.

de 1939, que según lo previsto en el artículo 42 del reglamento, por una parte, el Gobierno belga, demandante, ha presentado su exposición de los hechos, sus fundamentos de derecho y sus alegaciones, y por otra parte, el Gobierno búlgaro, demandado, ya sea que admita o niegue los hechos expuestos en la memoria belga, ha presentado sus hechos adicionales, sus observaciones relativas a los fundamentos de derecho de la memoria belga, sus propios fundamentos de derecho en respuesta y sus alegaciones;

Considerando que el Gobierno búlgaro, que actualmente se abstiene sin razones válidas de presentar una réplica en contestación a la réplica del Gobierno de Bélgica de 19 de agosto de 1939, como tuvo la oportunidad de hacerlo hasta el 4 de enero de 1940, de conformidad con el auto de 4 de abril de 1939, y la prórroga del plazo concedida por el auto de 4 de octubre de 1939, no puede por su propia voluntad impedir la continuación del procedimiento incoado y el debido ejercicio de las facultades de la Corte de conformidad con el estatuto y el reglamento;

Considerando que el Gobierno belga, en sus observaciones presentadas en forma de alegaciones el 24 de enero de 1940, pide expresamente a la Corte que no suspenda el procedimiento y que se le conceda una oportunidad, si fuera necesario, de presentar alegaciones adicionales para la continuación del procedimiento;

Considerando que dadas estas circunstancias el procedimiento escrito debe considerarse terminado y que el asunto, de conformidad con el artículo 45 del reglamento, está listo para audiencia;

Considerando que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 47 del reglamento, la Corte debe fijar ahora la fecha para el comienzo de la fase oral del procedimiento;

Considerando también que debe tenerse presente, además, a este respecto el tiempo necesario para que las Partes puedan preparar sus respectivos argumentos orales,

Considerando todo lo anterior,

La Corte

fija la fecha del 16 de mayo de 1940 como fecha para el comienzo de la fase oral del procedimiento en el litigio sometido a la Corte en virtud de la demanda del Gobierno belga presentada en la secretaría de la Corte el 26 de enero de 1938 ⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, págs. 8 y 9. En cuanto a la evolución posterior del asunto, en el 16.º informe de la Corte (15 de junio de 1939-31 de diciembre de 1945) figura el resumen siguiente:

«[...] Debido a la invasión de los Países Bajos, no ha podido efectuarse la apertura del procedimiento oral.

»Habida cuenta de la reunión de la Corte prevista para el mes de octubre de 1945, el Secretario, refiriéndose a los acontecimientos que se han producido desde el 10 de mayo de 1940 y que han hecho imposible las comunicaciones con el Gobierno belga, se dirigió el 3 de setiembre de 1945 a éste a fin de saber qué continuación se proponía dar al asunto por él presentado. En carta de fecha 24 de octubre de 1945, el Ministro de Relaciones Exteriores de Bélgica respondió: "dado que las circunstancias actuales hacen esperar que el Gobierno belga ya no tenga necesidad de ejercer su derecho de protección a favor de la Sociedad belga [...], el Gobierno belga desiste de la instancia presentada ante la Corte [...] pide que dicha acción sea eliminada de la lista de la Corte". Este desistimiento fue notificado, por una comunicación de fecha 2 de noviembre de 1945, a la Parte demandada. El Secretario le informó al mismo tiempo de que el Presidente de la Corte, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 69 del reglamento, fijaba para el 1.º de diciembre de 1945 el plazo dentro del cual podría oponerse al desistimiento que se había producido. No ha llegado a la Secretaría ninguna oposición procedente de la parte demandada.» (*Ibid.*, serie E, N.º 16, pág. 143.)

ASUNTO DEL ESTRECHO DE CORFÚ [FONDO] (*Reino Unido contra Albania*) [1949]

298. El 22 de octubre de 1946, dos buques de guerra británicos que navegaban por el estrecho de Corfú norte chocaron con minas que estaban en aguas territoriales albanesas, que causaron daños a los buques y pérdidas de vidas humanas. Según el Gobierno británico, 44 marineros resultaron muertos y 42 heridos, los dos buques resultaron averiados y uno de ellos quedó inservible. Tras presentar una protesta a las autoridades albanesas, el Gobierno británico llevó a cabo, sin el consentimiento albanés, un barrido del estrecho de Corfú el 12 y el 13 de noviembre de 1946, en el que encontró 22 minas fondeadas. El Gobierno británico alegó, sobre la base del examen de los expertos, que las minas habían sido colocadas muy poco antes de la fecha de la explosión.

299. El 9 de diciembre de 1946, el Gobierno británico entregó una nota a la Legación de Albania en Belgrado en la que expresó su creencia de que las autoridades albanesas habían mantenido una vigilancia estrecha de todos los buques que utilizaban el estrecho de Corfú norte desde el 15 de mayo de 1946, cuando baterías de costa albanesas habían hecho fuego contra dos buques británicos, y afirmó que:

[...] es cierto que no se podía haber colocado ningún campo de minas en el estrecho a pocos centenares de yardas de las baterías albanesas sin la connivencia o, al menos, el conocimiento de las autoridades albanesas.

19. En consecuencia, el Gobierno de Su Majestad debe concluir que el Gobierno de Albania o bien colocó el campo de minas mencionado o sabía que había sido colocado. El Gobierno de Albania, por tanto, ha cometido una transgresión patente del derecho internacional. Con arreglo a los artículos 3 y 4 de la Convención VIII de La Haya de 1907, todo gobierno que coloque minas en tiempo de guerra, y con mayor razón en tiempo de paz, está obligado a notificar las zonas peligrosas a los gobiernos de todos los países. (En efecto, esta obligación se aplica incluso si las zonas no son utilizadas normalmente para la navegación.) No solamente el Gobierno de Albania nunca ha hecho pública una notificación de ese campo de minas, sino que no ha hecho comentario alguno sobre la publicación continuada de los correspondientes mapas y folletos M.E.D.R.I. [«Mediterranean Route Instructions»]. Así, las autoridades albanesas han suscrito una declaración inequívoca de la autoridad internacional reconocida a la navegación mundial de que era seguro navegar por el canal [...] ⁴⁷⁵.

En consecuencia, el Gobierno británico pidió al Gobierno de Albania que diera excusas por los «ataques no provocados contra la Marina real» que se produjeron el 15 de mayo y el 22 de octubre y la seguridad de que no se repetiría el «acto ilícito». Además pidió que se pagara una indemnización por los daños sufridos por los buques y que se abonara una plena compensación a los familiares de los 44 marinos, oficiales y demás miembros de la tripulación que perdieron la vida como consecuencia de la actuación del Gobierno de Albania.

300. Un argumento similar fue aducido también por el representante británico ante el Consejo de Seguridad el 18 de febrero de 1947 ⁴⁷⁶.

301. En una nota de fecha 21 de diciembre de 1946, el Gobierno de Albania rechazó todas las acusaciones formuladas por el Gobierno británico, particularmente la acusación de que «el propio Gobierno albanés había colocado las minas o sabía que otros habían colocado las minas o conocía la existencia de las minas» en el estrecho ⁴⁷⁷.

302. El 22 de mayo de 1947, el Gobierno británico presentó su solicitud a la Corte Internacional de Justicia, en la que figuraban los siguientes puntos:

1) Que el Gobierno albanés había colocado, o tenía conocimiento de que se habían colocado, minas en sus aguas territoriales del estrecho de Corfú sin notificar la existencia de estas minas, según lo requerido por los artículos 3 y 4 de la Convención VIII de La Haya de 1907, por los principios generales del derecho internacional y por las normas ordinarias de humanidad; 2) que las minas mencionadas habían causado daños a dos destructores de la Marina real y la muerte a cuarenta y cuatro miembros de la Marina real; las averías de los destructores eran graves; 3) que las pérdidas de vidas y los daños mencionados en el apartado 2 se debían a que el Gobierno de Albania no había cumplido sus obligaciones internacionales y no había actuado de conformidad con las normas de humanidad; 4) que la Corte debía decidir que el Gobierno de Albania era responsable internacionalmente de las muertes y los daños mencionados y que estaba obligado a hacer una reparación o abonar una indemnización al Gobierno del Reino Unido por las mismas, y 5) que la Corte determinara la indemnización o compensación ⁴⁷⁸.

El Gobierno británico repitió sus argumentos en la memoria presentada a la Corte el 30 de setiembre de 1947. Primero resumió «las reglas establecidas de derecho internacional», respecto de la colocación de minas, de la forma siguiente:

a) El Estado que coloca minas o que, en connivencia, asiente a la colocación de minas, sin la necesidad especial que en guerra exonera de responsabilidad a los beligerantes y neutrales que actúan de conformidad con la Convención VIII de La Haya, comete una transgresión de derecho internacional y un delito internacional.

b) El Estado que coloca minas o, en connivencia, asiente a la colocación de minas en un canal de navegación según lo indicado en el apartado a) y deja de cumplir los requisitos categóricos de la Convención VIII de La Haya respecto de la notificación por adelantado de la colocación de minas es reo de un delito contra la humanidad que agrava seriamente la transgresión de derecho internacional y el delito internacional cometido por ese Estado.

[...] ⁴⁷⁹.

A continuación afirmaba que, en el caso de referencia, el Gobierno de Albania había violado estas reglas, subrayando que:

La colocación del campo de minas era ya de por sí, sin lugar a dudas, un delito internacional de carácter grave. La responsabilidad de Albania se debía, en primer lugar, a la complicidad directa en la existencia del campo de minas derivada de su conocimiento del mismo, ya fuera que Albania hubiera colocado las minas o que, en connivencia, hubiese asentido a su colocación. En segundo lugar, la responsabilidad se debía a la omisión, que en la exposición del Gobierno del Reino Unido se calificaba de voluntaria, de cumplir la obligación internacio-

⁴⁷⁵ C.I.J. *Mémoires, Détroit de Corfou*, vol. I, págs. 14 y 15.

⁴⁷⁶ Véase *Actas Oficiales del Consejo de Seguridad, segundo año*, N.º 15, 107.ª sesión.

⁴⁷⁷ C.I.J. *Mémoires, Détroit de Corfou*, vol. I, pág. 181.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, pág. 9.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, pág. 40.

nal imperativa de notificar la existencia del peligroso campo de minas. En tercer lugar, su responsabilidad se debía a que las autoridades albanesas no señalaron a los buques de Su Majestad el peligro que corrían cuando vieron que se aproximaban al campo de minas⁴⁸⁰.

303. En su *fallo de 9 de abril de 1949*, la Corte consideró que la supuesta colocación de las minas por Albania o la connivencia en la misma no estaba probada. La Corte concluyó, sin embargo, «que la colocación del campo de minas que causó las explosiones, [...] no podía haberse realizado sin el consentimiento del Gobierno de Albania»⁴⁸¹. La Corte señaló a continuación varias obligaciones de Albania derivadas de ese conocimiento, incluida la obligación de notificar a la navegación la existencia de minas en sus aguas. Aunque no pudo determinar la fecha exacta de la colocación de las minas, la Corte afirmó que, incluso si se había producido en el último momento posible, de forma que el Gobierno de Albania no hubiera podido dar una notificación general a toda la navegación antes del momento de la explosión, «ciertamente no había impedido a las autoridades de Albania adoptar, como debían haber hecho, todas las medidas necesarias para avisar inmediatamente a los buques próximos a la zona de peligro y, más especialmente, a aquellos que se estaban aproximando a la zona»⁴⁸². A continuación la Corte declaraba:

En efecto, las autoridades de Albania no intentaron nada para impedir el desastre. Estas graves omisiones entrañan responsabilidad internacional para Albania.

Por consiguiente, la Corte llega a la conclusión de que Albania es responsable según el derecho internacional de las explosiones que ocurrieron el 22 de octubre de 1946 en aguas albanesas, y de los daños y pérdidas de vidas humanas que resultaron de las mismas y que Albania tiene la obligación de pagar una indemnización al Reino Unido⁴⁸³.

304. En una *opinión disidente*, el juez Badawi Pasha examinó si, aparte de la connivencia o el conocimiento, Albania había cometido una falta que hubiera causado la explosión y en la que cabría finalmente basar su responsabilidad internacional por los daños. El juez Pasha dijo:

El Reino Unido no sostuvo, como otro fundamento de la responsabilidad, que existiera esa falta. El consejero del Reino Unido incluso declaró oficialmente que, a menos que tuviera conocimiento, Albania no era responsable.

Ahora bien, se expresó la opinión de que los términos utilizados en el compromiso son generales y abarcan todos los casos de responsabilidad internacional, y que corresponde a la Corte examinar si puede probarse que esa falta fue cometida por Albania.

Antes de examinar este aspecto de la cuestión debe destacarse que el derecho internacional no reconoce la responsabilidad objetiva, basada en la noción de riesgo, adoptada por ciertas legislaciones nacionales. En efecto, la evolución del derecho internacional y el grado de desarrollo alcanzado por la noción de cooperación internacional no nos permite considerar que se haya alcanzado esa fase o que esté a punto de alcanzarse.

Por consiguiente, el hecho de que Albania no cumpliera una

obligación internacional debe probarse, y debe probarse también que ésta fue la causa de la explosión.

Algunos opinan que existe una obligación general de los Estados de ejercer vigilancia razonable a lo largo de su costa y de que el hecho de que Albania no obrara con la debida diligencia, en ausencia de conocimiento por su parte, era la razón de que el campo de minas permaneciera ignorado y que se causara la explosión.

Esa obligación general no existe ni puede existir. Incluso suponiendo que exista, el nexo causal entre la falta de cumplimiento de la obligación y la explosión queda por demostrar⁴⁸⁴.

305. El juez Krylov, *disintiendo* también, se preguntó si no era posible hallar la responsabilidad internacional de Albania en la noción de *culpa*. El juez preguntó si no cabía alegar que Albania «no había obrado con la diligencia requerida por el derecho internacional para impedir la colocación de minas en el estrecho de Corfú»⁴⁸⁵. Su respuesta fue negativa:

[...] La responsabilidad de un Estado como consecuencia de un delito internacional presupone, como mínimo, la existencia de culpa por parte de ese Estado. No puede basarse la responsabilidad internacional de un Estado en el argumento de que el acto de que se acusa al Estado se haya producido en su territorio, terrestre, marítimo o aéreo. No se puede transferir la teoría del riesgo, que se ha elaborado en el derecho interno de algunos Estados, a la esfera del derecho internacional. A fin de fundar la responsabilidad del Estado hay que recurrir a noción de culpa. Me refiero al famoso autor inglés Oppenheim. En su obra sobre el derecho internacional, Oppenheim escribe que la concepción de delito internacional supone que el Estado actuó «voluntaria y maliciosamente» o, en los casos de omisión, «con negligencia culpable» (vol. I, párr. 154). El Sr. Lauterpacht, editor de la séptima edición (1948), agrega que cabe advertir en los autores modernos una tendencia definida a rechazar la teoría de la responsabilidad absoluta y a basar la responsabilidad de los Estados en la noción de culpa (pág. 311).

Como ya he declarado, no puedo encontrar en la organización y funcionamiento de la vigilancia costera de Albania —habida cuenta de lo limitado de los recursos de ese pequeño país— una falta de diligencia que pueda entrañar la responsabilidad de Albania. No encuentro ninguna prueba de negligencia *culpable*⁴⁸⁶.

306. El juez Krylov abordó a continuación la cuestión de si Albania había incurrido en responsabilidad por el hecho de no haber avisado a los buques británicos de su inminente peligro el 22 de octubre de 1946. El juez dijo que, incluso si Albania hubiera conocido la existencia del campo de minas antes de ese día, el servicio de guarda costera de Albania «no hubiera podido avisar a los buques británicos del hecho ese día», pues «habida cuenta de las circunstancias del paso de los buques ese día, los guardacostas no hubieran tenido tiempo suficiente ni los medios técnicos necesarios para dar ese aviso»⁴⁸⁷.

307. En otra *oponión disidente*, el juez Azevedo afirmó que la noción de *culpa* siempre estaba cambiando y experimentando un lento proceso de evolución, «apartándose de los elementos clásicos de la imprudencia y la

⁴⁸⁰ *Ibid.*, pág. 48.

⁴⁸¹ *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 22.

⁴⁸² *Ibid.*, pág. 23.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*, pág. 65.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, pág. 71.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, pág. 72.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

negligencia para tender a aproximarse al sistema de la responsabilidad objetiva; y esto ha llevado hoy día a algunos autores a negar que la culpa esté separada definitivamente del aspecto de una teoría basada exclusivamente en el riesgo»⁴⁸⁸. El juez Azevedo continuó:

[...] Al apartarnos de las nociones de elección y de vigilancia llegamos en la práctica a la fusión de las soluciones sugeridas por la culpa contractual y la culpa delictiva.

Y así, sin perjuicio de mantener la importancia tradicional de la palabra culpa y de evitar la dificultad de demostrar un elemento subjetivo, se ha hecho un esfuerzo para demostrar presunciones que simplemente cambiarían la carga de la prueba como en la teoría del depósito en la que una simple actitud negativa, una simple prueba de falta de culpa por parte del depositario, no es suficiente. La víctima tiene que probar solamente los daños y el nexo causal; y esto basta para comprometer la responsabilidad, a menos que el demandado pueda demostrar la culpa de un tercero, o de la víctima, o la existencia de fuerza mayor; solamente éstas pueden exonerarlo de responsabilidad.

Esta tendencia ya ha invadido el derecho administrativo (la noción de la falta en el servicio) y con mayor razón debe aceptarse en el derecho internacional, en el cual la responsabilidad objetiva se admite mucho más fácilmente que en el derecho privado⁴⁸⁹.

308. En el presente caso, el juez Azevedo dijo que, incluso si no era posible demostrar que Albania tuviera conocimiento de la presencia de minas, cabía examinar si Albania «debería o podía haber tenido conocimiento» de la cuestión. Examinando el caso desde el punto de vista de la *culpa*, le sorprendía la debilidad de la defensa de Albania a lo largo de una línea costera desierta y llegaba a la conclusión de que «debería reconocerse que Albania [...] no colocó puestos de vigilancia en los puntos considerados más adecuados cuando organizó la defensa costera aproximadamente en mayo de 1946. Por consiguiente, Albania debía cargar con las consecuencias [...]. La posibilidad de negligencia de la potencia costera, que comprometía la responsabilidad de esa potencia, no podía descartarse [...]»⁴⁹⁰.

309. Por su parte, el juez Ečer, en una *opinión disidente*, mantenía brevemente que la responsabilidad de un Estado suponía la existencia de *dolo* o de *culpa* por su parte, citando, como el juez Krylov, el siguiente pasaje del curso de derecho internacional de Oppenheim-Lauterpacht (*The International Law*, 1948, pág. 311):

El acto de un Estado perjudicial para otro Estado no constituye un delito internacional si no ha sido cometido voluntaria y maliciosamente o con negligencia culpable⁴⁹¹.

ASUNTO RELATIVO A LOS DERECHOS DE NACIONALES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN MARRUECOS (Francia contra los Estados Unidos de América) [1952]

310. Una de las cuestiones planteadas en este caso se refería a la aplicación a nacionales de los Estados Uni-

dos de un decreto de 1948 promulgado por el Residente General de la República francesa en Marruecos respecto de la regulación de las importaciones en la antigua zona francesa de Marruecos. El Gobierno francés alegaba, entre otras cosas, que ese decreto se ajustaba a disposiciones de tratados aplicables a Marruecos y obligatorias para Francia y los Estados Unidos. Esa afirmación era impugnada por el Gobierno de los Estados Unidos, que mantenía, entre otras cosas, que tenía derecho, debido a sus tratados con Marruecos, a un régimen de libre comercio con ese Estado sin restricciones o prohibiciones sobre las importaciones, excepto aquellas especificadas en los tratados. Los Estados Unidos recordaron su tratado de 1836 con Marruecos, por el cual se concedía el trato de la nación más favorecida, y sostenían que, en virtud de ese tratado, habían tenido derecho y seguían teniendo derecho a un régimen de libre cambio con Marruecos, en virtud de los tratados que preveían ese régimen (con ciertas excepciones específicas) celebrados por Marruecos con Gran Bretaña en 1856 y con España en 1861.

311. Los informes de ambos Gobiernos contenían argumentos respecto de la continuación de la validez o de las modificaciones de esos tratados o de parte de los mismos. El Gobierno francés alegaba también, entre otras cosas, que el decreto de 1948 suponía la aplicación del control de cambios y aducía argumentos a favor de la validez de ese control de cambios. En el curso de su alegato de 16 de julio de 1952, el agente adjunto del Gobierno francés, Reuter, se refirió a la cuestión de principio con respecto a la validez del control de cambios en cuanto se refería a diversos tratados, y mencionó en particular la cuestión de fuerza mayor en relación con el tratado anglo-marroquí de 1856:

Supongamos que se considera que el artículo 2 del Tratado de Comercio entre Gran Bretaña y Marruecos, que es el más preciso en su fórmula, impida todas las prohibiciones de importación cualesquiera que sean las circunstancias; de ello se sigue que Marruecos no tiene derecho a someter las importaciones al control de cambios, excepto naturalmente las pipas, el tabaco de fumar, el azufre y otros productos enumerados en ese artículo. Si ésa fuera la conclusión de un examen de los tratados, contra esa conclusión el Gobierno francés aduciría una excepción y sería la excepción de fuerza mayor. El derecho internacional admite la excepción de fuerza mayor. Bastará con citar aquí una decisión célebre de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya dictada el 11 de noviembre de 1912 en un litigio que enfrentaba a Rusia y a Turquía. Se trataba de saber si el Gobierno turco podía invocar dificultades financieras para justificar la falta de pago de una deuda líquida y exigible contraída con el Gobierno ruso. La Corte de Arbitraje de La Haya declaró que la excepción de fuerza mayor era oponible en derecho internacional público. Pero rechazó la aplicación en el caso que le era sometido porque, declaró, el pago de la suma «no habría puesto en peligro la existencia del Imperio otomano ni habría comprometido gravemente su situación interior o exterior».

Es necesario demostrar que los hechos constitutivos de fuerza mayor presentan tres caracteres: imprevisibilidad, exterioridad con relación al Estado que invoca la fuerza mayor y limitación que impide al Estado cumplir su obligación. Estos tres caracteres existen en el caso presente. Es fácil, en una palabra, mostrar que aquí la imprevisibilidad y la exterioridad pueden demostrarse simultáneamente.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, pág. 85.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, pág. 86.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, págs. 93 y 94.

⁴⁹¹ *Ibid.*, pág. 128.

En la época en que fue firmado el tratado de 1856, todas las monedas eran convertibles. El dinero obtenido por una venta en un país dado permitía obtener un producto en cualquier otro país. Desde la segunda guerra mundial ya no es lo mismo: todos los Estados o casi todos han decidido la inconvertibilidad de sus monedas; éste es un hecho ajeno a Marruecos y que lleva a una consecuencia ineluctable: Marruecos debe comprar al que le compra; ya no le es posible físicamente a Marruecos elegir los países con los que quiere comerciar. Esta regla traduce una necesidad absoluta que es de orden mecánico y que no puede desaparecer más que por la vuelta general de las monedas a la convertibilidad o por la disposición por Marruecos de una masa considerable de divisas convertibles, y no se da ninguna de estas dos circunstancias.

¿Es verdaderamente necesario demostrar largo tiempo que, en las circunstancias actuales, la supresión del control de cambios pone en peligro en muchos Estados el equilibrio económico fundamental?

A este respecto bastarán dos testimonios:

El primero está tomado del informe del Director Ejecutivo del Fondo Monetario Internacional con ocasión de la primera reunión del Consejo de Administración (*First annual meeting of the Board of Governors, Report of the executive directors*, pág. 20). Pedimos permiso a la Corte para leer un pasaje de ese informe, en el cual se verá la identidad de los términos con los que fueron empleados años ha por la Corte de Arbitraje de La Haya:

«Durante la guerra, el control y las restricciones en materia de cambios son esenciales para movilizar y conservar los recursos en divisas extranjeras; su mantenimiento hoy día refleja la falta de correlación de los recursos en divisas extranjeras de un país con relación a sus necesidades y a la importancia de preservarse frente a la emigración de capitales y a los problemas que generan. En muchos países hay una seria escasez de bienes de todo tipo que deben ser obtenidos del extranjero. En tales países, las restricciones de los cambios son durante cierto tiempo inevitables («unavoidable») con objeto de asegurar que las exigencias más esenciales del consumo corriente y de la reconstrucción sean satisfechas dentro de los limitados recursos en divisas extranjeras. El acuerdo sobre el Fondo Monetario reconoce que muchos países deberán seguir usando el mecanismo de control de cambios para prevenir la disipación de sus recursos en divisas y la ruina de su posición económica internacional por la fuga de capitales.»

En realidad, aparte de los Estados Unidos, poquísimos Estados han podido renunciar a estas medidas.

Lo que lo prueba bien es el segundo testimonio, que se cita a continuación.

Un gran Estado, Gran Bretaña, ha tratado de volver a la libre convertibilidad de las monedas. Se ha comprometido a ello por un tratado de fecha 6 de diciembre de 1945 con los Estados Unidos [*Treaty Series*, N.º 53 (1946) Cmd. 6968].

Tras un breve ensayo ha debido renunciar a su empresa y restablecer los controles estrictos. Gran Bretaña no tiene costumbre de dejar de cumplir sus compromisos financieros si no es por motivos de fuerza mayor. La necesidad ineluctable para ella de restablecer este control de cambios ha sido reconocida en un intercambio de cartas de fecha 20 de agosto de 1947 entre el Gobierno norteamericano y el Gobierno inglés (Cmd. 7210).

Esta argumentación sobre la fuerza mayor tiene la ventaja de mostrar cuál es el origen profundo del control de cambios, pero no nos detendremos más en ella, pues es preciso ir ahora más allá del solo texto del artículo 2 del tratado de 1856 para examinar el conjunto de este tratado de 1856 [...] ⁴⁹².

⁴⁹² C.I.J. *Mémoires, Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, vol. II, págs. 182 a 184.

312. En el alegato pronunciado el 21 de julio de 1952 por el agente del Gobierno de los Estados Unidos, Fisher, se decía lo siguiente:

Por tanto, ni la fluctuación del franco en el mercado negro de París ni la falta de dólares de Marruecos parecen constituir una situación de fuerza mayor o una situación en que se pueda invocar la doctrina del orden público para justificar la derogación de derechos norteamericanos establecidos en el tratado sin el consentimiento de los Estados Unidos.

[...]

Los Estados Unidos creen que los argumentos que ya se han expuesto han demostrado que el Gobierno francés no ha sentado el fundamento necesario para apoyar su argumento de que consideraciones de orden público o de fuerza mayor justifican el establecimiento de un sistema de prohibición de importaciones en violación de los derechos convencionales de otras potencias sin el consentimiento de las mismas [...] ⁴⁹³.

⁴⁹³ *Ibid.*, págs. 241, 248 y 249. Con respecto a los pasajes citados, los argumentos aducidos por los Estados Unidos a que se hace referencia se referían principalmente al argumento del Gobierno francés referente al orden público. Resumido brevemente, dice así: el Gobierno francés sostenía que el Acta de Algeciras de 1906 autorizaba —y la comunidad internacional de naciones reconocía— la validez de que un Estado adopte medidas para asegurar su orden público, no obstante los tratados que tienen por objeto conceder a ciertos Estados el derecho a importar libremente. Se señaló que las restricciones habían sido impuestas por Marruecos cuando el mantenimiento de su orden público lo requería en los casos de salud pública, moral pública y control del comercio en tiempo de guerra (véase, por ejemplo, *ibid.*, págs. 2 a 26 y 192 a 203). Francia alegaba además que:

«[...] el Acta de Algeciras, salvo estipulación expresa, respeta la soberanía marroquí y obliga a Marruecos a emprender reformas que hagan de él un Estado moderno. En este caso, Marruecos está autorizado a establecer todas las prohibiciones de importación que tienen por objeto hacer respetar el orden público. Los tratados anteriores, incluso si hay dudas acerca de su alcance, no pueden recibir una aplicación que vaya contra el establecimiento de esas reformas. [...] Ahora bien, las restricciones introducidas en las importaciones por motivos financieros y monetarios son restricciones basadas en un motivo de orden público. El control de los cambios no es más que la organización de una escasez. Si la escasez es real, se producirían los desórdenes más graves como consecuencia de la falta de acción del Estado. No hay Estado, ni tratado, ni organización internacional que no haya reconocido esta verdad fundamental [...].

»[...] en la comunidad de las naciones civilizadas, el establecimiento de un régimen de libertad sin desigualdad no lleva a la prohibición del control de cambios destinado a garantizar el equilibrio de la balanza de pagos. [...] La libertad económica en la comunidad de las naciones civilizadas jamás es una libertad absoluta, incondicional. [...] La libertad de cambios jamás ha obstaculizado las medidas de defensa del orden público. [...] La práctica de las naciones civilizadas ha reconocido que el control de cambios era, en caso de desequilibrio grave de la balanza de pagos, una medida de orden público legítima.» (*Ibid.*, págs. 23 y 192.)

Los Estados Unidos consideraron que el argumento del orden público era falso y carecía de fundamento (véase, por ejemplo, *ibid.*, págs. 93 a 106 y 238 a 262). Ahora bien, los Estados Unidos opinaban que era perfectamente razonable interpretar que el principio de la libertad económica significaba que las importaciones no debían prohibirse, excepto en los casos auténticamente necesarios para proteger la salud y la moral pública y controlar el comercio con el enemigo en tiempo de guerra. Los Estados Unidos destacaron que el decreto de 1948 no se aplicaba como medio de efectuar el control de cambios, sino más bien como medio de imponer restricciones a la importación. En cuanto a la alegación de orden público a ese respecto, los Estados Unidos dijeron:

313. En su *fallo de 27 de agosto de 1952*, la Corte Internacional de Justicia, entre otras cosas, rechazó unánimemente los argumentos del Gobierno francés relativos al decreto de 1948 promulgado por el Residente General Francés en Marruecos. La Corte decidió que, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida incluida en el tratado de 1836 entre Marruecos y los Estados Unidos, y habida cuenta de los derechos adquiridos por los Estados Unidos con arreglo al Acta de Algeciras de 1906, los Estados Unidos tenían derecho a oponerse a toda discriminación a favor de Francia en materia de importaciones en la zona francesa de Marruecos. En cuanto a las alegaciones relativas a la legalidad del control de cambios, la Corte declaró lo siguiente:

El Gobierno de Francia ha presentado varias alegaciones que pretenden demostrar la legalidad del control de cambios. La Corte no considera necesario pronunciarse sobre esas alegaciones. Incluso suponiendo la legalidad del control de cambios, lo cierto es que las medidas aplicadas en virtud del decreto de 30 de diciembre de 1948 han supuesto una discriminación a favor de lo importado de Francia y de otras partes de la Unión Francesa. Esta discriminación no puede justificarse por consideraciones de control de cambios⁴⁹⁴.

ASUNTO RELATIVO AL LAUDO ARBITRAL DICTADO POR
EL REY DE ESPAÑA EL 23 DE DICIEMBRE DE 1906
(*Honduras contra Nicaragua*) [1960]

314. Este asunto se basó en la alegación de Honduras de que el hecho de que Nicaragua no diera cumplimiento al laudo arbitral dictado el 23 de diciembre de 1906 por el Rey de España relativo a las líneas de demarcación de la frontera entre Honduras y Nicaragua constituía una transgresión de una obligación internacional. En sus

«[...] Los casos específicos que se enumeran como aplicaciones normales de la teoría del orden público son casos dispares entre los que hay poca relación racional si es que hay alguna, a menos que toda finalidad en la que el Estado tenga un interés esté amparada por esa teoría. No puede quedar ninguna duda sobre este punto frente a la afirmación rotunda hecha en la réplica de que todas las restricciones impuestas sobre las importaciones por razones financieras y monetarias son restricciones basadas en consideraciones de orden público, ya que su finalidad es proteger los intereses económicos y financieros del Estado. No hay restricciones o prohibiciones de la importación para las que no pueda darse alguna justificación financiera o económica. La teoría del orden público sostenida en la réplica simplemente pretende conferir a tales justificaciones arbitrarias el carácter de legitimidad. Apenas es necesario señalar la amenaza para la estabilidad del orden de las relaciones internacionales que este concepto del orden público entraña. Además de ser una innovación, la teoría es una negación de toda la estructura convencional internacional, ya que permite a los Estados anular las obligaciones convencionales mediante el simple expediente de seleccionar, si no crear, una condición interna determinada y afirmar que el cumplimiento de la obligación crearía un peligro real o potencial para esa noción amorfa conocida por orden público [...]» (*Ibid.*, pág. 99.)

En el contexto del presente estudio, la cuestión de la alegación del orden público en este caso parece más relacionada con el concepto de estado de necesidad (véanse párrs. 20 a 30 *supra*, relativos a la distinción entre ese concepto y el de fuerza mayor).

⁴⁹⁴ C.I.J. Recueil 1952, pág. 186.

conclusiones finales ante la Corte Internacional de Justicia, Honduras pidió a la Corte que juzgara y declarara que Nicaragua estaba obligada a dar cumplimiento al mencionado laudo arbitral. Nicaragua alegaba, entre otras cosas, que la «llamada decisión arbitral era en cualquier caso imposible de ejecutar debido a sus omisiones, contradicciones y oscuridades»⁴⁹⁵.

315. En las alegaciones escritas y orales relativas a este punto concreto, gran parte estaba dedicada a hacer reseñas e interpretaciones detalladas del laudo arbitral y de varios otros documentos relativos a la determinación por el Rey de España de las líneas precisas de demarcación de la frontera. En la audiencia, sin embargo, los representantes de los dos gobiernos hicieron algunas observaciones generales acerca de la pretensión de que el laudo arbitral fuera imposible de ejecutar debido a las omisiones, contradicciones y oscuridades.

316. En la audiencia del 23 de setiembre de 1960, el consejero del Gobierno de Honduras, Briggs, dijo lo siguiente:

Para fines de información me veo obligado a tratar un argumento nicaragüense más, no porque sea importante, sino porque Nicaragua pretende basarse en él. Me refiero al argumento frecuentemente repetido por Nicaragua de que el laudo del Rey de España no podía ser ejecutado, incluso si se aceptara su validez. Nicaragua afirma que hay lagunas en el laudo, que contiene oscuridades y contradicciones que harían imposible para las partes cumplirlo, incluso si ambas estuvieran dispuestas a hacerlo. Esto despierta escepticismo.

Además no hay lagunas en el laudo del Rey de España. Las supuestas oscuridades y contradicciones son lastimosas invenciones de un demandante decepcionado. El párrafo 91 de la contramemoria nicaragüense contiene tantas contradicciones y oscuridades que no está claro siquiera si Nicaragua considera los supuestos defectos como fundamento de la nulidad del laudo o como una excusa independiente para el incumplimiento por Nicaragua de sus obligaciones internacionales. En aquella época, es decir, antes de 1912, la propia Nicaragua no consideraba los supuestos defectos del laudo como un fundamento de su nulidad, sino como algo que requería aclaración.

Mi colega, el profesor Guggenheim, ha demostrado que el derecho internacional no reconoce ningún fundamento de nulidad en los supuestos errores de un laudo. Y si Nicaragua estaba realmente convencida de que el laudo contenía oscuridades que le impedían cooperar en su ejecución, el procedimiento adecuado hubiera sido pedir al árbitro que aclarara el laudo. El hecho de que Nicaragua no lo hiciera lo atribuye *ahora* (en su contramemoria, párr. 91) al argumento de doble filo de que los poderes del Rey como árbitro expiraron con la redacción del laudo —*expiraron con la redacción del laudo*—. No es necesario que Honduras aproveche este camino atractivo, ya que lo cierto es que el laudo del Rey de España es perfectamente claro y su ejecución posible⁴⁹⁶.

317. En su alegato pronunciado el 1.º de octubre de 1960, el co-agente del Gobierno de Nicaragua, Chamorro, afirmó lo siguiente:

La realidad de esta laguna, por consiguiente, aparece como un hecho demostrado. Las oscuridades y contradicciones en el extremo del cabo Gracias a Dios, de la línea fronteriza, y las lagunas en el otro extremo del sector de Teotecacinte han sido

⁴⁹⁵ C.I.J. Recueil 1960, pág. 199.

⁴⁹⁶ C.I.J. Mémoires, Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, vol. II, pág. 201.

demostradas claramente y la única cosa que puede concluirse de esos hechos es la imposibilidad de ejecutar el laudo.

¿Cómo puede afirmarse que una decisión es concluyente y completa cuando la línea fronteriza que el árbitro estaba llamado a establecer en su totalidad no reúne esas condiciones? Esto podría ser admisible, quizá, si esas oscuridades, contradicciones y lagunas se hubieran producido en un pequeño sector del medio de la línea. Pero como este defecto se produce a ambos extremos de la misma, la ejecución sobre el lugar resulta imposible de realizar, ya que la parte señalada claramente está aislada.

Honduras parece considerar que estas dificultades insuperables para aplicar el llamado laudo son muy fáciles de vencer, juzgando que esas dificultades se refieren simplemente al problema de ejecución en el lugar de una línea establecida claramente y en su totalidad. Pero hay una gran diferencia entre la simple ejecución de una línea teóricamente establecida en su totalidad y una línea que no está trazada total y claramente ⁴⁹⁷.

318. El 7 de octubre de 1960, uno de los consejeros del Gobierno de Honduras, Guggenheim, en el curso de su alegato oral resumió la posición del Gobierno sobre esa cuestión como sigue:

Recordamos que hemos presentado una demanda expresa de ejecución, ya que dicha obligación de ejecutar resulta de la declaración por la Corte de la fuerza obligatoria de la sentencia.

Nicaragua, si comprendemos bien su segunda conclusión, querría hacer admitir que, aunque fuera válida, la sentencia no sería ejecutable debido a las oscuridades y lagunas que afectan a su parte dispositiva.

Ahora bien, es evidente que el carácter ejecutable de la sentencia es un corolario necesario de su fuerza obligatoria. La práctica internacional importante relativa a la ejecución de los tratados de límites o de las sentencias arbitrales que fijan una frontera establecen de manera decisiva que las dificultades técnicas eventuales que pueden surgir son de la competencia de la comisión de demarcación y que de ninguna forma cabría dissociar artificialmente la fuerza obligatoria o la validez de una sentencia de su carácter ejecutable.

Además, las oscuridades y lagunas alegadas por Nicaragua, que por otra parte no constituyen en sí mismas fundamentos de nulidad reconocidos por el derecho de gentes, están de todas formas también cubiertas por las aquiescencias explícitas y tácitas de Nicaragua.

La sentencia es perfecta y enteramente ejecutable en todas sus partes, como hemos demostrado.

Pedimos a la Corte que declare que la segunda conclusión de Nicaragua es inadmisibles, y debe ser rechazada ⁴⁹⁸.

319. En su réplica oral de 11 de octubre de 1960, uno de los consejeros del Gobierno de Nicaragua, Rolin, declaró lo siguiente:

Sé perfectamente, señores, que la oscuridad en la parte dispositiva no lleva normal y necesariamente a la nulidad de la decisión arbitral y judicial. Pero sí conduce normalmente a peticiones de interpretación y crea una imposibilidad de ejecutar. Esta imposibilidad es momentánea si se puede obtener la interpretación del que ha dictado la sentencia. Esta imposibilidad es, sin embargo, duradera cuando el órgano que ha dictado la sentencia ha desaparecido, y dadas estas condiciones hemos

creído poder autorizarnos a asimilar a nulidad esta dificultad de ejecución ⁴⁹⁹.

320. En su fallo de 18 de noviembre de 1960, la Corte Internacional de Justicia, por 14 votos contra 1, declaró que el laudo arbitral de 1906 era válido y obligatorio y que Nicaragua estaba obligada a cumplirlo. En cuanto a la alegación de que no era posible ejecutar el laudo debido a sus omisiones, contradicciones y oscuridades, la Corte declaró lo siguiente:

Nicaragua alegó, además, que no era posible ejecutar el laudo debido a sus omisiones, contradicciones y oscuridades y que, por consiguiente, sobre esta base la Corte debe rechazar la alegación de Honduras en la que pide a la Corte que juzgue y declare que Nicaragua está obligada a cumplirlo.

La cláusula dispositiva del laudo fija el punto fronterizo común en la costa del Atlántico en la boca del río Segovia o Coco, donde desemboca en el mar, tomando como boca del río la de su brazo principal entre Hara y la isla de San Pío, donde está situado el cabo Gracias a Dios; y ordena que, desde ese punto, la línea fronteriza siga la vaguada del río Segovia o Coco hacia arriba sin interrupción hasta que llega al lugar de su confluencia con el río Poteca o Bodega, y que a partir de allí la frontera se aparte del río Segovia o Coco y continúe a lo largo del valle de la corriente del Poteca o Bodega hasta el punto en que se une al río Guineo o Namaslí. Desde esta confluencia, la línea ha de seguir la dirección que corresponde a la demarcación del sitio de Teotecacinte, conforme a la demarcación hecha en 1720, y termine en el portillo de Teotecacinte de forma tal que dicho sitio quede totalmente dentro de la jurisdicción de Nicaragua.

Nicaragua ha alegado que la boca del río no es un punto fijo y no puede servir de frontera común entre dos Estados, y que plantearía cuestiones vitales de derechos de navegación la aceptación de la boca del río como frontera entre Honduras y Nicaragua. La cláusula dispositiva del laudo, como ya se ha indicado, ordena que «a partir de la boca del Segovia o Coco la línea fronteriza seguirá la vaguada de este río hacia arriba». Es evidente que en este contexto la vaguada se consideraba en el laudo que constituía la frontera entre los dos Estados incluso en la «boca del río». A juicio de la Corte, la determinación de la frontera en este sector no debería plantear dificultad.

Nicaragua alega, además, que la delimitación establecida en la cláusula dispositiva deja una laguna de unos dos kilómetros entre el punto de partida de la línea fronteriza desde la confluencia del Poteca o Bodega con el Guineo o Namaslí hasta el portillo de Teotecacinte, que es el punto al que la comisión mixta había llevado la línea fronteriza desde su punto fronterizo occidental. Un examen del laudo no revela que exista en efecto una omisión respecto del trazado de la línea fronteriza entre la confluencia del Poteca o Bodega con el Guineo o Namaslí y el portillo de Teotecacinte.

En vista de la clara directriz dada en la cláusula dispositiva y de las explicaciones en apoyo de la misma contenidas en el laudo, la Corte no considera que sea imposible ejecutar el laudo debido a sus omisiones, contradicciones u oscuridades ⁵⁰⁰.

321. El juez Sir Percy Spender, en una *opinión separada*, declaró lo siguiente:

Por último, estoy de acuerdo en que carece de fundamento la pretensión de Nicaragua de que sea imposible ejecutar el laudo debido a las oscuridades y contradicciones que alega.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, pág. 325.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, pág. 426.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, pág. 481.

⁵⁰⁰ *C.I.J. Recueil 1960*, págs. 216 y 217.

No parece existir ninguna razón que impida la ejecución del laudo ⁵⁰¹.

322. El juez *ad hoc* Urrutia Holguín *disintió*, pero afirmó lo siguiente con respecto a la pretensión de que era imposible ejecutar el laudo:

Nicaragua ha pedido a la Corte que declare que, incluso si fuera válido, no sería posible ejecutar el laudo debido a sus omisiones, contradicciones y oscuridades.

⁵⁰¹ *Ibid.*, pág. 220.

Es difícil definir cuál es la vaguada, el brazo navegable o la boca principal de ríos que, en una tierra que se halla todavía en proceso de formación, cambian con frecuencia su curso. Un tribunal no puede dar opiniones sobre cuestiones que solamente técnicos o ingenieros pueden decidir. Como la Corte, «no considero que el laudo no pueda ejecutarse», ya que corresponde a las comisiones mixtas o a cualquier otra autoridad a las que las partes confíen el trazado de la línea fronteriza, resolver los problemas que las omisiones, contradicciones u oscuridades contenidas en el laudo plantean ⁵⁰².

⁵⁰² *Ibid.*, pág. 235.

SECCIÓN 2.—ARBITRAJE

323. Los materiales relativos al arbitraje registrados en la presente sección se refieren bien a la «fuerza mayor», al «caso fortuito», a la «imposibilidad» o a la presencia o ausencia de elementos tales como «culpa», «dolo», «negligencia», «diligencia», etc. Como en la sección relativa a la práctica de los Estados, según se refleja en la correspondencia diplomática y en otros documentos oficiales, ambos tipos de material se refieren a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito o situaciones de hecho que podrían finalmente equivaler a circunstancias de ese tipo. Los distintos casos se presentan cronológicamente.

324. De las decisiones registradas se desprende que la fuerza mayor y el caso fortuito han sido reconocidos frecuentemente, expresa o tácitamente, por los tribunales y comisiones arbitrales como circunstancias que excluyen la ilicitud. Algunos laudos y opiniones arbitrales también se refieren a las condiciones que han de reunir estas circunstancias para ser reconocidas como tales en el derecho internacional. Ahora bien, obsérvese que los laudos arbitrales se refieren a veces a la aplicación o interpretación de regímenes de responsabilidad establecidos por tratados. Los tratados frecuentemente contienen cláusulas de responsabilidad como, por ejemplo, el siguiente párrafo del artículo XVIII del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Alemania y México, firmado el 5 de diciembre de 1882:

Queda también estipulado entre las dos Partes contratantes que el Gobierno alemán no pretenderá hacer responsable al Gobierno de México, a menos que hubiese culpa o falta de la debida diligencia por parte de las autoridades mexicanas, o de sus agentes, de los perjuicios, vejámenes o exacciones ocasionados en tiempo de insurrección o de guerra civil a los súbditos alemanes en el territorio de México por parte de los sublevados, o causados por las tribus salvajes sustraídas a la obediencia del gobierno ⁵⁰³.

La aplicación e interpretación de los regímenes de responsabilidad convencionales corresponde habitualmente a ciertas comisiones o tribunales arbitrales tales como los establecidos de conformidad con tratados de paz. Por ejemplo, después de la primera guerra mundial, el Tribunal Arbitral Mixto franco-alemán, constituido des-

pués del Tratado de Versalles, declaró frecuentemente que, como Alemania había reconocido, con arreglo al artículo 231 de ese tratado, la responsabilidad de la guerra, el Estado alemán no podía ampararse en la excepción de fuerza mayor o de caso fortuito ⁵⁰⁴ debido a la guerra ⁵⁰⁵ en los casos de litigios con nacionales de potencias aliadas ⁵⁰⁶.

325. Igualmente debe observarse que las conclusiones a que llegan en casos concretos tribunales o comisiones arbitrales pueden depender también de las condiciones del compromiso por el que se establezca el tribunal o comisión correspondiente o por el que se remita el caso para arbitraje. Por ejemplo, el artículo 3 del Protocolo entre Alemania y Venezuela, de 13 de febrero de 1903, dispone que «el Gobierno venezolano admite su responsabilidad en los casos en que la reclamación sea por lesiones o por la toma ilícita de propiedad, y, por consiguiente, la comisión no tendrá que decidir la cuestión de la responsabilidad, sino solamente si la lesión o la toma de propiedad fueron actos ilícitos, y cuál es el monto de la indemnización debida» ⁵⁰⁷. Aunque en algunos casos los compromisos establecen que el tribunal examine y decida las reclamaciones de conformidad con los principios del derecho internacional, así como de conformidad con las prácticas y la jurisprudencia internacionales establecidas ⁵⁰⁸, en otros se dice que las re-

⁵⁰⁴ Véase, por ejemplo, L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 3.ª ed., París, Pedone, 1969, t. II, págs. 472 y 473.

⁵⁰⁵ Véase, por ejemplo, Dame Franz contra el Estado Alemán y Hourcade contra el Estado Alemán (1922) en *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, París, Sirey, 1922, vol. I, págs. 781 a 788.

⁵⁰⁶ Véase, por ejemplo, Lorrain contra el Estado Alemán (1923) (*ibid.*, 1924, vol. III, págs. 623 a 627). Ahora bien, el tribunal reconoció la excepción de fuerza mayor en ciertos casos relativos a los daños causados por revolucionarios en Alemania. Véase, por ejemplo, Schleimer contra el Estado Alemán y Fonbank contra el Estado Alemán (*ibid.*, 1926, vol. V, págs. 848 y 849, e *ibid.*, 1929, vol. VIII, págs. 489 a 491).

⁵⁰⁷ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 60.V.4), pág. 359.

⁵⁰⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 6 de la Convención entre Chile y Gran Bretaña de 4 de enero de 1883 (H. La Fontaine, *Pacific International*, Berna, Stämpfli, 1902, pág. 243) y el artículo 2 del Compromiso entre Italia y Perú de 25 de noviembre de 1889 [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 66.V.3), pág. 393].

⁵⁰³ G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de Traités*, Gotinga, Dieterich, 1884, 2.ª serie, t. IX, págs. 484 y 485. Véase también el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Alemania y Colombia, firmado el 23 de julio de 1892 (*ibid.*, 1894, t. XIX, págs. 842 y 843).

clamaciones deben resolverse de conformidad «con los derechos establecidos en el tratado y con los principios del derecho y la equidad internacionales»⁵⁰⁹, «con los principios del derecho, la justicia y la equidad internacionales»⁵¹⁰, «de conformidad con los principios del derecho y la equidad»⁵¹¹, de conformidad «con los principios de la justicia y la equidad»⁵¹², «con arreglo a la equidad absoluta, sin tener en cuenta las objeciones de carácter técnico, o las disposiciones de la legislación local»⁵¹³, etc.⁵¹⁴.

326. Por último, los materiales registrados se refieren exclusivamente a casos de arbitraje de carácter «internacional» desde el punto de vista de las partes en el litigio, así como de conformidad con el carácter del tribunal o la comisión arbitral de que se trate. Las decisiones de los órganos arbitrales nacionales⁵¹⁵ o las relativas al arbitraje en cuestiones de derecho privado no se incluyen⁵¹⁶.

ASUNTO DEL «JAMAICA» (*Gran Bretaña/Estados Unidos de América*) [1798]

327. El *Jamaica*, un buque mercante británico, fue capturado en alta mar por un buque armado originalmente en un puerto de los Estados Unidos de América. El buque y su carga fueron incendiados y totalmente destruidos en alta mar. La Comisión Mixta británica/

⁵⁰⁹ Por ejemplo, el artículo 7 del Compromiso entre el Reino Unido y los Estados Unidos de América de 18 de agosto de 1910 [*ibid.*, vol. VI (N.º de venta: 1955.V.3), pág. 10].

⁵¹⁰ Artículo II de la Convención General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América de 8 de setiembre de 1923 [*ibid.*, vol. IV (N.º de venta: 1951.V.1), pág. 12].

⁵¹¹ Véase, por ejemplo, el artículo 1 del Compromiso entre Noruega y los Estados Unidos de América de 30 de junio de 1921 (Reclamaciones de los armadores noruegos) [*ibid.*, vol. I (N.º de venta: 1948.V.2), pág. 310].

⁵¹² Véase, por ejemplo, el artículo 2 de la Convención entre México y el Reino Unido de 19 de noviembre de 1926 [*ibid.*, vol. V (N.º de venta: 1952.V.3), pág. 8].

⁵¹³ Protocolo entre los Estados Unidos de América y Venezuela de 17 de febrero de 1903 por el que se crea la Comisión Mixta estadounidense/venezolana [J. H. Ralston, *Venezuela Arbitrations of 1903*, Wáshington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1904, pág. 2].

⁵¹⁴ Sobre la interpretación de las cláusulas de equidad insertadas en los compromisos por las cortes o los tribunales arbitrales internacionales, véase Ch. de Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, París, Pedone, 1972.

⁵¹⁵ Por ejemplo, la comisión mixta constituida para resolver las reclamaciones surgidas de la guerra civil de 1909-1910 de Nicaragua fue designada por el Gobierno nicaragüense [véase *American Journal of International Law*, Nueva York, vol. 9, N.º 4 (octubre de 1915), págs. 858 a 869].

⁵¹⁶ Por ejemplo, cuestiones de arbitraje comercial. Para un caso interesante de arbitraje comercial que conlleva la interpretación de una «cláusula de fuerza mayor» incluida en un contrato, véase el laudo de fecha 19 de junio de 1958 dictado por la Comisión de Arbitraje de Comercio Exterior de la URSS en el Asunto *Jordan Investments Ltd. contra Soizneftexport* [*American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 53, N.º 4 (octubre de 1959), págs. 800 a 806]. Para un comentario sobre ese laudo, véase H. J. Berman, «*Force majeure and the denial of an export license under Soviet law...*», *Harvard Law Review*, Saint Paul (Minn.), vol. 73, N.º 6 (abril de 1960), págs. 1128 a 1146.

estadounidense establecida con arreglo al artículo 7 del tratado de 19 de noviembre de 1794, decidió en su laudo de 21 de mayo de 1798 que los propietarios del buque y de la carga no tenían derecho a una indemnización de los Estados Unidos. A juicio de uno de los comisionados, Gore, la base para una obligación por parte de los Estados Unidos de indemnizar en este caso sería el haber omitido por su parte «el uso de los medios en su poder» para restituir la propiedad capturada cuando entró en el ámbito de su jurisdicción. Debido a que no había la menor prueba que indujera a creer que el Gobierno de los Estados Unidos hubiese permitido que el buque fuese armado o que hubiese obrado en connivencia al respecto, o que «no hubiera utilizado todos los medios a su alcance» para impedir que se equipara con armas el buque en sus puertos, no había fundamento para apoyar la acusación⁵¹⁷. El comisionado Gore llegó a la conclusión de que «cuando no hay culpa ni omisión de deber no hay nada en qué basar la acusación de responsabilidad o justificar una denuncia»⁵¹⁸.

ASUNTO DEL «ENTERPRIZE» (*Reino Unido/Estados Unidos de América*) [1855]

328. En 1835, el *Enterprize*, un bergantín norteamericano, al encontrarse con vientos de frente y tormentas, y con sus provisiones a punto de terminarse, entró en el puerto de Hamilton en la Isla Bermuda, una colonia británica. A bordo había esclavos destinados a Carolina del Sur, que posteriormente fueron liberados por las autoridades británicas, dado que la esclavitud se había abolido en Bermuda. Los Estados Unidos, al pedir una indemnización, alegaron entre otras cosas que, habida cuenta de las circunstancias en las cuales el *Enterprize* había llegado a Bermuda, las autoridades locales británicas no estaban facultadas para subir a bordo, y que era el derecho de los Estados Unidos el aplicable a bordo. El asunto se sometió al arbitraje de una comisión mixta con arreglo a la Convención del 8 de febrero de 1853 entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América.

329. Los comisionados norteamericano y británico, en sus respectivas opiniones, examinaron la cuestión de las consecuencias jurídicas del hecho de que un buque procurase refugio, debido al apremio o la necesidad del tiempo o de otras condiciones, en un puerto bajo jurisdicción extranjera. Upham, el comisionado norteamericano, expresó las siguientes opiniones:

⁵¹⁷ J. B. Moore, *International Adjudications*, Modern Series, Nueva York, Oxford University Press, 1931, vol. IV, pág. 499.

⁵¹⁸ *Ibid.* Gore citó el siguiente argumento encontrado en el memorial del Rey británico de 21 de febrero de 1777, que el consejero británico en ese caso alegó para apoyar su pretensión:

«[...] es bien sabido que la vigilancia de las leyes no puede impedir siempre que haya comerciantes arteros e ilícitos, que aparecen bajo mil formas diferentes, y cuya avidez de ganancias les hace arrostrar cualquier peligro y eludir toda precaución. [...] En el amplio y dilatado teatro de una guerra naval la vigilancia más activa y la autoridad más firme no pueden descubrir o reprimir todos los desórdenes [...]» (*Ibid.*).

II. Estimamos que una nave impulsada por el apremio del mal tiempo, u otra necesidad inexorable, tiene derecho a buscar refugio en cualquier puerto, como *accesorio de su derecho de navegar en el océano*, hasta que haya pasado el peligro y pueda continuar nuevamente con seguridad.

Propongo basar esta posición en tres argumentos: en la doctrina autorizada; en la actitud del Gobierno británico en casos similares; y en su necesidad evidente, como parte del libre derecho de navegar por el océano y, en consecuencia, como un accesorio necesario de tal derecho.

1. La exención de los buques de cualquier clase de sujeción al derecho local como efecto del apremio del mal tiempo, cuando a causa del mismo son conducidos bajo la jurisdicción ordinaria de otro país, es ampliamente aceptada en la doctrina, en varias clases de casos, por ejemplo, en referencia con el bloqueo de puertos y costas; con la prohibición del tráfico de buques entre ciertos puertos sujetos a reglamentaciones de cuarentena; con el tráfico entre ciertos países, o secciones de países, prohibido por motivos de política mercantil, y en casos de exención de los derechos generales de aduanas.

[...]

Otra razón a favor del punto que estamos considerando ahora es su evidente necesidad como parte del libre derecho de cada nación de navegar en el océano y como un accesorio necesario de tal derecho.

Los autores de derecho público, según hemos visto, afirman el derecho a entrar en un puerto extranjero, cuando a él conduce el apremio del mal tiempo, por razones de necesidad. Esta necesidad deriva de los peligros del mar, a los cuales está sujeta toda la navegación oceánica; y si tales peligros derivados de esta causa dan derecho a refugio, éste se convierte necesariamente en lo que sostengo que es: un derecho accesorio a la navegación oceánica.

Es una necesidad esencial para el goce de un derecho claro e innegable; y todo lo que es esencial para el goce de un derecho, o es un medio necesario para su uso, o es, *ex vi termini*, un accesorio necesario de tal derecho.

[...]

Llegamos ahora a la tercera proposición:

III. Que como el derecho de refugio de un buque a causa de la tormenta y de un accidente inevitable es accesorio a su derecho de navegar en el océano, el buque lleva necesariamente consigo los derechos que tenía en el océano, manteniéndose sobre el buque, la carga y las personas a bordo la jurisdicción de las leyes de su país.

[...]

El buque que entra a un puerto extranjero compelido por el apremio del mal tiempo lo hace por derecho propio. Al hacerlo transita por un camino que, por el momento, es suyo propio. Igual que cuando está en el océano, el buque continúa sujeto al gobierno de su propio país, aunque se haya visto temporalmente forzado, por causas que escapan a su control, a dirigirse a una jurisdicción extranjera. Su presencia allí en tales circunstancias no tiene por qué suscitar mayor resistencia que cuando está en el océano. Su escala forma parte de su viaje interrumpido temporalmente por las vicisitudes del mar, y sigue gozando de la protección del derecho del mar, y el derecho local no puede en tal caso interferir en la propiedad ni en las relaciones de las personas a bordo de manera que obstruya su viaje o modifique tales relaciones mientras no entren en conflicto con el derecho de gentes⁵¹⁹.

⁵¹⁹ J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitration to which the United States has been a Party*, Washington (D. C.), U. S. Government Printing Office, 1898, vol. IV, págs. 4354, 4355, 4357 y 4359.

330. El comisionado británico, Hornby, por su parte, discrepó de la argumentación norteamericana en los siguientes términos:

Esta explicación del derecho de gentes demuestra que cuando un buque está en puerto extranjero en circunstancias tales que le dan derecho a estar exento de la aplicación del derecho local, la exención no puede colocarse al mismo nivel que la inmunidad de interferencia de un buque en alta mar, porque allí es absoluta en tiempo de paz. Un tribunal extranjero no tiene ningún derecho ni siquiera a indagar acerca de la licitud de nada que ocurra en el buque de otro país mientras se encuentra en el mar; pero dentro de los territorios de un país los tribunales locales son supremos, y tienen derecho a hacer comparecer a todos los que se encuentran dentro de los límites de su jurisdicción, y a indagar acerca de la licitud de sus actos y decidir al respecto de conformidad con la ley que sea aplicable al caso concreto. Me parece, por tanto, que no puede decirse correctamente «que un buque forzado a entrar en un puerto amistoso por el apremio del mal tiempo se encuentra bajo la jurisdicción exclusiva del Estado a que pertenece, del mismo modo que si estuviera en el mar». Es cierto que ha sido conducido a otra jurisdicción contra su voluntad, pero igualmente contra la voluntad y sin culpa ninguna de parte de la potencia extranjera; trae consigo (conforme al derecho de gentes) la inmunidad con respecto a la aplicación de las leyes locales para determinados fines, pero no para todos, y los tribunales locales tienen facultades para investigar y decidir acerca del alcance de dicha inmunidad.

[...]

Un argumento, y tal vez el principal argumento, sobre el cual se basa esta reclamación es que el *Enterprize* fue forzado por la *necesidad* a fondear en el puerto de Bermuda, y que a causa de esto los propietarios de los esclavos tenían el derecho a estar exentos de la aplicación del derecho inglés. No creo, empero, que se haya configurado un caso de necesidad suficiente para dar origen a la exención que se reclama, aun admitiendo que la misma pudiera surgir en determinadas circunstancias. No se alega que el *Enterprize* haya sido llevado a la fuerza a Bermuda por la tormenta. Todo lo que se afirma es que sus provisiones escaseaban porque había sido desviado de su curso. No se ha demostrado que existiera un caso de necesidad apremiante y abrumadora, sino que, para evitar la incomodidad de la escasez de las raciones (y, habida cuenta de la naturaleza de la carga, se trataba de un inconveniente que era probable derivara de una levísima demora), el patrón fondeó en un puerto inglés para procurarse provisiones. Estos hechos no revelan por cierto ese caso de suprema necesidad en el que se ha insistido a lo largo de la argumentación y que es el único en el que podría basarse una reclamación como la presente (si acaso algunas circunstancias pudieran originar la exención en la que se apoya la reclamación). Si ha de considerarse que una mera escasez de provisiones, que puede derivar de tantas causas, es no solamente una excusa suficiente para que un buque entre en un puerto británico con una carga prohibida, sino que también ha de fundar una exención de la aplicación del derecho inglés, es imposible decir hasta dónde puede conducir la admisión de tal principio o a qué tipos de fraude podría inducir a los que especulan con esclavos⁵²⁰.

331. En su opinión del 15 de enero de 1855, el árbitro, Bates, decidió lo siguiente:

Parecería que éste es un fiel resumen del caso, del que surge que el bergantín norteamericano *Enterprize* estaba viajando de un puerto de los Estados Unidos a otro puerto del mismo país, lo que era lícito con arreglo a las leyes de su país y al dere-

⁵²⁰ *Ibid.*, págs. 4364, 4365 y 4371.

cho de gentes. Entró en el puerto de Hamilton en apuros por provisiones y agua. No se cometió ninguna infracción a las leyes internas de Gran Bretaña ni de sus colonias, y no hubo ningún intento de desembarcar ni de establecer la esclavitud en Bermuda en violación de las leyes.

Era bien sabido que la esclavitud se había abolido condicionalmente en casi todos los dominios británicos aproximadamente seis meses antes, y que los propietarios de esclavos habían recibido una compensación, y que un período de aprendizaje de seis años había de preceder a la emancipación completa, durante cuyo lapso los aprendices serían comprados y vendidos como propiedad y estaban sujetos a embargos por deudas.

Nadie puede negar que la esclavitud es contraria a los principios de justicia y de humanidad, y sólo puede establecerse en un país mediante una ley. En el momento de los hechos sobre los que se basa esta reclamación, la esclavitud existía con arreglo a la ley en varios países, y no estaba completamente abolida en los dominios británicos. No podía, entonces, ser contraria al derecho de gentes, y el *Enterprize* tenía tanto derecho a la protección como si su carga consistiera en cualquier otra clase de propiedad. La conducta de las autoridades de Bermuda configuró una violación del derecho de gentes, y de las leyes de la hospitalidad que deberían impulsar a toda nación a otorgar protección y socorro a los buques de un vecino amigable que pudieran entrar en apuros en sus puertos.

Los propietarios de los esclavos que estaban a bordo del *Enterprize* tienen, por tanto, derecho a una compensación, y otorgo a la Augusta Insurance and Banking Company, o a sus representantes legales, la suma de 16.000 dólares, y a la Charleston Marine Insurance Company, o a sus representantes legales, la suma de 33.000 dólares⁵²¹.

ASUNTO WEBSTER (*México/Estados Unidos de América*)
[1868]

332. El 7 de enero de 1866, tropas mexicanas que integraban el ejército republicano atacaron la ciudad de Tehuantepec. Un ciudadano norteamericano, Webster, y otros extranjeros se refugiaron en una casa propiedad de un ciudadano británico que había sido utilizada por el cónsul norteamericano y sobre la cual en ese momento estaba izada la bandera norteamericana. La casa fue atacada y Webster fue gravemente herido. Posteriormente murió. El caso fue planteado ante la Comisión mexicano/estadounidense establecida con arreglo a la convención del 4 de julio de 1868. El árbitro, Thornton, otorgó una suma al albacea de Webster, diciendo:

Algunos de los testigos han declarado que la casa [...] fue invadida y ocupada con el propósito de flanquear al enemigo. Esto puede haber sido una necesidad de la guerra, pero herir a Webster no lo fue. Si se entró a la casa meramente con el fin de saquearla, el hecho de herir a Webster fue un atropello

⁵²¹ *Ibid.*, pág. 4373. El árbitro se ajustó esencialmente a los mismos principios en otros dos asuntos planteados ante la comisión mixta: el *Hermosa* y el *Creole* (*ibid.*, págs. 4374 a 4378). En este último caso, el árbitro expresó lo siguiente:

«Estos derechos, sancionados por el derecho de gentes —a saber: el derecho a navegar en el océano y a buscar refugio en caso de apuros u otras circunstancias inevitables, y a retener sobre el buque, su carga y sus pasajeros las leyes de su propio país—, deben respetarse por todas las naciones, pues ninguna nación independiente se sometería a su violación.» (*Ibid.*, pág. 4378.)

inexcusable, pero lo toleró un oficial, cosa que hizo al gobierno responsable por él⁵²².

ASUNTO DEL «MERMAID» (*Reino Unido/España*)
[1869]

333. El 16 de octubre de 1864, una goleta inglesa, la *Mermaid*, estaba navegando a través del estrecho de Gibraltar cuando una tormenta la forzó a dirigirse hacia la costa africana, cerca del fuerte español de Ceuta. Se disparó un cañonazo de advertencia al buque y el capitán dio la orden de izar la bandera. Sin embargo, sea porque no se ejecutó con bastante rapidez la orden o porque las autoridades españolas no pudieron reconocer la bandera debido a la posición del buque, éste recibió un segundo disparo de cañón. La *Mermaid* comenzó entonces a alejarse de la costa y poco después se hundió. El Gobierno británico, imputando la pérdida de la *Mermaid* a la negligencia de las autoridades de Ceuta, demandó una indemnización al Gobierno español. Este la negó, y atribuyó la responsabilidad al capitán de la goleta. El asunto fue remitido a una comisión mixta creada por Gran Bretaña y España con arreglo a la convención del 4 de marzo de 1868. En su decisión del 28 de febrero de 1869, la comisión mixta llegó a la conclusión de que el Gobierno español era responsable, argumentando:

[...] la *Mermaid*, al pasar ante el fuerte de Ceuta, había enarbolado sus colores después del primer cañonazo; engañadas sin duda por la posición del buque, que no les permitía ver de frente su pabellón, las autoridades españolas se creyeron autorizadas a continuar el fuego; aunque no se había apuntado al mismo, el buque fue alcanzado por el segundo cañonazo en la parte delantera de estribor, algo debajo de la línea de flotación; no habiéndose dado cuenta en seguida de la importancia de la avería, el capitán creyó poder alejarse de la costa, y el buque se hundió en pleno mar. Había habido, pues, un simple error de tiro cuyas consecuencias debía soportar España, indemnizando a las víctimas del accidente⁵²³.

ASUNTO DEL «ALABAMA» (*Gran Bretaña/Estados Unidos*) [1872]

334. Durante la guerra civil norteamericana, el comercio marítimo de los Estados Unidos de América sufrió grandes daños debido a las depredaciones del *Alabama* y de otros cruceros confederados pertrechados bajo jurisdicción británica. El buque, conocido originariamente como «N.º 290», se construyó en Liverpool para agentes confederados y, a pesar de las repetidas advertencias concernientes a su carácter y a sus propietarios hechas por el Embajador norteamericano, zarpó de Inglaterra sin armas, en dirección a las Azores, donde se le unió el *Agrippina*, que había zarpado de Londres con cañones, municiones, carbón y otro equipo naval. Después de la llegada de un capitán de la armada confederada,

⁵²² *Ibid.*, vol. III, pág. 3004.

⁵²³ A. de Lapradelle y N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, Les Éditions internationales, 1932, t. III, pág. 496.

el crucero, ahora completamente armado y con su nombre cambiado por el de *Alabama*, se embarcó en sus actividades hostiles, capturando o destruyendo varios buques norteamericanos antes de ser destruido por un crucero federal en junio de 1864. Después de la guerra civil, los Estados Unidos reanudaron sus esfuerzos por obtener una compensación de Gran Bretaña por los daños causados por el *Alabama* y otros cruceros confederados similares. El Gobierno de Gran Bretaña negó su responsabilidad, argumentando, entre otras cosas, que había actuado con la debida diligencia, o con buena fe y honestamente, en el mantenimiento de la neutralidad que había proclamado⁵²⁴. El 8 de mayo de 1871 ambos gobiernos firmaron el Tratado de Washington por el cual acordaron someter la reclamación a arbitraje. El tratado estipulaba en su artículo 6 que, al decidir los asuntos que se les sometían, los árbitros debían regirse por tres normas⁵²⁵ acordadas por las partes como normas que debían considerarse aplicables al caso y por los principios de derecho internacional no incompatibles con las mismas que, según la determinación de los árbitros, fueran aplicables al caso.

335. En su laudo de 14 de setiembre de 1872, los árbitros concluyeron que Gran Bretaña había incurrido, por omisión, en incumplimiento de los deberes impuestos por la primera y la tercera de las normas estipuladas en el artículo 6 del Tratado de Washington. Cuatro de los cinco árbitros basaron esta conclusión, entre otras cosas, en los siguientes argumentos:

[...] La «debida diligencia» a que se refieren la primera y la tercera de dichas normas debe emplearse por los gobiernos neutrales en razón directa de los riesgos a los cuales puede estar expuesto cualquiera de los beligerantes, a consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones de la neutralidad por aquéllos;

[...]

[...] los efectos de una violación de la neutralidad cometida mediante la construcción, el equipo y el armamento de un buque no se borran mediante la inclusión de ese buque en la lista de servicio activo que pueda efectuar ulteriormente el gobierno de la potencia beligerante que se beneficia de la violación de la neutralidad; y el paso final mediante el cual se consuma la infracción no puede admitirse como argumento para absolver al infractor, ni puede tampoco la consumación de su fraude convertirse en el medio para establecer su inocencia;

[...]

[...] con respecto al buque llamado *Alabama*, resulta claramente de todos los hechos relativos a la construcción del buque inicialmente designado con el número «290» en el puerto de Liverpool, y a su equipo y su armamento en las proximidades de Terceira mediante la acción de los buques llamados *Agrippina* y *Bahama*, despachados desde Gran Bretaña para este fin, que el Gobierno británico no empleó la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones como neutral; y especialmente que, no obstante las advertencias y representaciones oficiales formuladas por los agentes diplomáticos de los Estados Unidos durante la construcción de dicho número «290», no tomó oportunamente ninguna medida eficaz de prevención, y que las órdenes que finalmente dio para detener al buque fueron tan tardías que su ejecución no era practicable;

[...] después que dicho buque hubo escapado, las medidas tomadas para su persecución y arresto fueron tan imperfectas que no condujeron a resultado alguno y, en consecuencia, no pueden considerarse suficientes para liberar a Gran Bretaña de la responsabilidad en que ya había incurrido;

[...] a pesar de las violaciones de la neutralidad cometidas por Gran Bretaña con el «290», este mismo buque, posteriormente conocido como el crucero confederado *Alabama*, fue admitido libremente en varias ocasiones en los puertos de colonias de Gran Bretaña, en lugar de procederse contra él como debería haber ocurrido en todos y cada uno de los puertos bajo jurisdicción británica en los cuales se le pudiera haber encontrado;

Y [...] el Gobierno de Su Majestad británica no puede justificarse por no haber empleado la debida diligencia alegando la insuficiencia de los medios legales de acción de que disponía: [...] ⁵²⁶.

ASUNTO DE LA INCURSIÓN EN SAINT ALBANS (*Reino Unido/Estados Unidos de América*) [1873]

336. El 19 de octubre de 1864, más de veinte personas que habían entrado en los Estados Unidos desde el Canadá y se habían reunido en Saint Albans, Vermont, hicieron una incursión en esa aldea, matando a una persona, destruyendo propiedades, robando dinero y otros objetos, etc. Cometieron dichos actos armados y con uniforme, pertrechos y organización militares. Se alegó que el grupo había actuado bajo el mando de un teniente del ejército de los Estados Confederados y que todos sus miembros estaban vinculados a los servicios militares ordinarios de los confederados. Después de la incursión se retiraron en cuerpo hacia el Canadá y entraron allí llevando con ellos el botín. Varios reclamantes sostuvieron que el Gobierno británico y las autoridades oficiales del Canadá habían sido «culpablemente negligentes». El caso se sometió a arbitraje con arreglo al tratado del 8 de mayo de 1871.

337. El abogado de los Estados Unidos sostuvo que el Gobierno del Canadá, que estaba obligado a emplear la «debida diligencia» para evitar operaciones militares de enemigos de los Estados Unidos que usaran el suelo del Canadá como base de operaciones contra los Estados Unidos, había incurrido en un total incumplimiento de sus deberes internacionales, y que, en razón de dicho incumplimiento, Gran Bretaña era responsable ante los Estados Unidos de los daños causados por los incursores. Expresó también que la medida de esa diligencia debía determinarse por una serie de consideraciones, tales como la naturaleza del peligro que había de temerse desde el suelo neutral, la magnitud del peligro y los resultados de la negligencia, los medios a disposición de los Estados Unidos para resistirse a él o evitarlo, la simpatía y la ayuda que los enemigos de los Estados Unidos pudieran recibir en el Canadá, la enemistad de los canadienses hacia los Estados Unidos, el hecho de que el Gobierno del Canadá había conocido los planes de anteriores incursiones, y los discursos hostiles y las intenciones confesas de los enemigos de los Estados Unidos en el Canadá⁵²⁷.

⁵²⁴ Moore, *History and Digest...* (op. cit.), 1898, vol. I, pág. 496.

⁵²⁵ Véase la nota 229 *supra*.

⁵²⁶ Moore, *History and Digest...* (op. cit.), vol. I, págs. 654 a 656.

⁵²⁷ *Ibid.*, vol. IV, pág. 4051.

338. Por su parte, el abogado del Gobierno británico argumentó, entre otras cosas, que la prueba producida en el caso no demostraba ningún estado de hecho que implicara falta de cuidado o diligencia de las autoridades del Canadá; que, habida cuenta de que el grupo incursor entró en los Estados Unidos individualmente o en pequeños grupos a la manera de viajeros comunes, nada había en su apariencia ni en sus movimientos que pudiera suscitar sospechas; que, de hecho, no se había probado que la incursión se hubiera organizado en el Canadá, que los incursores hubieran obtenido armas o municiones allí ni cometido dentro de los dominios de Su Majestad ningún otro acto en violación de su justa neutralidad que las autoridades canadienses hubieran conocido o, aplicando la debida diligencia, hubieran podido conocer⁵²⁸.

339. La Comisión rechazó todas las reclamaciones norteamericanas. La mayoría de la Comisión estuvo de acuerdo con el siguiente razonamiento del árbitro Frazer:

La incursión en Saint Albans fue obra de un pequeño grupo de hombres, que entraron en ese lugar desde el Canadá sin que nada indicara un propósito hostil. Sin duda la acción fue premeditada, pero con tal discreción que aún en el día de hoy las pruebas no revelan el lugar, el tiempo ni la manera. [...] Tan grande fue el secreto con que se planeó este asunto en particular que no puedo decir que haya escapado al conocimiento de los funcionarios de Su Majestad en el Canadá a causa de ninguna falta de diligencia que pudiera haber existido de parte suya. Pienso, más bien, que así fue porque ninguna clase de cuidado que una nación pueda requerir razonablemente de otra en casos como éste habría sido suficiente para descubrirlo. Por lo menos, las pruebas producidas no me permiten pensar otra cosa⁵²⁹.

ASUNTO SHATTUCK (*México/Estados Unidos de América*) [1874-1876]

340. Los reclamantes norteamericanos en este asunto, D. Shattuck y P. Shattuck, alegaron que su granja y sus cosechas habían sufrido daños cuando pasaron por el lugar soldados mexicanos. La reclamación se remitió a la Comisión Mixta mexicano/estadounidense, creada con arreglo a la convención del 4 de julio de 1868. El árbitro, Thornton, dijo que la reclamación contra el Gobierno mexicano no estaba justificada. Entendió que los daños se habían causado como resultado de los accidentes inevitables de un estado de guerra más bien que debido a una deliberada destrucción de propiedades por las autoridades mexicanas. Resultaba que había habido tanto tropas francesas como mexicanas en el lugar, en momentos diferentes, y que un ejército mexicano había acampado cerca de allí durante cierto tiempo. El árbitro concluyó que en tales circunstancias habría sido casi imposible que el general en jefe de ningún ejército evitara intrusiones en propiedades privadas, que constituyen un infortunio al cual estaban expuestos los nativos tanto como los extranjeros, con la desventaja adicional

para los primeros de que generalmente estaban obligados a tomar las armas⁵³⁰.

ASUNTO PRATS (*México/Estados Unidos de América*) [1874]

341. En 1862, durante la guerra civil de los Estados Unidos, un cuerpo naval de los Estados confederados rebeldes, que actuaba bajo las órdenes de éstos, incendió el bergantín británico *M. A. Stevens* junto con su cargamento, en Barataria, que se encontraba bajo la jurisdicción de las autoridades de los Estados Unidos de América. El cargamento pertenecía a una empresa comercial de Nueva Orleans, que era en parte propiedad de Salvador Prats, un ciudadano mexicano, y se dirigía a La Habana. Prats entabló una reclamación contra los Estados Unidos por el valor del cargamento. El caso se remitió a la Comisión Mixta mexicano/estadounidense establecida con arreglo a la convención del 4 de julio de 1868. Tanto el comisionado de México como el de los Estados Unidos concurren en desestimar la reclamación. En opinión de Wadsworth, comisionado de los Estados Unidos:

Si bien reconocemos por de pronto que, con arreglo a la convención, los Estados Unidos serían responsables por la negligencia en que incurriesen en el cumplimiento de una obligación estipulada por un tratado o establecida por el derecho internacional; y, en el presente caso, se ha reclamado por el incumplimiento de una obligación de esa índole, sería difícil probar que hubo negligencia, habida cuenta de la historia de la última guerra civil y, en particular, de la toma de Nueva Orleans. Sin embargo, no cabía en realidad a los Estados Unidos obligación alguna en tal sentido después del comienzo de la guerra. Ese gobierno no estaba obligado en virtud de los tratados del derecho internacional a proteger del enemigo los bienes de extranjeros situados en territorio enemigo. La obligación de los Estados Unidos de América emanada del derecho internacional o de los compromisos contraídos en los tratados de otorgar protección en sus territorios a los extranjeros, transeúntes o residentes, cesó en el territorio en poder de los insurgentes desde el momento en que ese territorio quedó, por efecto de la guerra, fuera del control de ese gobierno y hasta que éste pudo ejercer nuevamente su autoridad y jurisdicción sobre él.

El principio de la no responsabilidad por los actos de los enemigos rebeldes en tiempos de guerra civil se apoya en el fundamento de que estos últimos se han sustraído por la fuer-

⁵³⁰ *Ibid.*, pág. 3668. En el Asunto Blumenkron, concerniente a daños causados por tropas mexicanas al hogar de un ciudadano norteamericano en México, el mismo árbitro dijo:

«La ciudad estaba en manos de un enemigo extranjero y sitiada por tropas nativas. En estas circunstancias y durante las hostilidades efectivas, el árbitro no considera que la propiedad de un extranjero residente en la ciudad sitiada, más aún cuando se trata en particular de bienes inmuebles, pueda considerarse más sagrada que la de los nativos. No se ha probado, ni el árbitro tiene ninguna razón para creer, que se haya otorgado indemnización alguna a los mexicanos nativos a causa de daños similares; ni puede esperarse que el Gobierno mexicano compense a los extranjeros por daños causados a sus bienes inmuebles en razón de hostilidades efectivas encaminadas a liberar al país de un enemigo extranjero. Quienes prefieren constituir su residencia en un país extranjero deben aceptar las desventajas de dicho país junto con sus ventajas, las que fueren.» (*Ibid.*, pág. 3669.)

⁵²⁸ *Ibid.*, págs. 4052 y 4053.

⁵²⁹ *Ibid.*, pág. 4054.

za de las armas al control y a la jurisdicción del soberano, haciendo que le sea imposible, mientras mantengan una resistencia efectiva, prestar protección en el territorio hostil, sea a los extranjeros o a sus propios súbditos, entre los cuales no puede afirmarse que exista a este respecto desigualdad alguna de derechos.

[...]

Los extranjeros que residían y comerciaban en territorio rebelde lo hacían por su cuenta y riesgo. En verdad, el hecho de residir y comerciar en ese territorio los convertía en enemigos de los Estados Unidos junto al resto de los habitantes que, en espíritu o en el hecho, contribuían a brindar recursos al enemigo. La casa de Prats, Pujol y Cía., que realizaba negocios en Nueva Orleans en 1862, estaba dedicada a un comercio que era perjudicial para los Estados Unidos. El transporte por mar de algodón que hacía esa casa a La Habana desde Nueva Orleans, puerto este último que estaba en poder del enemigo, estuviese o no bloqueado, sometía a sus bienes al riesgo de ser capturados en alta mar como presa de guerra. El hecho de que uno de los socios de esa casa comercial fuese extranjero, aun si estaba domiciliado en Campeachy, no lo eximía de riesgo en cuanto a su parte.

En consecuencia, no logramos columbrar los fundamentos sobre la base de los cuales los extranjeros residentes en territorio hostil podrían reclamar la protección de una potencia que ejercía legítimamente los derechos de guerra contra ese territorio y todos sus habitantes.

No cabe duda de que si las fuerzas de los Estados Unidos de América, en el curso de operaciones dirigidas a someter las posiciones del enemigo situadas más allá de Nueva Orleans y a capturar la ciudad, hubiesen destruido la embarcación y el algodón, ese gobierno no habría incurrido por ello en responsabilidad alguna con respecto al gobierno reclamante.

[...]

Si [...] las personas que residían en el lugar del combate no tenían derecho alguno a exigir indemnización a ninguno de los beligerantes, mucho menos podían esas personas reclamar legítimamente indemnización de un beligerante por las pérdidas infligidas por el otro.

[...]

No sabemos de ningún caso en que una nación capaz de protegerse a sí misma o con libertad para negarse a aceptar esas reclamaciones injustas haya acogido esas reclamaciones.

La no responsabilidad de los Estados Unidos por los actos de quienes fueron sus enemigos rebeldes, durante el tiempo en que éstos se sustrajeron por medio de la fuerza a la jurisdicción de ese gobierno, debe en general haber sido reconocida por otras naciones, por cuanto, aunque muchos nacionales de Estados de América y de Europa residían en el territorio hostil durante la lucha, y soportaron pérdidas que fueron comunes a todos los habitantes de la arena de la guerra, ninguna nación ha formulado reclamaciones de indemnización contra los Estados Unidos (a menos que el presente caso constituya la excepción), siendo indudable que ese gobierno habría rechazado con prontitud cualquier demanda de esa índole⁵³¹.

El comisionado de México, Palacio, manifestó lo siguiente:

Habiéndose corroborado en estos términos que el deber de protección por parte del gobierno sea conforme a los principios generales del derecho internacional o a los acuerdos especiales concertados en los tratados, sólo existe en la medida en que sea posible su cumplimiento, surge la siguiente interrogante: ¿cuál es el grado de diligencia que se requiere para el debido cumplimiento de esa obligación? La respuesta será bas-

tante obvia: esa diligencia debe ser tal que haga imposible que exista otra mejor o más cuidadosa y atenta, no omitiendo nada que práctica o posiblemente hubiese debido hacerse en el caso de que se trate. La «posibilidad» es, en verdad, el último límite de todas las obligaciones humanas. Las más estrictas e inviolables no pueden sobrepasarlo. Perseguir el objetivo de ir más allá de ese límite equivaldría a pretender algo imposible; y así los juristas y los tratadistas del derecho, al establecer la máxima *ad impossibile nemo tenetur*, se han limitado a traducir el sentido común.

La misma verdad puede expresarse en forma más concreta diciendo que la medida en que deben cumplirse los deberes es proporcional a la amplitud de los medios de que se dispone para hacerlo. El que ha utilizado todos los medios que estaban a su alcance ha cumplido perfectamente su obligación, independientemente del resultado material de sus esfuerzos. Exigir de él otra cosa sería lo mismo que pretender una acción *ultra posse*, lo que sería totalmente absurdo.

[...]

En tal situación [estado de guerra], la nación no puede prevenir ni evitar los perjuicios que los rebeldes causen o se propongan causar, sea a los residentes extranjeros o a los nacionales originarios del país, ya que a lo imposible nadie está obligado. A partir de ese mismo momento cesa la responsabilidad. No hay responsabilidad sin *culpa*, y es de sobra sabido que no hay *culpa* en haber dejado de hacer lo que es imposible. La culpa depende esencialmente de la voluntad, pero, puesto que la voluntad desaparece completamente ante la fuerza cuya acción es irresistible, resulta evidente que todos los actos causados por esa fuerza, que no pueden ser resistidos por otra fuerza igual o más poderosa, no pueden entrañar culpa, daño ni responsabilidad.

No debe parecer extraño que se hable de violencia (*vis major*) cuando se trata de naciones, y aun de algunas muy poderosas. Es posible que dichas naciones, aunque perfectamente capaces de obtener una victoria fácil y definitiva sobre sus enemigos debido a su abrumadora superioridad, no desplieguen los mismos recursos en todos los actos de la guerra, y no proporcionen siempre y en todo lugar, en el momento oportuno, lo que era necesario para impedir el perjuicio.

Nadie ha estimado hasta ahora que sea deber de los gobiernos indemnizar a sus nacionales por los daños y perjuicios que hayan sufrido a causa de la guerra, y no resulta fácil columbrar por qué motivo un extranjero tendría derecho a reclamar lo que se niega a los nacionales. Las naciones pueden y deben otorgar protección y prevenir y sancionar los delitos por todos los medios a su alcance, pero nadie ha tenido la temeridad de mantener, como principio de derecho público, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por *el enemigo*⁵³².

ASUNTO JEANNOTAT (*México/Estados Unidos de América*) [1875]

342. Durante una revolución en México, un destacamento del ejército del general Díaz Salgado, junto a oficiales que lo comandaban, entró a Mineral de la Luz, dejó en libertad a los reclusos de la cárcel y, obrando en concierto con ellos, saqueó el pueblo, incluida la tienda del reclamante, Jeannotat, nacional de los Estados Unidos de América. El general Díaz Salgado era uno de los sostenedores de la revolución del Plan de Ayutla, que condujo al establecimiento de un nuevo gobierno en México. La reclamación se remitió a la Comisión

⁵³¹ *Ibid.*, vol. III, págs. 2889 a 2891.

⁵³² *Ibid.*, págs. 2893 a 2895.

Mixta mexicano/estadounidense establecida con arreglo a la convención del 4 de julio de 1968. En su decisión del 9 de abril de 1875, el árbitro, Thornton, concluyó que el nuevo Gobierno de México debía indemnizar al reclamante.

343. El árbitro tuvo en cuenta que, en la época en que ocurrieron los hechos, ese nuevo gobierno era el gobierno *de facto* de la República, y que, cuando después pasó a ser el gobierno *de jure*, el general Díaz Salgado ocupó un cargo público en ese gobierno. Reconoció que las revoluciones iban a menudo acompañadas de males inevitables y que difícilmente podía hacerse responsable de esos males al gobierno establecido a consecuencia de una revolución de esa naturaleza, pero, en su opinión, correspondía que ese gobierno asumiese la responsabilidad en los casos en que, como en el saqueo de Mineral de la Luz, los daños causados eran «innecesarios e inexcusables» y el cuerpo militar estaba al mando de oficiales «que lo pusieron a disposición de los presidiarios e incitaron a la multitud a prestarles ayuda en sus actos de violencia y pillaje»⁵³³.

ASUNTO DEL «MONTIJO» (*Colombia/Estados Unidos de América*) [1875]

344. El *Montijo*, un buque de vapor matriculado en Nueva York y de propiedad de los señores Schuber Hermanos, nacionales de los Estados Unidos de América, se dedicó durante el período comprendido entre 1869 y 1871 al comercio entre la ciudad de Panamá y el pueblo de David y puertos intermedios, con arreglo a un contrato celebrado con el Gobierno de Panamá (miembro de la Unión Colombiana), en virtud del cual gozaba de ciertos privilegios. A cambio de esos privilegios, los propietarios del *Montijo* se comprometieron a llevar gratuitamente la correspondencia oficial del Estado y a transportar a precios reducidos a las tropas y oficiales del gobierno. Se estipuló también que, en caso de perturbación del orden público, se concertarían contratos especiales para el transporte de tropas. A principios de abril de 1871, el *Montijo* se encontraba en el puerto de David. Tomás Herrera y otras personas que planeaban una revolución contra el Gobierno de Panamá procuraron obtener los servicios del buque mediante negociaciones con uno de sus propietarios, siendo rechazada su propuesta. El 6 de abril, Herrera y otros se apoderaron por la fuerza del buque. Este permaneció en posesión de los apesadores, y más tarde en la del Gobierno de Panamá por cierto tiempo. Con posterioridad se celebró un tratado de paz entre el Presidente de Panamá y Herrera, el jefe de las fuerzas revolucionarias, en virtud del cual se otorgaron recíprocamente una amnistía total y el gobierno asumió como propios los gastos derivados de los buques de vapor y de otros vehículos de que la revolución había tenido que hacer uso hasta esa fecha. Puesto que Panamá no había pagado suma alguna por el uso del buque de vapor *Montijo*, el Gobierno de los Estados Unidos entabló una reclamación contra el Gobierno de Colombia, con arreglo a la convención del 17 de agosto de 1874 celebrada entre los dos gobiernos.

⁵³³ *Ibid.*, vol. IV, pág. 3674.

345. No habiendo logrado los arbitadores de Colombia y los Estados Unidos de América llegar a una decisión común, se remitió la reclamación a un árbitro. El 26 de julio de 1875, el árbitro decidió que la Unión Colombiana era responsable por dos razones. Afirmó que, en primer lugar, Colombia era el «sucesor natural en las obligaciones» que correspondían a Panamá para con los propietarios del *Montijo*, incumbiéndole responsabilidad a este último país por haber exonerado de ella a Herrera y otras personas en virtud del tratado de paz y la amnistía que lo acompañó, y por haber asumido, con arreglo a ese tratado, la obligación de pagar por el uso del buque. En segundo lugar, en su opinión, el Gobierno de la Unión Colombiana:

[...] faltó, por medio de sus oficiales en Panamá, a su deber de prestar a los nacionales de los Estados Unidos la protección a que estaba obligado, tanto en virtud del derecho internacional como de cláusulas contractuales especiales. Constituía [...] un claro deber del Presidente de Panamá, en su calidad de representante constitucional del Gobierno de la Unión, recuperar el *Montijo* de manos de los revolucionarios y devolverlo a su propietario. Es verdad que no disponía de los medios para hacerlo, por no tener Colombia una fuerza naval o militar suficiente para ese objetivo; pero esa falta de poderío no hacía desaparecer la obligación [...]. Si se había comprometido a brindar protección a aquellos a quienes permitía el ingreso a su territorio, debía procurarse los medios de hacer efectiva esa protección. Si no lo hacía, aun sin culpa de su parte, debía dar la única satisfacción a su alcance: indemnizar a las víctimas⁵³⁴.

ASUNTO DEL «MARÍA LUZ» (*Japón/Perú*) [1875]

346. En mayo de 1872, la embarcación peruana *María Luz* partió de la colonia portuguesa de Macao rumbo al Perú con 225 trabajadores chinos a bordo. Durante el viaje, atracó en el puerto de Kanagawa, Japón, debido a las inclemencias del tiempo. El 13 de julio se encontró a uno de los trabajadores que iban en el barco cerca del buque de guerra británico *Iron Duke*. Este trabajador solicitó la protección de las autoridades británicas y fue entregado al Cónsul británico, quien, a su vez, lo puso a disposición de las autoridades japonesas. Estas devolvieron el trabajador al *María Luz*, pero, dado que ocurrieron luego otros casos análogos, el Encargado de Negocios británico visitó el barco para inspeccionar la situación. Después de constatar que había pruebas de maltrato a los chinos en el barco, señaló el asunto a la atención del Gobierno del Japón, pidiendo que se hiciese una investigación. A raíz de ello, las autoridades japonesas citaron como testigos a algunos de los chinos, los cuales, como quiera que fuese, rehusaron volver al buque después de la investigación. El capitán del buque pidió entonces la devolución de los chinos. Al recibir una negativa, entabló juicio, a sugerencia de las autoridades del Japón, ante un tribunal de ese país. El tribunal se negó a ordenar el cumplimiento de los contratos en virtud de los cuales el capitán tenía derecho a llevar los chinos al Perú. El tribunal sostuvo que los

⁵³⁴ La Fontaine, *op. cit.*, pág. 219.

contratos de que se trataba eran nulos porque, entre otras cosas, atentaban contra el orden público del Japón, que no permitía que ningún trabajador fuese llevado fuera de sus fronteras contra su libre voluntad y también porque eran contrarios a las *bonos mores*, por cuanto establecían una servidumbre personal de los trabajadores.

347. El Gobierno del Perú, que apoyó la protesta formulada por el capitán del *María Luz* contra el fallo, llegó a un acuerdo con el Gobierno del Japón para remitir el caso al arbitraje del Zar de Rusia, con arreglo al protocolo de 25 de junio de 1873. El laudo, de 17 de mayo (29 de mayo) de 1875, que sostuvo que el Gobierno del Japón no era responsable, decía:

Hemos adquirido la convicción de que, al proceder como lo ha hecho con respecto al *María Luz*, su tripulación y sus pasajeros, el Gobierno ha obrado *bona fide*, de conformidad a sus propias leyes y costumbres, sin infringir las normas generales del derecho internacional, ni las estipulaciones de tratados determinados.

Que, en consecuencia, no puede ser acusado de haber incurrido en una falta voluntaria de respeto, ni de intención malévola alguna frente al Gobierno del Perú o sus nacionales [...] ⁵³⁵.

ASUNTO GILES (*Francia/Estados Unidos de América*)
[*decenio de 1880*]

348. William Giles, un nacional de los Estados Unidos, era propietario de una fábrica situada en Pantin, entre los muros y las fortificaciones externas de la ciudad de París. En 1870, durante el sitio de París por los alemanes, la fábrica fue destruida y Giles reclamó una indemnización al Gobierno de Francia. Según parecía, durante el sitio, la guardia nacional y merodeadores dañaron la propiedad de Giles y se apoderaron de parte de sus bienes. Después de la destrucción parcial de dicha propiedad, el general Trochu dio la orden de evacuar lo que se denominaba la «zona militar», en la cual estaba situada la fábrica de Giles. Dos días después se informó de que las construcciones de la «zona militar» habían sido destruidas por el fuego. El caso se remitió a la comisión establecida por la convención de 15 de enero de 1880. El abogado de Francia argumentó que las construcciones de Giles se encontraban fuera de la zona de que se trataba y que no habían sido destruidas a raíz de la orden, según el informe del jefe de ingenieros. Afirmaba además que, si de hecho habían sido destruidas, ello se había debido a actos no autorizados de soldados y merodeadores, y que ningún funcionario civil o militar del Gobierno francés había autorizado tales

actos. Concluía luego que el Gobierno de Francia no era responsable de los daños y perjuicios que habían sufrido los bienes de Giles. La Comisión rechazó por mayoría la reclamación de Giles. Disintiendo de la mayoría, el comisionado de los Estados Unidos declaró que estaba de acuerdo con lo que concernía a los daños y perjuicios causados por los merodeadores, pero que debía haberse acogido en parte la reclamación por los daños y perjuicios que había causado la guardia nacional ⁵³⁶.

ASUNTO WIPPERMAN (*Estados Unidos de América/Venezuela*) [1889 y años posteriores]

349. El asunto surgió a raíz de los perjuicios que sufrió en sus bienes el Sr. Wiperman, Cónsul de los Estados Unidos en Venezuela, causados por el pillaje hecho por indios en 1862, en territorio venezolano, de una embarcación varada que llevaba a Wiperman y a sus bienes de regreso a los Estados Unidos. El caso se remitió a la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos/Venezuela, con arreglo a la convención de 5 de diciembre de 1885 (caso N.º 22). El Gobierno de los Estados Unidos reclamó una indemnización, considerando el incidente como un atropello permitido por el Gobierno de Venezuela debido a que no había tomado las precauciones necesarias e indispensables que el derecho internacional exigía para la protección de los extranjeros domiciliados en el territorio de una jurisdicción extranjera, y especialmente de los cónsules.

350. En nombre de la Comisión, el comisionado Findlay rechazó la reclamación. En su opinión, se refirió a los perjuicios accidentales, los hechos repentinos e inesperados de violencia y la previsión razonable, en la forma siguiente:

[...] no puede haber paralelo posible entre el caso de un cónsul que reside en una gran ciudad habitada por gente civilizada, cuya casa es invadida deliberadamente en pleno día y cuyos bienes son saqueados o destruidos por actos de violencia, dirigidos en su contra en razón de su condición oficial, acompañados de insultos premeditados en contra del gobierno que representa, emanando todo ello de un grupo tumultuoso de personas cuyos actos, presumiblemente por lo menos, la policía o el ejército debía haber podido evitar o refrenar, y el perjuicio accidental sufrido por un individuo en común con otros, no en su carácter de cónsul, sino de pasajero de un buque que ha tenido la desgracia de encallar en una costa deshabitada, objeto de incursiones salvajes, lo que ninguna previsión razonable habría podido evitar.

El caso presentaría mayores puntos de comparación con el de una tribu salvaje de indios en pie de guerra que hubiese tropezado inesperadamente con un cónsul, digamos de Venezuela, que viajara por motivos de salud por alguna senda aislada de Arizona o Nuevo México, y que ahí mismo, sin guardar respeto a la dignidad del cargo consular y al derecho internacional, lo despojase de todos sus objetos de valor y procediesen luego *suo more* a quitarle el cuero cabelludo. ¿Podría pretenderse que los Estados Unidos serían responsables por un acto de violencia de este tipo, aunque éste hubiese sido cometido por personas que estuviesen bajo su jurisdicción y sujetas nominalmente a su autoridad? Es bien sabido en todo

⁵³⁶ Moore, *History and Digest... (op. cit.)*, vol. IV, págs. 3703 y 3704.

⁵³⁵ Lapradelle y Politis, *op. cit.*, t. III, pág. 589. En su alegato, el Gobierno del Perú acusó al Gobierno del Japón de denegación de justicia, fundándose en la irregularidad de la decisión de las autoridades de éste, y concluía:

«Incumbe responsabilidad al Gobierno del Japón por todos aquellos actos que siguieron a una diligencia diplomática arbitraria para iniciar un proceso, cuyas conclusiones aprobó en su totalidad, y que fueron la causa de la detención del viaje y finalmente del abandono del *María Luz*, que acarrearón pérdidas graves a los propietarios y a las partes en el contrato de fletamento.» *Ibid.*, pág. 586.)

el mundo que atrocidades de este tipo ocurren más o menos frecuentemente en la región fronteriza occidental de los Estados Unidos, y que toda la fuerza militar de ese país, que no está en los puestos militares permanentes, no ha sido suficiente para impedir el robo o el asesinato ocasional de personas inocentes, extranjeras o nacionales. A menos que se considere que el gobierno es el asegurador de las vidas de las personas domiciliadas en su territorio jurisdiccional, no existe ningún principio de derecho fidedigno que permita atribuirle la responsabilidad de indemnizar en casos de actos de violencia súbitos e inesperados, que una previsión razonable y la adopción de las precauciones corrientes no hubiesen podido impedir. Por supuesto que si un gobierno demostrase indiferencia en cuanto a sancionar a los autores culpables de tales atrocidades, se plantearía otra cuestión, pero mientras se emplee una diligencia razonable para intentar evitar que ocurran o vuelvan a ocurrir tales males, y se manifieste el propósito honesto y serio de castigar a los perpetradores, la mejor prueba de lo cual será, por supuesto, que se les sancione efectivamente, no estimamos que haya negligencia en el cumplimiento de obligaciones internacionales, si ello se considera desde el punto de vista de cualquier norma práctica de buen sentido que las naciones pongan en vigor.

[...] no existe constancia alguna que demuestre que el gobierno haya tenido conocimiento alguno de la incursión o motivo alguno para esperar que existiese la amenaza de ella, y, si bien puede ser verdad que los gobiernos son *prima facie* responsables por los actos de sus gobernados y de los extranjeros que residen en el territorio jurisdiccional, ésta es una presunción que puede siempre refutarse por cualquier hecho que proporcione una excusa razonable de la falta de diligencia contra la cual se dirige la reclamación. Rige una norma diferente de responsabilidad cuando el acto del cual se reclama es sólo uno de una serie de actos similares, cuya repetición, así como su carácter público y notorio, haga presumir que las autoridades tenían conocimiento de la posibilidad de que ocurriese, incumbiéndoles la correspondiente responsabilidad. Es en tal caso que Sir Robert Phillimore dice que: «ha de presumirse que un soberano tiene conocimiento de los actos que sus súbditos cometen pública y frecuentemente, como igualmente que dispone de facultades para evitar los perjuicios consiguientes, a menos que se pruebe claramente lo contrario» (Phill. Int. Law, pág. 23). Los fundamentos del presente caso son totalmente diferentes. Los hechos ilícitos cometidos procedían de la deprecación injustificada de una banda incontrolada de salvajes en un buque que desgraciadamente encalló en un sitio en que podía ser presa fácil de tales merodeadores antes que el gobierno tuviese conocimiento de ello, en circunstancias que nos satisfacen en cuanto a que esa falta de conocimiento no es imputable al gobierno, y que la incursión fue uno de esos estallidos ocasionales e inesperados que no pueden ordinariamente y razonablemente preverse. Tan pronto como se informó de los hechos se adoptaron medidas inmediatas para socorrer al buque y se abrió fuego contra los salvajes con tiros de metralla y balas de cañón, dispersándoles. Se rechaza la reclamación⁵³⁷.

ASUNTO BRISSOT Y OTROS (*Estados Unidos de América/Venezuela*) [1889 y años posteriores]

351. Los hechos de este caso se refieren a la presencia del Presidente de uno de los Estados que integran la República de Venezuela, el general Juan Bautista García, y de una pequeña fuerza militar, como pasajeros a bordo del *Apure*, un buque de vapor que mantenía la Orinoco Steam Navigation Company, de Nueva York,

en los ríos Orinoco y Apure. Después de que embarcó el general García, el *Apure*, que estaba anclado en un puerto, fue repentinamente atacado por un grupo de rebeldes contra el gobierno del general. Los demandantes alegaban que Venezuela era responsable de las muertes y daños resultantes del ataque, ya que el general García había causado el conflicto al subir a bordo del buque y utilizarlo como refugio durante el ataque, después de que una pequeña fuerza militar que le acompañaba, enviada a tierra para hacer frente a los rebeldes, fue derrotada. Las reclamaciones fueron remitidas a la Comisión de Reclamaciones de Estados Unidos/Venezuela, con arreglo a la convención de 5 de diciembre de 1885 (casos N.ºs 27 a 30).

352. Los tres comisionados convinieron en que Venezuela no era responsable por el ataque en sí⁵³⁸. En tanto que un comisionado, Andrade, en su opinión invocó la legítima defensa y la necesidad como circunstancias que excluían la existencia de un acto ilícito por parte de Venezuela⁵³⁹, los otros dos comisionados, Little y Findlay, se refirieron en sus opiniones a los elementos de sorpresa e imprevisibilidad. Así, el comisionado Little declaró:

La cuestión es entonces la siguiente: ¿cuándo y cómo omitió Venezuela el cumplimiento de sus obligaciones, si es que lo hizo, respecto de esta tragedia? La teoría de que el general García, ilícitamente o sin justificación, subió a bordo del *Apure* con sus tropas, asumió control militar del buque, precipitó el ataque en Apurito y retuvo a los no combatientes del buque en la lucha no solamente no es apoyada por las pruebas, sino que va contra su sentido manifiesto. Si estas reclamaciones dependieran de la determinación de una situación tal como ésa, tendrían que ser rechazadas, ya que los hechos y las circunstancias apuntan en sentido contrario.

El embarque de García fue lícito y sin coerción. El ataque en Apurito fue una sorpresa tanto para él como para el capitán del buque. La simple verdad parece ser que el general desembarcó su pequeño pelotón de tropas en la oscuridad en una emboscada contra los conspiradores, y que probablemente se había embarcado y había llegado hasta ese punto en su viaje río arriba precisamente para atacarlos y sojuzgarlos, aunque se dijo que estaba haciendo una gira de observación. Los conspiradores aguardaron su oportunidad, esperaron hasta que el buque estuviera amarrado para impedir su escape y entonces, al aparecer la tropa del general, abrieron fuego. La confusión y la desmoralización de sus tropas en esas circunstancias no es extraña o atribuible a ninguna culpa suya. Los criminales eran los conspiradores en tierra⁵⁴⁰.

Y el comisionado Findlay declaró:

[...] Después de leer los autos y examinar cuidadosamente los argumentos de ambas partes, que han sido muy completos y exhaustivos, no me parece que se hayan aducido argumentos contra Venezuela, excepto en el sentido de que no hizo todo lo que debía hacer para llevar a los culpables ante los tribunales. Venezuela probablemente no disponía de medios para conocer o prever este ataque asesino que se produjo en Apurito. Según se desprende, a mi parecer, de los testimonios aportados, el general García y su destacamento de tropas a bordo del

⁵³⁸ Sin embargo, Venezuela fue considerada responsable de su conducta en cuanto a determinar cuáles eran los responsables y llevarlos ante los tribunales.

⁵³⁹ Moore, *History and Digest...* (op. cit.), vol. III, págs. 2949 a 2967.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, pág. 2967.

⁵³⁷ *Ibid.*, vol. III, págs. 3040 a 3043.

Apure estaban totalmente desprevenidos para responder al ataque; y cualesquiera fueran sus previsiones en cuanto a que se produjeran problemas en algún punto del camino, ciertamente no parece que hayan percibido ninguna dificultad en ese momento determinado. El ataque tuvo el carácter de una emboscada y de completa sorpresa. Por consiguiente, estaría totalmente injustificado considerar responsable a Venezuela por no prever o suponer un ataque del cual las personas más interesadas en conocerlo, y los propios actores en el lugar, no tenían conocimiento ⁵⁴¹.

ASUNTO DU BOIS (*Chile/Estados Unidos de América*)
[1894]

353. Edward Du Bois, ciudadano de los Estados Unidos, afirmó poseer, como hipotecario, la parte del ferrocarril Chimbote-Huaraz-Recuay, entonces terminada y en funcionamiento, y también una gran cantidad de maquinaria, equipo y material en Chimbote destinado a la construcción del resto de la vía. Afirmó que la destrucción y el transporte de sus bienes por las fuerzas chilenas que se produjo en 1880, 1881 y 1882, durante la guerra chileno-peruana, no era necesariamente una operación militar, y que era injustificada e inexcusable. El asunto fue sometido a arbitraje con arreglo a la convención del 7 de agosto de 1892. El Gobierno chileno adujo que el demandante no poseía ninguna propiedad individual del ferrocarril y que la destrucción y el apoderamiento de los bienes era un acto legítimo de guerra, ya que pertenecían al Perú. La mayoría de la comisión arbitral decidió, el 9 de abril de 1894, que el Gobierno de Chile era responsable de la «destrucción injustificada e innecesaria de los bienes del demandante por el General Lynch, jefe de las fuerzas chilenas [...]» ⁵⁴².

ASUNTO EGERTON Y BARNETT (*Chile/Reino Unido*)
[1895]

354. Durante la noche del 28 al 29 de agosto de 1891, la casa Egerton y Barnett, en Valparaíso, fue incendiada como consecuencia de actos de violencia cometidos tras la rendición de la ciudad a las fuerzas revolucionarias durante la revolución chilena de 1891. En su decisión del 25 de setiembre de 1895, el tribunal arbitral establecido en virtud de la Convención entre Chile y Gran Bretaña, de 26 de setiembre de 1893, llegó a la conclusión de que el Gobierno de Chile no era responsable de la pérdida sufrida por los demandantes. Para llegar a esa conclusión, el tribunal afirmó, entre otras cosas, lo siguiente:

Considerando que de todas las circunstancias comprobadas oficialmente por las autoridades extranjeras presentes se desprende que si, pese a las medidas adoptadas, se produjeron desórdenes graves en Valparaíso en la noche del 28 al 29 de agosto de 1891, no se puede imputar la responsabilidad por ellos al gobierno, dado que, en las difíciles circunstancias en que se encontraba después de una batalla sangrienta que ponía término a una guerra civil que había excitado los ánimos, tomó todas las medidas a su alcance; que la resolución extrema de

solicitar a los comandantes de las escuadras el desembarco de marinos extranjeros prueba suficientemente que no hubo por su parte negligencia ni imprevisión alguna que pueda comprometer su responsabilidad;

[...]

Considerando que cuando un gobierno es temporalmente incapaz de contener en su territorio a una parte de la población o a personas que se han sustraído a su autoridad y se han levantado contra ella en caso de rebelión, guerra civil o disturbios locales, no es responsable de los perjuicios sufridos por los extranjeros;

Considerando que si el derecho internacional prescribe a las autoridades militares de un país beligerante que hagan todo lo que esté en su poder para garantizar el respeto de la propiedad de los habitantes pacíficos por las personas que están a sus órdenes, no hay nada que pruebe que los desórdenes relativos que tuvo que sufrir la ciudad de Valparaíso hayan sido causados por soldados del ejército victorioso, los únicos sobre los que los jefes habían mantenido aún su autoridad; considerando que, por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia admiten que los actos de robo y pillaje cometidos por soldados desbandados y fuera de la vigilancia de sus jefes no comprometen la responsabilidad de sus gobiernos; y que tales actos son considerados como delitos de derecho común, sujetos exclusivamente a la represión penal ordinaria [...] ⁵⁴³.

ASUNTO DUNN (*Chile/Reino Unido*) [1895]

355. James E. Dunn, de Glasgow, propietario del buque *Birdston*, presentó una reclamación contra el Gobierno chileno por las pérdidas y daños que había sufrido como consecuencia de actos de hostilidad durante la revolución de 1891. Según el reclamante, el *Birdston* llegó al puerto chileno de Pisagua el 14 de enero de 1891 a fin de transportar una carga de salitre desde allí hasta puertos europeos, de conformidad con la póliza de fletamento celebrada entre una compañía chilena, el capitán del buque y el representante de Dunn, Robert Hunter. El contrato daba a Hunter quince días para cargar el cargamento, pero le exoneraba de las responsabilidades debidas a «desórdenes o impedimentos políticos». El 17 de enero, cuando se había cargado solamente una parte de la carga, un buque de guerra chileno llegó al puerto y anunció que se establecería un bloqueo a partir del 25 de enero. El 19 de enero comenzaron las hostilidades en el puerto entre los beligerantes. En estas circunstancias tuvo que suspenderse la carga del buque hasta el 21 de marzo. Entretanto, el demandante sufrió daños en su buque causados por balas de cañón y pérdidas debido a que varias personas se habían refugiado a bordo, a quienes el capitán había tenido que dar amparo. El Gobierno chileno rechazó toda responsabilidad de su parte, afirmando que los daños fueron causados por «actos legítimos de guerra». El caso fue sometido a arbitraje con arreglo a la convención de 26 de setiembre de 1893.

356. En su laudo de 4 de octubre de 1895, el tribunal arbitral rechazó la reclamación de Dunn, afirmando lo siguiente:

[...] que la imposibilidad de efectuar operaciones mercantiles marítimas i principalmente de cargar salitre en el puerto de

⁵⁴¹ *Ibid.*, pág. 2969.

⁵⁴² *Ibid.*, vol. IV, pág. 3713.

⁵⁴³ La Fontaine, *op. cit.*, págs. 455 y 456.

Pisagua, como consecuencia de un bloqueo regular, no duró, en verdad, sino tres días; que el bloqueo efectivo notificado previamente a los buques neutrales es un acto legítimo de guerra y que, por consiguiente, al gobierno que lo proclamó no se le puede hacer responsable por sus consecuencias para con los buques neutrales que han tenido la facultad de dirigirse a otro puerto;

[...] que un gobierno no puede estar obligado a pagar indemnización por estadías a los buques neutrales que hacen operaciones por cuenta de terceros, sino cuando ha detenido de una manera irregular a estos buques en sus puertos, usando de medios vejatorios o contrarios al derecho internacional; pero que ninguna responsabilidad le nace cuando el atraso de la carga o descarga es la consecuencia de una guerra o de disturbios políticos internos;

[...] que el reclamante no ha probado de manera alguna que si el buque *Birdston* no pudo tomar su cargamento ántes del 21 de marzo para terminar la operación el 26 del mismo, fué ello por culpa del gobierno; que el capitán confiesa, por lo demás, en su libro de bitácora, haber obtenido cargamentos parciales el 17 de enero i entre los días 9 i 14 de febrero, que es de notoriedad pública que si las operaciones comerciales se suspendieron en parte en Pisagua en esa época, es preciso buscar la causa en la situación revuelta del país durante la guerra civil; que se notó necesariamente sobre los neutrales sin darles el derecho de exigir del gobierno la indemnización de los perjuicios causados fuera de su acción directa;

[...]

[...] que si dos bombas tocaron al buque *Birdston* el 23 de enero i 6 de febrero durante los combates que se trabaron entre las fuerzas de mar i tierra, se trata de bombas perdidas en el curso de una batalla regular i que al gobierno no puede hacerse responsable por daños causados por este accidente;

[...] que si el capitán de la barca *Birdston* recibió voluntariamente en dos ocasiones diferentes refugiados a bordo de su buque, cumplió así un deber de humanidad laudable, pero que no le da legalmente derecho para exigir del gobierno el reembolso de los gastos de hospedaje; que no fueron las autoridades locales las que enviaron los refugiados y que conviene él mismo en una anotación de su libro de bitácora: *haber recibido el 21 de febrero, más o menos, cien refugiados por petición del cónsul británico*⁵⁴⁴.

ASUNTO GILLISON (Chile/Reino Unido) [1895]

357. El 12 de enero de 1891 un buque mercante, el *British Army*, que era propiedad en parte de Gillison, un ciudadano británico, al entrar en la bahía de Valparaíso fue detenido por el buque de guerra *O'Higgins* y se le ordenó que anclara en el puerto de Coquimbo, ya que el de Valparaíso estaba bloqueado. El *British Army* permaneció en Coquimbo hasta el 4 de febrero y, al enterarse de que se había levantado el bloqueo, regresó a Valparaíso el 16 de febrero. En junio de 1891, el mismo buque ancló en Talcahuano para cargar un cargamento de trigo, pero los trabajos tuvieron que suspenderse durante unos diez días debido a la guerra. Gillison presentó una reclamación contra el Gobierno chileno por las pérdidas que había sufrido en esas dos ocasiones. El Tribunal Arbitral anglo/chileno, establecido en virtud de la convención de 26 de setiembre de 1893,

⁵⁴⁴ Tribunal Arbitral anglo-chileno, *Reclamaciones presentadas al Tribunal anglo-chileno 1894-1896*, Santiago de Chile, Ercilla, 1896, vol. I, págs. 537 y 538.

rechazó la reclamación. En su laudo de 17 de diciembre de 1895, el tribunal dijo que, dado que el puerto de Valparaíso había estado bajo bloqueo durante el período del caso, Chile no era responsable de las consecuencias de un «acto legítimo de guerra». En cuanto a la suspensión de los trabajos en el puerto de Talcahuano, el tribunal excluyó nuevamente la responsabilidad de Chile, declarando que se debía al estado de guerra⁵⁴⁵.

358. En los alegatos del Gobierno chileno se sostenía que:

[...] la irresponsabilidad en derecho del Gobierno de Chile sería manifiesta, pues originada la primera parte de la reclamación por el bloqueo efectivo i notificado de Valparaíso, el derecho internacional exonera al beligerante que lo impone de toda responsabilidad para con terceros por este legítimo acto de guerra, i la segunda parte de la demanda la motiva el impedimento por causa del estado de guerra sin decir cuál fue la causa inmediata para efectuar un carguío durante ciertos días; que todo gobierno tiene derecho para hacer la guerra, i en el ejercicio legítimo de este derecho no está obligado a resarcir los daños que puedan originarse a particulares; que es imposible evitar que el comercio nacional o neutral sufra las consecuencias desgraciadas de la situación anormal creada por la guerra, que las transacciones, el acarreo i todos los actos de comercio sufren una paralización inevitable i de que no puede hacerse responsable a los beligerantes [...] ⁵⁴⁶.

ASUNTO WILLIAMSON, BALFOUR AND COMPANY (Chile/Reino Unido) [1895]

359. El buque *British Sceptre*, propiedad de Williamson, Balfour and Company, llegó al puerto de Valparaíso con una carga de cemento el 4 de enero de 1891. Según la compañía demandante, el buque tuvo que suspender la descarga de su cargamento durante unos cuantos días, ya que, debido a una revolución, toda comunicación entre buques y tierra quedó prohibida. Frente al peligro de recibir daños de los bombardeos intercambiados entre las dos partes en la revolución, y a sugerencia del Cónsul británico, el buque dejó el puerto el 16 de enero hasta que fue seguro para regresar, el 27 de enero. El demandante pedía una indemnización al Gobierno chileno por las pérdidas sufridas a causa de la demora en la entrega de la carga. El Gobierno de Chile rechazó la responsabilidad afirmando, entre otras cosas, que Valparaíso era el teatro de los principales incidentes de la guerra revolucionaria y que las operaciones de la guerra entrañaban tales inconvenientes sin dar fundamento para pedir indemnizaciones.

360. En su laudo de 22 de diciembre de 1895, el Tribunal Arbitral anglo/chileno, establecido en virtud de la convención de 26 de setiembre de 1893, rechazó la demanda por unanimidad, basándose, entre otras cosas, en lo siguiente:

[...] que a un gobierno no puede exijírsele el pago de los gastos de estadías a buques neutrales que hacen operaciones por cuenta de terceros, a menos que hubiese estorbado aquellas operaciones con medidas vejatorias i contrarias al derecho internacional; que ninguna responsabilidad le nace cuando el

⁵⁴⁵ *Ibid.*, vol. III, pág. 386.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, págs. 383 y 384.

retardo que ocurre en el carguío o descarga es la consecuencia de un acto de guerra o de disturbios políticos internos;

[...] que el reclamante confiesa en su memorial que siguiendo los consejos del cónsul general británico, el capitán del *British Sceptre* sacó su buque fuera de la rada de Valparaíso entre el 16 i 27 de enero de 1891 para ponerse al abrigo del tiroteo que se comprometió entre el blindado *Blanco Encalada* i fuerte de Valdivia; que fue, pues, un acto voluntario de parte del capitán el que alejara su buque del puerto de descarga, i que si lo hizo para sustraerle de las consecuencias de la guerra, el gobierno no puede incurrir en responsabilidad alguna por este capítulo desde que los actos de guerra ejecutados por ambos beligerantes eran legítimos⁵⁴⁷.

ASUNTO CRESCERI (*Italia/Perú*) [1901]

361. El 3 de setiembre de 1894, durante la guerra civil del Perú, José Cresceri, un ciudadano italiano, fue muerto por las fuerzas gubernamentales cuando se hallaba a bordo del buque *Coya* en el puerto de Puno, en el Lago Titicaca. El *Coya* se hallaba a la sazón en las manos de las fuerzas revolucionarias. Se estableció que, en el momento, Cresceri fue obligado por el jefe de las fuerzas revolucionarias a convertirse en portador de una bandera de tregua entre los beligerantes debido a su ciudadanía neutral. Tras su muerte, su viuda presentó una reclamación contra el Gobierno peruano. El asunto fue sometido a arbitraje con arreglo al acuerdo de 25 de noviembre de 1899. En su laudo de 30 de setiembre de 1901, el árbitro, Ramiro Gil de Uríbarri, declaró que los oficiales de las fuerzas peruanas fueron negligentes y que, por consiguiente, el Gobierno peruano debía ser considerado responsable de la muerte de Cresceri. El árbitro razonó de la forma siguiente:

Que la lucha armada que se trabó entre las fuerzas coaligadas que se hallaban a bordo del *Coya* y las fuerzas del Gobierno del Perú, de la guarnición de Puno, no puede considerarse una batalla ordenada, en el curso de la cual ciertas personas ajenas a la lucha hubieran podido hallarse accidentalmente afectadas; que tampoco puede declararse irresponsable al jefe o a los jefes de la fuerza militar del gobierno, de la guarnición de Puno, ya que no está demostrado en modo alguno que hubieran invitado a los pasajeros del *Coya*, ajenos a toda cuestión política, así como a los extranjeros, mujeres y niños, a retirarse y ponerse al abrigo antes de dar la orden de abrir fuego.

Que, como quiera que sea a este respecto, la responsabilidad incumbe a dichos jefes y que esta responsabilidad recae sobre el gobierno, y con tantos mayores motivos cuanto que, a falta de esa orden, un extranjero neutral, pacífico y sin defensa fue constituido parlamentario y que, por tanto, la falta de prohibición fue la causa, si no directa, al menos determinante, de su muerte.

Que incumbe igualmente responsabilidad al jefe de las fuerzas coaligadas no solamente porque obligó a un extranjero, que no tomaba parte en la lucha y en los acontecimientos políticos, a desempeñar una misión tan peligrosa, sino porque parece que no tomó las precauciones necesarias que en esos casos deben tomarse para garantizar la vida del parlamentario.

Que incluso admitiendo que la gravedad de la responsabilidad de las tropas debe ser atenuada por el hecho de que no se ha probado que hubieran abierto el fuego intencional y deliberadamente contra José Cresceri y con la intención de matarlo,

no se ha demostrado tampoco que el Gobierno del Perú se haya ocupado, que se sepa, de descubrir al autor responsable de la muerte de Cresceri y que una vez hallada la verdad haya procedido como hubiera correspondido.

Que de estos argumentos [...] se desprende la responsabilidad que pesa sobre el Gobierno del Perú debido a la negligencia de los oficiales antes mencionados del buque peruano *Coya*, que tenían el deber de hacer todos los esfuerzos necesarios para salvaguardar la vida de sus pasajeros, lo que no justifican haber hecho [...] ⁵⁴⁸.

ASUNTO PIOLA (*Italia/Perú*) [1901]

362. Luis Piola, un residente italiano en el Perú, reclamó una indemnización del Gobierno del Perú por la muerte de su hermano Lorenzo, que se había producido el 17 de marzo de 1895 durante una guerra civil en ese país a causa de los disparos hechos, según se alegaba, por soldados del gobierno. El caso se sometió al arbitraje con arreglo al acuerdo del 25 de noviembre de 1899. En su laudo del 30 de setiembre de 1901, el árbitro, Ramiro Gil de Uríbarri, señaló que del testimonio de los testigos no se desprendía de ninguna manera que la muerte de Lorenzo Piola hubiera sido causada intencionalmente, pues en el momento del hecho él se encontraba en el patio interior de una casa cuya puerta estaba cerrada. Rechazó la reclamación, aduciendo además:

De ello se desprende que la muerte de Lorenzo Piola, si bien fue consecuencia de las dos balas que recibió, no fue resultado de un atentado, sino de un accidente fortuito y desafortunado ⁵⁴⁹.

ASUNTO MARTINI (*Italia/Venezuela*) [1903]

363. El 28 de diciembre de 1898 el Gobierno de Venezuela cedió en arriendo a Lanzoni, Martini y Compañía una empresa nacional, en el Estado de Bermúdez, conocida como Ferrocarril de Guanta y Minas de Carbón. Estaban incluidos en el arriendo un muelle para el embarque de carbón, un depósito, talleres, el ferrocarril entre Guanta y las minas, con equipo rodante, materiales en existencia y puentes; estas minas y otros derechos y acciones pertenecían al Gobierno venezolano. La compañía se comprometió a pagar anualmente al gobierno una cierta suma en efectivo y una cierta cantidad de impuestos por cada tonelada de carbón explotada. Durante el período entre agosto de 1902 y abril de 1903, la zona en cuestión estuvo sujeta a frecuentes ataques de guerra revolucionaria, con daños consiguientes para la propiedad y los intereses de la compañía.

364. La cuestión se sometió a la Comisión Mixta de Reclamaciones ítalo/venezolana establecida con arreglo al protocolo del 13 de febrero de 1903. Tras estimar la pérdida de beneficios de la mina durante el período afectado, el árbitro Ralston manifestó lo siguiente:

⁵⁴⁸ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 66.V.3), págs. 451 y 452.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, págs. 444 y 445.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, págs. 351 y 352.

Sin embargo, sería evidentemente injusto considerar al gobierno responsable por esta cantidad, porque una gran parte de las dificultades en el trabajo de las minas se debió a la acción directa de los revolucionarios, con los que el gobierno estaba en guerra, y otro porcentaje considerable debe atribuirse al hecho de que las minas no hubieran podido explotarse con real éxito aun si el gobierno hubiera cumplido adecuadamente con sus obligaciones a causa de la existencia de un estado de guerra en las cercanías de las minas y el ferrocarril, así como en el puerto de Guanta, condición por la cual no puede considerarse responsable al gobierno con arreglo al contrato o de otra manera ⁵⁵⁰.

Con respecto a otros daños, el árbitro dijo así:

No se tienen en cuenta los daños causados a las vías del ferrocarril como consecuencia de haberse convertido éstas en sendero para animales, al no estar las autoridades pecuniariamente en condiciones durante la guerra de mantener los caminos. Esta fue una consecuencia desafortunada de la guerra por la cual la compañía no puede reclamar indemnización personal alguna.

Varias de las otras reclamaciones por daños se deben a la existencia de la guerra, por la cual no puede culparse especialmente a Venezuela por lamentables que sean los hechos en sí ⁵⁵¹.

ASUNTO PETROCELLI (*Italia/Venezuela*) [1903]

365. Este caso también se remitió a la Comisión Mixta de Reclamaciones ítalo/venezolana establecida con arreglo al protocolo del 13 de febrero de 1903. Durante la guerra civil de Venezuela, en 1902, tropas gubernamentales se atrincheraron frente a la vivienda de Petrocelli, en Ciudad Bolívar. Como resultado de una batalla que se produjo luego, la casa sufrió grandes daños. El árbitro Ralston consideró al Gobierno venezolano responsable de los daños ocasionados a la casa. Dijo:

Cuando las tropas gubernamentales se atrincheraron frente a la habitación del reclamante y tomaron posesión, hicieron de ella el objeto del ataque del enemigo. La condenaron especialmente al uso público. Las reclamaciones por daños causados a la casa se sustraen del ámbito de los resultados incidentales de la guerra, pues el gobierno invitó a su destrucción. La propiedad del reclamante se expuso a un peligro especial que no compartieron los bienes del resto de la comunidad. La responsabilidad del gobierno por su devolución segura era completa ⁵⁵².

ASUNTO SAMBIAGGIO (*Italia/Venezuela*) [1903]

366. Salvatore Sambaggio, un ciudadano italiano, planteó una reclamación contra el Gobierno de Venezuela por las requisiciones y préstamos forzados que le impusieron las tropas revolucionarias cuando residía en San Joaquín, Venezuela. La reclamación se remitió a la Comisión Mixta de Reclamaciones ítalo/venezolana establecida con arreglo al protocolo del 13 de febrero de 1903.

367. El comisionado italiano adujo que se justificaba que Italia reclamara daños en nombre de Sambaggio porque, «a juzgar por los resultados, debe admitirse que los medios empleados por [el gobierno] para [mantener el orden] son, para no decir más, ineficientes, y de esto se deduce su responsabilidad como consecuencia lógica [...]» ⁵⁵³.

368. Por otra parte, el comisionado venezolano adujo lo siguiente:

Los gobiernos, según las autoridades en la materia, no son responsables por los actos de personas en rebelión, precisamente porque están en rebelión [...]. Un gobierno sería responsable, en el caso concreto, cuando hubiera sido negligente en la protección de las personas; pero en ese caso la responsabilidad se desprendería del hecho de que el gobierno, por su conducta, se expuso a la acusación de complicidad en el daño. Los actos de los revolucionarios están fuera del gobierno.

[...]

La responsabilidad de un gobierno está en proporción con su capacidad de evitar el mal. Un gobierno suficientemente poderoso en todos sus atributos para prevenir la ocurrencia del mal, pero que lo permite por negligencia, es sin duda más responsable por la preservación del orden que uno que no está así dotado.

[...]

Sin embargo, varios gobiernos y autoridades en la materia han sostenido que en ciertos casos particulares y en ciertas circunstancias un Estado podría ser con razón acusado de responsabilidad por los daños causados a una persona en caso de que se demostrara que el Estado había sido totalmente negligente en la prestación de la protección que podría razonablemente esperarse de él. De acuerdo con esta teoría, el gobierno no es responsable por la falta de protección no resultante de una negligencia culpable suficientemente grande como para que pueda asimilarse a un acto suyo contra la propiedad privada.

[...]

Por tanto, el que hace una reclamación contra el Estado en ese caso debe probar dos cosas:

1. Que sufrió realmente el daño aducido.
2. Que el Estado es de cierta manera responsable, por su negligencia del daño cometido ⁵⁵⁴.

369. El árbitro Ralston emitió la siguiente opinión favorable a Venezuela:

[...] Los gobiernos son responsables, como principio general, por los actos de aquellos bajo su control. Pero la existencia misma de una revolución flagrante presupone que un cierto grupo de hombres ha salido temporal o permanentemente fuera del poder de las autoridades; y a menos que sea evidente que el gobierno no ha utilizado rápidamente y con fuerza apropiada su autoridad constituida, no puede decirse razonablemente que debe ser responsable por una condición de los hechos creada sin su voluntad. Cuando tenemos en cuenta que durante los seis meses anteriores al apoderamiento contra el que se reclama en este caso asoló a la mayor parte de Venezuela una revolución sangrienta y decidida que exigió todos los recursos del gobierno para sofocarla, no puede determinarse en general que hubo negligencia por parte del gobierno suficiente para acusarle de los delitos de los revolucionarios cuyos actos están ahora en cuestión.

En consecuencia, nos vemos obligados a llegar a la conclusión, desde el punto de vista del principio general, de que,

⁵⁵⁰ *Ibid.*, vol. X (N.º de venta: 60.V.4), págs. 666 y 667.

⁵⁵¹ *Ibid.*, pág. 668.

⁵⁵² *Ibid.*, pág. 592.

⁵⁵³ *Ibid.*, pág. 504.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, págs. 507, 509 y 511.

salvo en las circunstancias excepcionales indicadas, no debe considerarse responsable al gobierno de los actos de los revolucionarios porque:

1. Los revolucionarios no son los agentes del gobierno, y no existe una responsabilidad natural.

2. Los actos se cometen para destruir al gobierno, y nadie puede ser considerado responsable por los actos de un enemigo que atenta contra su vida.

3. Los revolucionarios estaban fuera del control gubernamental, y no puede considerarse responsable al gobierno por daños cometidos por quienes han escapado a su control⁵⁵⁵.

ASUNTO KUMMEROW Y OTROS (*Alemania/Venezuela*) [1903]

370. Este asunto se remitió a la Comisión Mixta de Reclamaciones germano/venezolana con arreglo al protocolo del 13 de febrero de 1903. Los comisionados alemán y venezolano estuvieron en desacuerdo en cuanto a la responsabilidad de Venezuela en virtud del protocolo por los actos de revolucionarios en la guerra civil y en cuanto a la responsabilidad de Venezuela por los apoderamientos ilegales o los daños causados en los bienes. El árbitro Duffield consideró que el Gobierno de Venezuela era responsable «con arreglo a la admisión de responsabilidad hecha en el protocolo» por todas las reclamaciones por daños o apoderamientos ilegales de bienes por revolucionarios con ocasión de la guerra civil. Al mismo tiempo, reconoció que esa admisión de responsabilidad no se extendía a los daños o los apoderamientos ilegales de bienes en ningún otro momento o en ninguna otra circunstancia y no incluían los daños a las personas. En cuanto a estas dos últimas causas de reclamaciones, el árbitro consideró que la responsabilidad de Venezuela debía determinarse por los principios generales del derecho internacional, con arreglo a los cuales Venezuela no era responsable porque la guerra civil, desde su comienzo, había salido fuera del control del gobierno titular⁵⁵⁶. Adujo, entre otras cosas, lo siguiente:

Alemania requiere así que Venezuela admita la responsabilidad en los términos más amplios posibles. Venezuela podría y debería haber explicado cómo los entiende. Al no haberlo hecho así entonces, no puede hacerlo ahora. Cuando Venezuela admite sin calificaciones su responsabilidad por apoderamientos ilegales o daños a los bienes resultantes de acontecimientos insurreccionarios durante la guerra civil, debe verse obligada a admitir su responsabilidad por todos los apoderamientos ilegales de personas y bienes durante ese período y en esas condiciones.

Además, básicamente todas las autoridades en derecho internacional convienen en que una nación *es responsable* por los actos de los revolucionarios en ciertas condiciones —tales como falta de diligencia, o negligencia al no prevenir esos actos, cuando ello es posible, o en la medida de lo posible en castigar a los delincuentes e indemnizar los daños—. Hay entonces una norma de derecho internacional en virtud de la cual podría considerarse responsable a Venezuela en ciertos casos por los actos revolucionarios. Y hay algunas autoridades muy respetables que sostienen que una nación que ha sufrido un largo período de revolución, como Venezuela durante el último decenio, con el consiguiente desorden en el funcionamiento del Estado, no debe recibir el beneficio de esa exención de respon-

sabilidad. Puede considerarse que una o ambas partes contratantes tuvieron presentes estas consideraciones y que ellas indujeron a la inclusión en el protocolo de la admisión de responsabilidad.

En consecuencia, se trata de un caso en el que dos naciones, presumiblemente conscientes de la diversidad de opiniones tanto entre las naciones como entre ellas en cuanto a la responsabilidad de los gobiernos por los actos de los revolucionarios, formalizan un acuerdo solemne que contiene una admisión expresa de responsabilidad por *todos los apoderamientos ilegales o los daños* causados a los bienes resultantes de acontecimientos insurreccionarios en una guerra civil. ¿Puede entonces sacarse otra conclusión que no sea que se propusieron arreglar ellas la cuestión de la responsabilidad y no dejar que sea determinada, como podría decidirlo una comisión, de una forma u otra? [...]

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el árbitro opina que la admisión de responsabilidad contenida en el artículo III se extiende a las reclamaciones de los súbditos alemanes por apoderamientos ilegales o daños a los bienes resultantes de la actual guerra civil venezolana, ya sean resultado de actos de las tropas gubernamentales, o de oficiales gubernamentales o de revolucionarios.

Sin embargo, esto no resuelve toda la cuestión. En primer lugar, la admisión de responsabilidad del artículo III no incluye los daños a las personas; cubre solamente los apoderamientos o los daños de bienes. En segundo lugar, de éstos sólo incluye los resultantes de la actual guerra civil venezolana. La responsabilidad de estas dos clases de reclamaciones debe determinarse entonces con arreglo a los principios generales del derecho internacional, porque en virtud de los términos del protocolo, interpretado a la luz del memorando británico y alemán del 22 de diciembre de 1902, *ellas se remiten al «arbitraje sin reservas»*.

Al determinarlas así, sin embargo, no es necesario analizar la cuestión general del carácter y la extensión de la responsabilidad de una nación por los actos de insurgentes. Hay diversidad de opiniones entre las autoridades sobre la cuestión.

Sin embargo, en opinión del árbitro, la doctrina moderna casi universalmente reconocida admite que una nación no es responsable por los actos de revolucionarios cuando la revolución ha sido del control del gobierno titular. No es necesario que exista un estado de guerra en el sentido internacional ni un reconocimiento de beligerancia. La inmunidad sigue a la incapacidad.

Esta regla fue confirmada y aprobada recientemente por la Comisión de Reclamaciones Contractuales de los Estados Unidos y España que se reunió en Washington el 28 de abril de 1903 (opinión N.º 8).

Puede hacerse adecuadamente un reconocimiento judicial de la condición de Venezuela durante la actual guerra civil. Y no puede haber duda en cuanto a que, desde su inicio, salió de la capacidad de control del gobierno. Se complicó por la acción de las potencias aliadas al apoderarse de los fuertes y buques de guerra de Venezuela; y si está ahora totalmente aplastada (como cabe esperar), ese aplastamiento se realizó sólo en los últimos días. Durante todo este período, partes considerables del país y algunas de sus ciudades principales estuvieron bajo el poder de las fuerzas revolucionarias. Grandes cuerpos de tropas revolucionarias organizadas han atravesado el país, y a su paso siguieron las incursiones y saqueos habituales de pequeñas bandas de guerrilleros y bandidos. Los esfuerzos supremos del gobierno fueron necesarios y se dirigieron a aplastar la rebelión. En esas circunstancias estaría en contra de los principios establecidos del derecho internacional y de la justicia y la equidad considerar responsable al gobierno⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, pág. 513.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, págs. 390 a 402.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, págs. 397, 398 y 400.

ASUNTO BISCHOFF (*Alemania/Venezuela*) [1903]

371. En agosto de 1898, durante una epidemia de viruela en Caracas, la policía se apoderó de un coche perteneciente a un ciudadano alemán, Bischoff, y lo llevó a la casa de detención al recibir información de que había transportado a dos personas afectadas de la enfermedad. El carruaje había estado expuesto a los elementos durante un tiempo considerable hasta que, al confirmar la naturaleza falsa de la información, la policía ofreció devolverlo a Bischoff. Este se negó entonces a aceptar el coche, a menos que la policía pagara por los daños causados a él. El caso se remitió a la Comisión Mixta de Reclamaciones germano/venezolana, constituida con arreglo a los protocolos de 13 de febrero y 7 de mayo de 1903.

372. El comisionado para Venezuela consideró que no había responsabilidad en esas circunstancias. Aunque admitió que el apoderamiento se hizo en buena fe y, porque existía la epidemia de viruela, estaba justificado, el comisionado alemán adujo que el reclamante no estaba obligado a aceptar la devolución del carruaje y que Venezuela era responsable por su valor. En su opinión, el árbitro Duffield admitió que no había responsabilidad por el apoderamiento del carruaje. En sus palabras: «[...] el carruaje se tomó en el ejercicio adecuado de las atribuciones de las autoridades policiales. Indudablemente, durante una epidemia de una enfermedad infecciosa no puede haber responsabilidad por el ejercicio razonable del poder policial, aunque se cometa un error»⁵⁵⁸. Sin embargo, el árbitro, siguiendo la opinión expresada «en varios casos ante comisiones de arbitraje que entrañaban el apoderamiento y la detención de bienes, en que la toma original era legítima», consideró que el gobierno acusado era responsable de los daños resultantes al carruaje a causa de su detención por «un plazo irrazonable» y por los daños causados a él durante ese período⁵⁵⁹.

ASUNTO SANTA CLARA ESTATES COMPANY (*Reino Unido/Venezuela*) [1903]

373. En 1902 y 1903 la Santa Clara Estates Company, una empresa británica, desarrolló actividades en el distrito de Orinoco, en Venezuela, cuando ese distrito estaba totalmente en las manos de revolucionarios. Un órgano revolucionario se estableció como el gobierno de esa parte del país y en cierta medida se ocupó del cumplimiento de tareas gubernamentales. Durante ese tiempo, el ganado perteneciente a la Santa Clara Estates Company fue expropiado para los usos de la revolución, causando así pérdidas a la compañía. El Gobierno británico adujo que era negligencia por parte del gobierno titular permitir durante tanto tiempo a sus súbditos rebeldes mantener un gobierno independiente, y que había un límite al que debía llegarse, dentro del cual el gobierno debía reducir a los revolucionarios al sometimiento. La reclamación se remitió a la Comisión Mixta

de Reclamaciones británico/venezolana establecida con arreglo al protocolo de 13 de febrero de 1903.

374. El árbitro Plumley rechazó el argumento británico diciendo que debía darse más preponderancia a la diligencia real empleada por el gobierno titular para recuperar el territorio perdido y aplastar los intentos revolucionarios que a la simple cuestión del tiempo que llevó lograr ese objetivo. Planteó la siguiente cuestión en conexión con el caso:

¿Fue el plazo durante el cual existió este gobierno independiente el resultado de la ineficiencia y la negligencia del gobierno en sus esfuerzos generales por aplastar la revolución y recuperar su territorio perdido en todo el país de Venezuela o se debió a la magnitud, el poderío y la fuerza de la propia revolución?⁵⁶⁰.

A fin de responder a esta cuestión, el árbitro entró en un examen detallado de los antecedentes históricos de las guerras revolucionarias en Venezuela durante 1900-1903, y llegó a la conclusión siguiente:

Una guerra en que se libraron en poco más de un año 20 batallas sangrientas, cuarenta batallas de considerable carácter y más de 100 encuentros menores entre las tropas contendientes, con una pérdida resultante de 12.000 vidas, difícilmente puede sugerir pasividad o negligencia por parte del gobierno nacional para con la revolución; y el árbitro está convencido del hecho de que el control que lograron los revolucionarios en algunas partes del país se debió más bien a la ayuda financiera que recibieron a través de su jefe, Matos, quien, con el gran cuerpo de hombres bajo su bandera, constituyó una fuerza por un tiempo irresistible y poderosa, que a la debilidad, la ineficacia o la negligencia por parte del gobierno titular. En otras palabras, la historia nos lleva a creer que el gobierno de hecho hizo lo que cabe esperar que haría: opuso la mejor resistencia posible en todas las circunstancias imperantes a las fuerzas revolucionarias que trataban de derrocarlo.

[...]

Es por eso la opinión del árbitro que no hubo demora indebida por parte del gobierno en la restauración de su poder en el distrito en consideración, y que no fue a causa de la debilidad, la ineficiencia o la pasividad del gobierno que la revolución de liberación permaneció en control durante el plazo nombrado, sino a causa de su fuerza inherente en hombres, materiales y fondos y de ciertas circunstancias coadyuvantes⁵⁶¹.

ASUNTO BAMBELISTA (*Países Bajos/Venezuela*) [1903]

375. El 11 de noviembre de 1899 la vivienda, los muebles, etc., de un ciudadano holandés, Babelista, en Puerto Cabello, sufrieron daños como resultado de una batalla entre el gobierno y las fuerzas rebeldes por la toma de la ciudad. La casa estaba situada cerca de uno de los atrincheramientos de la ciudad. La reclamación planteada por Babelista contra Venezuela se remitió a la Comisión Mixta de Reclamaciones holandesa/venezolana con arreglo al protocolo del 28 de febrero de 1903. El árbitro Plumley rechazó la reclamación diciendo que los daños en cuestión se ocasionaron en el curso de la batalla y en el esfuerzo correcto y fructífero del gobierno por volver a apoderarse de una de sus ciudades

⁵⁵⁸ *Ibid.*, pág. 420.

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ *Ibid.*, vol. IX (N.º de venta: 59.V.5), pág. 456.

⁵⁶¹ *Ibid.*, pág. 458.

y puertos más importantes. La destrucción de los atrincheramientos y la ocupación de la ciudad por las tropas «fueron actos a la que obligó la necesidad imperiosa de la guerra». Dijo así:

[...] Fue desafortunado para el reclamante que su edificio estuviera tan cerca de uno de los principales atrincheramientos, donde se produjo la resistencia más seria, y los daños ocasionados a su propiedad fueron uno de los incidentes ordinarios de la batalla [...]. Hay siempre una presunción a favor del gobierno de que será razonable y no será imprudente y descuidado, y en este caso los hechos probados impiden toda posible eliminación de esa presunción. Las balas del gobierno se dirigieron hacia el lugar requerido para lograr el éxito, y el hecho de que hubiera una orientación errónea de esas balas que causó daños a su propiedad, situada en tal proximidad, fue un mero accidente en el cumplimiento debido de un deber solemne. La inspección más cuidadosa del caso no muestra nada que ponga a esta propiedad en la lista de casos excepcionales, y todo la coloca en la línea inmediata de batalla y en el curso mismo de la guerra flagrante⁵⁶².

ASUNTO MAAL (*Países Bajos/Venezuela*) [1903]

376. Maal, un viajante de comercio holandés que representaba a empresas comerciales en los Estados Unidos de América y en Europa, llegó, el 10 de junio de 1899, al puerto de La Guaira a bordo del *Caracas*, y estaba a punto de subir al tren con rumbo a la ciudad de Caracas cuando fue abordado por un ciudadano venezolano, acompañado por policía armada, que le informó que estaba detenido. Sus baúles fueron abiertos y examinados y él fue despojado de sus ropas. Se le llevó entonces ante el jefe civil de la ciudad, quien, tras comunicarse por teléfono con el Presidente de la República, informó al reclamante que se sospechaba que era un conspirador contra el Gobierno de Venezuela y en favor de los revolucionarios, y debía abandonar inmediatamente el país. Se le obligó a volver al *Caracas*, que salió inmediatamente hacia Curaçao. El reclamante negó en todo momento toda conexión con cuestiones revolucionarias concernientes a Venezuela. El asunto se remitió a la Comisión Mixta de Reclamaciones holandesa/venezolana creada con arreglo al protocolo del 28 de febrero de 1903.

377. En su decisión, el árbitro Plumley manifestó, entre otras cosas, lo siguiente:

[...] Es notorio que la fecha de su expulsión de Venezuela estuvo dentro de un período de la vida nacional venezolana en que el país estaba sujeto a más que los azares ordinarios a causa de las acciones y conspiraciones de los revolucionarios, y era sin duda necesario que el gobierno nacional estuviera alerta para protegerse contra esos males; y si la exclusión del reclamante se hubiera realizado de manera correcta, sin indignidad o dificultad innecesaria para él, el árbitro se habría sentido obligado a rechazar la reclamación.

[...] El árbitro exonera a las altas autoridades del gobierno de todo otro fin o pensamiento distinto de la simple expulsión de una persona considerada peligrosa para la seguridad del gobierno, pero el gobierno debe ser responsable de los actos de sus subordinados en el desempeño de su autoridad por odiosos que puedan ser sus actos. Y dado que no hay prueba o sugerencia de que las personas que desempeñaron el importante

deber del Gobierno de Venezuela hayan sido reprendidas, castigadas o despedidas, la única forma en que puede haber una expresión de pesar por parte del gobierno y un cumplimiento de su obligación para con el súbdito de un Estado soberano y amigo es el pago de una indemnización en la forma de compensación monetaria. Esta suma debe ser suficiente para expresar su pesar por la indignidad a que se sometió a este súbdito y de su gran deseo de cumplir plenamente con esa obligación [...] ⁵⁶³.

ASUNTO MENA (*España/Venezuela*) [1903]

378. En mayo de 1899 fuerzas beligerantes destruyeron un rancho de propiedad del Sr. González Mena, ciudadano español, en Venezuela. Como resultado de estos actos sufrió la pérdida de varios caballos, por la que reclamó una indemnización al Gobierno venezolano. El caso fue remitido a la Comisión Mixta española/venezolana establecida de conformidad con el protocolo del 2 de abril de 1903. El árbitro, Sr. Gutiérrez-Otero, rechazó la alegación del comisionado venezolano, fundada esencialmente en los dos principios siguientes: a) el Estado es únicamente responsable por los actos de sus agentes y no por los daños que fuerzas insurgentes o revolucionarias causen a los extranjeros; y b) el Estado no es responsable por los daños provocados por la guerra, ya que estos daños se consideran causados por fuerza mayor, que lo exime de responsabilidad. Al comentar el primero de estos dos principios, el árbitro dijo:

[...] en una ocasión anterior el árbitro decidió ya que si bien, luego de un prolongado debate, ha prevalecido sin duda la teoría concerniente a la no responsabilidad de los Estados por los daños causados por los insurgentes a las personas o a la propiedad de los extranjeros que viven en su territorio, y que este principio está considerado actualmente como una norma correctamente calificada de derecho internacional, tal teoría no se aplica a las actuaciones de esta Comisión Mixta, que, de conformidad con el protocolo que la creó, debería, por el contrario, basar necesariamente sus laudos en una equidad absoluta, sin tomar en consideración las objeciones de carácter técnico que se le pudiesen plantear [...] ⁵⁶⁴.

Respecto del segundo principio que hizo valer el comisionado venezolano, el árbitro declaró:

[...] lo mismo debe decirse sustancialmente, ya que si es evidente que esta doctrina estaba en cierto grado reconocida, en el sentido de que los actos de guerra no dan lugar a la responsabilidad que obliga a los Estados a efectuar un arbitraje, ella debería ser modificada por la teoría que afirma que, en estas circunstancias, debe hacerse una distinción entre los casos atendibles y aquellos cuya naturaleza no reviste el carácter de una necesidad fatal ⁵⁶⁵.

ASUNTO DE LA AMERICAN ELECTRIC AND MANUFACTURING COMPANY (*Estados Unidos de América/Venezuela*) [1903]

379. La reclamación de la compañía antes mencionada contra el Gobierno venezolano se basaba en dos con-

⁵⁶³ *Ibid.*, págs. 732 y 733.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, pág. 749.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, pág. 750.

⁵⁶² *Ibid.*, vol. X (*op. cit.*), pág. 718.

juntos distintos de hechos. El primero se refería a la toma de posesión por el Gobierno del Estado de Bolívar, el 26 de mayo de 1901, de la oficina telefónica y de los servicios de la línea correspondiente para uso y conveniencia de las operaciones militares contra las tropas revolucionarias y a los daños que la propiedad así ocupada sufrió como consecuencia de ello debido a actos de destrucción de los revolucionarios. El segundo conjunto de hechos se refería a los daños causados a la línea telefónica en agosto de 1902 durante el bombardeo de Ciudad Bolívar por los buques del Gobierno venezolano. El comisionado Paúl, en nombre de la Comisión Mixta de Reclamaciones estadounidense/venezolana, establecida con arreglo al protocolo del 17 de febrero de 1903, decidió que la compañía tenía derecho a ser indemnizada por los daños relacionados con el primer conjunto de hechos, pero desestimó la reclamación por daños y perjuicios originada en el segundo conjunto de hechos.

380. El comisionado expresó lo siguiente en su opinión:

Son bien conocidos los principios generales de derecho internacional que establecen la no responsabilidad del gobierno por daños causados a la propiedad neutral como consecuencia de necesidades imperiosas de las operaciones militares en el radio de dichas operaciones o como consecuencia de los daños derivados de una batalla, causados accidentalmente por medios bélicos de destrucción que no están desaprobados por el derecho de las naciones.

No obstante, dichos principios tienen asimismo sus limitaciones como fuente de responsabilidad, en las circunstancias establecidas por el derecho internacional, cuando la destrucción de la propiedad neutral se debe a la ocupación previa y deliberada por el gobierno para beneficio público o como factor esencial para asegurar el éxito de las operaciones militares. Por consiguiente, debido a su ocupación por las tropas del gobierno, la propiedad neutral ha sido destruida o dañada por el enemigo y por esta razón únicamente.

[...]

El apoderamiento de la oficina y de las instalaciones telefónicas por el Gobierno de Ciudad Bolívar, necesarias para el éxito de las operaciones contra el enemigo, y los daños causados por los revolucionarios como consecuencia de dicho apoderamiento dan derecho a la American Electric and Manufacturing Company a una indemnización justa por los daños y perjuicios originados en la acción del gobierno.

La compañía demandante, mediante prueba de testigos, sostiene que los daños ascendieron a la suma de 4.000 dólares, pero debe tenerse en cuenta que los testigos y la compañía misma se refieren a todos los daños sufridos por la empresa telefónica desde el comienzo de la batalla iniciada el 23 de mayo, en tanto que el apoderamiento de la línea telefónica por el gobierno, que es la causal en que se funda el reconocimiento de los daños y perjuicios, se produjo recién el día 26, lo que reduce considerablemente el monto de los daños que debe pagar el gobierno; por consiguiente, los daños se estiman en la suma de 2.000 dólares.

Con respecto a la sección segunda de la reclamación de la suma de 2.000 dólares por daños sufridos por la compañía telefónica durante el bombardeo de Ciudad Bolívar en agosto de 1902, corresponde desestimarla, puesto que estos daños fueron consecuencias concomitantes y necesarias de un acto bélico legítimo de los buques de guerra del gobierno.

No se asignan intereses, ya que la reclamación nunca fue presentada oficialmente al Gobierno venezolano.

Se expide en consecuencia el presente laudo a favor de la

American Electric and Manufacturing Company en su reclamación contra el Gobierno de Venezuela por la suma de 2.000 dólares americanos oro ⁵⁶⁶.

ASUNTO JENNIE L. UNDERHILL (*Estados Unidos de América/Venezuela*) [1903]

381. Esta reclamación se refería inicialmente a los daños y perjuicios demandados al Gobierno de Venezuela por Jennie L. Underhill por agresión, insultos y malos tratos, así como por detención. Pero, en sus nuevas conclusiones, el agente de los Estados Unidos de América basó la reclamación en detención y prisión ilegítimas. El árbitro Barge, de la Comisión Mixta de Reclamaciones estadounidense/venezolana, establecida de conformidad con el protocolo del 17 de febrero de 1903, rechazó la imputación de detención ilegítima, pero aceptó la de prisión y, sobre esta base, otorgó una indemnización a la demandante. El pasaje de su opinión se refirió a la demanda primitiva por agresión, insultos y malos tratos de la manera siguiente:

Si bien la admisión de las demás causas enumeradas en la reclamación y en el primer escrito tal vez no tengan gran influencia práctica, sea que se prueben o no los hechos que habrían afectado al cónyuge de la demandante, George Underhill, no existen pruebas de agresión, insultos o malos tratos contra Jennie Underhill, con excepción de los hechos ocurridos en la mañana del 11 de agosto de 1892, en que una turba irritada y exasperada, que creía que los Underhill apoyaban al partido sumamente impopular, con cuyos jefes y oficiales estaban a punto de escapar de la ciudad, opinión que no carecía de fundamentos y se apoyaba en el hecho de que los Underhill agasajaron al general y a los jefes de ese partido antes de que partiesen a luchar contra el partido popular denominado «Legalista», le impidió dejar la ciudad y la agredió, insultó e hizo objeto de malos tratos; el gobierno, aun admitiendo que esa mañana no existía gobierno *de facto* en Ciudad Bolívar (*quod non*), no puede ser considerado responsable de la agresión, los insultos y malos tratos de una turbamulta exasperada, ya que, de conformidad con el derecho internacional, nacional, civil o de cualquier otra naturaleza, nadie puede ser considerado responsable por daños y perjuicios cuando no es culpable de actos, omisiones o negligencia ilegítimos; en tanto que en relación con los hechos sucedidos en la mañana del 11 de agosto de 1892 no se han probado actos, omisiones o negligencia ilegítimos de parte de quienes en ese momento podían considerarse autoridades locales, que no provocaron los atropellos de la turba enfurecida, y que en esas circunstancias extraordinarias no podrían haberlos prevenido o evitado, la equidad debida a las partes contendientes parecería requerir no obstante, luego de las nuevas conclusiones del honorable agente de los Estados Unidos de América, que la detención y prisión ilegítimas se consideren como causa reconocida de esta reclamación [...] ⁵⁶⁷.

ASUNTO GENOVESE (*Estados Unidos de América/Venezuela*) [1903]

382. Este caso se refería al presunto incumplimiento de un contrato celebrado por el reclamante Virgilio de Genovese y el Gobierno de Venezuela. El caso fue examinado por la Comisión Mixta de Reclamaciones estadounidense/venezolana, establecida de conformidad con el

⁵⁶⁶ *Ibid.*, vol. IX (*op. cit.*), págs. 146 y 147.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, págs. 159 y 160.

protocolo del 17 de febrero de 1903. El comisionado Paúl, en su opinión para la comisión, manifestó, entre otras cosas, lo siguiente:

Los daños y perjuicios reclamados por la interrupción de los trabajos, que suman 262.250 bolívares, y los intereses al 6 % anual sobre los saldos adeudados por el precio de las secciones primera y segunda que el demandante calcula en 43.019 bolívares, deben ser desestimados, ya que la interrupción de los trabajos no se debió a una acción arbitraria del Gobierno de Venezuela, sino a las consecuencias naturales de la guerra civil, que el contratista mismo admitió como justificadas, como se desprende de su correspondencia con el Departamento de Obras Públicas.

Los daños y perjuicios por las indignidades sufridas y por la pérdida de mulas, etc., el 2 de marzo de 1903, que suman 25.000 bolívares, no pueden ser tenidos en cuenta, ya que el hecho en que esta parte de la reclamación parece fundarse configura un robo en la vía pública que no puede afectar la responsabilidad del Gobierno de Venezuela [...] ⁵⁶⁸.

ASUNTO ABOILARD (*Francia/Haití*) [1905]

383. El 26 de febrero de 1902 las autoridades del Gobierno haitiano celebraron una transacción con el ciudadano francés M. L. Aboilard. Según sus términos, éste transfería al Gobierno todos los derechos relativos a un contrato de concesión del sistema de alumbrado de la ciudad de Jacmel, inclusive todos los materiales e instalaciones pertenecientes al sistema. El gobierno convino en pagar una suma de dinero por los derechos y propiedades cedidos. Convino también en que otorgaría a Aboilard una concesión por treinta años a partir de esa fecha para la explotación exclusiva del servicio de agua potable de Port-au-Prince y Pétionville y de los servicios eléctricos de Port-au-Prince. Posteriormente, el Gobierno haitiano dejó de cumplir los contratos celebrados con arreglo a esa transacción debido, entre otras cosas, a que no pudo obtener su aprobación por la legislatura, como lo exigía la Constitución. El gobierno sostuvo que los contratos eran, por consiguiente, nulos y sin ningún valor.

384. La Comisión de Arbitraje, creada con arreglo al protocolo de 15 de junio de 1904, rechazó, en su decisión de 26 de julio de 1905, la alegación del Gobierno haitiano. Entre otras cosas, la Comisión sostuvo:

Que de conformidad con las circunstancias, la naturaleza del acto y muchas de sus cláusulas, el Sr. Aboilard tenía fundadas razones para creer que las concesiones que le fueron otorgadas no constituían meros proyectos, sino que eran definitivas [...]. Que ha habido, al menos, culpa grave de parte del Gobierno haitiano al celebrar un contrato en tales condiciones, al crear expectativas legítimas que, habiendo sido frustradas por un hecho del gobierno mismo, han entrañado un perjuicio por el que se debe una indemnización [...] ⁵⁶⁹.

ASUNTO DE LA COMPAÑÍA FRANCESA DE FERROCARRILES VENEZOLANOS (*Francia/Venezuela*) [1905]

385. La Compañía Francesa de Ferrocarriles Venezolanos se creó en 1888 para hacerse cargo de la concesión

que un ciudadano francés, el Duque de Morny, había obtenido del Gobierno de Venezuela. La compañía debía construir un ferrocarril, canalizar ríos, explotar y disfrutar de los ingresos de la empresa por un período de noventa y nueve años, etc. Una vez completado el ferrocarril, durante los años 1882 a 1884, la compañía sufrió perjuicios como consecuencia de insurrecciones ocurridas en Venezuela. En 1898 otro movimiento revolucionario afectó especialmente las zonas en que la compañía desarrollaba sus actividades y causó pérdidas y daños adicionales. Dadas las circunstancias, en 1899 la compañía comunicó al Gobierno de Venezuela que se veía forzada a suspender la explotación de su línea y los servicios de sus buques de vapor debido a fuerza mayor. A fines de 1899, el buque de vapor de la compañía *San Carlos y Mérida* naufragó a causa de los daños sufridos en su casco durante un encuentro entre las fuerzas en pugna.

386. La compañía formuló una reclamación contra Venezuela por la destrucción de la empresa y otras pérdidas. El asunto se remitió a la Comisión Mixta de Reclamaciones franco/venezolana establecida de conformidad con el protocolo de 27 de febrero de 1903. En su laudo de 31 de julio de 1905, el árbitro desestimó la alegación del demandante de que el Gobierno venezolano era el único causante de los daños a la empresa, sosteniendo que ese gobierno:

[...] no puede ser responsabilizado por las condiciones existentes en 1899, por la postración de los negocios, la paralización del comercio y el intercambio y la aniquilación de la producción agrícola, ni por el agotamiento y parálisis que siguieron, ni por no poder pagar las deudas válidamente contraídas, ni por la imposibilidad en que se encuentra la compañía de obtener dinero en otras fuentes. Todas éstas calamidades inherentes al gobierno, a las empresas y a la vida humana. No dan origen a una reclamación por daños y perjuicios.

La compañía reclamante se vio obligada por fuerza mayor desistir de su explotación en octubre de 1899; el gobierno, por la misma causa, se ha visto imposibilitado de pagar sus deudas a la compañía reclamante. El árbitro considera que no ha habido propósito o intención del gobierno demandado de perjudicar o dañar a la compañía demandante de manera alguna y en ningún grado. Sus acciones y omisiones se debieron a razones y motivos totalmente diferentes. Su primera obligación era hacia sí mismo. El argumento fundamental era el de su propia servación. Sus ingresos fueron dedicados apropiadamente a ese fin. El pedido de fondos de la compañía se hizo a una tesorería desprovista o que sólo podía responder a las exigencias del presupuesto de guerra. Cuando el gobierno utilizó, aun exclusivamente, el ferrocarril y los buques de vapor no violó sus derechos contractuales ni excedió de sus privilegios ni de las obligaciones de la compañía, aunque no hubiese habido contrato. Cuando el tráfico se interrumpe debido a la confusión y el trastorno de la guerra o porque no hay pasajeros ni productos que transportar, se trata de una tremenda calamidad para el país y para todo su pueblo; pero estas circunstancias forman parte de los riesgos asumidos por la compañía al iniciar su explotación.

El hecho de que la revolución haya devastado campos y poblaciones, haya causado el apoderamiento del ferrocarril y sus materiales y de las embarcaciones y producido graves daños es lamentable, deplorable, pero no imputable al gobierno, a menos que la revolución hubiese tenido éxito y a menos que los actos pudiesen originar responsabilidad de conformidad con normas bien reconocidas del derecho público. Las posibles

⁵⁶⁸ *Ibid.*, pág. 240.

⁵⁶⁹ *Revue générale de droit international public*, París, t. XII, 1905, «Documents», pág. 15.

condiciones de dislocación de un país son tenidas en cuenta con anticipación por quien ingresa en éste con fines de esparcimiento o de negocios. La afirmación de que la compañía demandante debe haber iniciado su explotación teniendo plenamente en cuenta la posibilidad, incluso la probabilidad de que su empresa pudiese ser obstaculizada ocasionalmente por bandas insurgentes y fuerzas revolucionarias y por los incidentes y condiciones resultantes de ellas no tiene ninguna relación con el gobierno⁵⁷⁰.

En relación con el hundimiento del *San Carlos y Mérida*, el árbitro consideró que se trataba «sin duda alguna de un accidente de guerra» y que, por tanto, el Gobierno de Venezuela no era responsable⁵⁷¹.

ASUNTO LISBOA (*Bolivia/Brasil*) [1909]

387. En 1909 un Tribunal Arbitral brasileño/boliviano no dio lugar a una demanda por pérdidas indirectas causadas por la cesación de utilidades debida a una revolución. El tribunal opinó que este hecho no dependía de la voluntad del gobierno, y dijo:

La cesación de utilidades, la disminución de los negocios y las perturbaciones económicas son corolarios de la guerra que afectan a nacionales y extranjeros, que perjudican tanto a beligerantes como a neutrales y que, por derivar de casos de fuerza mayor, no entrañan la obligación de indemnizar⁵⁷².

ASUNTO DE LAS INDEMNIZACIONES RUSAS (*Rusia/Turquía*) [1912]

388. En el protocolo firmado el 19 de enero (31 de enero) de 1878 en Adrianópolis, por el que se puso fin a las hostilidades entre Rusia y Turquía mediante un armisticio, este último gobierno convino en indemnizar a Rusia por el costo de la guerra y las pérdidas sufridas. En el artículo 19 de las Preliminares de Paz, firmadas en San Estéfano el 19 de febrero (3 de marzo) de 1878 se fijó el monto total de las indemnizaciones en 1.400 millones de rublos, de los cuales 10 millones se asignarían al pago de daños y perjuicios a los «súbditos e instituciones rusas en Turquía»⁵⁷³. Respecto del pago de la suma asignada para compensar esos daños y perjuicios, el artículo V del Tratado de Paz, firmado en Constantinopla el 27 de enero (8 de febrero) de 1879, dispuso que:

Las reclamaciones de los súbditos e instituciones rusos en Turquía en concepto de indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos durante la guerra se pagarán a medida que sean examinadas por la Embajada de Rusia en Constantinopla y transmitidas a la Sublime Puerta. El total de estas reclamaciones no podrá sobrepasar en ningún caso la cifra de veintiséis millones setecientos cincuenta mil francos⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (*op. cit.*), págs. 353 y 354.

⁵⁷¹ *Ibid.*, pág. 354.

⁵⁷² Citado por J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, edición revisada, Stanford (Calif.), Stanford University Press, 1926, pág. 244.

⁵⁷³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (N.º de venta: 61.V.4), pág. 434.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, pág. 435.

389. Con arreglo a esta disposición, una comisión establecida en la Embajada rusa en Constantinopla, con el propósito de examinar los daños, fijó el total en 6.186.543 francos. Ese monto se comunicó a la Sublime Puerta entre el 22 de octubre (3 de noviembre) de 1880 y el 29 de enero (10 de febrero) de 1881. La cifra no fue impugnada y la Embajada rusa formuló una reclamación formal de pago y transmitió al mismo tiempo la decisión final de la comisión. El Gobierno otomano no estaba en condiciones de pagar la deuda inmediatamente. No obstante, comenzó a reembolsarla en cuotas a partir de 1884 y completó el pago en 1902. En junio/julio de 1902, la Embajada rusa en Constantinopla notificó por escrito al Gobierno otomano que éste había tardado más de veinte años para liquidar una deuda de pago inmediato, y, refiriéndose a notas anteriores que contenían advertencias relativas a la reclamación de intereses por la deuda insoluble, demandó intereses compuestos que totalizaban alrededor de veinte millones de francos⁵⁷⁵. El Gobierno otomano respondió que el artículo V del Tratado de Paz de 1879 «no estipula intereses, y que, a la luz de las negociaciones diplomáticas que tuvieron lugar a ese respecto, [ese gobierno] estaba lejos de esperar la formulación, a último momento, de tales demandas por los indemnizados, cuyo efecto sería reabrir una cuestión que se encontraba felizmente terminada»⁵⁷⁶. En su respuesta, la Embajada rusa insistió en el pago de los intereses reclamados por sus súbditos y agregó que únicamente podría ser motivo de investigación el monto de los daños. Por acuerdo especial de 22 de julio (4 de agosto) de 1910, ambos gobiernos convinieron en someter el asunto a la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.

390. El gobierno ruso basó sus demandas en «la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de deudas pecuniarias» que implicaba «la obligación de pagar daños y perjuicios y especialmente los intereses por las sumas indebidamente retenidas». Ese gobierno sostuvo:

[...] en este caso no se trata únicamente de intereses convencionales, es decir, nacidos de una estipulación particular [...] [sino que] la obligación que incumbe al Gobierno Imperial otomano de pagar intereses moratorios deriva de la demora en el cumplimiento, es decir, del incumplimiento parcial del Tratado de Paz; es verdad que esta obligación se originó en el tratado de 1879, pero proviene *ex post facto* de una causa nueva y accidental, a saber: el incumplimiento por la Sublime Puerta de las obligaciones que contrajo⁵⁷⁷.

391. El Gobierno otomano, si bien admitió en términos explícitos el principio general de la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones, sostuvo, en cambio, que en derecho internacional público no existen intereses moratorios a menos que sean estipulados expresamente. Por consiguiente, trató de distinguir entre *daños y perjuicios compensatorios* resultantes de un acto de violencia o del incumplimiento de una obligación y *daños y perjuicios mora-*

⁵⁷⁵ *Ibid.*, pág. 438.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ *Ibid.*

torios causados por la demora en el cumplimiento de una obligación. Ese gobierno se negó a reconocer el último tipo de daños y perjuicios.

392. En su laudo de 11 de noviembre de 1912, la Corte, al rechazar el argumento del Gobierno otomano, sostuvo que todos los daños y perjuicios se resolvían siempre en «la reparación, la compensación de una falta», cualquiera que fuera el nombre que se le diera. Por consiguiente, la Corte no percibía diferencias esenciales entre las diversas responsabilidades. «Idénticas en su origen, las faltas —dijo la Corte— son iguales en sus consecuencias, la reparación en efectivo»⁵⁷⁸.

393. Por otra parte, la Corte hizo suyo el argumento del Gobierno otomano de que, si bien Rusia envió a Constantinopla una demanda formal de pago por el capital e intereses el 31 de diciembre de 1890 (12 de enero de 1891), en la correspondencia subsiguiente quedó comprobado que al tiempo de efectuarse los pagos no se hicieron reservas por intereses en los recibos otorgados por la Embajada rusa, y que la Embajada nunca consideró las sumas recibidas como intereses. El tribunal llegó a la conclusión de que los dos gobiernos interpretaron de la misma manera el término «saldo de la indemnización», en el sentido de que se trataba del monto del saldo del capital y que el uso repetido por el Gobierno ruso de las dos expresiones en el mismo sentido «implicaba la renuncia del derecho a intereses o daños y perjuicios moratorios»⁵⁷⁹. Por último, la Corte decidió

que, en principio, el Gobierno Imperial otomano estaba obligado a pagar indemnizaciones moratorias al Gobierno Imperial de Rusia a partir del 31 de diciembre de 1890 (12 de enero de 1891), fecha de la recepción de una notificación de mora explícita y formal;

pero que, en los hechos, el beneficio de esta puesta en mora había cesado para el Gobierno Imperial de Rusia como consecuencia de la renuncia subsiguiente de su Embajada en Constantinopla, por lo que el Gobierno Imperial otomano no está obligado ahora a pagarle daños y perjuicios en razón de las fechas en que efectuó el pago de las indemnizaciones⁵⁸⁰.

394. El Gobierno otomano se apoyó también en la excepción de fuerza mayor para justificar la demora en el pago de su deuda. Al rechazar el argumento otomano a este respecto, la Corte afirmó:

La excepción de fuerza mayor invocada en primer lugar es oponible tanto en derecho internacional público como en derecho privado: el derecho internacional debe adaptarse a las necesidades políticas. El Gobierno Imperial ruso admite expresamente [...] que la obligación que tiene un Estado de ejecutar los tratados puede disminuir «si la existencia misma del Estado peligró, si el cumplimiento de la obligación internacional es [...] autodestructivo». Es indiscutible que la Sublime Puerta ha probado, en apoyo de la excepción de fuerza mayor [...], que de 1881 a 1902 Turquía se encontraba sumida en dificultades financieras de extrema gravedad, sumadas a acontecimientos internos y externos (insurrecciones, guerras) que la obligaron a asignar buena parte de sus ingresos para fines especiales, a soportar el control extranjero de parte de sus finanzas, a acor-

dar incluso una moratoria al Banco otomano y, en general, a demorarse en el cumplimiento de sus compromisos, o a ejecutarlos parcialmente, y ello a costa de grandes sacrificios. Pero ha quedado verificado por otra parte que durante este mismo período y particularmente luego de la creación del Banco otomano, Turquía ha podido contratar empréstitos a tasas favorables y convertir otros y que ha logrado por último amortizar una parte importante de su deuda pública, valuada en 350 millones de francos [...]. Sería manifiestamente exagerado admitir que el pago o la contratación de un empréstito para el pago de la suma relativamente mínima de cerca de seis millones de francos aproximadamente debida a los titulares rusos de indemnizaciones habría puesto en peligro la existencia del Imperio otomano o comprometido gravemente su situación interna o externa. *Por consiguiente, la excepción de fuerza mayor no habría sido acogida*⁵⁸¹.

ASUNTO DEL «CARTHAGE» (Francia/Italia) [1913]

395. El 16 de enero de 1912, durante la guerra entre Turquía e Italia, en Africa, un buque de guerra italiano detuvo al vapor francés *Carthage*, que se dirigía de Marsella a Túnez, debido a que transportaba un avión y piezas de otro, que los italianos sostenían constituía contrabando de guerra, destinado a un consignatario particular en Túnez. El *Carthage* fue llevado a Cagliari, donde estuvo detenido hasta el 20 de enero de 1912. Por orden del propietario de la empresa, se desembarcaron el avión y las piezas, y se permitió que el barco continuase el viaje. El 21 de enero de 1912 se autorizó el retiro del avión, al recibir seguridades el Gobierno de Italia de que estaba destinado únicamente a fines de exhibición y de que su propietario no tenía intención alguna de ofrecer sus servicios al Gobierno otomano. El Gobierno de Francia reclamó una indemnización al Gobierno de Italia, entre otras cosas por «el perjuicio moral y político derivado de la inobservancia del derecho internacional consuetudinario y de las convenciones que obligan tanto a Italia como a Francia». El caso se presentó a la Corte Permanente de Arbitraje. En su laudo de 6 de mayo de 1913 la Corte respaldó la posición de Francia, afirmando, entre otras cosas:

Que la información de que disponían las autoridades italianas era de naturaleza demasiado general y guardaba demasiado poca relación con el avión de que se trataba para dar motivo suficiente a que se concluyese en derecho que la destinación hubiese sido de carácter hostil y, en consecuencia, para justificar el apresamiento del barco que transportaba el avión [...]⁵⁸².

ASUNTO DEL «LINDISFARNE» (Reino Unido/Estados Unidos de América) [1913]

396. El 23 de mayo de 1900, el transporte del ejército de los Estados Unidos *Crook* causó daños al vapor británico *Lindisfarne*, al chocar con él en el puerto de Nueva York. Fue preciso hacer reparaciones en el *Lindisfarne*, lo que tomó un día. El Gobierno de los Estados

⁵⁷⁸ *Ibid.*, pág. 440.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, pág. 446.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ *Ibid.*, pág. 443.

⁵⁸² J. B. Scott, *Les travaux de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye*, Nueva York, Oxford University Press, 1921, págs. 355 y 356.

Unidos sufragó graciosamente el costo de las reparaciones. Sin embargo, el Gobierno británico, en nombre de los armadores del buque, reclamó una suma adicional por el día de demora. El Gobierno de los Estados Unidos negó ser responsable de la demora producida por el daño, argumentando:

En primer lugar, que la colisión se produjo por los esfuerzos que hizo el *Crook* para evitar causar daños a un tercer barco, esfuerzos que se llevaron a cabo con la diligencia y pericia marítima empleadas ordinariamente; en segundo lugar, que la colisión no fue el resultado de negligencia alguna del oficial al mando del *Crook*, ni en la determinación del rumbo del buque de transporte ni en su manejo, no pudiendo presumirse que haya habido negligencia de su parte, dado su manifiesto deber de evitar la colisión con un barco en marcha; en tercer lugar, que la colisión constituyó de hecho y en derecho un accidente inevitable; en cuarto lugar, que no se han presentado pruebas en nombre del Gobierno de Su Majestad británica que puedan servir de fundamento a una reclamación por el retraso o que permitan determinar el monto de los perjuicios por dicho retraso, y, en quinto lugar, que el Gobierno de los Estados Unidos no ha reconocido nunca responsabilidad alguna por la colisión⁵⁸³.

397. El caso se sometió al tribunal arbitral establecido con arreglo al compromiso de 18 de agosto de 1910. En su decisión de 18 de junio de 1913, el tribunal declaró que constituía una norma universalmente reconocida de derecho marítimo, tanto en los Estados Unidos como en otras partes, que, en caso de colisión entre un buque en marcha y un buque anclado, correspondía al buque en marcha probar que no había habido culpa de su parte o que había habido culpa del otro buque. En opinión del tribunal, las pruebas proporcionadas por los Estados Unidos eran insuficientes para cumplir con lo dispuesto por esa norma. El tribunal argumentó también que los documentos que habían presentado los Estados Unidos demostraban claramente que el Congreso dispuso el pago de la reparación partiendo de la suposición de que existía una obligación de pagar por haberse incurrido en responsabilidad. El tribunal rechazó en esta forma las alegaciones de los Estados Unidos⁵⁸⁴.

ASUNTO DEL «EASTRY» (*Reino Unido/Estados Unidos de América*) [1914]

398. En junio de 1901 el vapor *Eastry*, un barco británico de una empresa de Liverpool de la misma nacionalidad, realizaba un fletamento por tiempo determinado para un tal Simmons, que lo había subarrendado a la Compañía Marítima, empresa que se encontraba a la sazón contratada por el Gobierno de los Estados Unidos para transportar un cargamento de carbón que había de entregarse en la bahía de Manila. Encontrándose anclado en Cavite, en esa bahía, unas carracas carboneras pertenecientes al Gobierno de los Estados Unidos, que se acercaron a sus costados para descargarlo, le causaron daños. Se hicieron reparaciones provisionarias a

expensas de dicho gobierno. Con respecto a toda otra reclamación, las autoridades locales de los Estados Unidos remitieron el caso al Departamento de Guerra en Washington. Después de numerosa correspondencia entre el armador del buque y el Departamento de Guerra, se sometió el caso al tribunal arbitral, establecido con arreglo al compromiso de 18 de agosto de 1910.

399. El Gobierno de los Estados Unidos sostuvo:

[...] no estar obligado a indemnizar por los daños y perjuicios sufridos por el *Eastry* porque se habían debido al mar grueso y porque sólo el capitán estaba facultado para determinar la oportunidad y la forma de hacer la descarga. [Además] había habido negligencia del capitán del vapor en cuanto éste permitió que, en esas circunstancias, se procediese a hacer el trabajo de descarga⁵⁸⁵.

Los Estados Unidos sostuvieron, además, que las reparaciones provisionarias habían constituido un acto gracioso. En su decisión de 1.º de mayo de 1914, el tribunal estimó que la alegación anterior se contradecía con la declaración hecha pocos días después del incidente por las autoridades locales de los Estados Unidos en Manila de que «los daños se debieron evidentemente a culpa del gobierno y [...] no [cabía] duda alguna en cuanto a la responsabilidad que le incumbía»⁵⁸⁶. En cuanto a las reparaciones provisionarias hechas en Manila, el tribunal decidió que no se había probado hecho alguno en apoyo de la alegación de que éstas se habían efectuado como un acto gracioso. El tribunal declaró que el Gobierno de los Estados Unidos estaba obligado a pagar los daños y perjuicios.

ASUNTO CADENHEAD (*Reino Unido/Estados Unidos de América*) [1914]

400. El 22 de julio de 1907 Elisabeth Cadenhead, súbdita británica, fue herida a bala y perdió la vida cerca de la entrada de un fuerte, en Sault Ste. Marie, en Michigan. El tiro fue disparado por un soldado del ejército de los Estados Unidos acuartelado en el fuerte, que había apuntado a un prisionero militar que huía de su custodia. La conducta del soldado se conformaba totalmente a las órdenes y reglamentos militares pertinentes.

401. En su decisión de 1.º de mayo de 1914, el Tribunal Arbitral anglo/norteamericano, establecido con arreglo al compromiso de 18 de agosto de 1910, concluyó que los Estados Unidos no estaban obligados a otorgar una indemnización pecuniaria a la familia Cadenhead, indemnización que reclamaba el Reino Unido. Expresaba, sin embargo, «el deseo de que el Gobierno de los Estados Unidos prestase acogida favorable al pago de alguna indemnización como acto de gracia» a la familia de la víctima, habida cuenta del hecho de que

podría no haber sido del todo prudente que las autoridades de los Estados Unidos permitiesen que se hiciese trabajar a prisioneros al cuidado de un solo guardia precisamente a la entrada de un fuerte en la vía pública de una ciudad y diesen orden o autorización al guardia para que, tras dejar que uno

⁵⁸³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (*op. cit.*), págs. 22 y 23.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, pág. 24.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, pág. 38.

⁵⁸⁶ *Ibid.*

de esos prisioneros se diese a la fuga en las referidas circunstancias, disparase contra él mientras corría por esa vía⁵⁸⁷.

ASUNTO DE LA HOME MISSIONARY SOCIETY (*Reino Unido/Estados Unidos de América*) [1920]

402. Un organismo religioso de los Estados Unidos llamado Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ sufrió daños y perjuicios durante una insurrección de nativos ocurrida en 1898 en el Protectorado británico de Sierra Leona. El alzamiento se produjo a raíz de la recaudación de un nuevo impuesto fijado al distrito. Durante la insurrección se destruyeron los bienes de varias misiones y se asesinó a varios misioneros. Los Estados Unidos sostuvieron que, en el momento del levantamiento, las fuerzas que había apostadas en las cercanías de las misiones eran insuficientes y que el Gobierno británico era responsable de las pérdidas sufridas por la sociedad, debido a su negligencia o falta de diligencia en proporcionar protección adecuada. El caso se remitió al Tribunal Arbitral anglo/norteamericano, establecido con arreglo al compromiso de 18 de agosto de 1910.

403. En su decisión de 18 de diciembre de 1920 el tribunal desestimó la reclamación, declarando:

Es un principio bien reconocido del derecho internacional que ningún gobierno es responsable por los actos cometidos por grupos de insurrectos en violación de su autoridad, si no es él mismo culpable de alguna falta de buena fe o de negligencia para reprimir la insurrección⁵⁸⁸.

El tribunal decidió que no había pruebas que sirviesen de fundamento a la alegación de que el Gobierno británico había faltado a su deber de dar protección suficiente a la vida y la propiedad. Ese gobierno no tenía motivo alguno para pensar que la fijación de un impuesto, lo que constituía una medida que se conformaba a las prácticas generales de la administración colonial y a la práctica usual en los países africanos, fuese a conducir a una rebelión general y sanguinaria. Por otra parte, el tribunal señaló que en el presente caso no se había alegado, contra las fuerzas británicas del Protectorado, ninguna falta de prontitud o valor en su comportamiento.

ASUNTO DEL «JESSIE», DEL «THOMAS F. BAYARD» Y DEL «PESCAWHA» (*Reino Unido/Estados Unidos de América*) [1921]

404. El 23 de junio de 1909, mientras se encontraban legítimamente dedicadas a la caza de nutrias marinas en alta mar en el Océano Pacífico septentrional, un oficial de un cutter de inspección fiscal de los Estados Unidos subió a bordo de las goletas británicas *Jessie*, *Thomas F. Bayard* y *Pescawha*. Tras efectuar en ellas una búsqueda de pieles de foca, sin haberlas encontrado,

el oficial hizo guardar bajo sello las armas de fuego encontradas a bordo, dejó constancia de su búsqueda en el diario de navegación del barco y ordenó que los sellos no se rompiesen mientras los buques permaneciesen al norte de la latitud 35° N y al este de la longitud 180° O. El Gobierno de los Estados Unidos reconoció que no existía ningún acuerdo en vigor en el año 1909 que autorizase concretamente a los funcionarios de los Estados Unidos para guardar bajo sello las armas y municiones encontradas a bordo de barcos de caza de focas británicas, y que el acto del comandante del cutter de los Estados Unidos no tenía la autorización del gobierno. Sin embargo, negó toda responsabilidad en esos casos, sosteniendo, entre otras cosas, que el oficial que había subido a bordo había actuado de buena fe en la creencia de que tenía facultades para ello.

405. En su laudo de 2 de diciembre de 1921, el Tribunal Arbitral anglo/norteamericano, establecido con arreglo al compromiso de 18 de agosto de 1910, falló a favor del Reino Unido, declarando, entre otras cosas:

Es indiscutible que las autoridades navales de los Estados Unidos actuaron de buena fe; pero, aunque los oficiales puedan invocar su buena fe para justificar su conducta ante el gobierno de su propio país, el hecho no produce más efecto que el de demostrar que esa conducta constituyó un error de juicio y todo gobierno es responsable ante otros gobiernos por los errores de juicio en que incurran sus funcionarios cuando éstos actúen aparentemente dentro de la esfera de sus funciones e investidos de facultades para hacer efectivas sus exigencias⁵⁸⁹.

ASUNTO DE LAS RECLAMACIONES DE LOS ARMADORES NORUEGOS (*Noruega/Estados Unidos de América*) [1922]

406. Durante la primera guerra mundial la United States Shipping Board Emergency Fleet Corporation, como una de las medidas de emergencia de la guerra, requisó, por orden de fecha 3 de agosto de 1917, ciertos buques que se construían en los Estados Unidos de América por cuenta de navieros noruegos. Los que habían sido privados de sus bienes reclamaron una indemnización justa por la requisita, así como por la demora que hubo en devolverles los buques después de la guerra. Los Estados Unidos ofrecieron unos 2.679.220 dólares para llegar a una transacción con respecto a las reclamaciones de los navieros noruegos, que ascendían a un total de 13.223.185 dólares (sin incluir los intereses que se reclamaban). En cumplimiento del compromiso de 30 de junio de 1921⁵⁹⁰, se constituyó un tribunal arbitral, de conformidad con los artículos 87 y 59 de la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, de 18 de octubre de 1907 (Corte Permanente de Arbitraje de La Haya).

407. Los Estados Unidos sostuvieron, entre otras cosas, que no debía otorgarse indemnización alguna a los reclamantes por sobre esa suma debido a que no podía haber responsabilidad cuando el contrato había quedado

⁵⁸⁷ *American Journal of International Law*, Nueva York, vol. 8, N.º 3 (julio de 1914), pág. 665.

⁵⁸⁸ *Annual Digest of Public International Law Cases, 1919-1922*, Londres, 1932, asunto N.º 117, pág. 174.

⁵⁸⁹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (*op. cit.*), pág. 59.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, vol. I (N.º de venta: 1948.V.2), pág. 309.

sin efecto o había sido anulado, o su cumplimiento se había retrasado por causa de «fuerza mayor» o del «acto de autoridad» que se produjo de resultas de la orden de requisas de la Emergency Fleet Corporation. En su laudo de 13 de octubre de 1922, el tribunal arbitral consideró que los Estados Unidos eran responsables por haber hecho un uso discriminatorio de sus facultades de dominio supremo con respecto a nacionales de una nación amiga y que eran responsables por los actos de sus oficiales y agentes que habían causado daños a los navieros noruegos⁵⁹¹.

408. El Gobierno de los Estados Unidos pagó las sumas que el tribunal arbitral otorgó al Gobierno de Noruega. Sin embargo, en una carta de fecha 26 de febrero de 1923, dirigida al Embajador de Noruega en Washington referente al pago de esas sumas, el Secretario de Estado de los Estados Unidos escribió que el Gobierno de los Estados Unidos se veía obligado a dejar constancia de que no podía aceptar que ciertos fundamentos aparentes del laudo fuesen declaratorios del derecho u obligatorios, como precedente, para él. Con respecto al principio que rige la facultad de requisar de un Estado beligerante, la carta decía:

[...] El laudo reconoce la facultad de requisar de un beligerante, pero parece aplicar una limitación a su ejercicio en caso de que los bienes de que se trate pertenezcan a extranjeros neutrales, mediante la determinación que hace del ámbito de la necesidad y de su duración, y al aumentar de conformidad con ello el valor de los daños, sometiendo así al gobierno a una situación diferente y a una carga más pesada en el caso en que los bienes sean de propiedad de nacionales de Estados neutrales que en el caso en que sean de propiedad de nacionales del Estado que ha hecho la requisas. No creemos que el derecho internacional imponga a los Estados tal deber de discriminar a favor de los extranjeros neutrales con respecto a bienes de la naturaleza de aquellos a que se refiere el presente caso. En opinión de este gobierno, los bienes de propiedad privada situados en el territorio de un Estado (y los bienes de que se trata pertenecen en su totalidad a reclamantes particulares en cuyo nombre el Reino de Noruega ha actuado simplemente como representante en el plano internacional) que comprendan, como en el presente caso, bienes producidos o que tienen su origen en ese territorio y que nunca han salido de él, están sujetos desde el punto de vista del derecho internacional a las necesidades de guerra del soberano territorial, independientemente de la nacionalidad de sus propietarios, a condición de que se otorgue una indemnización justa en caso de requisas. Para cumplir los requisitos establecidos por el derecho internacional es suficiente que se aplique uniformemente y sin discriminación, tanto a nacionales como a extranjeros, el correspondiente procedimiento legal y se ofrezca a todos condiciones justas de indemnización o reintegro; y, de este modo, el Estado que hace la requisas tiene libertad para determinar el ámbito

⁵⁹¹ *Ibid.*, pág. 339. Rechazando la alegación fundada en el acto de autorización, el tribunal declaró:

«[...] aunque el *acto de autoridad* pueda muy bien invocarse en controversias entre particulares, no puede invocarse por los Estados Unidos contra el Reino de Noruega como excepción a la reclamación de Noruega. El derecho y la justicia internacionales se basan en el principio de la igualdad entre los Estados. Ningún Estado puede ejercer la "facultad de dominio supremo" con respecto a los nacionales de otro Estado civilizado sin respetar los bienes de esos nacionales extranjeros o sin pagarles la indemnización justa que determine un tribunal imparcial, de ser ello necesario.» (*Ibid.*, pág. 338.)

y duración de su propia situación de necesidad. Estimamos que el tribunal, al sostener aparentemente un principio diferente, ha planteado y aplicado una norma injustificada contra la cual el Gobierno de los Estados Unidos se siente obligado a protestar y a desconocer toda obligación que, en lo sucesivo, pudiera derivar de ella⁵⁹².

ASUNTO DEL PAGO DE REPARACIONES POR ALEMANIA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 260 DEL TRATADO DE VERSALLES (*Comisión de Reparaciones/Alemania*) [1924]

409. Habiendo surgido ciertas discrepancias en cuanto a la interpretación de los términos del artículo 260 del Tratado de Versalles⁵⁹³, con arreglo al protocolo de 30 de diciembre de 1922, se sometieron una serie de cuestiones a un árbitro único, Trondhjem, quien pronunció el laudo correspondiente el 3 de setiembre de 1924.

410. La quinta cuestión sometida al árbitro fue la de determinar si el artículo de que se trataba se aplicaba a las concesiones, que, de conformidad con los términos de la concesión o con el derecho del Estado que la otorgaba, no eran transferibles, tales como la concesión de ferrocarriles locales otorgada por el Gobierno de Prusia. Aun cuando Alemania sostenía que el artículo no se aplicaba a esas concesiones, la Comisión de Reparaciones pidió al árbitro que:

Decida que el mero hecho de que una concesión sea intransferible de conformidad con su tenor o con el derecho del Estado concesionario no constituye un impedimento para aplicación del artículo 260 y que sólo la fuerza mayor debidamente verificada puede liberar al Reich de su obligación [...] ⁵⁹⁴.

⁵⁹² *Ibid.*, pág. 345.

⁵⁹³ El texto del artículo 260 del Tratado de Versalles dice lo siguiente:

«Sin perjuicio de la renuncia de sus derechos, hecha por Alemania en nombre propio y en el de sus súbditos, en las demás disposiciones del presente Tratado, la Comisión de Reparaciones podrá, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del mismo, pedir que el Gobierno alemán entre en posesión de todos los derechos e intereses de los súbditos alemanes, en toda empresa de utilidad pública o en toda concesión explotada en Rusia, China, Turquía, Austria, Hungría y Bulgaria o en las posesiones o dependencias de estos Estados o en cualquier territorio que haya pertenecido a Alemania o a sus aliadas, para que sean cedidos por Alemania o sus aliadas a cualquiera Potencia o para ser administrados por un mandatario conforme al presente Tratado, y podrá exigir que dentro de los seis meses siguientes a la demanda, el Gobierno alemán transfiera todos aquellos derechos e intereses y cualesquiera otros derechos e intereses que posea por sí mismo, a la Comisión de Reparaciones.

»Alemania deberá encargarse de indemnizar a sus súbditos así desposeídos, y la Comisión de Reparaciones le acreditará, a cuenta de las sumas debidas por reparación, las sumas que aquella Comisión fije en relación al valor de los derechos e intereses transferidos, y el Gobierno alemán, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del presente Tratado, deberá comunicar a la Comisión de Reparaciones una lista de todos los derechos e intereses ya concedidos, contingentes o no ejercitados aún, y renunciar en nombre propio y en el de sus súbditos en favor de las Potencias Aliadas y Asociadas a todos los derechos e intereses que no hayan sido mencionados en esta lista.» (*Ibid.*, pág. 431. Para una versión española, véase E. Díaz Retg, *Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania. Firmado el día 28 de junio de 1919 en Versalles*, 1.ª ed., Barcelona, Editorial A.L.S.A., 1919, pág. 204.)

⁵⁹⁴ *Ibid.*, pág. 486.

El árbitro, aunque no se refirió concretamente a la fuerza mayor, dio lugar a la alegación de la Comisión, manifestando que el mero hecho de que se declarase que una concesión era intransferible no bastaba para liberar a Alemania de la obligación que le correspondía con arreglo al artículo 260 del Tratado de Versalles. Afirmó a continuación que Alemania debía procurar obtener el consentimiento del gobierno interesado para que pudiese transferirse la concesión; y que sólo cuando se le negase ese consentimiento podía considerársela liberada de esa obligación ⁵⁹⁵.

411. La séptima cuestión consistía en determinar si el artículo 260 se aplicaba sólo a las empresas de utilidad pública, cuyas oficinas principales estuviesen situadas en los territorios a que se refería ese artículo, o si se aplicaba también a aquellas que no tenían sus oficinas principales en esos territorios, sino en algún otro país (Alemania, por ejemplo), aunque sus actividades se realizasen en los referidos territorios. Alemania sostuvo, entre otras cosas, que, de conformidad al derecho vigente en Alemania, Austria, Hungría, Bulgaria, Turquía y Rusia, era imposible transferir mediante un solo acto una empresa en su totalidad. Indicaba que el Gobierno de Alemania no podía obligar a las autoridades extranjeras a efectuar las inscripciones necesarias para los fines de la «Auflassung» [acuerdo entre las partes para la transferencia de propiedad] con arreglo al derecho alemán. Sin embargo, según la Comisión, Alemania no podía por diversas razones invocar esa situación como factor que hiciese imposible la aplicación del artículo 260 ⁵⁹⁶. El árbitro concluyó que, aunque Alemania pudiese encontrar ciertas dificultades para efectuar la transferencia de bienes ubicados fuera de su territorio, esas dificultades no eran, en general, insuperables. Agregó:

No se puede negar que los derechos de los Estados cesionarios para retener y liquidar los bienes, derechos e intereses de los nacionales alemanes sean de tal naturaleza que restrinjan, en gran medida, el alcance del artículo 260 y que, especialmente, el derecho de retenerlos, sin que el tratado haya fijado un plazo para el ejercicio de ese derecho, pueda constituir un obstáculo para la ejecución de la obligación que el artículo 260 impone al Gobierno de Alemania. Por otra parte, no puede decirse, en opinión del árbitro, que las disposiciones de que se trata impidan, como norma general, la ejecución de esta obligación. Sólo podrá admitirse que existe imposibilidad cuando no pueda obtenerse, dentro de un plazo razonable, el consentimiento del gobierno del Estado cesionario que se requiere para hacer la transferencia ⁵⁹⁷.

ASUNTO SOBRE LAS RECLAMACIONES BRITÁNICAS EN LA ZONA ESPAÑOLA DE MARRUECOS (*España/Reino Unido*) [1924-1925]

412. Durante los años 1913 a 1921 varios súbditos británicos y personas que gozaban de protección británica sufrieron pérdidas y lesiones como consecuencia de actos perpetrados por bandidos y tribus rebeldes, al igual

que por las operaciones militares en la zona española de Marruecos. En virtud del compromiso de 29 de mayo de 1923, España y el Reino Unido sometieron las reclamaciones a arbitraje, siendo Max Huber el único árbitro (relator).

413. En una memoria de fecha 16 de marzo de 1924, el Gobierno británico sostuvo, entre otras cosas, que durante un largo período de tiempo la actuación de las autoridades españolas en Marruecos había resultado en una negación de justicia a los súbditos británicos y protegidos británicos, y añadió lo siguiente como expresión de la actitud consuetudinariamente adoptada por el Reino Unido:

Quando se formula una reclamación de indemnización por los daños causados por los insurgentes en una insurrección armada contra un gobierno que se ha revelado incapaz de someterlos, debe informarse a los reclamantes de que el Gobierno de Su Majestad no considera responsable a dicho gobierno en tales casos a menos que ese gobierno incurriere en negligencia, o hubiere podido prevenir el daño causado, o que hubiere pagado indemnización bien a sus propios ciudadanos o súbditos o a otros extranjeros, o a menos que la rebelión hubiere tenido éxito y el partido insurgente se hubiere instalado en el poder ⁵⁹⁸.

414. En un informe «sur les responsabilités de l'Etat dans les situations visées par les réclamations britanniques», de 23 de octubre de 1924, Max Huber examinó primero, en términos generales, la responsabilidad —o la ausencia de responsabilidad— de los Estados en situaciones causadas por levantamientos, revueltas y guerras, calificándolas de casos de fuerza mayor, aunque reconociendo ciertas obligaciones de los Estados de tomar medidas preventivas:

[...] El hecho de que un extranjero sea víctima de un *delito de derecho común*, por ejemplo, de robo o de un acto de pillaje, no sitúa este acontecimiento en el plano internacional; lo mismo sucede si el proceso penal a que da lugar este hecho no prospera y si la acción de restitución o de daños y perjuicios no da resultados positivos y satisfactorios. Ninguna policía ni administración de justicia es perfecta e indudablemente es preciso aceptar, incluso en los países mejor administrados, un margen considerable en que se impone la tolerancia. Pero la restricción así aportada al derecho de los Estados a intervenir para proteger a sus nacionales presupone que la seguridad general en el país de residencia de éstos no desciende por debajo de cierto nivel y que al menos su protección por la justicia no se convierte en un hecho puramente ilusorio. Por esta razón las intervenciones de los Estados para obtener indemnizaciones a favor de sus nacionales damnificados se producen sobre todo en las situaciones en que los poderes públicos ya no están en condiciones de garantizar la seguridad que cabe esperar de ellos.

3.—A este respecto el principio de la no responsabilidad del Estado por los daños causados por los *levantamientos populares, revueltas y guerras* es importante, pues se trata exactamente de situaciones en que la inseguridad es especialmente grande y la protección judicial se convierte en problemática. Parece indiscutible que el Estado no es responsable del hecho de un levantamiento, revuelta, guerra civil o guerra internacional ni de que éstos causan daños en su territorio. Podría suceder que fuera más o menos posible probar los errores cometidos por el gobierno, pero a falta de cláusulas concretas de un tratado

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Ibid.*, págs. 493 y 494.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, pág. 498.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), pág. 635.

o acuerdo, la investigación necesaria a este fin no está admitida. Estos acontecimientos deben considerarse como casos de fuerza mayor.

[...]

Pero la no responsabilidad por el acontecimiento en cuanto tal, ¿excluye cualquier responsabilidad del Estado territorial? El simple hecho de que los daños sufridos tengan cierta conexión con los acontecimientos de la naturaleza de una rebelión o de una guerra, ¿permite descartar de entrada, en virtud de la teoría de la no responsabilidad por estos sucesos, cualquier examen de la responsabilidad que en última instancia pudiera recaer sobre el Estado a ese respecto?

[...] Incluso si se adoptara la tesis de que la responsabilidad del Estado cesa sin más cuando existe una conexión entre el daño sufrido y una revuelta, etc., sin embargo, no sería posible descartar a *limine* una reclamación a este respecto, pues haría falta siempre examinar y decidir primero una cuestión de hecho, es decir, la conexión efectiva entre los dos acontecimientos. Pero hay más: el principio de la no responsabilidad no excluye en absoluto el deber de ejercer cierta vigilancia. Si el Estado no es responsable de los sucesos revolucionarios en sí mismos, puede, no obstante, ser responsable de lo que las autoridades hagan o no hagan para prevenir, en la medida de lo posible, las consecuencias. La responsabilidad por la acción o la omisión del poder público es algo completamente diferente de la responsabilidad por los actos imputables a personas que escapan a la influencia de las autoridades o que les son abiertamente hostiles. El principio de la no intervención en las relaciones entre un Estado y los extranjeros establecidos en su territorio presupone no solamente condiciones normales de administración y de justicia, sino también la voluntad del Estado de realizar su objetivo primordial: el mantenimiento de la paz interior y el orden social. El Estado tiene la obligación de ejercer cierta vigilancia. Aunque sean las autoridades del país quienes decidan sobre lo que conviene hacer o dejar de hacer con miras a la represión de una revuelta, etc., el Estado no podrá exigir que otro Estado, lesionado en los intereses de sus nacionales, permanezca indiferente si se descuidan de manera manifiesta las posibilidades de socorro, sin una razón plausible, o si las autoridades, advertidas a tiempo, no toman ninguna medida preventiva o si, además, no se concede protección en condiciones iguales a los súbditos de todas las naciones⁵⁹⁹.

415. El relator examinó a continuación la responsabilidad por actos de bandidaje, que definió como pillaje o robo a mano armada habitualmente perpetrados por bandas más o menos organizadas. Los actos de bandidaje pueden entrar en la categoría de un delito de derecho común o una rebelión, según las circunstancias, pero puede surgir una situación intermedia. Subrayando la especial importancia de la cuestión del grado de diligencia que han de ejercer los Estados en dichos casos, el relator dijo:

[...] ¿Queda exonerado el Estado territorial si ha tomado las medidas que razonablemente se le pueden pedir, teniendo en cuenta su situación efectiva? ¿O está obligado a garantizar cierto grado de seguridad, siendo responsable de su incapacidad eventual de darla? Semejante tesis ha sido sostenida y aplicada en relación con ciertos Estados. No obstante, el fundamento de este enfoque parece muy discutible y dista de estar consagrado por la jurisprudencia internacional. La doctrina se opone manifiestamente. En la rama del derecho internacional en que el problema de la negligencia del Estado por lo que hace a la prevención de actos contrarios a él desempeña un

papel especialmente importante, esto es, en la esfera de la neutralidad en tiempo de guerra marítima, se ha concluido por reconocer que el Estado sólo está obligado a ejercer el grado de vigilancia que corresponda a los medios de que dispone. Exigir que estos medios estén a la altura de las circunstancias sería imponer al Estado cargas a las que a menudo no podría hacer frente. Por tanto, la tesis de que la vigilancia que se debe ejercer ha de corresponder a la importancia de los intereses en juego no ha podido imponerse. La vigilancia, que desde el punto de vista del derecho internacional hay obligación de garantizar, puede caracterizarse, aplicando por analogía un término de derecho romano, como una *diligentia quam in suis*. Esta norma, conforme al principio primordial de la independencia de los Estados en sus asuntos interiores, ofrece de hecho a los Estados, para sus ciudadanos, el grado de seguridad que cabe razonablemente esperar. En el momento en que la vigilancia ejercida cae manifiestamente por debajo de este nivel en relación con los nacionales de un Estado extranjero determinado, este último tiene derecho a considerarse lesionado en intereses que deben gozar de la protección del derecho internacional.

Lo que acaba de decirse sobre la vigilancia debida en relación con la inseguridad general resultante de las actividades de bandidos se aplica con mayor razón a las otras dos situaciones consideradas anteriormente, es decir: la criminalidad de derecho común y la rebelión. En el primer caso, una vigilancia llevada más allá de la *diligentia quam in suis* impondría al Estado la obligación de organizar un servicio de seguridad especial para los extranjeros, lo que desbordaría ciertamente el marco de las obligaciones internacionales reconocidas (fuera del caso de las personas que jurídicamente gozan de una protección especial). En la otra hipótesis, la de la rebelión, etc., la responsabilidad está limitada porque el poder público se halla frente a una resistencia excepcional⁶⁰⁰.

Finalmente, el relator escribió:

[...] el Estado puede incurrir en responsabilidad en las situaciones de que se trata, no sólo por falta de vigilancia en la prevención de los actos que producen los daños, sino también por la falta de diligencia en el procesamiento penal de los infractores, así como en la aplicación de las sanciones civiles necesarias⁶⁰¹.

416. El informe de Max Huber sobre las reclamaciones individuales se hizo el 29 de diciembre de 1924.

417. La *reclamación N.º 1* se refería a la indemnización por la destrucción de casas, árboles frutales y cosechas, al igual que por robo de ganado, hechos acaecidos en las proximidades de Tetuán como resultado de la rebelión tribal y las operaciones militares de las tropas españolas, principalmente en 1913. También incluía una reclamación de indemnización por las cosechas perdidas y los alquileres que el demandante no pudo recaudar debido al estado de inseguridad predominante en la región. Excluyendo, ante todo, la responsabilidad del Protectorado español por los daños causados por las operaciones de las tropas españolas y las actividades de los elementos tribales, el relator dijo:

[...] Teniendo en cuenta que los daños son resultado bien de las operaciones de las tropas españolas, bien de la actividad guerrera de las tribus hostiles, es evidente que no pueden entrañar responsabilidad para las autoridades del Protectorado. Por las razones expuestas en su nota general sobre la noción de la responsabilidad, el relator no podría emprender el exa-

⁵⁹⁹ *Ibid.*, págs. 641 y 642.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, pág. 644.

⁶⁰¹ *Ibid.*, pág. 645.

men, desde el punto de vista de su oportunidad, de medidas políticas, estratégicas o tácticas. Como se reconoce que el hecho del surgimiento de hostilidades, incluso de la existencia de una situación de rebelión abierta, no entraña en sí la responsabilidad del Estado, es preciso, en buena lógica, reconocer también que la imposibilidad del Estado de ofrecer una protección normal a la propiedad situada en la zona de las hostilidades o de la rebelión tampoco puede originarle una responsabilidad. Sin embargo, ese estado de cosas cambia desde el momento en que la situación anormal resultante de la guerra o de la rebelión cesa en la medida necesaria para permitir al Estado ejercer su autoridad en condiciones más o menos normales ⁶⁰².

Con respecto a los robos cometidos por individuos, el relator expuso lo siguiente:

La responsabilidad del Estado por los robos propiamente dichos sólo puede existir cuando los culpables son soldados: en efecto, no se desprende del expediente que esos robos puedan atribuirse a la negligencia de las autoridades en el mantenimiento del orden y de la seguridad públicos ni que la manera en que han llevado a cabo las medidas de represión pueda considerarse como equivalente a la denegación de justicia.

Por consiguiente, el relator no puede establecer la responsabilidad del Protectorado salvo en el punto I,22, que se refiere a un robo atribuido a soldados de la caballería indígena ⁶⁰³.

En cuanto a la pérdida de cosechas y alquileres debido a la inseguridad, el relator dijo que no fundamentaba una reclamación de indemnización a menos que se debiera, entre otras cosas, a «faltas cometidas de las que fuera responsable el Estado», cuya existencia no pudo determinar ⁶⁰⁴.

418. La *reclamación N.º 47* también se refería a la pérdida de cosechas debida al estado de inseguridad reinante en la región situada aproximadamente a medio camino entre Tetuán y Tánger durante los años 1913 y 1919. El relator señaló que la zona de que se trataba fue ocupada por una tribu que se había revelado contra el gobierno durante esos años y que sólo a fines de 1919 pudieron las tropas del Protectorado conquistar la zona. Añadió:

[...] De ello se desprende que fue debido a la situación militar y a la insumisión al Maghzen de esta parte del país la razón por la que las autoridades españolas no pudieron proteger los intereses privados a que se refieren las dos reclamaciones, entre otras ⁶⁰⁵.

Por esta razón, el relator rechazó la reclamación.

419. La *reclamación N.º 50* fue formulada por I. J. Cohen, que, en 1918, había confiado a un mulero un paquete de mercancías para su transporte desde Tánger, con entrega en Meknès, pagando por anticipado el precio del transporte. No obstante, el mulero vendió la mercancía en su ciudad de Chéchaouène y se quedó con los beneficios. Se adujo que las autoridades españolas no tomaron medidas efectivas, aunque prometieron hacerlo al Vicecónsul británico en Tetuán, tras que éste interviniera. El relator señaló en primer lugar que el Vice-

cónsul británico no había proporcionado pruebas en apoyo de su denuncia, y continuó subrayando la «imposibilidad» de tomar medidas como sigue:

Pero existe todavía otra razón para descartar la responsabilidad del Estado en este caso. En 1919, Chéchaouène se encontraba en la zona alzada; las tropas del Protectorado no ocuparon la ciudad hasta 1920. Incluso si un mensajero de las autoridades del Protectorado hubiera podido llegar a Chéchaouène y entregar al mulero o al bachá el requerimiento pedido por las autoridades británicas, nada garantiza que esta gestión hubiera surtido efecto alguno. El mero hecho de que Chéchaouène se encontrara en la zona de influencia española no constituye una base suficiente para pretender que las autoridades del Protectorado sean responsables de las consecuencias de la imposibilidad de tramitar, en cualquier lugar de esta zona, una petición de asistencia judicial. La imposibilidad era consecuencia del estado de rebelión en que se hallaba esta parte de la zona y de la que las autoridades del Protectorado no eran responsables, según las normas del derecho internacional ⁶⁰⁶.

La reclamación fue rechazada.

420. La *reclamación N.º 52* se refería a los daños sufridos por una sociedad británica, Levy and Company, en las cercanías de Melilla. El relator rechazó de nuevo la reclamación porque los daños fueron causados más o menos directamente por las operaciones militares que tuvieron lugar en 1921 en los alrededores de Melilla. Según el relator,

[...] Los ataques ofrecían desde todos los puntos de vista el aspecto de una rebelión abierta contra el Maghzen, incluso de una guerra contra él en la persona de la Potencia protectora. Es un ejemplo típico de situaciones en las que el derecho internacional no reconoce la posibilidad de hacer responsables a los Estados contra cuya autoridad se dirige el ataque. El derecho internacional se sitúa en esta perspectiva, sea cual fuere la actitud del Estado por lo que respecta a la resistencia a la rebelión. Por esta razón, no es necesario examinar en el caso en qué medida están justificadas las alegaciones del demandante en relación con los errores o la negligencia que habría de imputarse a las autoridades españolas. El hecho de que el interesado hubiera obtenido «la autorización» de esas autoridades antes de establecerse en el territorio de Melilla no podría cambiar este estado de cosas: en efecto, dicha autorización no constituye una garantía de las consecuencias de cualquier eventualidad de orden político que puede preverse en un país de colonización. Por otra parte, no se ha proporcionado ninguna indicación que pruebe que la «autorización» de que se trata hubiere comportado una garantía de seguridad y es muy improbable que haya sido ése el caso. Sin embargo, el simple hecho de que las autoridades hayan permitido el cultivo de un terreno situado en una zona sometida no puede originarles una responsabilidad especial para la salvaguardia de los cultivos en caso de que la situación de pacificación se viera desestabilizada a resultas de una revuelta ⁶⁰⁷.

ASUNTO ILOILO (*Reino Unido/Estados Unidos de América*) [1925]

421. El 12 de agosto de 1898, los Estados Unidos de América y España acordaron que los Estados Unidos «ocupen y retengan la ciudad, bahía y puerto de Ma-

⁶⁰² *Ibid.*, págs. 652 y 653.

⁶⁰³ *Ibid.*, págs. 656 y 657.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, pág. 657.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, pág. 720.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, pág. 722.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, págs. 727 y 728.

nila, en espera de la celebración de un tratado que determine el control, la organización y el gobierno de las Filipinas». El 10 de diciembre de 1898, mediante el Tratado de Paz de París, España cedió las Filipinas a los Estados Unidos. El Tratado preveía que, tras el intercambio de ratificaciones, España debía evacuar las islas. El canje de ratificaciones no tuvo lugar hasta el 11 de abril de 1899. Entretanto, el comandante español en Iloilo, en la isla de Panay, presionado por los insurgentes filipinos, deseaba evacuar la plaza, y transmitió este deseo al general Otis, comandante norteamericano en Manila. El general Otis dijo que no tenía autoridad para decidir sobre la sugerencia. Pero el 14 de diciembre de 1898, habiéndole pedido los comerciantes de Iloilo que ocupara la plaza para preservar la paz y la propiedad, telegrafió a Washington solicitando permiso para hacerlo. La respuesta se recibió el 21 de diciembre y se envió una fuerza expedicionaria a Iloilo el 26 de diciembre. Sin embargo, el 24 de diciembre la fuerza española evacuó Iloilo, antes de que el general Otis pudiera comunicarse con el comandante español, y el lugar fue ocupado inmediatamente por una fuerza de insurgentes filipinos. Las fuerzas norteamericanas permanecieron en el puerto según instrucciones de Washington y no desembarcaron hasta el 11 de febrero, en que desalojaron a los insurgentes y ocuparon la ciudad; pero éstos, antes de ser desalojados, incendiaron la ciudad, incluidos los bienes de los súbditos británicos. Las reclamaciones correspondientes se llevaron al Tribunal Arbitral de Reclamaciones británico/norteamericano, establecido en virtud del compromiso de 18 de agosto de 1910.

422. El Gobierno británico sostenía que hubo «negligencia culposa» de las autoridades de los Estados Unidos, entre otras cosas, en dos aspectos: 1) en la demora de una semana en contestar a la petición del general Otis, lo que motivó que el comandante español evacuara Iloilo y los insurgentes establecieran su control antes de que llegara la expedición, y 2) en demorar la ocupación de Iloilo tras la llegada de la expedición, de manera que los insurgentes pudieron hacer y ejecutar los preparativos para incendiar la ciudad. En su decisión de 19 de noviembre de 1925, el tribunal arbitral sostuvo, con respecto al punto 1, que entre los Estados Unidos y los demandantes o su gobierno era un asunto de discreción el intervenir o no en Iloilo y «no puede imputarse culpa alguna debido a la demora en efectuar dicha intervención». En cuanto al punto 2, dijo que la demora se debió en gran parte a la petición de los comerciantes, inclusive los demandantes, que originalmente habían requerido una intervención, pero temían que se incendiara la ciudad y se destruyeran sus bienes si las tropas norteamericanas intervenían por la fuerza. Dijo, además, que incluso aunque se supusiera que el deber para con los reclamantes era intervenir con prontitud, en virtud de las circunstancias no cabía considerar que la demora fuera culposa. El tribunal concluyó que, en vista de todas las circunstancias, no creía que «hubiera mediado menoscabo culposo de los intereses de los reclamantes», y que, por consiguiente, debía rechazarse la demanda británica⁶⁰⁸.

ASUNTO JANES (*México/Estados Unidos de América*)
[1925]

423. Byron E. Janes, un ciudadano estadounidense, era superintendente de minas para la Tigre Mining Company, en El Tigre, México. Aproximadamente el 10 de julio de 1918 fue deliberadamente muerto a balazos en ese lugar por Pedro Carbajal, un ex empleado de la compañía minera que había sido despedido. La muerte se produjo frente a varias personas residentes en las cercanías de la oficina de la compañía. Se informó inmediatamente a la policía local de su muerte, y ésta llegó poco después, pero no tomó medidas inmediatas y, como resultado de ello, no capturó al fugitivo. Los Estados Unidos adujeron que las autoridades mexicanas no tomaron medidas adecuadas para aprehender y castigar a Carbajal.

424. En su decisión del 16 de noviembre de 1925, la Comisión General de Reclamaciones, establecida con arreglo a la convención general de reclamaciones del 8 de setiembre de 1923, mantuvo lo aducido por los Estados Unidos y concluyó que: «Evidentemente, las autoridades mexicanas no adoptaron medidas rápidas y eficientes para aprehender al asesino, lo que justifica el otorgamiento de una indemnización». La comisión razonó en los siguientes términos:

En algunas oportunidades los laudos internacionales han sostenido que si un Estado muestra falta de diligencia grave en la aprehensión y/o el castigo de los culpables, su responsabilidad es una responsabilidad derivada, que asume el carácter de una cierta complicidad con el perpetrador mismo y hace al Estado responsable de las consecuencias mismas del delito de la persona. [...] Las razones en las que se basa habitualmente esa conclusión de complicidad en los casos en que un gobierno no podía en forma alguna haber impedido el delito es que debe considerarse que la falta de castigo revela algún tipo de aprobación de lo ocurrido, especialmente si el gobierno ha permitido a las partes culpables escapar o ha renunciado al castigo al conceder perdón o amnistía.

20. Un razonamiento basado en una presunta complicidad puede tener alguna base sólida en los casos de no prevención cuando un gobierno conoce la intención de un delito lesivo, podría haberlo evitado, pero por alguna razón que constituye su responsabilidad no lo hizo. El caso actual es diferente: se trata simplemente de no represión. Nadie alega que el Gobierno mexicano podía haber impedido el homicidio de Janes, ni que actuó en alguna otra forma en connivencia con el asesino. La delincuencia internacional en el caso es de tipo específico, distinta de la delincuencia privada del culpable. El culpable es responsable por haber muerto o asesinado a un nacional norteamericano; el gobierno es responsable por no haber estado a la altura de su deber de enjuiciar diligentemente y castigar adecuadamente al culpable. El culpable ha transgredido el código penal de su país; el Estado, lejos de haber transgredido su propio código penal (que tal vez no es siquiera aplicable a él), ha transgredido una disposición de derecho internacional en cuanto a los deberes de los Estados. El culpable no puede ser sentenciado en actuaciones penales o civiles a menos que se pruebe su culpa o intención de causar la muerte de la víctima; el gobierno puede ser sentenciado una vez que se pruebe que la falta de cumplimiento de su deber judicial equivale a un acto internacionalmente delictivo, pues no se aplican aquí las teorías sobre culpa o intención del derecho penal y civil. El daño causado por el culpable es el daño causado a los familiares de Janes por la muerte de Janes; el daño causado por la negligencia del gobierno es el daño resultante de la

⁶⁰⁸ *Ibid.*, vol. VI (*op. cit.*), págs. 158 a 160.

falta de castigo del asesino. Si el asesino no hubiera cometido su acto delictivo —si no hubiera asesinado a Janes—, Janes (a no ser por otros hechos) seguiría estando vivo y ganando el sustento para su familia; si el gobierno no hubiera cometido su acto delictivo —si hubiera aprehendido y castigado a Carbajal—, la familia de Janes no habría sufrido la negligencia indignante y hubiera tenido posibilidad de plantear contra el asesino una demanda civil [...] ⁶⁰⁹.

ASUNTO DE LA ILLINOIS CENTRAL RAILROAD COMPANY
(México/Estados Unidos de América) [1926]

425. Este asunto se remitió a la Comisión General de Reclamaciones mexicano/norteamericana con arreglo a la convención general de reclamaciones del 8 de setiembre de 1923. Con referencia a la falta de cumplimiento de las obligaciones como base para determinar la jurisdicción, la comisión manifestó:

12. La falta de cumplimiento de una obligación contractual puede consistir en la negación de la obligación misma y en el no cumplimiento como consecuencia de esa negación, o en el reconocimiento de la obligación misma y el no cumplimiento a pesar de ese reconocimiento. En ambos casos esa falta de cumplimiento puede ser base de una reclamación de que puede entender esta Comisión. El hecho de que el deudor sea una nación soberana no cambia la norma. Tampoco cambia la norma por el hecho de que el incumplimiento pueda surgir no por elección, sino por necesidad ⁶¹⁰.

ASUNTO DE LA HOME INSURANCE COMPANY (México/
Estados Unidos de América) [1926]

426. La Home Insurance, una empresa norteamericana aseguradora de Westfeldt Brothers, de Nueva Orleans, planteó una reclamación contra el Gobierno mexicano

⁶⁰⁹ *Ibid.*, vol. IV (N.º de venta: 1951.V.1), págs. 86 y 87.

En el Asunto Neer (1926), en que un superintendente norteamericano de una mina cercana a Guanacevi, México, fue muerto por un grupo de hombres armados, los Estados Unidos adujeron que las autoridades mexicanas mostraron una «falta injustificable de diligencia o una falta injustificable de investigación inteligente en el enjuiciamiento de los culpables». La misma comisión, en la decisión del 15 de octubre de 1926, dijo que «el tratamiento de un extranjero, para constituir un acto internacionalmente delictivo, debía equivaler a un ultraje, a mala fe, a negligencia voluntaria en el deber o a una acción gubernamental insuficiente tan por debajo de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial reconocería rápidamente su insuficiencia», y llegó a la conclusión de que en el caso particular no se encontraba tal falta de diligencia o falta de investigación inteligente capaz de hacer responsable a México (*ibid.*, págs. 60 a 62).

De manera similar, en el Asunto Díaz (1926), en que un chófer mexicano fue muerto por una persona desconocida en San Antonio, Texas, en 1920, el Gobierno mexicano adujo que «la lenidad de las autoridades norteamericanas con respecto al inicio de las actuaciones legales debidas, al descubrimiento de la parte culpable y a su castigo, [constituía] una verdadera denegación de justicia, que justificaría el derecho de [...] la madre del hombre asesinado, perjudicada por la muerte de su hijo, a demandar indemnización». La misma comisión, el 16 de noviembre de 1926, decidió que las pruebas presentadas no demostraban que hubiera «negligencia flagrante por parte de las autoridades norteamericanas» en la cuestión de aprehender a la persona que asesinó a Díaz, sino que demostraban lo contrario, y rechazó la reclamación (*ibid.*, págs. 106 a 108).

⁶¹⁰ *Ibid.*, pág. 25.

para recobrar una suma que había pagado a Westfeldt Brothers para indemnizarles de la pérdida de dos vagones de ferrocarril de café tomados en Puerto México en febrero-marzo de 1924 por las fuerzas del general Torruco, uno de los seguidores del movimiento revolucionario lanzado por De la Huerta contra el gobierno del Presidente Obregón. El café se envió a Puerto México en los Ferrocarriles Nacionales de México, que eran explotados por el gobierno.

427. El asunto se remitió a la Comisión General de Reclamaciones establecida con arreglo a la convención del 8 de setiembre de 1923. En su decisión del 31 de marzo de 1926, la comisión negó primero la responsabilidad del Gobierno de México, como transportador, aduciendo que, con arreglo a las leyes de México, un transportador público no era responsable por la pérdida o los daños a los embarques en su posesión resultantes de «casos fortuitos», que incluían los actos de fuerzas revolucionarias, sin negligencia de su parte» ⁶¹¹.

428. La comisión manifestó también:

[...] A causa de que Puerto México estuvo cortado de toda comunicación postal y por medios de transporte con el mundo exterior desde el 6 de diciembre de 1923 hasta el 2 de abril de 1924, el transportador no pudo trasladar el café a un lugar más seguro ni comunicarse con el cargador ni con el comprador [...] ⁶¹².

429. La comisión continuó analizando los deberes del Gobierno de México, en su capacidad soberana, con respecto a la protección de la persona y los bienes de los extranjeros dentro de su jurisdicción. No encontró que el Gobierno de México hubiera fallado a este respecto tampoco, e indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

El súbito lanzamiento de esta revuelta contra los poderes constituidos, la deserción de una gran proporción de los oficiales y los hombres del ejército federal, y el gran arrastre personal y político del dirigente de la revuelta, hizo de ésta un levantamiento formidable [...]. [El general Torruco] logró mantener este territorio en nombre de los revolucionarios bajo De la Huerta y contra las autoridades establecidas de la administración de Obregón. La comunicación entre Puerto México y el mundo exterior quedó cortada durante un periodo de casi cinco meses. En estas circunstancias, la comisión encuentra que en los documentos presentados el Gobierno de México, entonces bajo la administración del Presidente Obregón, no faltó al deber que tenía en su capacidad soberana para con Westfeldt Brothers de proteger su propiedad ⁶¹³.

ASUNTO GARCÍA Y GARZA (México/Estados Unidos de
América) [1926]

430. El 8 de abril de 1919 Concepción García, hija de los reclamantes, nacionales mexicanos, resultó muerta por un disparo hecho por un oficial de patrulla de frontera norteamericano mientras cruzaba del lado norteamericano del Río Grande al lado mexicano en una balsa. El cruce del río en ese punto estaba estrictamente prohibido por las leyes de ambos países. El oficial norte-

⁶¹¹ *Ibid.*, pág. 51.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ *Ibid.*, pág. 52.

americano fue separado del servicio militar por un tribunal marcial. El asunto se planteó al Presidente para su revisión, y éste revocó las conclusiones del tribunal marcial, puso al oficial en libertad y lo devolvió a sus funciones. México adujo que los Estados Unidos eran responsables del homicidio cometido por uno de sus oficiales y de denegación de justicia.

431. La Comisión General de Reclamaciones establecida con arreglo a la convención general de reclamaciones del 8 de setiembre de 1923 sostuvo, en su decisión del 3 de diciembre de 1926, que, aunque la delincuencia de atravesar el río estaba suficientemente establecida, la proporción entre la supuesta delincuencia y el peligro para las vidas no estaba así establecida, y así, pues, los Estados Unidos estaban obligados a pagar indemnización por el homicidio. En cuanto a la supuesta denegación de justicia, la comisión sostuvo que no había base para la reclamación por las siguientes razones:

A fin de suponer tal denegación debería haber pruebas convincentes de que, de acuerdo con las normas internacionales, la revocación de la sentencia del tribunal marcial por el Presidente, actuando en su capacidad judicial, equivalía a un ultraje, a mala fe, a negligencia voluntaria en el deber, o a una acción gubernamental insuficiente tan por debajo de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia. No se desprende de los antecedentes ninguna de estas deficiencias⁶¹⁴.

ASUNTO SARROPOULOS (*Bulgaria/Grecia*) [1927]

432. El reclamante, un súbdito griego residente en Bulgaria, sufrió daños en el curso de disturbios dirigidos en particular contra los súbditos griegos. En su decisión del 14 de febrero de 1927, un Tribunal Arbitral Mixto greco-búlgaro sostuvo que Bulgaria era en principio responsable del daño. Dijo que había ciertos principios —reconocidos por la gran mayoría de los tratadistas, por las convenciones pertinentes y por la jurisprudencia internacional— que no eran controvertidos en el

⁶¹⁴ *Ibid.*, pág. 123.

En el Asunto Falcón (1926), México reclamó una indemnización de los Estados Unidos por el hecho de haber dado muerte sus soldados a Gregorio Falcón, un ciudadano mexicano que estaba, según se decía, bañándose en el Río Grande, por no haber enjuiciado a las personas culpables y por haber cometido así una denegación de justicia. La misma comisión, el 16 de noviembre de 1926, encontró que los disparos hechos en las circunstancias estaban en contra de las reglamentaciones militares norteamericanas y sostuvo que el homicidio era un acto delictivo. Añadió que parecía «algo extraño que no se hubiera enjuiciado a los soldados» (*ibid.*, págs. 104 a 106).

En el Asunto Kling (1930), en que un grupo de soldados federales mexicanos dispararon contra un grupo de empleados norteamericanos de una compañía petrolera de Zacamixtle, en el estado de Veracruz, que habían disparado sus revólveres al aire por divertirse durante la noche, la misma comisión decidió el 8 de octubre de 1930 que cualquiera que fuera la excusa que pudiera ofrecerse por la acción de los soldados mexicanos, su conducta debía considerarse «imprudente, innecesaria e injustificada». Encontró que, aunque la muerte de un extranjero por soldados era siempre un hecho serio que exigía pronta investigación, la cuestión se dejó de lado por lo menos durante varios años; y los soldados fueron exonerados por las autoridades de toda responsabilidad por ella. La comisión llegó a la conclusión de que debía considerarse responsable a México por la conducta de sus soldados (*ibid.*, págs. 575 a 586).

derecho internacional, y que uno de esos principios era que el Estado era responsable cuando los levantamientos estaban dirigidos contra extranjeros como tales o cuando el daño causado era resultado de negligencia o falta de las autoridades locales⁶¹⁵.

ASUNTO VENABLE (*México/Estados Unidos de América*) [1927]

433. En abril de 1921 los Ferrocarriles Nacionales de México, bajo control gubernamental, otorgaron el uso de sus vías a cuatro locomotoras de propiedad de la Illinois Central Railroad Company, que habían sido alquiladas a dos empresas norteamericanas, cuyos presidentes eran, respectivamente, el reclamante Venable y el señor Burrowes. En julio de 1921, la Illinois Central, con arreglo al contrato, solicitó la devolución de las máquinas. Cuando Venable trataba de hacer que salieran de México, un superintendente de ferrocarriles mexicano prohibió, a petición de Burrowes, que su personal dejara al ingeniero abandonar el territorio mexicano. Las cuatro locomotoras habían sido embargadas varias veces por un tribunal local para la liquidación de las deudas de la compañía de Burrowes. En setiembre de 1921, a solicitud de Venable, se declaró en quiebra a la compañía de Burrowes y se consolidaron los embargos para facilitar las actuaciones de la quiebra. A pesar de las demandas repetidas de Venable de que se dejara salir a las locomotoras, éstas fueron retenidas en el parque de ferrocarriles de Monterrey hasta el 7 de setiembre de 1922. Después de unos pocos meses, tres de ellas parecían haber sido despojadas de tantas partes esenciales que se habían convertido en prácticamente inútiles, y la cuarta fue arruinada en una colisión. Entretanto, Venable fue obligado a indemnizar a una compañía aseguradora que había asegurado a la compañía ferroviaria contra pérdidas e incurrido en otros gastos, que constituían juntos las pérdidas por las que los Estados Unidos patrocinaban una reclamación en su nombre.

434. Los Estados Unidos acusaron a México, entre otras cosas, de responsabilidad directa por la acción del superintendente de ferrocarriles y por la destrucción de las tres locomotoras, y de responsabilidad directa o indirecta por la acción judicial. En su decisión del 8 de julio de 1927, la Comisión General de Reclamaciones establecida con arreglo a la convención general de reclamaciones del 8 de setiembre de 1923 indicó claramente, con respecto a la destrucción de las tres locomotoras, que no había «responsabilidad directa» del gobierno, pues las locomotoras no estaban bajo la custodia de funcionarios mexicanos ni de otras personas que «actuaban por» México. Las locomotoras fueron tomadas bajo custodia por el síndico, que era un ciudadano particular nombrado para beneficio del reclamante «como representante de los acreedores». Sin embargo, la comisión no descartó la «responsabilidad indirecta» del gobierno. Encontró que la destrucción se hizo «no por un caso de fuerza mayor, sino por actos criminales de

⁶¹⁵ *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927-1928*, Londres, 1931, asunto N.º 162, pág. 245.

hombres», y ordenó al Gobierno mexicano que pagara 100.000 dólares⁶¹⁶. A este respecto, la comisión manifestó, entre otras cosas:

Aunque la responsabilidad directa por lo que acaece a esos bienes embargados no incumbe a los tribunales y el gobierno que éstos representan, porque éstos no son los custodios, les corresponde una pesada carga de responsabilidad indirecta. [...] A través del interventor, el tribunal podía ejercer su control sobre los actos del síndico; a través del fiscal, el tribunal debía mantenerse vigilante contra los delitos. Debía ocuparse de que las actuaciones de quiebra se desarrollaran en forma regular y se concluyeran dentro de un plazo razonable. El tribunal de Monterrey no parece haberse percatado de ninguna de sus obligaciones. En un momento en que cualquiera podía ver y saber que las tres locomotoras estaban deteriorándose rápidamente a causa del robo desatado, aún menos excusable porque no podía haberse realizado sin utilizar maquinaria especialmente adaptada para fines tales como el desmantelamiento de locomotoras, el fiscal no llevó a cabo investigación alguna, no se iniciaron enjuiciamientos, no se requirió rendición de cuentas alguna del custodio designado por el síndico, ni del síndico mismo, y no se hizo nada por concluir las actuaciones de quiebra. Incluso si no hubiera habido negligencia voluntaria en el deber, hubo sin duda una insuficiencia de acción gubernamental tan por debajo de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial habría reconocido su insuficiencia. No importa que esta insuficiencia haya procedido de la ley o de la ejecución deficiente de la ley. El tribunal de Monterrey no puede alegar inocencia: el haber obligado a particulares a abandonar su propiedad en manos de otros, el haber permitido que personas desconocidas saquearan y destruyeran esa propiedad, y el no haber adoptado ninguna medida para castigar a los culpables, para obtener una indemnización, para despedir y reemplazar a los custodios o para concluir la quiebra, hizo a México indirectamente responsable de lo que ocurrió⁶¹⁷.

435. Refiriéndose a la acción del superintendente, la comisión consideró que adolecía de ilicitud e indicó que «la responsabilidad directa por los actos de funcionarios ejecutivos no depende de la existencia por su parte de circunstancias agravantes tales como ultraje, negligencia voluntaria en el deber, etc.»⁶¹⁸. En cuanto a la acción del tribunal, la comisión llegó a la conclusión de que «no puede imputarse falta [alguna] al tribunal, y ciertamente no se le puede imputar una administración de justicia defectuosa que equivalga a un ultraje, a mala fe, a negligencia voluntaria en el deber o a insuficiencia evidente en la acción gubernamental»⁶¹⁹.

ASUNTO CHATTIN (*México/Estados Unidos de América*) [1927]

436. B. E. Chattin, un ciudadano norteamericano, trabajó como empleado del Ferrocarril Sud-Pacífico de México desde 1908. Fue detenido el 9 de julio de 1910 en Mazatlán, Sinaloa, acusado de desfalco. Fue juzgado allí en enero de 1911, declarado culpable el 6 de febrero de 1911 y condenado a dos años de cárcel. Sin em-

bargo, se le puso en libertad de la cárcel de Mazatlán en mayo o junio de 1911 como consecuencia de los disturbios causados por la revolución de Madero. Se dijo, entre otras cosas, que su enjuiciamiento y la condena eran ilegales y que, en consecuencia, tenía derecho a una indemnización de México.

437. El 23 de julio de 1927, la Comisión General de Reclamaciones establecida con arreglo a la convención general de reclamaciones del 8 de setiembre de 1923 decidió que el tratamiento de Chattin por las autoridades judiciales mexicanas equivalía a «un ultraje, a mala fe, a negligencia voluntaria del deber o a una insuficiencia en la acción gubernamental reconocible por cualquier hombre imparcial». Continuó diciendo como sigue:

Se ha probado la irregularidad de las actuaciones tribunales con referencia a la falta de investigaciones adecuadas, a la insuficiencia de las confrontaciones, a la privación al acusado de la oportunidad de conocer todas las acusaciones que se le hacían, a la demora indebida de las actuaciones, a la realización de las audiencias tribunales públicas como mera formalidad, y a una falta continua de seriedad por parte del tribunal. [...] se ha probado la severidad intencional del castigo, sin que se sepa que la explicación debe hallarse en la injusticia del juez⁶²⁰.

438. En su decisión, la comisión distinguió entre responsabilidad gubernamental directa e indirecta. Analizó también la pertinencia de esa distinción en conexión con la determinación de la «negligencia voluntaria» como sigue:

En casos de responsabilidad directa, la insuficiencia de la acción gubernamental que entraña responsabilidad no se limita a los casos flagrantes tales como los casos de mala fe o negligencia voluntaria en el deber. Así es, por lo menos, con respecto a las ramas no judiciales del gobierno. Los actos del *poder judicial*, ya sea que entrañen responsabilidad directa o responsabilidad indirecta (la última llamada denegación de justicia, propiamente) no se consideran insuficientes a menos que el agravio equivalga a un ultraje, a mala fe, a negligencia voluntaria en el deber, o a insuficiencia de acción evidente para cualquier hombre imparcial. Los actos de las ramas ejecutiva y legislativa, por el contrario, comparten esta suerte sólo entonces, cuando ponen en peligro una responsabilidad llamada *indirecta* en conexión con los actos de otros; y la razón por la cual este tipo de acto queda cubierto a menudo por el mismo término «denegación de justicia» en su sentido más amplio puede deberse en parte a esto, que a estos actos o inactividades de las ramas ejecutiva y legislativa que engendran responsabilidad *indirecta* se aplica la norma de que no puede considerarse responsable de ellos a un gobierno a menos que el agravio realizado equivalga a un ultraje, a mala fe, a negligencia voluntaria en el deber, o a una acción gubernamental insuficiente tan por debajo de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia. Con referencia a la responsabilidad *directa* por los actos del ejecutivo, esto es diferente⁶²¹.

ASUNTO NAULILAA (*Alemania/Portugal*) [1928]

439. El 19 de octubre de 1914, antes de que Alemania y Portugal entraran en guerra, se produjeron tiroteos

⁶¹⁶ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (N.º de venta: 1951.V.1), pág. 230.

⁶¹⁷ *Ibid.*, pág. 229.

⁶¹⁸ *Ibid.*, pág. 224.

⁶¹⁹ *Ibid.*, pág. 226.

⁶²⁰ *Ibid.*, pág. 295.

⁶²¹ *Ibid.*, págs. 286 y 287.

en Naulilaa, en la región fronteriza del territorio portugués africano, entre un contingente alemán del Africa Sudoccidental alemana y miembros de una fuerza fronteriza portuguesa. A consecuencia de ello resultaron muertos un funcionario y dos oficiales alemanes y resultaron heridos y fueron internados otros dos alemanes. Tras examinar los hechos, el tribunal arbitral establecido de conformidad con el párrafo 4 del anexo a los artículos 297 y 298 del Tratado de Versalles concluyó, en su laudo del 31 de julio de 1928, que el incidente tenía «un carácter totalmente fortuito»⁶²², y había sido causado por una serie de malentendidos debidos a la incompetencia del intérprete alemán, por la imprudencia cierta del oficial alemán y por una cierta acción desafortunada que tal vez fue mal interpretada y que hizo que el oficial portugués diera la orden de disparar en defensa propia. El tribunal concluyó que:

El incidente de Naulilaa no es consecuencia de actos contrarios al derecho de gentes imputables a los órganos civiles o militares alemanes o portugueses. En particular, es preciso excluir por parte de la misión Schultze-Jena toda penetración calculada en el territorio portugués, con el objetivo clandestino de comenzar a preparar su invasión, y por parte de las autoridades militares regionales portuguesas, toda intención premeditada de atraer a Naulilaa al destacamento alemán para destruirlo o capturarlo⁶²³.

ASUNTO SOLÍS (*México/Estados Unidos de América*)
[1928]

440. G. L. Solís, un ciudadano norteamericano, planteó una reclamación contra el Gobierno de México para obtener indemnización por ganado que había sido tomado por soldados mexicanos de su rancho en el Estado de Tamaulipas, México, en 1924. La reclamación contenía dos partes: una, por el ganado que, según se decía, había sido tomado por las fuerzas revolucionarias de De la Huerta, y la otra, por el ganado que, según se decía, había sido tomado por fuerzas federales mexicanas. El asunto fue considerado por la Comisión General de Reclamaciones creada con arreglo a la convención del 8 de setiembre de 1923, en su forma ampliada por la convención del 16 de agosto de 1927.

441. En su decisión del 3 de octubre de 1928, la comisión rechazó la primera parte. Se basó en gran parte en la decisión dada el 18 de agosto de 1910 por el Tribunal Arbitral anglo/norteamericano que se ocupó del caso de la Home Missionary Society⁶²⁴, subrayando el carácter inesperado del levantamiento, al igual que la falta de capacidad por parte de las autoridades locales de dar protección en vastas regiones no colonizadas. La comisión añadió a este respecto:

Se verá que al ocuparse de la cuestión de la responsabilidad por los actos de insurgentes se han subrayado dos puntos pertinentes, a saber: la capacidad de dar protección y la disposición de las autoridades a emplear medidas adecuadas a su alcance para hacerlo. Cualesquiera sean los hechos de un caso

dado, el carácter y la extensión de un movimiento insurreccionario debe ser un factor importante en relación con la cuestión de la capacidad de dar protección⁶²⁵.

En cuanto a las pérdidas resultantes de las acciones de las fuerzas federales, la comisión admitió la reclamación por el valor del ganado así tomado.

ASUNTO COLEMAN (*México/Estados Unidos de América*)
[1928]

442. Se adujo que el 4 de junio de 1924, cuando el reclamante, Bond Coleman, un geólogo norteamericano, estaba realizando estudios e investigaciones geológicas con otros tres hombres cerca de Villa Hermosa, en Tabasco (México), fue atacado por una banda de seguidores armados de De la Huerta. Como resultado de ello, una bala se incrustó en su muñeca izquierda. Además, la banda les robó su equipo y sus mulas de carga. Se dio tratamiento médico a Coleman en Villa Hermosa y se le envió a Galveston, Texas, y más tarde a Kansas City para que recibiera atención médica adicional. Se adujo, además, que, a pesar de la seriedad de la herida del reclamante y el hecho de que sus empleadores habían fletado un barco que debía transportar al reclamante de Villa Hermosa a Galveston, el general González, comandante federal a cargo de Villa Hermosa y sus cercanías, detuvo el barco por un período de tres días para transportar sus tropas y equipo. Como consecuencia de la demora se infectó la muñeca del reclamante, lo que le causó más dolor, sufrimientos y daños.

443. En una decisión del 3 de octubre de 1928, la Comisión General de Reclamaciones establecida con arreglo a la convención general de reclamaciones del 8 de setiembre de 1923, en su forma ampliada por la convención del 16 de agosto de 1927, sostuvo que el Gobierno mexicano era responsable por la acción del general González al apoderarse del barco a causa de las siguientes razones:

[...] Es innecesario considerar cuestiones jurídicas con respecto al derecho de las autoridades militares a requisar, de conformidad con la ley y previo pago de indemnización adecuada, una embarcación que puede necesitarse para fines públicos. Este buque se requisó sin indemnización y, en un momento en que los dictados de la humanidad debían haber movido a prestar asistencia al reclamante, se impidieron las medidas adoptadas para su socorro. No se ha demostrado ninguna necesidad imperativa de tomar el buque⁶²⁶.

444. En cuanto a la supuesta falta de enjuiciamiento y castigo de los culpables por parte de las autoridades mexicanas, la comisión recordó que en la opinión dada en la reclamación de G. L. Solís se destacó que, «al considerar la cuestión, deben tenerse en cuenta la capacidad de dar protección y la disposición de las autoridades a emplear medidas adecuadas para hacerlo, y que en la ausencia de pruebas convincentes de negligencia no puede establecerse la responsabilidad»⁶²⁷. Señaló también

⁶²² *Ibid.*, vol. II (*op. cit.*), pág. 1025.

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ Véanse párrs. 402 y 403 *supra*.

⁶²⁵ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (*op. cit.*), pág. 362.

⁶²⁶ *Ibid.*, pág. 367.

⁶²⁷ *Ibid.*, pág. 366.

que México, a pesar de negar ampliamente toda responsabilidad por los actos de insurgentes, en la respuesta y alegato inicial, explicó durante el alegato oral que «puede considerarse responsable a un gobierno por los actos de insurgentes cuando se le puede acusar de negligencia»⁶²⁸.

ASUNTO BOYD (*México/Estados Unidos de América*)
[1928]

445. En agosto de 1921 un grupo de hombres, compuesto de Bennett Boyd, un ciudadano estadounidense, y otros, fue atacado por un grupo de varios bandidos mientras reunían el ganado perteneciente a una hacienda en Chihuahua, México. Boyd resultó muerto en un tiroteo. El padre de la víctima presentó una reclamación contra el Gobierno mexicano basada en la supuesta omisión de parte de ese gobierno en brindar la protección debida a los residentes del distrito en cuestión y en tomar medidas apropiadas a fin de aprehender a los autores del homicidio.

446. La reclamación fue remitida a la Comisión General de Reclamaciones establecida en virtud de la convención de 8 de setiembre de 1923 en la forma en que fue prorrogada por la convención de 16 de agosto de 1927. En su decisión de 12 de octubre de 1928, la comisión rechazó la primera parte de la reclamación sosteniendo que, aunque las autoridades civiles más cercanas a la hacienda estaban a una distancia de unas 50 millas y las únicas guarniciones militares del distrito estaban situadas a unas 70 millas de distancia, estos hechos no bastaban para establecer una responsabilidad por falta de protección de parte del gobierno, ya que el distrito estaba escasamente poblado y aparentemente los residentes del distrito nunca habían presentado al gobierno una queja por falta de protección. Respecto del segundo punto, la comisión declaró que, pese a que las autoridades mexicanas habían hecho algunos intentos por aprehender a los homicidas, no podían considerarse esos intentos como cumplimiento del deber que correspondía a México de tomar las medidas apropiadas en tal sentido. Señaló en especial que la persecución de los bandidos se había iniciado sólo varios días después de que las autoridades habían sido informadas del delito y que constituía clara prueba de negligencia el hecho de que la orden de detención de un sospechoso, emitida en agosto de 1921, no había sido remitida a los jueces sino en febrero de 1922⁶²⁹.

⁶²⁸ *Ibid.*, págs. 366 y 367.

⁶²⁹ *Ibid.*, págs. 380 y 381. Se plantearon a la misma comisión cuestiones semejantes a las del presente caso en el Asunto Smith (1929), en que dos trabajadores estadounidenses de una mina del Estado de Chihuahua fueron asesinados por un trabajador mexicano en setiembre de 1921. En su decisión de 10 de abril de 1929, la comisión tomó nota de la declaración del Cónsul estadounidense en el sentido de que los funcionarios habían «empleado todos los medios limitados a su disposición» para ubicar al criminal, y concluyó:

«En vista de lo cual, y tomando en consideración lo escasamente poblado de la región en que se cometió el homicidio, la Comisión opina que las pruebas presentadas no bastan para constituir un caso de falta de cumplimiento de una

ASUNTO CANAHL (*México/Estados Unidos de América*)
[1928]

447. En junio de 1915, Gilbert T. Canahl, ciudadano estadounidense, fue asesinado por un grupo de personas que participaban en una violenta riña en un baile realizado en una mina de San Diego, en el Estado de San Luis Potosí, México. Se sostuvo que, a pesar de que se había dado cuenta inmediatamente del hecho a las autoridades locales, éstas habían actuado en forma «dilatoria en su intento por aprehender a las personas responsables» de la muerte y de que esas personas no habían sido castigadas por el delito. En la Comisión General de Reclamaciones establecida en virtud de la convención de 8 de setiembre de 1923 en la forma en que fue prorrogada por la convención de 16 de agosto de 1927, el representante mexicano negó toda responsabilidad de parte de México por la infortunada muerte de Canahl, sosteniendo, entre otras cosas, «que la alteración de las condiciones en la localidad en cuestión, debida a un estado de guerra, impidió la acción de las autoridades locales». Francisco Villa, que se había alzado en armas contra el gobierno Carranza, controlaba en esa fecha el estado de San Luis Potosí.

448. La comisión, en su decisión de 15 de octubre de 1928, dijo que, en lo que respectaba al período inmediatamente posterior al crimen, no había pruebas «sobre las cuales basar una reclamación de negligencia grave», dada la detención de varios sospechosos. En cuanto a la supuesta inacción ulterior de las autoridades locales, la comisión dijo:

[...] El cambio de autoridades debido a los disturbios internos puede interferir seriamente con el cumplimiento de las funciones gubernamentales, y sin duda la comisión debe tener en cuenta una situación de este tipo al examinar una reclamación de indebida administración de justicia. Pero seguramente las autoridades responsables del orden público en una comunidad no pueden pasar por alto un homicidio sólo porque fue cometido tres semanas antes de que las fuerzas rebeldes fueran expulsadas de la localidad en que tuvo lugar el homicidio [...] ⁶³⁰.

La comisión falló en favor del reclamante, aunque al fijar el monto de la indemnización tuvo en cuenta «las dificultades que afectaban la administración de justicia debido a los disturbios revolucionarios»⁶³¹.

obligación internacional de parte de México en el presente caso [...]» (*ibid.*, pág. 469).

En el Asunto Mead (1930), examinado por la misma comisión, México invocó nuevamente «lo escasamente poblado de la localidad» para justificar la falta de protección por las autoridades locales en relación con el supuesto homicidio de un empleado estadounidense de una empresa minera en el Estado de Zacatecas, en 1923. La comisión reconoció en su decisión de 29 de octubre de 1930 que había pruebas de que «las autoridades experimentaban dificultades desusadas en la región en cuestión», dado lo remoto de la mina, y que también había pruebas que revelaban que las autoridades locales «no eran totalmente indiferentes respecto de su obligación de procurar dar una protección adecuada». Rechazó la acusación de falta de protección presentada por los Estados Unidos (*ibid.*, pág. 655).

⁶³⁰ *Ibid.*, pág. 391.

⁶³¹ *Ibid.*

ASUNTO PINSON (*Francia/México*) [1928]

449. Georges Pinson, ciudadano francés, presentó una reclamación contra el Gobierno mexicano por los daños sufridos cuando su inmueble, ubicado en Coyoacán, México, fue saqueado por fuerzas del general Carranza. Fue acusado de haber sido partidario de las fuerzas revolucionarias del general Zapata. El asunto fue remitido a la Comisión de Reclamaciones franco/mexicana establecida en virtud de la convención de 25 de setiembre de 1924 en la forma en que fue prorrogada por la convención de 12 de marzo de 1927.

450. En su decisión de 19 de octubre de 1928, la comisión se refirió en primer lugar a la cuestión de la caracterización de las fuerzas pertenecientes al general Carranza, llegando a la conclusión de que la situación era la de una batalla entre fuerzas revolucionarias que luchaban por la victoria, que las fuerzas del señor Carranza ganaron en definitiva. Refiriéndose luego a la cuestión de la responsabilidad por los actos de los revolucionarios, de conformidad con el derecho internacional, la comisión pareció apoyar la aseveración del Gobierno mexicano de que «el derecho internacional positivo contemporáneo no reconoce todavía de manera general la obligación de otorgar a los nacionales extranjeros el privilegio de poder reclamar indemnizaciones derivadas de las pérdidas o perjuicios que hubieran podido sufrir como consecuencia de insurrecciones, levantamientos, guerras civiles, etc.»⁶³². La comisión, no obstante, agregó lo siguiente:

Por el contrario, si los perjuicios se originan, por ejemplo, en las requisiciones o contribuciones forzadas reclamadas por el gobierno legítimo durante su lucha contra los insurgentes, o por los revolucionarios antes del triunfo definitivo, o si hubieran sido causadas por actos delictuosos del gobierno legítimo o de sus fuerzas militares, o por delitos cometidos por las fuerzas revolucionarias victoriosas, la responsabilidad del Estado, en mi opinión, no podría negarse [...] ⁶³³.

451. Sin embargo, la comisión estimó que estos principios generales no eran aplicables al caso, ya que, en virtud del compromiso, debía decidir concretamente con arreglo a los principios de equidad. Llegó a la conclusión de que el Gobierno mexicano era responsable de los perjuicios causados no sólo por las fuerzas de Carranza, sino además por las fuerzas del general Zapata ⁶³⁴.

ASUNTO CAIRE (*Francia/México*) [1929]

452. En diciembre de 1914 un comandante y otros dos soldados pertenecientes a la brigada del general Tomás Urbina, de la división del Norte, que ocupaba a la sazón la ciudad de México, exigieron 5.000 dólares en oro a

Jean-Baptiste Caire, ciudadano francés que permanecía en México. Tras negarse a la exigencia, Caire fue llevado por el comandante y otro capitán de la misma brigada a los cuarteles y muerto a tiros. Francia reclamó una indemnización de 75.000 dólares contra México por el asesinato de Caire. México sostuvo que la unidad militar a la que pertenecían los soldados en cuestión no correspondía a las «fuerzas» enumeradas en el compromiso; que, en todo caso, no estaba establecido que las autoridades competentes hubieran omitido tomar medidas razonables para reprimir las insurrecciones o actos de bandidaje o para castigar a los criminales, o que hubieran cometido alguna otra falta, y que incluso si los criminales fueran considerados pertenecientes a las «fuerzas del gobierno *de facto*» o a las «fuerzas revolucionarias» enumeradas en el compromiso, México no podría ser considerado responsable porque, entre otras cosas, los criminales eran sólo soldados aislados y actuaban no sólo sin el conocimiento del jefe de las tropas, sino infringiendo una orden expresa.

453. Se remitió el caso a la Comisión de Reclamaciones franco/mexicana establecida en virtud de la convención de 25 de setiembre de 1924. En su decisión de 7 de junio de 1929, el presidente de la comisión, con la concurrencia del comisionado francés, señaló que la división del Norte en esa época no se podía distinguir del «ejército de liberación» de Emiliano Zapata, y que, en consecuencia, debía atribuirse el asesinato a las fuerzas revolucionarias que se oponían a las que más tarde se transformaron en el gobierno *de jure*. Con arreglo a la convención franco/mexicana, México asumía también la responsabilidad por los daños causados por tales fuerzas revolucionarias. En cuanto a la responsabilidad de México por los actos de soldados aislados que procedían contra la voluntad de sus superiores, la comisión señaló el carácter especial de los oficiales militares y debatió luego la teoría de la «responsabilidad objetiva». A este respecto, el presidente de la comisión dijo:

[...] Sin entrar aquí en un examen de la cuestión de saber si estas ideas nuevas, tal vez demasiado absolutas, requieren algunas correcciones, por ejemplo, en el sentido indicado por el Dr. Karl Strupp, considero en todo caso que son perfectamente correctas en tanto que tienden a imputar al Estado, en materia internacional, la responsabilidad por todos los actos cometidos por sus funcionarios u órganos y que constituyen actos delictuosos desde el punto de vista del derecho de gentes, independientemente de que el funcionario u órgano en cuestión haya obrado dentro de los límites de su competencia o excediéndolos. «Hay unanimidad», dice con justicia el señor Bourquin, «para reconocer que los actos cometidos por los funcionarios y agentes del Estado comprometen la responsabilidad internacional de éste aunque su autor no tenga competencia para realizarlos. Esta responsabilidad no se justifica en los principios generales, es decir, los que rigen la organización jurídica del Estado. En efecto, el acto de un funcionario no se erige jurídicamente en acto de Estado sino cuando está comprendido dentro de la esfera de competencia de ese funcionario. El acto de un funcionario incompetente no es un acto del Estado. En principio no debería afectar, pues, la responsabilidad del Estado. Si se admite lo contrario en derecho internacional es por una razón propia del mecanismo de la vida internacional, porque se estima que las relaciones internacionales resultarían demasiado difíciles, complicadas y poco seguras si se obligara a los Estados extranjeros a tener en cuenta las dis-

⁶³² *Ibid.*, vol. V (N.º de venta: 1952.V.3), pág. 352.

⁶³³ *Ibid.*, pág. 353.

⁶³⁴ En el párrafo 2 del artículo 3 del compromiso se preveía el reconocimiento de las reclamaciones formuladas contra México como consecuencia de las pérdidas o daños causados por «las fuerzas revolucionarias que, después de su triunfo, establezcan gobiernos *de jure* o *de facto*, o por las fuerzas revolucionarias que se les oponían» (*ibid.*, pág. 314).

posiciones jurídicas, con frecuencia complejas, que fijan las competencias en el interior del Estado. Sobre esa base, es manifiesto que en la hipótesis considerada la responsabilidad internacional del Estado tiene un carácter puramente *objetivo* y se basa en una idea de *garantía*, en la cual la noción subjetiva de culpa no juega ningún papel».

Pero para poder admitir esta responsabilidad del Estado, llamada objetiva, respecto de los actos cometidos por sus funcionarios u órganos fuera de los límites de su competencia, es necesario que hayan actuado al menos aparentemente como funcionarios u órganos competentes o que, al actuar, hayan utilizado poderes o medios propios de su calidad oficial [...] ⁶³⁵.

Aplicando el principio general examinado *supra* al presente caso, el presidente llegó a la conclusión de que «[...] no queda duda alguna de que los oficiales, aunque se considere que obraron fuera de su competencia, lo que no es en absoluto seguro, y aunque sus superiores hubieran dado una contraorden, comprometieron la responsabilidad del Estado por haberse investido de su calidad de oficiales y utilizado medios puestos por esta razón a su disposición» ⁶³⁶.

ASUNTO HOFF (*México/Estados Unidos de América*) [1929]

454. Un barco estadounidense, el *Rebeca*, salió, en enero de 1884, de un puerto cercano a Morgan City, Louisiana, con un cargamento destinado a Brazos Santiago, Texas, y una consignación para Tampico, México. Se sostuvo que cuando llegó a un punto frente a Brazos Santiago el viento y la marea eran tan fuertes que fue llevado hacia el sur hasta que se encontró frente al puerto de Tampico en condiciones de incapacidad e inseguridad. El capitán, consciente de la peligrosa situación de la nave, entró en el puerto de Tampico, presentó al funcionario de aduanas mexicano el manifiesto de las mercaderías y presentó al Cónsul estadounidense en ese puerto una declaración de emergencia. No obstante, los funcionarios aduaneros mexicanos se apoderaron del cargamento destinado a Texas y detuvieron al capitán, acusándolo de tentativa de contrabando. El *Rebeca* y su cargamento fueron vendidos posteriormente por decreto judicial.

455. El administrador del patrimonio del propietario del *Rebeca*, K. A. Hoff, presentó una reclamación contra el Gobierno mexicano, la cual se remitió a la Comisión General de Reclamaciones establecida en virtud de la convención de 8 de setiembre de 1923 en la forma en que fue prorrogada por la convención de 16 de agosto de 1927. Los Estados Unidos sostuvieron que la decisión del juez respecto del buque y del cargamento no se ajustaba al derecho mexicano y que el buque, al entrar en Tampico en situación de emergencia, era inmune a la jurisdicción local en lo que se refería a la aplicación de la legislación aduanera local. En representación de México, se sostuvo, entre otras cosas, que el juez aplicó debidamente el derecho interno y que en el momento del incidente no había ninguna norma de derecho interna-

cional relativa a la situación de necesidad, y que incluso aunque hubiera existido tal norma no cabía aplicarla al presente caso.

456. En su decisión de 2 de abril de 1929, la comisión dijo que se había reconocido la inmunidad de la nave cuya presencia en las aguas territoriales se debía a «una fuerza mayor» y que los principios relativos a la condición jurídica de una nave en situación de «emergencia» eran reconocidos tanto en los derechos internos como en el derecho internacional. Sostuvo además:

El principio ilustrativo de la cortesía que exime a un navío mercante, al menos en cierta medida, de la aplicación de la legislación interna se aplica a las naves que deben recalar en un puerto en razón de una tormenta o que se ven obligadas a buscar refugio para hacer reparaciones fundamentales o para aprovisionarse, o que son llevadas a un puerto por amotinados. Se ha esgrimido también en defensa de una acusación de intento de rompimiento de bloqueo. Lo sostuvo un autor tan antiguo como Vattel (*The Law of Nations*, pág. 128). En el presente caso nos ocupa simplemente la emergencia que habría sido causada por el mal tiempo ⁶³⁷.

La comisión examinó también la cuestión del «grado de necesidad» que impele a las naves a buscar refugio, de la siguiente manera:

Se ha dicho que la necesidad debe ser urgente. Parece posible formular algunos criterios razonablemente concretos aplicables y que sirven para calificar el presente caso. Desde luego, una nave que se encuentre en estado de emergencia, como consecuencia ya sea del tiempo o de otras causas que afecten a la conducción de la nave, no necesita estar en condición tal que sea arrojada inevitablemente a la playa o contra rocas antes de que se pueda invocar debidamente la emergencia en su caso. El hecho de que pueda entrar a puerto por sus propias fuerzas no puede ser citado evidentemente como prueba concluyente de que la excepción es injustificada. Si un capitán retardara la búsqueda de refugio hasta que la nave zozobrara, evidentemente no estaría usando el mejor criterio con miras a la preservación de la nave, el cargamento y las vidas de los que se encontraran a bordo. Es ciertamente una consideración importante la determinación de la cuestión de si hay prueba alguna en un caso dado de un intento fraudulento por eludir la legislación local. E incluso a falta de todo intento de ese tipo, puede probablemente decirse con justicia que un mero asunto de conveniencia en la reparación o incluso para evitar cierta medida de dificultad en la navegación no puede justificar el incumplimiento de la legislación interna ⁶³⁸.

Aplicando las normas generales anteriores al presente caso, la comisión llegó a la siguiente conclusión:

El buque *Rebeca* navegó efectivamente hasta Tampico, como observa el juez que condenó la nave, por sus propios medios. No obstante, no entró en el puerto sino después de luchar tres días, con sus fuerzas disminuidas, en un intento por entrar a puerto en Brazos Santiago, Texas. En consecuencia, es efectivo que la nave no abandonó por elección su intento de llegar a puerto en ese lugar, sino solamente porque según el mejor criterio del capitán y la tripulación una necesidad absoluta así lo requería. En tal caso apenas parecería dudoso el criterio del capitán. También puede llegarse con las pruebas del caso a la conclusión de que un justificado temor de perder la nave y el cargamento y las personas que se encontraban a bordo movió al capitán a tomar rumbo al sur hacia Tampico [...] ⁶³⁹.

⁶³⁵ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (*op. cit.*), págs. 529 y 530.

⁶³⁶ *Ibid.*, pág. 531.

⁶³⁷ *Ibid.*, vol. IV (*op. cit.*), pág. 447.

⁶³⁸ *Ibid.*

⁶³⁹ *Ibid.*, págs. 447 y 448.

ASUNTO ANDRESEN (*Alemania/México*) [1930]

457. Una de las reclamaciones que debió decidir la Comisión Mixta de Reclamaciones germano/mexicana en virtud de la convención de 16 de marzo de 1925 fue el de Juan Andresen, un ciudadano alemán. Andresen reclamó indemnización por la pérdida de 240 bultos de raíz de zacatón consignados a una persona de Ciudad de México y embarcados en un vagón de ferrocarril que fue destruido por un incendio el 10 de febrero de 1916 en la estación de Empalme González, Guanajuato. El representante alemán sostuvo que el incendio fue causado por hogueras encendidas negligentemente demasiado cerca de los vagones de carga por tropas de las cuales era responsable México, en tanto que el representante mexicano sostuvo que el incendio era «consecuencia de un caso fortuito» y que había una falta de cuidado de parte del reclamante «al aceptar el embarque de las mercancías en un vagón que era inadecuado para tal objeto». Al rechazar esta parte de la reclamación, el presidente de la comisión, Miguel Cruchaga, dijo:

Respecto del primer punto de la reclamación, es decir, el incendio de un vagón que contenía las mercancías ocurrido en la estación de Empalme González el 10 de febrero de 1916, no se encuentra probado en este caso que los perjuicios hubieran sido causados por un acto de las fuerzas revolucionarias que entrañara la responsabilidad del Gobierno de México, y de los hechos demostrados puede deducirse que se trata de un caso fortuito en el que hubo, de una parte, la negligencia de los soldados acampados en ese lugar y, por la otra parte, la falta de cuidado del reclamante al aceptar el embarque de las mercancías en un vagón que era inadecuado para tal objeto⁶⁴⁰.

ASUNTO EAST (*México/Estados Unidos de América*) [1930]

458. El 16 de setiembre de 1913, Victor W. East, ciudadano estadounidense residente en el Estado de Campeche, México, ofreció, en su calidad de gerente de la International Lumber and Development Company, una fiesta en celebración del día nacional mexicano. Durante la fiesta hubo una riña de carácter personal entre East y un individuo llamado Pereira, que golpeó a East en la cabeza y le causó lesiones. East fue llevado a su hogar y murió el día siguiente. El juzgado local ordenó inmediatamente una investigación preliminar y el caso fue visto el 29 de setiembre por el juzgado en lo criminal de Campeche. Pereira fue encarcelado y oficialmente acusado de causar lesiones personales. Al fallecer el juez encargado del juicio el 10 de noviembre, su sucesor, tras recibir el informe de la nueva autopsia, revocó la acusación anterior contra Pereira, y el 7 de enero de 1914 dictó una nueva orden de prisión bajo el cargo de homicidio. Se apeló con éxito contra este decreto, y el juicio continuó, pero Pereira no volvió a ser detenido. Desde el 14 de abril de 1914 hasta el 4 de agosto de 1917 no pareció que se tomaran nuevas medidas en el juicio. En esta fecha se descubrió que el expediente del caso había

sido «perdido». Al parecer, Pereira falleció el 14 de marzo de 1917.

459. En su decisión de 24 de octubre de 1930, la Comisión General de Reclamaciones México/Estados Unidos establecida en virtud de la convención general de reclamaciones de 8 de setiembre de 1923, en la forma en que fue enmendada por la convención de 2 de setiembre de 1929, aunque reconoció que había habido disturbios y dificultades internas, no estimó que fueran suficientes para justificar la conclusión de que había una total paralización de toda la justicia en una de las entidades federales de la República. Sostuvo que el enjuiciamiento de Pereira «fue hecho con negligencia, con el resultado de que nunca fue castigado por el crimen que cometió», y que constituía un caso de denegación de justicia⁶⁴¹.

ASUNTO DEL BOMBARDEO DE CIUDAD DE MÉXICO (*México/Reino Unido*) [1930]

460. El Gobierno británico reunió en un solo documento un grupo de reclamaciones semejantes y dos reclamaciones individuales. En las reclamaciones del grupo, es decir, las reclamaciones de Baker y otros, cuatro ciudadanos británicos sufrieron pérdidas de bienes mientras se encontraban en el Hostal de la Y.M.C.A. en Ciudad de México debido al saqueo por las tropas revolucionarias pertenecientes a las fuerzas del general Félix Díaz, que ocuparon el hostal el 11 de febrero de 1913. Las fuerzas del general Félix Díaz se encontraban a la sazón alzadas en armas contra la administración del Presidente Madero y ocuparon el hostal durante el período conocido como «los diez días trágicos». El asunto fue remitido a la Comisión de Reclamaciones británico/mexicana establecida en virtud de la convención de 19 de noviembre de 1926.

461. En la decisión de la comisión de 15 de febrero de 1930 se dijo que, en opinión de la mayoría de la comisión, las fuerzas en cuestión eran rebeldes contra el gobierno *de jure* y que el Gobierno mexicano debía ser considerado responsable del saqueo realizado por ellas, ya que «las autoridades competentes omitieron la adopción de medidas razonables para aplastar las insurrecciones, levantamientos, [...] en cuestión o para castigar a los responsables de ellos». La comisión dijo a este respecto que la ocupación y saqueo del edificio debía haber sido conocido de las autoridades y que no había pruebas de que los soldados que habían saqueado el hostal hubieran sido enjuiciados⁶⁴².

⁶⁴¹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (*op. cit.*), págs. 646 a 650.

⁶⁴² *Ibid.*, vol. V (N.º de venta: 1952.V.3), págs. 76 a 81. La misma comisión llegó a una conclusión semejante a la de este caso en el Asunto de la Santa Gertrudis Jute Mills Company (1930), resuelto el 15 de febrero de 1930. La Jute Mills Company perdió parte de un embarque de yute hecho por el ferrocarril mexicano como consecuencia de un ataque realizado contra una importante estación por las fuerzas rebeldes del general Higinio Aguilar. La comisión dijo que el ataque contra la estación de uno de los principales ferrocarriles del país, y la destrucción por fuego de varios vagones, eran hechos «que deben haber sido de notoriedad pública y que seguramente llegaron inmediatamente a conocimiento de las autoridades». Dada la

⁶⁴⁰ M. Whiteman, *Damages in International Law*, Washington (D.C.), U. S. Government Printing Office, 1937, vol. I, pág. 217.

ASUNTO BARTLETT (*México/Reino Unido*) [1931]

462. James Bartlett, súbdito británico, presentó una reclamación contra el Gobierno de México por perjuicios sufridos presuntamente por su propiedad en Alamo, Baja California. Se sostuvo que, en marzo de 1911, una banda de rebeldes mexicanos invadió su almacén y se llevó dinero en efectivo y productos, destruyó parte de la propiedad y lo obligó a alojar a algunos de los rebeldes por un mes. La reclamación fue examinada por la Comisión de Reclamaciones británico/mexicana establecida en virtud de la convención de 19 de noviembre de 1926, en la forma en que fue prorrogada por la convención de 5 de diciembre de 1930. El representante mexicano sostuvo entre otras cosas que los presuntos hechos no podían dar lugar a una reclamación porque habían sido cometidos por bandidos y porque no se había demostrado que el Gobierno de México hubiera obrado con negligencia. Sostuvo que no había pruebas de negligencia de parte del gobierno, ya que Alamo era «un lugar de difícil acceso desde el resto de la República y muy especialmente desde Ciudad de México, donde se encuentra la sede del gobierno»⁶⁴³. La comisión falló en favor de México el 13 de mayo de 1931, sosteniendo lo siguiente:

[...] no se ha mostrado que hubiera negligencia de parte de México para reprimir los actos de bandidaje que tuvieron lugar en Alamo, Baja California, ya que en vista de la gran distancia y lo difícil de las comunicaciones era imposible que el gobierno hubiera hecho más de lo que hizo al expulsar y castigar a los bandidos un mes después de la invasión⁶⁴⁴.

ASUNTO GILL (*México/Reino Unido*) [1931]

463. John Gill, un ingeniero británico contratado por la Sultepec Electric Light and Power Company, en San Simonito, México, residía en una casa cerca de la central eléctrica cuando ésta fue atacada por fuerzas revolucionarias opuestas al gobierno de Madero el 1.º de setiembre de 1912. Se informó de que los revolucionarios habían tomado o destruido gran cantidad de bienes materiales. Una reclamación presentada contra el Gobierno de México fue examinada por la Comisión de Reclamaciones británico/mexicana establecida en virtud de la convención de 19 de noviembre de 1926, en la forma en que fue prorrogada por la convención de 5 de diciembre de 1930. En su decisión de 19 de mayo de 1931 la comisión dijo:

La mayoría comprende plenamente que puede haber numerosos casos en que la falta de acción no se deba a negligencia u omisión, sino a la imposibilidad de tomar medidas inmedia-

importancia vital del ferrocarril en cuestión, cabía esperar que se hubieran adoptado medidas para impedir actos de esa especie. La comisión señaló además que los autores de los actos eran conocidos en la época de los hechos y que, en consecuencia, habría sido posible enjuiciarlos. Como México no demostró lo contrario, la comisión sostuvo que ese gobierno era responsable de los perjuicios sufridos por la empresa. (*Ibid.*, págs. 108 a 115).

⁶⁴³ *Ibid.*, pág. 152.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

tas y decisivas en que pueda encontrarse temporalmente todo gobierno cuando enfrenta una situación de carácter muy súbito. Entienden también que las autoridades no pueden ser culpables de omisión o negligencia cuando las medidas por ellas tomadas no dan como resultado la represión *total* de las insurrecciones, levantamientos, motines o actos de bandidaje o no llegan al castigo de *todos* los individuos responsables. En esos casos no se admitirá responsabilidad alguna. Pero en el presente caso no se ha sostenido nada de ese tipo. Las más altas autoridades del país conocían oficialmente lo ocurrido. Declararon que los conmovía el relato. Agregaron que, en lo relativo a la indemnización, debían considerar que el precedente podría tener consecuencias graves, pero el representante mexicano no ha aportado ninguna prueba de que se haya tomado medida alguna para investigar, reprimir o enjuiciar, aunque Sultepec se encuentra a corta distancia de la capital [...] ⁶⁴⁵.

La comisión sostuvo que, en las circunstancias del caso, el Gobierno mexicano estaba obligado a indemnizar la pérdida sufrida por Gill.

ASUNTO BUCKINGHAM (*México/Reino Unido*) [1931]

464. El Sr. H. W. T. Buckingham, súbdito británico contratado como superintendente de un campamento de exploración y explotación de petróleo de la empresa petrolera mexicana El Aguila, en el distrito de Nanchital, fue asesinado en marzo de 1917 por bandidos armados tras haber sido robado. El Gobierno británico presentó una reclamación en representación de la Sra. Buckingham a la Comisión de Reclamaciones británico/mexicana establecida en virtud de la convención de 19 de noviembre de 1926, en la forma en que fue prorrogada por la convención de 5 de diciembre de 1930. Sostuvo que, pese a que el Gobierno mexicano estaba en conocimiento de un ataque anterior contra el campamento y de la posibilidad de repeticiones de tales ataques, no se había hecho esfuerzo alguno por brindar protección a la empresa o a sus empleados.

465. En su decisión de 3 de agosto de 1931, la comisión negó la existencia de una omisión de parte del Gobierno mexicano respecto de la represión de tales actos de violencia o del castigo de los autores, ya que la zona remota en cuestión se encontraba bajo el control de las fuerzas rebeldes. Sostuvo lo siguiente:

No cabe esperar que el gobierno de ningún país de la enorme extensión de la República mexicana, escasamente poblado, de carácter montañoso y con grandes dificultades de comunicaciones, suministre protección militar adecuada a todos los campos petrolíferos, minas, haciendas y factorías aislados esparcidos en todo el territorio. El campamento petrolífero donde ocurrió el homicidio se encuentra en una situación muy remota y sus conexiones con el resto del país son escasas y difíciles.

En la época de los hechos el distrito estaba controlado por el dirigente rebelde Cástulo Pérez, para cuya protección contra bandidos y ladrones la empresa El Aguila, al igual que otras empresas, pagaba una contribución. Este dirigente persiguió a los homicidas y los hizo ejecutar. Las fuerzas del gobierno no podían operar en la región, que se encontraba prácticamente en poder de otros, que eran superiores en número y, en consecuencia, no pueden ser culpadas de no haber castigado a los criminales ⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, pág. 159.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, pág. 288.

No obstante, la comisión consideró:

[...] que es deber de todo gobierno conocer la medida en que puede brindar protección y advertir a los súbditos, así como a los extranjeros, si no puede hacerlo, dejando entregado a su criterio ya sea permanecer a su propio riesgo o retirarse de esos lugares aislados, a los que la mano del gobierno no puede llegar [...] ⁶⁴⁷.

Al respecto, la comisión tomó nota de que, pese a que las autoridades del gobierno habían prometido a la empresa, después del primer ataque, tomar medidas de protección, esas seguridades no habían sido seguidas de medida alguna susceptible de impedir la repetición de las ocurrencias. Por ese motivo consideró que el Gobierno mexicano era responsable.

ASUNTO SALEM (*Egipto/Estados Unidos de América*)
[1932]

466. George Salem, nacido en Egipto en 1883, obtuvo la ciudadanía norteamericana en 1908. Al año siguiente, Salem regresó a Egipto con pasaporte norteamericano. Salem visitó los Estados Unidos varias veces posteriormente con objeto de renovar su pasaporte, hasta que las hostilidades de la primera guerra mundial le impidieron hacer más viajes allí. En 1915, cuando se hallaba implicado en un proceso criminal, un funcionario consular de los Estados Unidos en El Cairo declaró que Salem «no estaba registrado como ciudadano norteamericano ni tenía derecho a la protección de los Estados Unidos», y su pasaporte fue debidamente cancelado. En 1917, Salem fue acusado de falsificar un documento y se incoó un procedimiento criminal contra él en un tribunal local. Mientras el caso estaba pendiente, en 1919, consiguió ir a los Estados Unidos otra vez, y el Departamento de Estado le concedió de nuevo el pasaporte norteamericano. Entonces regresó a Egipto y solicitó el sobreseimiento del proceso basándose en la falta de jurisdicción, dada su ciudadanía norteamericana. En febrero de 1921, el funcionario consular norteamericano en El Cairo confirmó a las autoridades egipcias que George Salem era considerado ciudadano norteamericano con derecho a plena protección del consulado y que había gozado de esa condición sin interrupción desde 1908, fecha de su naturalización. Entonces el tribunal local declaró su falta de jurisdicción, en virtud del acuerdo de capitulación entre ambos países.

467. A continuación, George Salem presentó una demanda contra el Gobierno egipcio por los daños que había sufrido como consecuencia del procedimiento criminal incoado contra él. George Salem entabló la acción ante el Tribunal Internacional Mixto de El Cairo. El tribunal rechazó la acción en marzo de 1924, basándose en el argumento de que, según los reglamentos de derecho civil, el Ministro de Justicia no podía ser considerado responsable de los errores cometidos por las autoridades judiciales. El tribunal mixto de apelación, al que fue remitido el asunto, declaró que la apelación carecía de fundamento y confirmó el fallo del tribunal inferior. Por

último, el asunto fue remitido a arbitraje en virtud del acuerdo entre Egipto y los Estados Unidos de 20 de enero de 1931. En el laudo de fecha 8 de junio de 1932, la mayoría de los árbitros rechazaron la pretensión norteamericana, afirmando que Egipto «no era responsable con arreglo a los principios del derecho y la equidad» de daños causados a los Estados Unidos. El laudo señaló, entre otras cosas, que tanto los tribunales de derecho como las autoridades administrativas de Egipto, desde el momento en que el Gobierno norteamericano afirmó claramente la condición permanente de Salem, «habían hecho todo lo necesario» para reconocer y salvaguardar los derechos establecidos en los tratados con los Estados Unidos. Además, el laudo afirmó que si hubo errores de fallo del tribunal mixto, el Gobierno egipcio no podía ser considerado responsable de sus errores debido a que ese Gobierno no estaba en condiciones de impedir la repetición de esos errores ni podía inhabilitar a los jueces o castigarlos mediante medidas disciplinarias sin el consentimiento de las potencias que impusieron la capitulación ⁶⁴⁸.

ASUNTO DEL «I'M ALONE» (*Canadá/Estados Unidos de América*) [1933]

468. La convención de 23 de enero de 1924 entre el Canadá y los Estados Unidos de América respecto al contrabando de bebidas alcohólicas confería derechos de visita y de captura, que habían de ejercerse dentro de una distancia de la costa de los Estados Unidos no superior a la que podía recorrer en una hora el buque sospechoso. El 22 de marzo de 1929, el *I'm Alone*, un barco con contrabando, registrado en el Canadá, fue hundido en alta mar en el Golfo de México por el cúter de inspección fiscal *Dexter*, de los Estados Unidos. Según la denuncia norteamericana, el 20 de marzo de 1929 el *I'm Alone* fue avistado por el guardacostas de los Estados Unidos *Wolcott*, aproximadamente a unas 10 millas y media de la costa, es decir, dentro de la distancia que podía ser recorrida en una hora por el buque. Pese a que el *Wolcott* le dio repetidamente órdenes de detenerse para efectuar una inspección a bordo, el *I'm Alone* se fue mar adentro. Entonces continuó la persecución por otro guardacostas, el *Dexter*. Varios disparos de advertencia del *Dexter* fueron ignorados. El capitán del *I'm Alone* amenazó con un revólver, insistiendo en que el buque se hundiría antes de parar. Dado que la mar estaba demasiado picada para poder visitar y capturar el buque por la fuerza, éste fue por último hundido por el *Dexter*.

469. El asunto fue remitido a una comisión en virtud de la convención de 23 de enero de 1924 entre el Reino Unido y los Estados Unidos. En un informe mixto provisional de 30 de enero de 1933, los árbitros declararon que una de las cuestiones era si los Estados Unidos tenían justificación legal para hundir al *I'm Alone*, suponiendo que tuviera el derecho de persecución continuada en esas circunstancias, y si tenía derecho a ejercer los derechos previstos en la convención de 1924. Des-

⁶⁴⁷ *Ibid.*

⁶⁴⁸ *Ibid.*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), págs. 1165 a 1203.

tacando el carácter internacional del hundimiento, los comisionados respondieron a esa cuestión como sigue:

En los supuestos planteados en la pregunta, los Estados Unidos podían, de conformidad con la convención, utilizar una fuerza necesaria y razonable con objeto de efectuar la visita, la inspección y la captura y para traer al puerto al buque sospechoso. Si el hundimiento se produjera incidentalmente, como consecuencia del ejercicio de la fuerza necesaria y razonable para ese fin, el buque persecutor podría carecer totalmente de culpa. Pero los comisionados piensan que, dadas las circunstancias expuestas en la réplica, el hundimiento intencional, como se ha admitido, del buque sospechoso no estaba justificado por nada de lo establecido en la convención ⁶⁴⁹.

En el informe final mixto, de 5 de enero de 1935, los comisionados agregaron que el hundimiento del buque no estaba justificado tampoco por ningún principio del derecho internacional ⁶⁵⁰.

ASUNTO BROWNE (*Panamá/Estados Unidos de América*) [1933]

470. El Gobierno de Panamá adquirió en 1929 el derecho de paso a través de una plantación de café perteneciente a J. W. Browne y G. A. Browne, ciudadanos norteamericanos, y mejoró una carretera ya existente a lo largo de ese camino. En octubre de 1930, parte de la carretera fue arrastrada por intensas lluvias, que causaron daños en la propiedad de Browne. J. W. Browne presentó una reclamación a la Comisión General de Reclamaciones Panamá/Estados Unidos establecida con arreglo a la convención de 28 de julio de 1926. Los Estados Unidos afirmaron, entre otras cosas, que los daños fueron causados debido a la construcción negligente de la carretera mejorada. En su decisión de 26 de junio de 1933, la comisión no halló «pruebas suficientes de que el arrastre se debiera a la construcción negligente», y agregó:

El terreno era de carácter áspero y accidentado, en el cual resulta difícil proteger la carretera contra los arrastres excepto mediante un tipo de construcción que no cabe esperar en pequeñas carreteras rurales ⁶⁵¹.

ASUNTO PUGH (*Panamá/Reino Unido*) [1933]

471. James Pugh, un marino del Estado libre irlandés, empleado en el *S. S. Parismina*, se hallaba bebiendo, el 30 de junio de 1929, en un bar de Colón, Panamá. Después de que se negó a pagar algunas de las bebidas, el encargado del bar mandó venir a la policía. James Pugh fue pronto arrestado por dos policías, que a continuación lo llevaron a la delegación de policía. En el camino, Pugh trató de resistir por la fuerza al arresto y provocó una lucha violenta con los policías, que se vieron obligados a utilizar sus porras para reducirlo y defenderse. Pugh cayó al suelo hacia atrás y perdió el conocimiento. Fue llevado a un hospital, donde murió poco tiempo des-

pués. Con arreglo al acuerdo de 15 de octubre de 1932 entre Panamá y el Reino Unido, el caso fue sometido a arbitraje. El árbitro rechazó la pretensión del Reino Unido diciendo, entre otras cosas, lo siguiente: 1) que la muerte de Pugh no se produjo como consecuencia de un abuso de los poderes que les están conferidos razonablemente a los policías como agentes del orden público; 2) que las medidas tomadas por los agentes de policía al usar sus porras no fueron maliciosas ni voluntarias y, por consiguiente, no eran culpables, y 3) que Pugh murió por su propia culpa, al tratar de resistir a una detención legal y cuando se hallaba atacando ilícitamente a agentes de policía que estaban cumpliendo legítimamente sus obligaciones ⁶⁵².

ASUNTO DEL INCIDENTE EN WALWAL (*Etiopía/Italia*) [1935]

472. La región de Walwal, que hasta 1928 había sido visitada libremente por tribus nómadas, bajo las administraciones británica, etíope e italiana, con objeto de utilizar el agua de los pozos que allí había, estaba ocupada por las autoridades coloniales italianas de Somalia desde 1930. Ahora bien, el Gobierno etíope consideraba que la región pertenecía a su propio territorio y no reconocía la ocupación de la región por las autoridades italianas. El 2 de noviembre de 1934, un grupo de unos 600 soldados etíopes llegaron a Walwal con el fin declarado de proteger a la Comisión anglo/etíope encargada de la demarcación entre Etiopía y Somalia, así como otros trabajos de medición del terreno. Las tropas etíopes tomaron posesión de algunos de los pozos frente a la protesta de las fuerzas italianas. Comenzaron a surgir confrontaciones y tensiones entre ambas fuerzas, cuyo número aumentó posteriormente. El 5 de diciembre, después de un disparo de origen indeterminado, estalló un conflicto en gran escala entre ellos. Aproximadamente 130 soldados etíopes y 30 soldados italianos resultaron muertos como consecuencia de la lucha. Cada una de las partes culpó a la otra de haber disparado el primer tiro.

473. La cuestión de la responsabilidad surgida del incidente, así como de otros incidentes posteriores menores, fue remitida a la Comisión de Conciliación y Arbitraje ítalo/etíope establecida de conformidad con el Tratado de Amistad, Conciliación y Arbitraje de 2 de agosto de 1928. En su decisión de 3 de setiembre de 1935, la comisión, destacando el carácter accidental del primer disparo, concluyó lo siguiente:

La comisión [...] se inclina a pensar que este incidente fue debido a un desafortunado concurso de circunstancias, ya que el primer disparo pudo haber tenido el mismo carácter accidental que aquellos, tan numerosos y frecuentes, que le habían precedido; es muy comprensible que en el estado de nerviosismo, excitación y recelo en que se hallaban las tropas rivales, situadas desde hacía dos semanas en una vecindad peligrosa, ese disparo produjera los lamentables resultados ocurridos.

Dadas estas circunstancias, la Comisión [...] ha llegado a la siguiente convicción:

⁶⁴⁹ *Ibid.*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1615.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, pág. 1617.

⁶⁵¹ *Ibid.*, vol. VI (N.º de venta: 1955.V.3), pág. 334.

⁶⁵² *Ibid.*, vol. III (*op. cit.*), págs. 1441 a 1453.

1.º Que no puede imputarse responsabilidad alguna por el hecho concreto del incidente del Walwal al Gobierno italiano ni a sus agentes sobre el terreno; las alegaciones formuladas contra ellos por el Gobierno etíope se ven contradichas en particular por las múltiples precauciones adoptadas por ellos para prevenir todo incidente con ocasión de la llegada a Walwal de tropas regulares e irregulares etíopes y también por la falta de todo interés por su parte en provocar el enfrentamiento del 5 de diciembre; y

2.º Que si el Gobierno etíope tampoco tenía razonablemente interés en provocar ese enfrentamiento, sus autoridades locales, por su actitud, especialmente por la concentración y el mantenimiento, después de la partida de la comisión anglo/etíope, de numerosas tropas en la proximidad de la línea italiana de Walwal, han podido dar la impresión de que tenían intenciones agresivas, lo que parecería hacer aceptable la versión italiana, aunque no se ha demostrado que puedan ser consideradas responsables de la acusación precisa del incidente del 5 de diciembre⁶⁵³.

474. En cuanto a los incidentes menores que se produjeron posteriormente, la comisión sostuvo igualmente

[...] estos incidentes, los primeros, que fueron consecuencia del de Walwal, tuvieron carácter accidental, en tanto que los otros han sido en su mayoría incidentes sin gravedad, muy comunes en la región en que se han producido. Dadas estas condiciones, la comisión opina que no procede declarar respecto de esos incidentes menores ninguna responsabilidad internacional⁶⁵⁴.

ASUNTO DE LA FUNDICIÓN DE TRAIL (*Canadá/Estados Unidos de América*) [1938 y 1941]

475. El río Columbia nace en el Canadá, y cerca de Trail, en la Columbia británica, pasa delante de una fundición en la que se funden plomo y cinc en grandes cantidades. La fundición se inició bajo auspicios estadounidenses en 1896, pero fue absorbida por una compañía canadiense en 1906. En 1925 y 1927 se construyeron dos chimeneas de 125 metros de altura y se aumentó la producción de la fundición. Este aumento de la producción dio lugar a que se expulsaran al aire humos de bióxido de sulfuro en mayor cantidad y en concentraciones más elevadas. Los Estados Unidos alegaron que la mayor elevación de las chimeneas aumentaba la zona perjudicada de los Estados Unidos. Desde 1925 hasta 1931 por lo menos, el bióxido de sulfuro procedente de la fundición de Trail causó daños en el estado de Washington. La Comisión Mixta Internacional establecida con arreglo a la Convención anglo/norteamericana de 1909, recomendó que se pagara la suma de 350.000 dólares para resarcir los daños producidos hasta el 1.º de enero de 1932; pero los Estados Unidos informaron al Gobierno canadiense de que las condiciones seguían siendo insatisfactorias, y el 15 de abril de 1935 se firmó una convención de arbitraje.

476. En un laudo provisional de 16 de abril de 1938, el tribunal arbitral declaró, entre otras cosas, lo siguiente:

Con respecto a [...] los «daños causados a la tierra cultivada y a las mejoras introducidas en la misma» y a los «daños

causados a la tierra no cultivada y a las mejoras en la misma», el Tribunal ha llegado a la conclusión de que se ha probado la existencia de daños debido a las emanaciones desde el 1.º de enero de 1932 [...].

Dado que el Tribunal ha llegado a la conclusión [...] de que se ha probado la existencia de daños, ahora es preciso examinar su causa [...].

En general, cabe decir que los testigos expresaron opiniones contrarias y llegaron a conclusiones opuestas sobre la mayoría de las preguntas relativas a la causa de los daños. [No obstante,] el Tribunal opina que los testigos eran totalmente honrados y sinceros en sus opiniones, y que los peritos llegaron a sus conclusiones como consecuencia íntegra de su elevada capacidad técnica [...].

[...] Los testigos de ambos gobiernos parecen ser decididamente de la opinión de que el gas era arrastrado desde la fundición por los vientos de superficie, y basaron sus opiniones en la teoría del mecanismo de la distribución de los gases. El Tribunal considera que no puede aceptar esta teoría [...].

El Tribunal opina que los gases procedentes de las chimeneas de la fundición de Trail llegaban hasta las corrientes superiores del aire y eran transportados por ésta formando una corriente bastante continua por el valle, dado que el viento dominante a ese nivel corre en esa dirección. [...] El Tribunal opina que las fumigaciones que se advierten en diversos puntos del valle se producen al mezclarse con la atmósfera de superficie esta corriente superior de aire [...].

Con respecto a la tierra utilizada para cultivos, el Tribunal considera que los daños debidos a la reducción del rendimiento de las cosechas por la fumigación se ha producido en diversos grados durante los distintos años que van de 1932 a 1936; y no ha encontrado pruebas de daños correspondientes al año 1937 [...]⁶⁵⁵.

En sus conclusiones, el tribunal concedió una indemnización por los daños causados entre 1932 y 1937, pero se negó conceder indemnización por lo que los Estados Unidos describían como «violación de la soberanía», y decidió que, con la información disponible, no podía determinar un régimen permanente.

477. En su laudo definitivo, el 11 de marzo de 1941, el tribunal declaró que no se habían producido nuevos daños, y estableció un régimen permanente. El laudo declaraba, entre otras cosas, lo siguiente:

Como dice el profesor Eagleton (en *Responsibility of States in International Law*, 1928, pág. 80): «Un Estado tiene en todo momento la obligación de proteger a otros Estados frente a los actos dañosos realizados por individuos que se hallen dentro de su jurisdicción.» [...] Las decisiones internacionales en diversas materias desde el caso del *Alabama* en adelante, y también las anteriores, se basan en el mismo principio general y, ciertamente, este principio, en cuanto tal, no ha sido impugnado por el Canadá. Pero a menudo se plantea la dificultad real cuando se trata de determinar, *pro subjecta materie*, lo que se considera que constituye un acto dañoso [...].

Ningún caso de contaminación del aire tratado por un tribunal internacional ha sido señalado a la atención del Tribunal y el Tribunal no conoce tampoco un caso de esta índole. La analogía más próxima es la de la contaminación de las aguas. Pero a este respecto, tampoco se ha citado ni se ha encontrado ninguna decisión de un tribunal internacional.

Respecto de la contaminación del aire y de la contaminación del agua, hay algunas decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que pueden tomarse legítimamente como guía

⁶⁵³ *Ibid.*, pág. 1666.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, pág. 1667.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, págs. 1920 y 1922 a 1924.

en esta esfera del derecho internacional, ya que es razonable seguir por analogía, en los casos internacionales, los precedentes establecidos por ese Tribunal al tratar las controversias entre estados de la Unión o las controversias relativas a los derechos casi soberanos de esos Estados, en los que no existe ninguna norma en contrario en derecho internacional basada en las limitaciones de soberanía inherentes a la Constitución de los Estados Unidos [...].

En el asunto [...] *State of New York vs. State of New Jersey* (256 U.S. 296, 309) [...] el Tribunal Supremo declaró: «La carga para el estado de Nueva York de sostener las alegaciones de su informe es mucho mayor que la impuesta a un demandante en un litigio ordinario entre particulares. Antes de que pueda moverse a este Tribunal a ejercer la facultad extraordinaria que le confiere la Constitución de controlar la conducta de un Estado a petición de otro, la invasión de los derechos amenazada debe ser de magnitud importante y debe ser demostrada con pruebas claras y convincentes.»

Lo que el Tribunal Supremo dice respecto de la facultad que le confiere la Constitución se aplica también a la facultad extraordinaria que le confiere a este Tribunal la Convención. Lo que vale entre Estados de la Unión vale igualmente por lo menos en las relaciones entre los Estados Unidos, y el Dominio del Canadá [...].

Por consiguiente, el Tribunal considera que las decisiones citadas, tomadas en conjunto, constituyen una base adecuada para sus conclusiones, a saber: que con arreglo a los principios de derecho internacional, así como los del derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho a usar o a permitir el uso de su territorio de forma tal que cause daños mediante humos en el territorio o al territorio de otro Estado o a las personas o propiedades situadas en el mismo, cuando el caso tiene considerable importancia y los daños se demuestran con pruebas claras y convincentes.

Las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que constituyen la base de esas conclusiones son decisiones de equidad; y una solución inspirada en ellas, junto con el régimen prescrito a continuación, en opinión del Tribunal serán «justos para todas las partes interesadas», al menos mientras sigan reinando las condiciones actuales en el valle del río Columbia.

Considerando las circunstancias del caso, el Tribunal estima que el Dominio del Canadá es responsable en derecho internacional del comportamiento de la fundición de Trail. Aparte de los compromisos de la Convención, el Gobierno del Dominio del Canadá tiene, pues, la obligación de cuidar que esa conducta se ajuste a la obligación que impone al Dominio el derecho internacional tal como aquí se determina.

Por consiguiente, el Tribunal responde a la segunda cuestión de la manera siguiente: Mientras subsistan las actuales condiciones en el valle del río Columbia, se pide a la fundición de Trail que no cause más daño mediante humos en el estado de Washington; el daño aquí mencionado y su extensión es el que sería resarcible con arreglo a las decisiones de los tribunales de los Estados Unidos en litigios entre particulares. La indemnización por esos daños se fijará de la forma que los gobiernos [...] convengan.

Respondiendo a la [tercera] cuestión a la luz de la precedente, dado que el Tribunal [...] ha declarado que los daños causados por la fundición de Trail se produjeron en el estado de Washington desde el 1.º de enero de 1932, y dado que el Tribunal opina que en el futuro pueden producirse daños a menos que las operaciones del fundidor sean sujetas a cierto control, a fin de evitar que se produzcan esos daños, el Tribunal decide ahora aplicar un régimen o medida de control a las operaciones de la fundición, que permanecerá en pleno vigor a menos que sea modificado de conformidad con las disposiciones expuestas a continuación y hasta que sea modificado [...].

El Tribunal opina que el régimen prescrito probablemente eliminará las causas de la actual controversia y [...] probablemente impedirá que se produzcan nuevos daños de carácter material en el estado de Washington en el futuro⁶⁶⁶.

ASUNTO DE WYTENHOVE (*Francia/Italia*) [1950]

478. La Sra. de Wytenhove y la Srta. Alice de Wytenhove, francesas, que habían residido en Milán de 1907 a 1939, decidieron dejar la ciudad por temor a los acontecimientos políticos; pero, antes de hacerlo, confiaron un cierto número de pieles de su propiedad a una comerciante italiana, la Sra. Enrica Corridori. En vista de los frecuentes bombardeos de que fue objeto Milán durante la segunda guerra mundial, la Sra. Corridori decidió, en agosto de 1943, trasladar las pieles a Caronno, pero éstas se perdieron en el trayecto. Después del fin de la guerra, la Sra. de Wytenhove entabló una reclamación de indemnización, en virtud del párrafo 4 del artículo 78 del Tratado de Paz con Italia de 1947, que disponía que el Gobierno de Italia debía pagar una indemnización por los bienes en Italia de ciudadanos de las Naciones Unidas que se hubiesen perdido a consecuencia de «actos de guerra». La Comisión de Conciliación franco/italiana constituida con arreglo al artículo 83 del Tratado de Paz entró a conocer el caso. En su decisión de 11 de noviembre de 1950, la comisión, luego de reconocer que las pieles de que se trataba se habían perdido mientras eran trasladadas, «con el fin de sustraerlas a los efectos de un posible bombardeo», sostuvo, sin embargo, que la pérdida constituía «un caso fortuito» y que no podía considerarse el daño como consecuencia de «actos de guerra», según el sentido que se daba a esos actos en el artículo 78 del Tratado de Paz⁶⁶⁷.

ASUNTO CURRIE (*Italia/Reino Unido*) [1954]

479. Percy Currie y su mujer, ambos súbditos británicos, eran propietarios de algunos edificios en Milán. Después que Italia declaró la guerra al Reino Unido, sus bienes fueron confiscados en 1940 y 1941. Los edificios confiscados sufrieron daños considerables como resultado de un ataque aéreo realizado en agosto de 1943. Posteriormente, el estado de los edificios empeoró debido a la exposición a las inclemencias del tiempo. Después de la segunda guerra mundial, los Currie entablaron una reclamación por los daños sufridos ante la Comisión de Conciliación anglo/italiana constituida en virtud del artículo 83 del Tratado de Paz con Italia. El Gobierno de Italia sostuvo que los incisos *a* y *d* del párrafo 4 del artículo 78 del Tratado de Paz fijaban límites a su responsabilidad. En cuanto a los daños y perjuicios producidos a raíz de medidas discriminatorias adoptadas contra los súbditos de países enemigos, el Gobierno de Italia estimó que su responsabilidad sólo nacía cuando se probaba que el secuestrador había causado los daños

⁶⁶⁶ *Ibid.*, págs. 1963 a 1966 y 1980.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, vol. XIII (N.º de venta: 64.V.3), pág. 228.

deliberadamente o por negligencia, y negó que le incumbiese responsabilidad en el presente caso, sosteniendo:

[...] no puede culparse al secuestrador por el hecho de que, durante la guerra, no se hayan reparado inmediatamente los daños causados por el bombardeo; en realidad, la omisión de que se reclama se debió a que el secuestrador se vio en la imposibilidad de hacer esos arreglos, si se tiene debidamente en cuenta el estado de guerra, la escasez de materias primas y mano de obra y las dificultades generales que imperaban en aquel entonces ⁶⁵⁸.

480. En su decisión de 13 de marzo de 1954, la comisión rechazó la alegación de Italia, declarando que los párrafos del Tratado de Paz de que se trataba hacían responsable a Italia por los daños y perjuicios, independientemente del hecho de que el secuestrador hubiese podido o no efectuar las reparaciones necesarias oportunamente.

ASUNTO DE LOS BIENES ITALIANOS EN TÚNEZ (*Francia/Italia*) [1955]

481. En su decisión de 25 de junio de 1955, relativa al caso mencionado, la Comisión de Conciliación franco/italiana constituida con arreglo al artículo 83 del Tratado de Paz con Italia se explayó sobre la relación existente entre la responsabilidad internacional de los Estados y el elemento de «culpa» en la forma siguiente:

[...] la existencia de una relación de causalidad entre la referida medida (el secuestro) y los daños o las pérdidas no basta, pues, para hacer nacer la responsabilidad del Gobierno de Francia; es necesario además que exista una relación de causalidad entre la pérdida o el daño y la culpa en que haya incurrido el Gobierno de Francia representado por la persona de sus órganos. Estos han podido incurrir en culpa (negligencia o imprudencia) en la designación del administrador-depositario (*culpa in eligendo*) o en la vigilancia de su gestión (*culpa in custodiendo*) o al dar las instrucciones necesarias (*culpa in instruendo*) o al otorgar las autorizaciones exigidas por el derecho interno (cf. art. 7 del decreto del Residente de 8 de marzo de 1943). A su vez, el administrador-depositario, que es también un órgano del Gobierno de Francia, puede haber incurrido en culpa *in committendo* o *in omittendo*.

La teoría controvierte el fundamento de la responsabilidad internacional de los Estados. La escuela tradicional, que se remonta a Grotius, exige que exista culpa, en tanto que Anzilotti y otros autores modernos estiman que sólo es necesario el riesgo, y hablan de una responsabilidad objetiva fundada en la relación de causalidad entre la acción cometida y el hecho contrario al derecho internacional (cf. Rousseau, *Droit international public*, págs. 359 y 360; Verdross, *Völkerrecht*, 2.^a ed., pág. 285; Guggenheim, *Traité de droit international public*, II, págs. 49 y ss.; Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, páginas 348 y ss.). De todos modos no puede admitirse la segunda opinión en lo que concierne, por ejemplo, a los hechos que consistan en la omisión de medidas preventivas o represivas con respecto a actos individuales que atenten contra intereses extranjeros determinados. En esa hipótesis, el Estado es responsable en la medida en que sus órganos no hayan ejercido un cierto grado de diligencia (Morelli, *op. cit.*, pág. 350; Rousseau, *op. cit.*, pág. 360). En el presente caso, precisamente, el hecho contrario al derecho internacional no es la medida del secues-

tro, sino una supuesta falta de diligencia de parte del Estado de Francia o, más precisamente, de quien actuaba en su nombre en la ejecución de dicha medida. Ello ha sido reconocido por el Gobierno de Italia incluso con respecto al período de que se trata. [...]

En cambio, no es necesario que la culpa imputable al Gobierno de Francia o a sus órganos, funcionarios o agentes, y en particular, al depositario, sea grave [...] ⁶⁵⁹.

ASUNTO RELATIVO A LES ETABLISSEMENTS AGACHE (*Francia/Italia*) [1955]

482. En octubre de 1939, una empresa francesa, Les Etablissements Agache, compró una cierta cantidad de cáñamo a una empresa italiana, Associazione Prodotti Canapa, de Nápoles. Durante el transporte de esa mercadería a Francia se declaró la guerra, y ésta fue dejada en la estación de Módena por casi un año, siendo luego transportada nuevamente a la fábrica de la Associazione, en Nápoles. Con posterioridad, el comando aliado requirió la mercadería. La suma que se recibió de ese comando, que era considerablemente inferior al pago original hecho por la empresa francesa, se depositó en el Banco de Nápoles a disposición de los Etablissements Agache, el 10 de setiembre de 1949. La empresa francesa entabló una reclamación de indemnización contra el Gobierno de Italia, con arreglo a los incisos *a* y *d* del párrafo 4 del artículo 78 del Tratado de Paz con Italia. La Comisión de Conciliación franco/italiana establecida con arreglo a ese tratado, resolvió el caso. En su decisión de 15 de setiembre de 1955, la comisión rechazó la reclamación haciendo una distinción entre el daño causado por «actos o medidas de guerra» y la «guerra misma». La comisión razonó en la forma siguiente:

Si los dos vagones no pudieron proseguir su camino a partir de Módena (estación de destino), ello no se debió, de ningún modo, a que el Gobierno de Italia hubiese adoptado alguna medida discriminatoria con respecto a esa mercadería o a toda mercancía de propiedad francesa o enemiga que se encontrase en la estación de Módena, sino únicamente a que, habiendo estallado la guerra entre Italia y Francia, se interrumpió el tráfico ferroviario en la frontera de los dos países.

No puede considerarse que la declaración de guerra misma de Italia a Francia sea una medida discriminatoria en el sentido que a esas medidas da el susodicho inciso *d*. Ella no constituye una medida contra los bienes ni una medida adoptada «durante la guerra». Es más bien la guerra, considerada como hecho, lo que produjo la detención de los dos vagones en la estación de Módena. [...]

[...]

Esta pérdida es sin duda una consecuencia de la guerra, pero no de un hecho de guerra en el sentido en que esta comisión ha interpretado el inciso *a* del párrafo 4 del artículo 78 del Tratado de Paz en su decisión de 8 de marzo de 1951 [...].

[...]

[...] El comando aliado requirió el cáñamo de los Etablissements Agache, y si éste sufrió un deterioro o una mengua, ello se produjo a raíz del desorden que la guerra produjo en gene-

⁶⁵⁸ *Ibid.*, vol. XIV (N.º de venta: 65.V.4), pág. 24.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, vol. XIII (*op. cit.*), pág. 432. En cuanto al Asunto de los bienes italianos en Túnez (1959), el mismo tribunal reiteró y se apoyó sustancialmente en el principio de culpa enunciado en este caso (*ibid.*, págs. 475 a 485).

ral en los transportes ferroviarios entre Italia y Francia, que se manifestó en forma particularmente grave en cuanto a los perjuicios que causó a las mercancías que llegaron a la estación fronteriza de Módena el día siguiente de la declaración de guerra de Italia a Francia⁶⁶⁰.

ASUNTO RELATIVO A LA CONCESIÓN DE FAROS DEL
IMPERIO OTOMANO (*Francia/Grecia*) [1956]

483. El 1.º de abril (14 de abril de 1913) se celebró un contrato entre la empresa francesa Collas et Michel (conocida como Administration générale des phares de l'Empire ottoman) y el Gobierno otomano, que prorrogaba la concesión otorgada a esa empresa del 4 de setiembre de 1924 al 4 de setiembre de 1949. Surgió una controversia en cuanto a la validez del contrato de 1913 con respecto a los faros situados en los territorios que habían sido traspasados a Grecia después de las guerras de los Balcanes. El asunto se sometió primeramente a la Corte Permanente de Justicia Internacional, la cual decidió, el 17 de marzo de 1934⁶⁶¹ y el 8 de octubre de 1937⁶⁶², que el contrato de 1913 había sido celebrado en debida forma y era válido en lo concerniente a los faros situados en los territorios antes mencionados, así como aquellos situados en los territorios de Creta, incluidos los islotes adyacentes y Samos, que fueron traspasados a Grecia después de las guerras de los Balcanes. Luego de las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la empresa francesa y el Gobierno de Grecia iniciaron negociaciones para solucionar sus recíprocas reclamaciones. Sin embargo, no lograron llegar a un acuerdo, y los Gobiernos de Francia y Grecia sometieron el asunto a la Corte Permanente de Arbitraje, de conformidad con el compromiso de 15 de julio de 1913. La Corte pronunció el laudo respectivo, después de la segunda guerra mundial, el 24/27 de julio de 1956.

484. Entre las reclamaciones de que conoció la Corte, la *reclamación N.º 15* se refería al faro de la isla de Paspargos, que las autoridades griegas habían obligado a Collas et Michel a entregarles el 2 de abril de 1915. El 5 de octubre de 1916, el faro fue destruido por un bombardeo de las baterías turcas situadas en la costa del Asia Menor. El Gobierno de Grecia hizo construir un nuevo faro a sus expensas, pero, según parece, su valor era considerablemente inferior al valor de la construcción primitiva, cuando el faro fue devuelto a Collas et Michel, a consecuencia de la restitución de la isla a las autoridades turcas en 1928 en virtud del Tratado de Paz de Lausana de 1923. La empresa entabló, pues, reclamaciones contra el Gobierno de Grecia por la pérdida de valor producida y por los gastos de su restauración, etc. La Corte Permanente de Arbitraje declaró en su decisión:

En lo que concierne a la depreciación de la obra construida y las instalaciones, Grecia ha cometido sin duda una irregularidad al ponerlas bajo su poder en 1915, pero, para que un

daño dé origen a responsabilidad, no es suficiente que se deba a culpa, es preciso además que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño. Ahora bien, el perjuicio que significó para la sociedad que Grecia no pudiese devolverle el faro en el mismo estado se debió no al hecho de que Grecia lo hubiese puesto bajo su poder, sino al bombardeo que le causó daños graves, bombardeo que constituyó un caso de fuerza mayor que lo habría alcanzado aun de haber permanecido en manos de la sociedad y del cual no puede considerarse que sea responsable Grecia. No incumbe, pues, a Grecia obligación alguna a este respecto, y el hecho de que haya devuelto a la sociedad una construcción e instalaciones de menor entidad que aquellas que recibió no le acarrea, en consecuencia, la obligación de indemnizar⁶⁶³.

485. Las *reclamaciones N.ºs 19 y 21* (en parte) se referían a la evacuación que las autoridades griegas ordenaron hacer a la Administration générale des phares de las oficinas que ocupaba en el puerto de Salónica en 1915, debido a la supuesta participación de un miembro del personal de la empresa en actos de espionaje. La Administration se vio obligada a ocupar otros locales y no pudo volver a sus oficinas hasta abril de 1917. Sin embargo, antes de que las diversas clases de abastecimientos que habían sido almacenados en los locales provisionarios fueran trasladados nuevamente a las antiguas oficinas, se produjo un incendio, el 18 de agosto de 1917, que destruyó completamente esos abastecimientos. La cuestión consistía en determinar si Grecia era responsable de las pérdidas causadas a Collas et Michel, o por la necesidad de trasladar sus abastecimientos a otra parte (*reclamación N.º 21*), o por el incendio (*reclamación N.º 19*)⁶⁶⁴. La Corte rechazó la última reclamación, sosteniendo que no existía relación causal alguna entre el daño causado por el incendio, que de ningún modo había sido ocasionado por las autoridades griegas, y la evacuación. Agregaba que «[los] perjuicios no eran ni una consecuencia previsible o normal de la evacuación ni atribuibles a falta de precauciones de parte de Grecia»⁶⁶⁵.

486. La *reconvencción N.º 10*, entablada por Grecia, se refería a la cuestión de la interpretación del artículo XII del convenio de concesión de 1860 celebrado entre el Gobierno otomano y Collas et Michel, que dice:

Aunque los gastos de mantenimiento de la construcción corran en su totalidad por cuenta de los concesionarios, ellos no serán responsables de los daños y perjuicios que resulten de terremotos, etc., es decir, de casos de fuerza mayor. De ocurrir esos casos, se sufragarán las reparaciones mediante un descuento que se hará a los ingresos brutos hasta concurrencia del monto total de dichas reparaciones y antes de hacer cualquier repartición de esos ingresos entre el gobierno y los concesionarios⁶⁶⁶.

Grecia sostuvo que la disposición anterior hacía que incumbiese a la empresa la obligación de sufragar parte de los gastos de la reparación y la reconstrucción que habían hecho las autoridades de Grecia de cuatro de los faros que habían sido destruidos por las fuerzas mili-

⁶⁶³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.º de venta: 63.V.3), págs. 219 y 220.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, págs. 217 y 218.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, pág. 218.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, pág. 241.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, págs. 703 y 704.

⁶⁶¹ C.P.J.I., serie A/B, N.º 62, pág. 4.

⁶⁶² *Ibid.*, N.º 71, pág. 94.

tares turcas o alemanes en 1916. Por su parte, Francia procuró excluir del concepto de «fuerza mayor» del artículo de que se trataba los hechos de guerra constituidos por actos humanos. La Corte rechazó la interpretación que dio Francia de «fuerza mayor» por las siguientes razones:

[...] Es verdad que los actos de guerra constituyen acciones humanas, pero ello de por sí no es suficiente para excluirlos de los casos de fuerza mayor que se prevén en el artículo XII a fin de reglamentar las relaciones entre el Estado concedente y la sociedad concesionaria. En lo que respecta a esas relaciones, los daños causados por actos de guerra emanados de otro Estado, enemigo del Estado concedente, constituyen indudable-

mente daños causados por fuerza mayor, que dan lugar a una indemnización común. Pues bien, si Turquía había causado en 1916 daños de guerra a un faro situado en territorio de la Nueva Grecia de 1913/1914, esos daños estarían comprendidos sin duda alguna, en lo que respecta a las relaciones entre Grecia, Estado concedente por subrogación, y la sociedad, entre aquellos causados por fuerza mayor que deberían soportar, pues, por partes iguales las dos partes en el contrato de concesión⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, pág. 242. Sin embargo, la Corte estimó que el artículo XII no era aplicable en el caso de la presente reclamación, puesto que para Grecia el convenio original de concesión era *res inter alios acta* (*ibid.*, pág. 244).

CAPÍTULO III

Doctrina

487. Las opiniones y puntos de vista doctrinarios examinados en este capítulo se han agrupado en dos secciones. La sección 1 contiene una selección de opiniones doctrinarias que pueden hallarse en tratados, monografías, artículos de revistas científicas, etc., de publicistas de derecho internacional. La sección 2 se refiere a las disposiciones pertinentes incluidas en diversos proyectos de codificación sobre responsabilidad de los Estados, preparados por sociedades científicas y por particulares.

SECCIÓN 1.—OBRAS DE TRATADISTAS

488. Las opiniones doctrinarias seleccionadas de tratadistas de derecho internacional que se reproducen en esta sección se han agrupado bajo los siguientes epígrafes: a) consideraciones introductorias sobre el problema: la «teoría de la culpa» y la «teoría objetiva»; b) justificaciones teóricas de las excepciones de fuerza mayor y caso fortuito; c) condiciones necesarias para la existencia de una excepción legal de fuerza mayor o de caso fortuito; d) causas materiales de una excepción de fuerza mayor o de caso fortuito; e) efectos jurídicos de la excepción de fuerza mayor o de caso fortuito.

a) Consideraciones introductorias sobre el problema: la «teoría de la culpa» y la «teoría objetiva»

489. La fuerza mayor y el caso fortuito son conceptos legales que evocan inmediatamente la falta de «culpa» de quienes han asumido la conducta de que se trate⁶⁶⁸. Si bien el concepto de culpa y el concepto de violación de una obligación jurídica no son necesariamente sinónimos⁶⁶⁹, la fuerza mayor y el caso fortuito evocan tam-

bién la inexistencia de violación de un deber jurídico capaz de entrañar responsabilidad⁶⁷⁰. El punto de vista doctrinario que han seguido los autores de derecho internacional sobre si la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales ha de basarse en el concepto de culpa o si surge «objetivamente» de la violación de una obligación internacional atribuible al Estado, así como la posición del elemento de «culpa» en el hecho ilícito internacional, o sobre el significado que ha de darse al término mismo de culpa, no podía, por consiguiente, dejar de reflejarse en las opiniones de los autores cuando éstos trataron de hallar una justificación teórica del hecho, corroborado por la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional, de que, en ciertas condiciones, la fuerza mayor y el caso fortuito excluyen la ilicitud del derecho internacional⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Algunos autores reconocen expresamente que la *vis major* es un «corolario» del principio de la culpa. Véase, por ejemplo, B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, pág. 224.

⁶⁶⁹ «Las dos nociones de violación de derecho y de culpa suelen confundirse por los autores de derecho interno. No obstante, se trata de dos conceptos esencialmente diferentes.» [A. Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des États à raison des dommages subis par des étrangers*, París, Rousseau, 1925 (tesis), pág. 74.]

⁶⁷⁰ Según R. L. Perret, «[...] en tanto que para un jurista del continente europeo que se ha formado en la tradición romana la responsabilidad legal rememora siempre maquinamente la idea de culpa, para un jurista anglosajón esa noción traerá a la memoria necesariamente la idea del deber; ya hemos dicho que esta idea es la que ha penetrado progresivamente en la práctica del derecho de gentes, en la medida en que las relaciones internacionales de Inglaterra y de los Estados que han heredado la tradición del "common law" se han multiplicado» [*De la faute et du devoir en droit international — Fondement de la responsabilité* (Zürcher Studien zum Internationalem Recht, N.º 33), Zurich, Polygraphischer Verlag, 1962, pág. 207].

⁶⁷¹ Refiriéndose en términos generales a la cuestión de los límites de la responsabilidad internacional, J. B. Scott, en una declaración hecha en 1925 en Washington, ante la American Society of International Law dice:

«El gobierno de cada país es responsable ante los demás

490. Por consiguiente, antes de referirnos a la cuestión específica de las explicaciones teóricas que dan los autores de derecho internacional para justificar la exclusión de la ilicitud por fuerza mayor y caso fortuito es necesario comenzar al menos por algunas consideraciones generales del problema de la culpa en relación con la responsabilidad internacional, problema considerado como uno de los más complejos de toda la teoría general del derecho internacional. En un artículo reciente, publicado en 1968, Luzzatto recuerda la complejidad del tema en los siguientes términos:

Una de las cuestiones más estudiadas y controversiales en materia de responsabilidad de los Estados en el derecho internacional se refiere a la posición del elemento de la culpa —en el sentido más lato del término— en el hecho ilícito internacional. Los puntos que se discuten, como es sabido, son si las reglas sobre la responsabilidad del orden jurídico internacional constituyen un sistema de responsabilidad objetiva o si la culpa es un elemento constitutivo del hecho ilícito; si ha de hacerse una distinción entre omisión ilícita y comisión ilícita o posiblemente entre responsabilidad del Estado por actos de órganos y responsabilidad del Estado por actos de particulares; y, por último, si la culpa no podría desempeñar un papel significativo —bien distinto de la noción de ilicitud, que constituiría una cuestión separada— al dar lugar a la obligación *ex delicto* o únicamente a algunas de las consecuencias del hecho ilícito. No sólo la solución del problema, sino también su enfoque son igualmente controversiales, así como la importación real y el alcance práctico auténtico del problema mismo. Esta cuestión ha sido objeto de tantos estudios a cargo de autores muy prestigiosos, que la continuación de su examen parecería carecer de sentido; tal puede ser el caso, por cierto, si nos propusiésemos emprender un estudio suplementario del problema utilizando el enfoque acostumbrado. Además, todas las doctrinas chocan obviamente con dificultades que les impiden dar una explicación clara y convincente de la práctica internacional. Por consiguiente, para no vernos forzados a llegar a la conclusión de que no existe un criterio legal sobre el tema que sirva de directriz para las relaciones internacionales y que cada situación particular se rige por sus propios criterios particulares, debemos tratar de realizar una investigación novedosa de la cuestión, partiendo del examen y aclaración de las premisas reales de la polémica y llegando a una explicación lo más exhaustiva posible de las realidades de la situación internacional.

A ese fin parecería necesario renunciar, al menos de manera provisoria, a todo intento de hallar una respuesta al interrogante que pudiera servir de manera absolutamente general para explicar el régimen de la responsabilidad resultante positivamente del ordenamiento jurídico internacional en todos los casos posibles. Del examen de las diversas tesis sostenidas en esta materia se desprende con absoluta claridad un hecho: que ni el criterio de la culpa ni el principio opuesto de la causalidad

por la falta de cumplimiento de un deber. No obstante, debe haber un límite a la responsabilidad. Cabe presumir que todos los gobiernos desean cumplir con sus deberes y que no permiten que el Estado extranjero o sus ciudadanos sean perjudicados o sufran daños. No obstante, hay ocasiones en que el perjuicio o el daño se producen tan repentinamente que no pueden ser previstos o controlados a tiempo para evitar esas consecuencias. En tal caso, parecería que el Estado sólo sería responsable de lo que pudo prever razonablemente y que no podría imputársele responsabilidad cuando no pudo, en vista de las circunstancias, prevenir el daño.» [«The Codification of International Law in America», *Proceedings of the American Society of International Law at its nineteenth Annual meeting* (Washington (D. C.), April 23-25, 1925), Washington (D. C.), American Society of International Law, 1925, pág. 34.]

pura (sea tomado como fundamento de un sistema de responsabilidad por el riesgo o de otro sistema distinto) pueden explicar todas las opiniones de los Estados al respecto. Por lo demás, la práctica resulta particularmente difícil de encuadrar, dada la casi absoluta carencia en los textos pertinentes —sean decisiones jurisprudenciales, declaraciones de órganos estatales, acuerdos internacionales u otros— de toda alusión a una u otra solución; este hecho se debe probablemente a su vez a las diferencias de opinión manifestadas al respecto por los tratadistas. No debemos sorprendernos, sin embargo; en realidad, la práctica jurídica actúa por cuenta propia para resolver casos particulares casi sin detenerse a realizar una tarea de interpretación sistemática, la que queda a cargo de la doctrina. No obstante, en pocos casos, como en el examinado aquí, los datos pertinentes para iniciar una interpretación sistemática son tan escasos.

Pero como no parece ciertamente recomendable en el plano metodológico excluir la consideración de determinadas manifestaciones de la práctica por el solo hecho de no ser fácilmente encuadrables en un esquema de datos preconcebido, parecería justificable, como se ha dicho, proceder con cierta prudencia, habida cuenta, claro está, de la posibilidad de que el papel de la culpa varíe de un caso a otro [...] ⁶⁷².

491. Al oponerse a la doctrina germánica de las represalias, basada en la responsabilidad colectiva por daños causados en un Estado o a sus súbditos por un Estado extranjero o sus súbditos, Grotius introduce en el derecho internacional la doctrina de derecho romano de la responsabilidad derivada de la culpa. Grotius parte del famoso y viejo principio de derecho romano *Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est* (de una tal culpa subjetiva nace naturalmente una obligación si ha habido daño) y aplica esta norma tanto a los actos realizados por los gobiernos por intermedio de sus agentes como a los actos de los individuos. En cuanto a los primeros, dice que:

La responsabilidad personal por actos de la servidumbre, cuando no ha habido culpa personal, es una cuestión que no pertenece al derecho de las naciones, según el cual esta cuestión debe ser resuelta, sino al derecho interno; y esta norma no es universal, sino que ha sido establecida respecto de la gente del mar y de otras personas por razones particulares ⁶⁷³.

Respecto de los actos de los individuos, Grotius dice que «una comunidad civil, como cualquier otra comunidad, no está obligada por el acto de un individuo salvo que haya acto o negligencia propios» ⁶⁷⁴. Este acto o negligencia propios, la culpa del Estado, consiste, en el caso de actos de individuos, en *patientia* y *receptus*, a saber: en la participación en el daño por «consentir» o «admitir». Serían casos de *patientia* aquellos en que el Estado no evitase el acto del individuo que estaba obligado a prevenir y de *receptus* cuando el Estado impidiera que se castigara al individuo de que se tratase negándose a su extradición o a castigarlo. La culpa en que Grotius basa la responsabilidad internacional fue concebida como «culpa subjetiva» del propio Estado

⁶⁷² R. Luzzatto, «Responsabilità e colpa in diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, Milán, vol. 51, fasc. 1, 1968, págs. 53 a 57.

⁶⁷³ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, traducción de J. Barbeyrac, Amsterdam, de Coup, 1724, t. II, pág. 529.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, pág. 636.

mismo y eliminaba la responsabilidad por actos u omisiones dimanados de hechos fortuitos⁶⁷⁵. Dicho fundamento de la responsabilidad internacional fue reafirmado, sin perjuicio de ciertas modificaciones y excepciones, por los seguidores de Grotius: Zouch, Pufendorf⁶⁷⁶, Wolff, Vattel, Burlamaqui, etc. Vattel, por ejemplo, escribió lo siguiente:

[...] sería injusto imputar a la nación, o al soberano, todas las faltas de sus ciudadanos. Por consiguiente, en términos generales no puede afirmarse que alguien haya sido perjudicado por una nación porque uno de sus ciudadanos lo haya damnificado.

Pero si la nación o su gobernante aprueba el acto del ciudadano y lo ratifica, asume ese acto y puede entonces ser considerado por la parte lesionada como autor real de la afrenta de la que tal vez el ciudadano sólo fue el instrumento.

Si el Estado damnificado tiene en su poder al autor del daño, puede sin vacilación imponerle el justo castigo. Si el infractor ha escapado y regresa a su propio país, debe pedirse justicia a su soberano.

Y puesto que el soberano no debe permitir que sus súbditos perturben o lesionen a los súbditos de otro Estado, mucho menos aún que tengan la audacia de ofender a una potencia extranjera, debería obligar al infractor a reparar el mal causado, si ello fuere posible, o castigarlo como ejemplo para otros o, por último, según sea la naturaleza y circunstancias del caso, entregarlo al Estado damnificado a fin de que éste le inflija el debido castigo. [...]

El soberano que se niega a reparar el mal causado por uno de sus súbditos o a castigar al criminal o, por último, a entregarlo, de alguna manera se convierte en cómplice del hecho y pasa a ser responsable de éste [...] ⁶⁷⁷.

492. En el siglo XIX, los tratadistas de derecho internacional, siguiendo estrechamente la huella de Grotius, adoptaron el principio romano de la culpa como base de la responsabilidad en derecho internacional. Por

⁶⁷⁵ Grotius considera «la regla de la *culpa pura* como conforme al orden natural: a ello se debe que sea igualmente válida en derecho internacional» (M. G. Cohn, «La théorie de la responsabilité internationale», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-II*, París, Sirey, 1939, t. 68, pág. 242).

⁶⁷⁶ «Con los escritos de Pufendorf se produce una innovación en la teoría clásica de la responsabilidad internacional. Aparentemente Pufendorf se limitó a reproducir las conclusiones de Grotius, pero incidentalmente introdujo un elemento nuevo que estaba llamado a ejercer una influencia notoria en la evolución de la teoría. Con Pufendorf, la teoría de la responsabilidad internacional inicia una orientación "objetiva", al cobrar una destacada relevancia las presunciones. Pufendorf apoyaba su teoría en la noción del asilo y de la complicidad, con la cual Grotius declaraba la responsabilidad del Estado por actos de los individuos. El Estado era responsable sólo si conocía el hecho ilícito y tenía fuerza y aptitud para prevenirlo. Mas Pufendorf corregía o completaba el principio declarando que "se presume que el Estado conoce el hecho, como también se presume que posee el poder de prevenir el crimen"» (Pufendorf, *De Jure Nature et Gentium libri octo*, lib. VIII, cap. VI, secc. 12). La presunción era el primer paso en la pretendida objetivación de la responsabilidad internacional (M. Aguilar Navarro, «La responsabilidad internacional y la organización de la sociedad internacional», *Escuela de Funcionarios Internacionales, Cursos y Conferencias 1955-1956*, Madrid, 1957, t. 1, pág. 153).

⁶⁷⁷ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, lib. II, cap. VI, Washington (D. C.), Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. I, págs. 310 a 312.

ejemplo, Phillimore dice, en un capítulo dedicado a la legítima defensa, que:

En todos los casos en que el territorio de una nación es invadido desde otra nación —sea que la fuerza invasora esté compuesta por refugiados del país invadido, o por súbditos del otro país, o por ambos—, el gobierno del país invadido tiene derecho a que se le asegure que el país de donde provino la invasión no la ha asistido o instigado a sabiendas, sea por *consentimiento* o *admisión (patientia aut receptu)* ⁶⁷⁸.

En realidad, sólo a fines de este siglo surgieron las teorías opuestas merced a Triepel primero y, más tarde, a comienzos del siglo XX, a Anzilotti. Partiendo del supuesto de que los preceptos jurídicos de la comunidad internacional son el resultado de la voluntad directa del Estado, que no está obligado sino en la medida en que lo desea, Anzilotti llegó en 1902 a la conclusión de que el Estado no sólo es responsable por una posible intención culpable o maliciosa, sino también por no haber cumplido la obligación que le impone el derecho internacional, por haber violado un deber hacia otros Estados. Anzilotti, para quien el concepto de «culpa», entendido en el sentido amplio de *dolus* y *culpa*, «expresa en gran medida a la voluntad como hecho psicológico», consideró que sólo es posible hablar de culpa «refiriéndose al individuo» ⁶⁷⁹. Para este autor no se trata de culpa (*dolus, culpa*), sino de un hecho contrario al derecho internacional que origina responsabilidad: «en el derecho internacional, el *animus* del individuo-órgano no es causa o condición de la responsabilidad; ésta nace del mero hecho de la violación de un deber internacional del Estado» ⁶⁸⁰.

493. Después de Anzilotti, el anterior consenso doctrinario sobre el fundamento de la responsabilidad internacional se desvaneció y, en términos generales, los autores se dividieron en dos tendencias principales. Un grupo continúa considerando que el elemento de la culpa es un requisito para el establecimiento de la responsabilidad internacional, en tanto que el otro grupo acepta la tesis de que la responsabilidad internacional se establece «objetivamente», por la violación de una obligación internacional dimanada de un acto u omisión atribuible al Estado, sin que sea necesario probar la existencia de cualquier otro elemento adicional subjetivo como la culpa. Entre estas dos tendencias principales, un grupo de autores, entre quienes figuran, por ejemplo, Benjamin, Buxbaum, Shön, Strupp, Jess, De Visscher, etcétera, formulan diversas teorías intermedias. Además, la culpa no se presenta ya generalmente referida al Estado mismo, como en Grotius, sino al órgano o individuo que actúa en nombre del Estado. Las diversas fases de la evolución histórica de la doctrina jurídica

⁶⁷⁸ Sir Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law*, 3.ª ed., Londres, Butterworth, 1879, págs. 316 y 317.

⁶⁷⁹ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, traducción al francés por G. Gidel de la 3.ª ed. italiana, París, Sirey, 1929, vol. I, págs. 496 y ss., y «La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers», *Revue générale de droit international public*, París, t. XIII, N.º 1 y 3 (1906), págs. 13 y ss. (reimpreso en *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padua, CEDAM, 1956, t. 1.º).

⁶⁸⁰ *Ibid.*, pág. 501.

internacional atinente al problema de la culpa en relación con los hechos lícitos internacionales fue reseñada en 1940 por Ago en un artículo en el que presenta de manera comprensiva la teoría moderna de la culpa⁶⁸¹:

El concepto tradicional, que surgió como resultado de la tendencia histórica de reafirmación de la escuela de derecho romano a expensas de la escuela germánica, fue esbozado inicialmente por Alberico Gentili y definido gradualmente con mayor claridad por Hugues Grotius. [...] Habiendo definido al *maleficium* entre las fuentes de la responsabilidad como toda violación culpable de una obligación legal, el gran jurista holandés, tras plantear el problema de la responsabilidad de *reges ac magistratus* por los actos de sus ministros, funcionarios o súbditos, negó que se les pudiese responsabilizar, a menos que ellos mismos hubiesen incurrido en culpa, y afirmó que únicamente se les podía imputar responsabilidad si fuesen culpables de no haber adoptado las necesarias medidas preventivas o represivas contra los actos criminales de que se tratase. Por consiguiente, sobre la base de este precepto se formuló la teoría tradicional de la responsabilidad internacional resultante de *patientia* o *receptus*, que fue reiterada y reafirmada por todos los continuadores de Grotius, de Zouch a Pufendorf, Wolff, Coccius, Burlamaqui y, particularmente, Vattel. Según esta teoría, el Estado, identificado de alguna manera con sus órganos supremos, no puede ser considerado responsable de los actos ilícitos de sus funcionarios o de los individuos en general a menos que se haya convertido eventualmente en cómplice de estos actos o que los haya avalado aprobándolos o ratificándolos o negándose a castigar a la parte culpable.

Este punto de vista permaneció sustancialmente inalterado y se convirtió en la teoría del siglo XIX, y como tal se difundió por toda Italia, Alemania, Francia, los países latinoamericanos y, particularmente, los países anglosajones. Algunos autores, como Calvo, Bonfils y otros, consideran a la responsabilidad internacional únicamente en relación con los actos de los particulares; otros, en especial Phillimore y Hall, citando un pasaje de Pufendorf, introducen el concepto de circunstancias agravantes para el Estado considerado responsable, tales como la presunción —válida salvo prueba en contrario— de complicidad derivada de la *patientia* por parte del Estado, que debe atribuirse a todos los actos perjudiciales para los Estados extranjeros cometidos por sus súbditos, por lo que el Estado debe ser considerado *prima facie* responsable en cada caso. Pero las directrices principales de esta teoría son siempre las mismas en cuanto a que la responsabilidad internacional todavía es considerada únicamente como responsabilidad del gobierno por los actos de sus subordinados, funcionarios o, sobre todo, particulares; y que se sostiene uniformemente el principio de que el Estado, con presunciones desfavorables o sin ellas, es responsable solamente en los casos en que sea directamente culpable.

2. La primera desviación sustancial del concepto tradicional puede hallarse en la doctrina de Triepel. Este autor se refiere al problema de la culpa exclusivamente con motivo de la responsabilidad del Estado como consecuencia de los actos de particulares. En ese contexto formula una distinción entre dos clases diferentes de responsabilidad internacional que han tenido orígenes distintos si bien son causados por el mismo acto: por una parte, la obligación de reparar, obligación que de conformidad en cierto sentido con la doctrina de Grotius nace únicamente cuando se comprueba que, además de un acto per-

judicial de parte de un individuo, existe también *patientia* y, por consiguiente, culpa de parte del Estado, de la que el acto perjudicial es más propiamente el resultado, y, por otra parte, la obligación de dar reparación a la nación extranjera perjudicada, obligación que dimana en cambio del acto individual, prescindiendo de toda culpa parte del Estado. Según Triepel, el elemento de *receptus* puede encontrarse en la violación de la segunda obligación, elemento que ha sido asimilado erróneamente a la *patientia* de la teoría tradicional, en tanto que éste constituye en realidad el incumplimiento de un deber que no configura un deber primario, sino secundario, derivado precisamente de la confirmación del acto particular. En tanto que la obligación de reparar es la forma de responsabilidad derivada de la culpa del Estado, la obligación de dar satisfacción castigando al individuo que cometió el acto perjudicial es la forma típica de responsabilidad del Estado por los actos de los particulares, responsabilidad que tiene, por consiguiente, carácter puramente objetivo.

El hecho de que la doctrina de Triepel haya tenido tan pocos seguidores puede explicarse fácilmente dada su sustancial falta de lógica. Si bien debe adjudicarse al autor el mérito de haber sido el primero en afirmar que el Estado era responsable únicamente de su propia conducta, difícilmente puede justificarse que haya sugerido luego que la obligación de castigar al particular culpable es una consecuencia de la responsabilidad en que ha incurrido directamente el Estado por el acto de un individuo y no una obligación internacional primaria cuya violación da lugar por sí sola a responsabilidad. Los mismos argumentos que Triepel aduce en apoyo de su punto de vista son además muy inadecuados y justifican cabalmente las críticas de que han sido objeto.

3. La posición adoptada por Anzilotti desde el comienzo mismo del siglo presente —posición claramente opuesta a la tradicional— está mucho mejor explicada, más sólidamente fundada y es infinitamente más decisiva para el desarrollo gradual del movimiento teórico. Este gran autor opina que la imputabilidad, definida como la relación entre un hecho que contradice objetivamente el derecho y la actividad del Estado, debe considerarse simplemente como una relación de causa y efecto, independientemente de toda base subjetiva, intención delictiva o culpa de parte del agente. En este sentido debe entenderse que, en cualquier hipótesis, la responsabilidad internacional es puramente objetiva. El planteo básico de este punto de vista, precisamente a causa de la influencia que ha tenido en la evolución de la doctrina, debe tenerse en cuenta y puede resumirse como sigue: la intención delictiva y la culpa en el sentido propio de la palabra describen actitudes de la voluntad como acto psicológico y es, por tanto, imposible hablar de ellas sin referirse al individuo. En consecuencia, el problema consiste en indagar si la conducta contraria al derecho internacional debe o no ser resultado de la intención delictiva o de la culpa de los individuos-órganos para que sea posible atribuirla al Estado. En cuanto a la voluntad y al accionar de los órganos, en la medida en que es posible considerar que se trata de una expresión de la voluntad y el accionar del Estado, y con el alcance que el derecho de éste lo permite, es el derecho interno del Estado el que establece los casos en los cuales la conducta de los individuos-órganos puede atribuirse al Estado. Por consiguiente, en los casos en que las acciones de los órganos dan lugar, de conformidad con el derecho internacional positivo, a la responsabilidad internacional de los Estados, pueden notarse dos hipótesis diferentes: o bien el acto del órgano discrepa tanto del derecho internacional como del derecho interno o bien discrepa del derecho internacional pero se ajusta al derecho del Estado. En el primer caso, la culpa del individuo-órgano que ha actuado en contravención de las leyes de su Estado debería excluir lógicamente, según Anzilotti, la posibilidad de que el acto del individuo pudiese considerarse acto del Estado. No obstante, si en ese mismo caso, una regla de derecho inter-

⁶⁸¹ El autor llega a la conclusión de que «en el derecho internacional general, la culpa *lato sensu* constituye una condición subjetiva indispensable para la imputación de un hecho ilícito internacional» (R. Ago, «La colpa nell'illecito internazionale», *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padua, CEDAM, 1940, t. 3, pág. 206).

nacional consuetudinario sostiene que el Estado es igualmente responsable, ello significaría que la responsabilidad internacional no se basa en la culpabilidad del agente, sino en una garantía auténtica y adecuada que el Estado proporciona para cubrir todos los perjuicios causados por las acciones de sus organizaciones. En el segundo caso, en el que el individuo-órgano actúa en violación del derecho internacional, pero de conformidad con su jurisdicción interna, su acción debería considerarse ciertamente imputable al Estado; pero, siempre según Anzilotti, no es posible hablar de culpa del individuo-órgano que ha obrado obedeciendo a las leyes de su Estado. Como también en este caso el Estado es sin duda internacionalmente responsable, cabe concluir que en tal circunstancia la imputabilidad está enteramente separada de la culpa y que la responsabilidad internacional es puramente objetiva.

Anzilotti aplica también su conclusión lógicamente a los casos de la llamada responsabilidad por los actos de particulares; dicha responsabilidad, como lo observa correctamente, configura siempre y exclusivamente una responsabilidad por los actos de órganos en la medida en que no deriva del acto de un particular o de una especie de participación delictiva o culpable del Estado en dicho acto, sino más bien de la violación de un deber internacional que incumbe directamente al Estado: el deber de no tolerar el acto del particular o de castigarlo si se produce. Anzilotti señala que esta obligación no consiste en el deber inadmisibles de prohibir absolutamente un acto perjudicial de uno de los súbditos del Estado, sino meramente en adoptar una política específica para evitar o reprimir dichos actos. Por consiguiente, si el acto ocurre no obstante la adopción de esa política o pese a que se han adoptado las medidas preventivas o punitivas necesarias, no nace la responsabilidad internacional y no por falta de culpa del Estado, sino simplemente porque no ha habido ninguna violación de la obligación internacional, que ha sido plenamente respetada. Por tanto, también en esta esfera en que estaba más tradicionalmente establecida, la doctrina de la culpa como base de la responsabilidad internacional no es sino el resultado de una analogía simple y conveniente y, desde el punto de vista más estricto, debería eliminarse totalmente.

4. Tras la aparición de la teoría recién reseñada, la unidad de la doctrina concerniente al problema de la culpa quedó definitivamente destruida. Es verdad que todavía se aceptan algunos conceptos fundamentales, como la idea de que el Estado es responsable siempre por sus propios actos únicamente y que tan sólo los actos y la culpa de sus órganos pueden considerarse actos y culpa del Estado; pero la cuestión de si la culpa de sus órganos es un requisito previo necesario de la responsabilidad internacional del Estado y en qué casos ocurre así es extremadamente controversial.

Algunos autores, aunque no muchos, hacen suyas plenamente las conclusiones de Anzilotti; por ejemplo, Romano y Cavaglieri en Italia. Este último sostiene además que concuerda con Anzilotti únicamente *de lege ferenda*, en tanto que *de lege lata* reconoce que la práctica pertinente es incierta y que se trata de un problema de interpretación que debe resolverse casuísticamente. Scerni y Mónaco declaran también que se trata de una cuestión relativa a la interpretación exacta de la norma jurídica presuntamente violada. Entre los autores extranjeros, la tendencia absolutamente negativa respecto de la cuestión de la culpa es seguida por Décencière-Ferrandière, quien reproduce simplemente las consideraciones dadas por Anzilotti, Bourquin, Lapradelle y Politis en su comentario del *Asunto del Alabama*, y también por Basdevante e incluso Kelsen. Según Kelsen, la relación psicológica que existe entre el órgano que perpetró el acto ilícito y el acto ilícito mismo debe ser totalmente desechada, tanto en relación con lo que denomina la imputación central («zentrale Zurechnung») al Estado del acto cometido por el órgano, imputación que entra en la competencia del Estado, y en relación con lo que denomina la imputación periférica

(«periphäre Zurechnung») al Estado de la sanción, imputación que corresponde en cambio a la competencia del derecho internacional. Puede decirse también que esta tendencia está fuertemente apoyada por Eagleton y por Borchard, quienes consideran más adecuado excluir un concepto como el de culpa que puede introducir mayor confusión en el tema, pues su interpretación suscita muchos desacuerdos.

En cambio, la mayoría de los autores continúa apoyando la idea tradicional de la culpa como base necesaria de la responsabilidad internacional. Sin embargo, debe señalarse que ninguno de ellos ha intentado siquiera refutar de manera teóricamente satisfactoria las objeciones formuladas al punto de vista que sustentan. La mayoría, como Oppenheim, Von Liszt, Fauchille y Hershey, se limitan a simples declaraciones no apoyadas en ningún argumento; otros, como Heilborn, Hatschek y Lauterpacht, aún se aferran, algunos de ellos tenazmente a pesar de la acusación de que recurren a ficciones notablemente incongruentes, a la vieja idea de la responsabilidad del Estado por la culpa *in eligendo*, o de la culpa de los órganos legislativo o constitucional supremos responsables de haber ordenado o permitido, por medio de las normas establecidas por ellos, los actos internacionalmente ilícitos cometidos por los órganos que les están subordinados. Lauterpacht parece dirigir una crítica aguda a la teoría objetiva cuando dice que sus proponentes, al negar la posibilidad de considerar que un órgano que actúa de conformidad con sus deberes internos pueda ser culpable, no prestan debida atención al hecho de que el mismo órgano puede ser culpable, no obstante, desde el punto de vista de sus obligaciones internacionales. Pero el tema no ha sido elaborado tan extensamente como hubiese correspondido. Únicamente Strisower, en su bien conocido informe sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados a los extranjeros, presentado en la reunión de Lausana del Instituto de Derecho Internacional en 1927, trató de sostener eficazmente su punto de vista de que la culpa del Estado, interpretada como falta de diligencia de sus órganos, es un requisito previo necesario de su responsabilidad; pero también en su caso la argumentación derivó del estudio de la práctica y no de una demostración teórica del error del punto de vista opuesto. Y es un hecho conocido que el conflicto entre las dos escuelas de pensamiento, que se agudizó durante el examen del informe en la reunión de Lausana, no sirvió de ninguna manera para refutar lógicamente la teoría objetiva, sino que debió resolverse sobre una base mayoritaria en una especie de solución de avenencia, esto es, mediante el triunfo en principio de la teoría favorable a la culpa con excepción de los casos en que la responsabilidad sin culpa se establece mediante una norma especial, que puede ser convencional o incluso consuetudinaria.

Entre ambas opiniones extremas —basadas, en un caso, en una serie de argumentos considerados irrefutables y, en el otro, principalmente en la dificultad de adecuar la práctica a la estructura de una teoría puramente objetiva de la responsabilidad— era lógico, por consiguiente, que se intentasen cursos internos y soluciones de conciliación. En primer lugar debe mencionarse la doctrina de Benjamin, según la cual el principio de la culpa se aplicaría a los casos de responsabilidad de los Estados por sus propios actos, en tanto que debería rechazarse en los casos de responsabilidad por actos cometidos por individuos en su territorio. Una opinión similar fue sostenida por Buxbaum, en el sentido de que la culpa sería un requisito previo necesario para los delitos internacionales directos, es decir, los cometidos por órganos del Estado que actúan dentro de los límites de su competencia interna; en tanto que para los delitos indirectos, o sea, los cometidos por órganos incompetentes, no se requeriría la culpa del Estado. Casi diametralmente opuesta es la opinión emitida por Schoen, y aceptada subsiguientemente por Fedozzi, De Visscher y Ruegger, que apoya la doctrina objetiva originaria en los casos de la llamada responsabilidad por hechos cometidos por órganos y rechaza esa doctrina en favor

de la opinión de que la responsabilidad está vinculada a la culpa en los casos de la denominada responsabilidad por hechos de individuos. Strupp tan sólo amplía ligeramente el ámbito permitido a la culpa por Schoen, aceptando el punto de vista de la responsabilidad objetiva en general para todas las infracciones cuya comisión puede atribuirse a los órganos del Estado y sosteniendo a la vez que para las infracciones de omisión una norma consuetudinaria derivada de la práctica podría constituir una desviación de la norma general y establecer la responsabilidad por la culpa. Otra teoría distinta es la defendida por Jess, quien en cuanto a las consecuencias de la responsabilidad distingue claramente entre reparación —debida únicamente en los casos de responsabilidad del Estado por hechos ilícitos de los órganos— y satisfacción —requerida también en los casos que describe como casos de responsabilidad directa del Estado por actos de los individuos— y sostiene que en lo tocante a la obligación de reparar, la culpa constituye un prerequisite, mientras que respecto de la obligación de dar satisfacción debe aplicarse el principio de la responsabilidad por el riesgo. Por último, cabe mencionar el punto de vista de Balladore-Pallieri, quien asevera que el único requisito previo para la existencia de un hecho ilícito internacional es un comportamiento opuesto a una norma internacional por parte de un nacional; pero declara al mismo tiempo que, para que nazca una obligación *ex-delicto* o para que surjan obligaciones relativas a la reparación por daños o a la satisfacción moral, la conducta en pugna con la norma internacional debería ser el factor determinante únicamente si dicha conducta es culpable.

Resulta obvio concluir que el número de teorías es muy considerable, aunque sólo se hayan mencionado aquí las mejor conocidas y más importantes. En su mayoría, estas teorías y tendencias contienen sin duda elementos veraces y rasgos útiles, pero precisamente a causa de su variedad indican claramente la necesidad de analizar las premisas en que se basan, lo que ayudará a descubrir la causa de tantas opiniones diferentes y conducirá a una interpretación que, desde todo punto de vista, pueda parecer más satisfactoria.⁶⁸²

494. La división de la doctrina del derecho internacional con respecto a la base de la responsabilidad internacional, entre partidarios de la «teoría de la culpa» y partidarios de la «teoría objetiva», ha continuado después de la segunda guerra mundial. Entre los autores frecuentemente mencionados como partidarios, en líneas generales, del enfoque de la culpa puede citarse, por ejemplo, a los siguientes: Accioly⁶⁸³, Ago⁶⁸⁴, Brierly⁶⁸⁵, Carlebach⁶⁸⁶, Cavaré⁶⁸⁷, Dahm⁶⁸⁸, Favre⁶⁸⁹, Garde Cas-

tillo⁶⁹⁰, Hostie⁶⁹¹, Levin⁶⁹², Miele⁶⁹³, Morelli⁶⁹⁴, Oppenheim-Lauterpacht⁶⁹⁵, Redtslob⁶⁹⁶, Rolin⁶⁹⁷, Ross⁶⁹⁸, Sperduti⁶⁹⁹, Verdross⁷⁰⁰, Vitta⁷⁰¹, von der Heydte⁷⁰², etc. Por otra parte, frecuentemente se menciona entre los partidarios en líneas generales de la teoría objetiva a autores como los siguientes: Brownlie⁷⁰³, Coussirat-Coustère y Eisemann⁷⁰⁴, Delbez⁷⁰⁵, Elynitchev⁷⁰⁶, Greig⁷⁰⁷, Guggenheim⁷⁰⁸, Kelsen⁷⁰⁹, Kuhn⁷¹⁰, Lévy⁷¹¹, Jiménez de

⁶⁹⁰ J. Garde Castillo, «El acto ilícito internacional», *Revista española de derecho internacional*, Madrid, vol. III, N.º 1, 1950, págs. 130 y 137.

⁶⁹¹ J. F. Hostie, «The Corfu Channel Case and international liability of States», *Liber amicorum of congratulations to Algot Bagge*, Stockholm, Norstedt, 1956, pág. 93.

⁶⁹² D. B. Levin, *Otvetstvennost gosudarstv v sovremennom mezhdunarodnom prave*, Moscú, Mezhdunarodnye otnosheniya 1966, págs. 58 a 63. P. M. Kuris parece también apoyar el planteamiento general de la «teoría de la culpa»: *Mezhdunarodnye pravonarusheniya i otvetstvennost gosudarstva*, Vilnius, Mintis, 1973.

⁶⁹³ M. Miele, *Principi di diritto internazionale*, 2.ª ed., Padua, CEDAM, 1960, pág. 243.

⁶⁹⁴ G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 4.ª ed., Padua, CEDAM, 1955, págs. 328 a 331.

⁶⁹⁵ L. Oppenheim, *Tratado de derecho internacional público*, traducción de la 8.ª ed. inglesa, Barcelona, Bosch, 1961, t. I, vol. 1, págs. 363 y 364.

⁶⁹⁶ R. Redtslob, *Traité de droit des gens*, París, Sirey, 1950, pág. 230.

⁶⁹⁷ H. Rolin, «Les principes de droit international public», *Recueil des cours...*, 1950-II, París, Sirey, 1951, t. 77, págs. 445 y 446.

⁶⁹⁸ A. Ross, *A Textbook of International Law — General Part*, Londres, Longmans, Green, 1947, pág. 257.

⁶⁹⁹ G. Sperduti, «Sulla colpa in diritto internazionale», en: Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano, *Comunicazioni e Studi*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1950, págs. 81 y ss.

⁷⁰⁰ A. Verdross, *Völkerrecht*, 5.ª ed., Viena, Springer, 1964, pág. 376.

⁷⁰¹ E. Vitta, *La responsabilità internazionale dello Stato per atti legislativi*, Milán, Giuffrè, 1953, pág. 41.

⁷⁰² F. A. von der Heydte, *Völkerrecht-Ein Lehrbuch*, Colonia, Verlag für Politik und Wirtschaft, 1958, t. I, págs. 313 y 314.

⁷⁰³ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, pág. 426.

⁷⁰⁴ V. Coussirat-Coustère y P. M. Eisemann, «L'enlèvement de personnes privées et le droit international», *Revue générale de droit international public*, París, t. LXXVI, N.º 2 (abril-junio 1972), págs. 370 y 371.

⁷⁰⁵ L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964, pág. 366.

⁷⁰⁶ V. N. Elynitchev, «Vina v mejdunarodnom prave», *Sovietskoie gosudarstvo i pravo*, Moscú, N.º 3 (marzo de 1972), págs. 123 a 127.

⁷⁰⁷ D. W. Greig, *International Law*, Londres, Butterworth, 1970, pág. 399.

⁷⁰⁸ P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Ginebra, Georg, 1954, t. II, págs. 51 y 52.

⁷⁰⁹ H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2.ª ed., Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, págs. 201 y 202.

⁷¹⁰ M. Kuhn, *Verschuldens- oder Verursachungshaftung der Staaten im allgemeinen Völkerrecht*, Francfort del Meno, Photo-Landa, impr., 1961, pág. 99 (tesis).

⁷¹¹ D. Lévy, «La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXXII, N.º 4 (octubre-diciembre 1961), pág. 746.

⁶⁸² *Ibid.*, págs. 177 a 189. Véase también del mismo autor «Le délit international», *Recueil des cours...*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68, págs. 477 y ss.

⁶⁸³ H. Accioly, «Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence», *Recueil des cours...*, 1959-I, Leyden, Sijthoff, 1960, t. 96, págs. 353 y 364.

⁶⁸⁴ Ago, «La colpa nell'illecito internazionale» (*loc. cit.*), págs. 177 y ss., y «Le délit international» (*loc. cit.*), págs. 476 a 498.

⁶⁸⁵ J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6.ª ed. revisada por Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963, pág. 289.

⁶⁸⁶ A. Carlebach, *Le problème de la faute et sa place dans la norme du droit international*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, págs. 98 y ss.

⁶⁸⁷ L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 3.ª ed., París, Pedone, 1969, t. II, pág. 447.

⁶⁸⁸ G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, t. III, págs. 224 y ss.

⁶⁸⁹ A. Favre, «Fault as an element of the illicit act», *Georgetown Law Journal*, Washington (D. C.), vol. 52, N.º 3 (primavera 1964), págs. 557 y 567.

Aréchaga⁷¹², O'Connell⁷¹³, Meron⁷¹⁴, Maryan Green⁷¹⁵, Perret⁷¹⁶, Ruzié⁷¹⁷, Sereni⁷¹⁸, Schwarzenberger⁷¹⁹, Starke⁷²⁰, Steiniger⁷²¹, Zannas⁷²², etc. Además de esas corrientes principales, los autores contemporáneos continúan proponiendo una amplia gama de variaciones o interpretaciones de ellas, así como otras explicaciones intermedias o conciliatorias. Además, muchos de estos autores concluyen sus desarrollos sobre este tema afirmando que, por lo menos en su pureza original, ninguna de las dos corrientes principales descritas anteriormente proporciona una respuesta adecuada a todos los casos de responsabilidad internacional⁷²³.

⁷¹² E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», *Manual of Public International Law*, editado por Sørensen, Londres, MacMillan, 1968, págs. 534 y 535.

⁷¹³ D. P. O'Connell, *International Law*, 2.ª ed., Londres, Stevens, 1970, vol. II, págs. 943, 944 y 955.

⁷¹⁴ Th. Meron, «International responsibility of States for unauthorized acts of their officials», *The British Year Book of International Law*, 1957, Londres, vol. 33, 1958, pág. 96.

⁷¹⁵ N. A. Maryan Green, *International Law — Law of Peace*, Londres, Macdonald and Evans, 1973, pág. 243.

⁷¹⁶ Perret, *op. cit.*, págs. 149 y 202.

⁷¹⁷ D. Ruzié, *Droit international public* (mementos Dalloz), 2.ª ed., París, Dalloz, 1975, pág. 67.

⁷¹⁸ A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1962, t. III, pág. 1515.

⁷¹⁹ G. Schwarzenberger, *International Law*, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, vol. I, págs. 632 a 652.

⁷²⁰ J. G. Starke, *An Introduction to International Law*, 7.ª ed., Londres, Butterworth, 1972, págs. 309 y 310, e «Imputability in international delinquencies», *The British Year Book of International Law*, 1938, Londres, vol. 19, págs. 114 y 115.

⁷²¹ P. A. Steiniger, «Die allgemeinen Voraussetzungen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten», *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin*, Gesellschaft- und sprachwissenschaftliche Reihe, vol. XXII, N.º 6, Berlín, 1973, pág. 444.

⁷²² P. A. Zannas, *La responsabilité internationale des États pour les actes de négligence*, Montreux, Ganguin et Laubscher, impr., 1952, págs. 47 a 50 (tesis).

⁷²³ Véase, por ejemplo, Ch. Rousseau, *Droit international public*, París, Sirey, 1953, págs. 359 a 361; Cavaré, *op. cit.*, pág. 482; Perret, *op. cit.*, pág. 147; Favre, *loc. cit.*, pág. 570; M. Giuliano, *Diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1974, vol. I, págs. 591 y 592; A. Schüle, «Völkerrechtliches Delikt», *Wörterbuch des Völkerrechts* [Strupp-Schlochauer], 2.ª ed., Berlín, de Gruyter, 1960, t. I, pág. 336; Lévy, *loc. cit.*, pág. 746; K. Furgler, *Grundprobleme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1948, pág. 96 (tesis). Furgler concluye, por ejemplo, que el derecho internacional no sigue ni la teoría pura de la culpa ni la de la responsabilidad objetiva de los Estados, pero considera que, en general, no se necesita culpa alguna para que surja la responsabilidad de los Estados (*ibid.*, pág. 99). En un artículo publicado recientemente, E. Konstantinov expresa lo siguiente a este respecto:

«El dilema de las teorías objetiva y subjetiva radica en que estas teorías aisladas a veces sólo consideran un aspecto de la actividad estatal —es decir, su lado objetivo o subjetivo—, o lo convierten en factor decisivo. Estas teorías no consideran que la actividad estatal con objetivo político, que es una forma sociopolítica de la realidad objetiva, tiene dos lados —uno objetivo y otro subjetivo— que se interpenetran dialécticamente. El punto de partida para la investigación de la hipótesis de la responsabilidad subjetiva, que se basa en la persona del Estado, sólo puede ser, como proceso sociopolítico de la realidad objetiva, la acción estatal orientada hacia la política en sus aspectos objetivo y subjetivo.» (E. Konstantinov, «Schuld im Völkerrecht», *Wissenschaftliche*

495. Para presentar la cuestión de las justificaciones teóricas de la fuerza mayor y del caso fortuito no parece necesario detenerse en los argumentos presentados por los autores en favor o en contra de la «teoría de la culpa» o de la «teoría objetiva». Parecería que la introducción que se acaba de hacer sobre este tema ya proporciona la perspectiva necesaria. Cabría agregar, no obstante, algunas ulteriores clarificaciones para facilitar una mejor comprensión de las justificaciones particulares dadas por determinados autores o grupos de autores —dentro de cada una de las teorías principales mencionadas anteriormente— con respecto a la exclusión de la ilicitud por fuerza mayor y caso fortuito. Esas clarificaciones se refieren a las cuatro cuestiones siguientes: 1) el significado del término «culpa»; 2) el significado de la expresión «responsabilidad objetiva»; 3) la distinción entre «actos» y «omisiones»; 4) el papel desempeñado por el «elemento culpa» en un sistema de responsabilidad internacional basado en el concepto de «hecho internacionalmente ilícito».

496. El primer punto que requiere clarificación se relaciona con el propio *significado del término «culpa»*. Para los autores partidarios de la teoría de la culpa descrita anteriormente, este término se refiere a un determinado estado mental del órgano en cuestión y, más específicamente, a la intención maliciosa (*dolus*) o a la negligencia culpable (*culpa, sensu stricto*)⁷²⁴. Entendida de este modo, la «culpa» tiene una connotación psicológica que destacan varios de estos autores, como, por ejemplo, Carlebach en el pasaje siguiente: «Son las cualidades internas del hombre las que le permiten actuar de conformidad con la obligación, es decir, un mínimo de cualidades del espíritu y del alma, en cuya virtud se puede esperar de un hombre que evite el acto ilícito»⁷²⁵. Puede hallarse otro ejemplo en Favre, para quien la «culpa»

Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin, Gesellschafts- und sprachwissenschaftliche Reihe, vol. XXIV, N.º 3, Berlín, 1975, pág. 293.)

⁷²⁴ Esos autores usan normalmente el término *culpa lato sensu* abarcando el concepto de *dolus* (intención maliciosa) y el de *culpa stricto sensu* (negligencia culpable). Como dice Sperduti:

«A los fines de entenderse sobre el significado de las palabras, se advierte que los cultores del derecho internacional suelen hablar de “culpa” sin otro agregado o de “culpa en sentido lato” para indicar el *genus* cuyas especificaciones son, siempre según la terminología preferida por ellos, el dolo y la culpa en sentido estricto. Esta terminología no coincide con la preferida por los cultores del derecho penal, que designan al *genus* como “culpabilidad” y a sus dos especificaciones como dolo y, simplemente, culpa.» (Sperduti, *loc. cit.*, pág. 82.)

Lo mismo se aplica a los términos «faute», «fault» y «falta», usados por los autores franceses, ingleses y españoles. En la doctrina alemana, generalmente se llama «Verschulden» a la «culpa lato sensu» y «Fahrlässigkeit» a la «culpa stricto sensu» (véase, por ejemplo, Dahm, *op. cit.*, págs. 224 y ss.). Algunos autores también emplean en derecho internacional las expresiones latinas *culpa lata*, *culpa levis* y *culpa levissima* para describir los diversos grados posibles de culpa. Sobre la cuestión de la *culpa levissima* en el derecho internacional general véase, por ejemplo, Ago, «Le délit international» (*loc. cit.*), págs. 497 y 498, y Luzzatto, *loc. cit.*, págs. 91 a 93.

⁷²⁵ Carlebach, *op. cit.*, pág. 98.

[...] presupone que el actor tiene capacidad para actuar libremente y discernir las consecuencias de sus actos. La culpa resulta del comportamiento que constituye una transgresión de la norma de conducta prescrita por la regla de derecho debido a una falla en la volición del infractor. El infractor podía, y debía, haber actuado de manera diferente a como lo hizo. Por tanto, carga con las consecuencias del acto —es responsable por él—. El incumplimiento del deber jurídico justifica la reprobación del infractor y origina una pretensión jurídica de reparación; toma una tonalidad moral. Considerada de este modo, la culpa tiene un sentido subjetivo. El hacer efectiva la responsabilidad del actor llega a depender de una evaluación de los factores síquicos que gobiernan su conducta; el acto se juzgará de acuerdo con la personalidad del agente ⁷²⁶.

Pero los autores mencionados anteriormente también recalcan que la culpa subjetiva no significa una mera relación psicológica entre el infractor y el daño material resultante. Es más bien, según indica Luzzatto, «una relación psicológica en contraste con una norma» ⁷²⁷. Punto sobre el cual hace hincapié Ago en la siguiente definición:

[...] si es cierto, como hemos concluido, que la acción y la voluntad del Estado no puede ser sino la acción y la voluntad de sus órganos, de ello se deduce que en derecho internacional se podrá hablar de culpa del Estado cuando esta relación psicológica, en la que según se ha visto se traduce la culpa, exista entre la conducta contrastante con una obligación jurídica internacional del Estado y la persona del órgano que la ha ejecutado ⁷²⁸.

497. Esos autores consideran a esa «culpa subjetiva» como una condición constitutiva separada para el establecimiento de «un hecho internacionalmente ilícito», muy próxima al «elemento subjetivo» de dicho acto (*atribución o imputación*), según se ilustra con los pasajes que se transcriben a continuación:

Ago:

Otro punto preliminar, que es preciso plantear claramente, es el del momento lógico en que aparece el problema de la culpa. Puede ser oportuno, en efecto, subrayar el hecho de que nuestra cuestión se refiere precisamente al procedimiento jurídico primario consistente en la imputación de un hecho ilícito a un sujeto, y no al procedimiento jurídico secundario consistente en imputar a un sujeto las consecuencias jurídicas del ilícito, es decir, la responsabilidad, la situación de deber dar una reparación o de poder sufrir una pena. No se trata de saber si, dado un hecho ilícito ya definido de un sujeto, se necesita además que exista el elemento de culpa para que nazca la responsabilidad, sin más bien de saber si, dada la existencia de una conducta que contrasta objetivamente con una

⁷²⁶ Favre, *loc. cit.*, págs. 560 y 561.

⁷²⁷ R. Luzzatto, *loc. cit.*, pág. 66. El autor señala:

«[...] se reconoce habitualmente que no puede considerarse a la culpa como un simple nexos psíquico entre el agente y el hecho dañoso, ni como una pura y simple transgresión de un mandato. No es lo primero, porque ese nexos —rígidamente entendido, con exclusión del contraste de la conducta con determinadas reglas de comportamiento— deja en la sombra los elementos de la previsibilidad de las consecuencias dañosas, así como de la posibilidad de evitarlas, impidiendo explicar por qué es posible una imputación distinta de la puramente objetiva cuando el agente ni ha previsto ni querido el resultado.» (*Ibid.*, págs. 65 y 66.)

⁷²⁸ Ago, «Le délit international» (*loc. cit.*), pág. 485.

obligación jurídica internacional del Estado, es necesaria la circunstancia de la culpa de un órgano para que un hecho ilícito internacional pueda imputarse al Estado mismo. [...]

[...] el problema consiste precisamente en saber si la existencia, entre el autor de la lesión de un derecho subjetivo internacional y la lesión misma, de una relación psicológica caracterizada como una de las dos formas típicas del dolo o de la culpa *stricto sensu* debe considerarse o no como una condición necesaria para la imputación a un sujeto de un hecho ilícito internacional ⁷²⁹.

Carlebach:

Generalmente se descuida a la imputabilidad como elemento de la culpa junto a los elementos especiales de la culpa, es decir, junto a la actitud propiamente dicha del autor frente al actor mismo. Este elemento especial es la *intención* o la *negligencia*. Se comete un acto *intencionalmente* cuando el autor ha tenido conocimiento de todas las circunstancias designadas por la norma y puestas por ella como condiciones de la sanción ha reconocido su importancia y ha querido o aprobado el acto. Saber y querer: un acto de conocimiento y un acto de sentimiento ⁷³⁰.

498. Sin embargo, hay otros autores de derecho internacional que también usan el término «culpa», pero le atribuyen significados que no corresponden a la noción de culpa subjetiva mencionada anteriormente ⁷³¹. Entre estos diversos significados, el de mayor alcance para el tema de este estudio es el que reflejan afirmaciones como las siguientes:

Fauchille:

[Culpa es] lo que se hace sin tener derecho o lo que se deja de hacer cuando se debía hacerlo ⁷³².

Salvioli:

Si hay acto ilícito hay culpa, pues la culpa es la violación de una regla de derecho. Es lo mismo ⁷³³.

Bourquin:

La llamada culpa subjetiva se resume así en el contenido mismo de la obligación; se despoja de su naturaleza psicológica para tomar un carácter puramente objetivo ⁷³⁴.

⁷²⁹ *Ibid.*, págs. 486 y 487. El autor agrega:

«[...] ninguna razón lógica impide al orden jurídico internacional tomar en cuenta el carácter voluntario de la infracción cometida por el órgano, dar valor jurídico al dolo o a la culpa de este último para condicionar la afirmación de la existencia de un hecho ilícito internacional del Estado» (*ibid.*, pág. 490).

⁷³⁰ Carlebach, *op. cit.*, pág. 99.

⁷³¹ Para los diversos significados atribuidos al término culpa en derecho internacional, véase Accioly, *loc. cit.*, págs. 364 a 370. Por ejemplo, G. Scelle en su *Manuel de droit international public*, París, Domat-Montchrestien, 1948, págs. 912 y ss., acepta un concepto «subjetivo» de culpa, pero no en el sentido de la culpa del derecho romano, sino más bien en el de la noción de «faute de service» del derecho administrativo francés.

⁷³² P. Fauchille, *Traité de droit international public*, 8.º ed., París, Rousseau, 1922, t. I, 1.ª parte, pág. 515.

⁷³³ G. Salvioli, «Les règles générales de la paix», *Recueil des cours...*, 1933-IV, París, Sirey, 1934, t. 46, pág. 97.

⁷³⁴ M. Bourquin, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil cours...*, 1931-I, París, Sirey, 1932, t. 35, pág. 218.

499. Empleado en este sentido «objetivo» o «normativo», el término «culpa» tiende a convertirse en sinónimo de «violación del derecho» u «omisión de un deber», del incumplimiento de una obligación jurídica, y a convertirse en equivalente del «elemento objetivo» (*violación de la obligación*) del «hecho internacionalmente ilícito» mismo⁷³⁵. Debería agregarse, sin embargo, que algunos de los autores que adoptan esa definición de culpa, como, por ejemplo, Cheng, consideran que el término «culpa» no está desprovisto de significado porque ilumina el elemento de la libertad de acción (*voluntariedad*). Pero está claro que para todos los autores que comparten un concepto «objetivo» o «normativo» de culpa, este término tiene un significado muy diferente de la «culpa subjetiva» del órgano a la que se refieren los seguidores de la «teoría de la culpa», porque excluye el elemento de intención maliciosa o negligencia culpable. Como señala Cheng: «[...] los únicos elementos constitutivos de la culpa son la voluntad, el acto y la correspondiente ilicitud. [...] La malicia y la negligencia no se identifican con la noción de culpa ni son inherentes a ella. La culpa depende de la existencia de la voluntad, pero no de la de la malicia o la negligencia»⁷³⁶.

500. El segundo punto que merece una ulterior clarificación se refiere al *significado de la expresión «responsabilidad objetiva»*, a veces llamada «responsabilidad causal», que emplean los autores identificados anteriormente partidarios de la «teoría objetiva». Huelga decir que para esos autores carece de importancia la actitud psicológica del órgano⁷³⁷. Como dice Bourquin: «[...] la teoría de la responsabilidad internacional no tiene ningún vínculo con la noción de culpa, en el sentido tradicional de la palabra»⁷³⁸. Starke dice que las normas del derecho internacional no contienen «un requisito vagamente general de malicia o negligencia culpable como condición de la responsabilidad»⁷³⁹. Otros objetivistas, como, por ejemplo, Guggenheim⁷⁴⁰, Jiménez de Aréchaga

⁷³⁵ «El concepto de culpa como violación de una obligación preexistente es, sin embargo, superfluo, porque reitera el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito» (Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, pág. 535).

⁷³⁶ Cheng, *op. cit.*, págs. 225 y 227.

⁷³⁷ «[...] la doctrina de la culpa —si es posible— sólo puede consistir en el análisis de la conducta de personas físicas reales. Incluso, ese análisis se justifica desde el punto de vista de la existencia de la responsabilidad internacional de personas físicas por crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, ese análisis no sólo es innecesario en el caso de las relaciones interestatales, sino que puede ser bastante dañoso, pues concentra la atención en cuestiones de naturaleza secundaria [...]. La culpa es un concepto exclusivamente psicológico y presupone la existencia de conciencia, voluntad e intelecto en el sujeto que actúa intencionalmente o negligentemente [...]» (Elynychev, *loc. cit.*, pág. 124.)

⁷³⁸ Bourquin, *loc. cit.*, pág. 218.

⁷³⁹ Starke, «Imputability...» (*loc. cit.*), págs. 114 y 115.

⁷⁴⁰ P. Guggenheim, «Les principes de droit international public», *Recueil des cours...*, 1952-I, París, Sirey, 1953, t. 80, págs. 147 y ss.

«El derecho de gentes positivo vincula la sanción a la violación de una norma objetiva. Por tanto, no funda la responsabilidad de la colectividad en la culpabilidad del órgano. A esta comprobación conduce el examen de la jurisdicción

ga⁷⁴¹, etc., escriben en el mismo sentido. Otro ejemplo es la siguiente proposición de Meron: «Los casos considerados parecen sugerir que no solamente no es esencial un elemento de malicia para el establecimiento de la responsabilidad, sino que incluso la total ausencia de culpa no impediría la reclamación»⁷⁴². Para todos esos autores, lo que importa realmente es la conducta externa adoptada por el órgano *per se*, comparada con lo que estipula la obligación jurídica internacional en cuestión. Así, los partidarios de la teoría objetiva consideran que, en principio, un Estado es responsable por la violación de la obligación internacional sin necesidad de buscar además un falla psicológica del órgano.

501. La adopción de la expresión «responsabilidad objetiva» o «responsabilidad causal»⁷⁴³ por los autores mencionados anteriormente no significa, sin embargo, que traten de aplicar el concepto de responsabilidad internacional a las consecuencias dañosas emergentes de determinados actos no prohibidos por el derecho internacional. Esa responsabilidad internacional, basada en la noción del riesgo creado por las actividades en cuestión, acompaña frecuentemente el concepto de «responsabilidad absoluta», mientras que la «responsabilidad objetiva» a la que nos referimos aquí implica el quebrantamiento de una obligación internacional preexistente del Estado, a saber: un «hecho internacionalmente ilícito». En otras palabras: los referidos autores caracterizan a la responsabilidad como «objetiva» o «causal» porque la consideran con independencia de cualquier prueba de «culpa subjetiva» por parte de los órganos del Estado, pero es una responsabilidad que deriva siempre como consecuencia de un hecho ilícito internacional. Como señala Lévy:

Rechazar la culpa como condición de la responsabilidad no es necesariamente verse conducido a adoptar la responsabilidad por riesgo. En realidad hay oposición entre dos concepciones de la responsabilidad: la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva; la responsabilidad por culpa no es sino un ejemplo de la responsabilidad subjetiva, y la responsabilidad por riesgo no es sino el caso más extremo de responsabilidad objetiva⁷⁴⁴.

En el mismo sentido Quadri:

[...] en primer término hay que distinguir entre «responsabilidad» y «garantía». [...] Cuando la conducta es lícita, jamás

prudencia arbitral y sobre todo de la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Esta última, ya en su primer fallo, en el que se trataba de saber si Alemania había tenido derecho a negar al vapor *Wimbledon* el paso a través del canal de Kiel, habría tenido ocasión de examinar la cuestión de la culpabilidad de los órganos que habían negado el pasaje. Sin embargo, se abstuvo de hacerlo, e hizo depender la sanción únicamente de la violación objetiva del art. 380 del Tratado de Paz de Versalles. Posteriormente, la Corte se atuvo siempre a esta jurisprudencia.» [P. Guggenheim, *Traité...* (*op. cit.*), págs. 52 y 53.]

⁷⁴¹ Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, págs. 534 a 537.

⁷⁴² Meron, *loc. cit.*, pág. 96.

⁷⁴³ Ciertos autores consideran más apropiada, por lo menos para algunas hipótesis, la expresión «responsabilidad causal» que la expresión «responsabilidad objetiva» (véase, por ejemplo, Favre, *loc. cit.*, pág. 560).

⁷⁴⁴ Lévy, *loc. cit.*, pág. 748.

puede tratarse de responsabilidad, sino de garantía. Y el problema de la garantía debe abordarse con un espíritu diferente, a falta de lo cual se deformará completamente el fundamento de esta última y se introducirán en la práctica elementos perturbadores de la vida internacional⁷⁴⁵.

Incluso antes de la segunda guerra mundial, los autores hacían hincapié en la conveniencia de distinguir entre la «responsabilidad objetiva» y la «responsabilidad por riesgo», como lo hacía Borchard en el siguiente pasaje: «Sería mejor confinar el término "Erfolgshaftung" [responsabilidad por riesgo] a los daños por los cuales se imputa responsabilidad sin prueba de ningún acto ilícito por parte del Estado»⁷⁴⁶. No debe permitirse que cierta vacilación terminológica que se observa a este respecto⁷⁴⁷ oscurezca la distinción que se acaba de hacer, en particular porque el alcance y el *modus operandi* de las circunstancias eximentes, como la fuerza mayor y el caso fortuito, no son los mismos en el caso de la responsabilidad objetiva y en el de la responsabilidad por riesgo⁷⁴⁸. En realidad, con arreglo a este último sistema, con mucha frecuencia las excepciones de fuerza mayor y caso fortuito se modifican y restringen sustancialmente⁷⁴⁹.

502. La tercera aclaración que cabe hacer se refiere a la distinción entre «actos» y «omisiones» y más específicamente a la cuestión de si las posiciones generales adoptadas por la «teoría de la culpa» y la «teoría objetiva», mencionadas anteriormente, necesitan o no revisarse algo en lo que respecta a las «omisiones». En términos generales, la teoría de la culpa considera que la «culpa subjetiva», bajo la forma de «negligencia culpable», también se requiere en el caso de las omisiones como condición distinta para el establecimiento de un hecho ilícito internacional. Esa posición se refleja, por ejemplo, en las afirmaciones citadas a continuación:

Ago:

Igualmente hay que subrayar el hecho tan oportunamente destacado en la doctrina del derecho estatal, de que el elemento voluntario, ese elemento cuya necesidad se ha probado con relación a todo hecho ilícito internacional, está presente tanto en la omisión como en la acción. Aunque muchas veces la omisión en cuanto tal no ha sido querida por el órgano que la ha realizado, eso no impide que siga existiendo el elemento voluntario, pues lo necesario no es que se haya querido la omi-

sión en sí misma, sino que se haya querido la conducta producida y que resulta diferente de la establecida por la obligación jurídica⁷⁵⁰.

Carlebach:

Al lado de la intención, que no se tiene ninguna dificultad en reconocer como elemento de la culpa, se suele presentar la *negligencia* como una forma de la culpabilidad. [...] [y tras referirse a algunos aspectos del «carácter psicológico positivo de la negligencia»] todo esto sólo constituye en realidad formas de la intención, pues el desprecio de un deber cuando se tiene conciencia de su existencia representa esa aceptación de la acción delictuosa que constituye la intención.

[...] De ello se deriva que, si la negligencia no contiene comportamiento interno activo del autor respecto de su delito, el delito por negligencia contiene, sin embargo, debido a la necesidad de imputabilidad, un elemento de hecho síquico positivo que puede llamarse culpa. Ahora bien, si se calificara la imputabilidad no de elemento de culpa, sino eventualmente de simple condición de ésta, lo que en el fondo equivaldría a lo mismo, se debería negar la presencia de un elemento positivo de la culpa llamado negligencia. En este caso, la inserción de la imputabilidad en la regla de derecho seguiría siendo un problema⁷⁵¹.

Perrin:

[...] Ciertamente la negligencia puede ser inconsciente. Pero en ese caso es esta misma inconsciencia la que implica la violación de un deber en una esfera en la que se supone que la inteligencia debe iluminar a la voluntad. El autor del daño, si no lo ha previsto, habría podido y debido preverlo mediante el simple ejercicio de sus facultades.

La negligencia es, pues, una de las formas de la culpa, ya que constituye una omisión que la voluntad podía evitar [...] ⁷⁵².

503. Por otra parte, los autores partidarios de la «teoría objetiva» consideran que el supuesto básico de esa teoría se aplica también en el caso de las omisiones. Esos autores presentan la «negligencia» no como una forma de la culpa subjetiva, sino como el incumplimiento del deber establecido por la obligación sustantiva de que se trate⁷⁵³. Frecuentemente, relacionan el concepto de

⁷⁵⁰ Ago, «Le délit international» (*loc. cit.*), pág. 502.

⁷⁵¹ Carlebach, *op. cit.*, págs. 99, 100 y 101.

⁷⁵² G. Perrin, «L'aggression contre la légation de la Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission», *Revue générale de droit international public*, París, 3.ª serie, t. XXVIII, N.º 3 (julio-setiembre 1957), págs. 424.

⁷⁵³ Que es posible en esos casos hacer algunas «cómodas analogías» con el concepto de «culpa» (culpa subjetiva) ha sido reconocido por D. Anzilotti, pero este autor concluye que:

«La falta de negligencia es una inobservancia del deber impuesto por el derecho internacional, sin que en ese caso haya que hablar de culpa en el sentido propio de la palabra. El Estado que ha empleado la diligencia debida no es responsable; pero su falta de responsabilidad no se debe a una ausencia de culpa, sino que deriva de que no ha habido ningún acto contrario al derecho de gentes.» [«La responsabilidad internacional...»] (*loc. cit.*), pág. 291.]

Para Eagleton:

«La falta de la [debida] diligencia puede tal vez considerarse como culpa; pero es el uso de conceptos del derecho privado como ése lo que ha producido tanta confusión en cuanto a la responsabilidad en el derecho internacional» (*The Responsibility of States in International Law*, Nueva York, New York University Press, 1928, pág. 213).

⁷⁴⁵ R. Quadri, «Cours général de droit international public», *Recueil des cours...*, 1964-III, Sijthoff, Leyden, 1966, t. 113, pág. 463.

⁷⁴⁶ E. M. Borchard, «Theoretical aspects of the international responsibility of States», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Berlín, vol. I, 1.ª parte, 1929, pág. 227.

⁷⁴⁷ Kelsen, por ejemplo, usa la expresión «responsabilidad absoluta» al tratar de los hechos ilícitos internacionales (*op. cit.*, pág. 202).

⁷⁴⁸ Sobre el significado de expresiones tales como «responsabilidad por culpa», «responsabilidad estricta», «responsabilidad absoluta», así como sobre el de conceptos jurídicos como «pagos *ex gratia*», «responsabilidad por productos», «responsabilidad operativa» y «responsabilidad absoluta con límite máximo de indemnización», véase: L. F. E. Goldie, «Liability for damage and the progressive development of international law», *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 14, 4.ª parte, octubre de 1965, págs. 1196 a 1220.

⁷⁴⁹ Véanse párrs. 106 a 117 *supra*.

«negligencia» con el de transgresión de una obligación internacional de vigilancia que impone el deber de ejercer «la debida diligencia» por parte de un Estado⁷⁵⁴. Los pasajes que se citan a continuación dan algunos ejemplos de este enfoque:

Zannas:

Hemos visto que la negligencia sólo puede concebirse con relación a una regla de conducta. Es imposible prescindir de la violación objetiva de la regla de derecho, y en última instancia es a ésta a la que se reduce toda negligencia.

La negligencia en la esfera del derecho internacional se relaciona también con una norma de conducta. También a este respecto el órgano estatal está obligado a seguir una regla de conducta impuesta por el derecho; el órgano está obligado a ejercer el grado de cuidado exigido por el ordenamiento jurídico.

Es probable que la responsabilidad en estos casos presente afinidades con la concepción tradicional de la culpa (la concepción del Código Civil francés, por ejemplo). Solamente cabe señalar con Bourquin «que este elemento culposo se confunde con la violación misma de la obligación internacional, o quizá, más exactamente, que la noción de “desconocimiento de la obligación internacional” puede entenderse de forma que absorba la idea de culpa y, por consiguiente, que haga *superfluo* el mantenimiento de esa idea, en cuanto condición distinta y necesaria de la responsabilidad del Estado».

La responsabilidad queda comprometida solamente por la violación de una obligación internacional. Por tanto, toda dificultad reside en delimitar el deber de diligencia exigido por el orden internacional⁷⁵⁵.

Guggenheim:

La responsabilidad objetiva proporciona igualmente la base de imputación al Estado de los delitos de omisión, es decir, de los delitos debidos a la negligencia de los órganos del Estado.

La objetivación de la noción de negligencia crea para la colectividad un deber de vigilancia y de diligencia⁷⁵⁶.

No obstante, una cosa me parece segura, a saber: que la culpa de omisión no es nunca una culpa debida a una negligencia subjetiva del órgano, sino que constituye siempre la violación de una regla objetiva, es decir, de una diligencia

⁷⁵⁴ Algunos autores «subjetivistas» subrayan análogamente la relación entre la «negligencia» y la transgresión de obligaciones internacionales que imponen el deber de ejercer la «debida diligencia» por parte del Estado. Ahora bien, estos autores hablan de culpa incluso en los casos de incumplimiento de ese tipo de deberes, como se observa en el pasaje siguiente:

«[...] se prefiere hablar de responsabilidad de un sujeto por acto ilícito propio, doloso o culposo, cuando en él se juntan el elemento objetivo y el subjetivo —el aspecto práctico y el psicológico— de la violación del derecho, es decir, cuando el sujeto esté llamado a responder de un comportamiento propio que sea a un tiempo lesivo de intereses jurídicamente protegidos y, por tanto, objetivamente contrario a un deber propio, y psicológicamente determinado por dolo o culpa; se prefiere, en cambio, hablar de responsabilidad de un sujeto simplemente por culpa cuando se le imputa una responsabilidad por un daño que no haya sido causado por él, sino solamente por no haber hecho cuanto habría debido hacer para que, aunque no se debiera a un hecho suyo, éste no se realizase; por tanto, cuando la responsabilidad derive de la violación de un deber en ese sentido estrictamente funcional.» (Sperduti, *loc. cit.*, pág. 93.)

⁷⁵⁵ Zannas, *op. cit.*, págs. 47 y 48.

⁷⁵⁶ P. Guggenheim, *Traité...* (*op. cit.*), pág. 54.

exigida por el derecho internacional en el caso de que se trate. Por tanto, contra una opinión ampliamente extendida, es posible admitir igualmente la responsabilidad causal por los delitos de omisión y ver en la violación de obligaciones de prevención una negligencia cuyos criterios son exclusivamente proporcionados por elementos objetivos, sin que sea necesario recurrir a la noción subjetiva de la culpabilidad⁷⁵⁷.

Sereni:

[...] Ahora es evidente que en los casos de este tipo las normas internacionales cuya violación se aducía no eran normas que establecían la responsabilidad de un Estado por el mero hecho de que se hubieran producido determinados acontecimientos, atentados, violencia de las turbas, expediciones militares, e impedir tales acontecimientos en muchos casos habría quedado fuera de las posibilidades humanas, sino que eran normas que imponían al Estado la obligación de usar la debida diligencia a fin de impedir que tales actos se produjeran y la de castigar a los autores de los hechos mismos una vez que eventualmente se hubieran producido. Por tanto, si se habla de culpa en estos casos, y la correspondencia diplomática y algunas decisiones usan ese término, con dicha expresión se pretende sólo expresar sintéticamente el concepto de que el Estado es responsable por no haber ejercido la debida diligencia para impedir que se produjesen tales acontecimientos⁷⁵⁸.

504. El concepto de «negligencia» mencionado en los párrafos anteriores es también compartido por autores que utilizan el término «culpa», pero le dan el sentido de «transgresión de la obligación» o de «acto ilícito». El siguiente pasaje de Cheng da una idea de este punto:

La negligencia, o la negligencia culpable, es, por consiguiente, la omisión de cumplir una obligación jurídica, es decir, una obligación preexistente que prescribe la observancia de un grado determinado de diligencia. Al ser una omisión en el cumplimiento de una obligación, la negligencia culpable constituye culpa en el sentido descrito anteriormente. En esos casos la culpa consiste en la negligencia culpable⁷⁵⁹.

505. Sin embargo, en otros casos, la posición de autores de derecho internacional sobre la cuestión de las «omisiones ilícitas» y la noción de «negligencia» no puede explicarse simplemente mediante una referencia a la distinción entre la «teoría de la culpa» y la «teoría objetiva». En primer lugar, como indican los textos citados *infra*, hay autores que aceptan el requisito de la «culpa subjetiva» para las omisiones ilícitas, o para algunas de ellas, pero no para los actos ilícitos.

Strupp:

Esta manera de ver está solamente de acuerdo con la idea de que si para los delitos de acción cabe perfectamente conce-

⁷⁵⁷ *Id.*, «Les principes...» (*loc. cit.*), pág. 149.

⁷⁵⁸ Sereni, *op. cit.*, págs. 1520 y 1521. En el mismo sentido H. Kelsen:

«La [negligencia] no es la calificación específica de un delito, es el propio delito, la omisión de ciertas medidas de precaución, y esto significa el no ejercicio del grado de cuidado que debería haberse ejercido con arreglo a la ley. La negligencia es un delito de omisión, y la responsabilidad por negligencia es más bien un tipo de responsabilidad absoluta que un tipo de culpabilidad.» [*General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, pág. 66.]

⁷⁵⁹ Cheng, *op. cit.*, pág. 226.

bir una responsabilidad que no se refiera más que a los hechos escuetos, en cambio no se podría prescindir de los momentos subjetivos del órgano de que se trate respecto de las omisiones, en las cuales motivos absolutamente independientes y desconocidos de la voluntad de los órganos competentes del Estado pueden haber llevado a algo que constituye objetivamente una violación del derecho de gentes ⁷⁶⁰.

De Visscher:

Por tanto, a este respecto la falta de vigilancia, que a nuestro juicio implica *culpa*, [la responsabilidad del Estado en el caso de los daños sufridos por extranjeros en su territorio como consecuencia de actos realizados por particulares] es el fundamento de la responsabilidad internacional. [...] en la inmensa mayoría de los casos, la falta [del Estado] estará constituida por una omisión o abstención culpable ⁷⁶¹.

Rousseau:

Pero en cambio hay que reconocer que esta idea de la culpa [culpa subjetiva] constituye la base de numerosos casos de responsabilidad internacional y representa una noción mínima; así sucede siempre que la jurisprudencia internacional basa la responsabilidad del Estado no en el hecho de que se haya producido el acto ilícito, sino en la circunstancia de que el Estado no ha obrado con la diligencia que debería haber ejercido para impedirlo (noción de *falta de diligencia*) ⁷⁶².

506. Por otra parte, hay autores que aceptan la culpa subjetiva en los casos relativos principalmente a los «actos ilícitos», pero expresan dudas en cuanto a la pertinencia de una noción como la de culpa respecto de las «omisiones ilícitas». El siguiente pasaje de Luzzatto proporciona un ejemplo de esta actitud:

[...] En muchos casos, en efecto, no es posible distinguir entre la transgresión de una obligación específica impuesta por una norma y aquella distinta transgresión de una obligación, en la que, como se ha dicho, se concreta la culpa en sentido lato. [...] Ya no es posible, dicho con otras palabras, definir lo ilícito como la transgresión de una obligación jurídica internacional, agregando después que el acto debe ser cometido con dolo o con culpa, porque es precisamente la presencia de tales elementos, y solamente de ellos, lo que concreta la transgresión y lo que agota la ilicitud.

Es cuanto sucede en todos los casos en los que un determinado comportamiento omisivo de un Estado puede considerarse ilícito según el derecho internacional *general*. Aquí caben todas las hipótesis que la doctrina incluye frecuentemente en la categoría de la responsabilidad estatal «por hechos de particulares», es decir, todas las hipótesis de inobservancia, por parte de los órganos de un Estado, del deber de ejercer la debida vigilancia para impedir la realización de actos dañosos respecto de Estados o de ciudadanos extranjeros por parte de particulares. Aquí el deber de diligencia del Estado se halla particularmente calificado y precisado en relación con el deber de proteger a los Estados y ciudadanos extranjeros, por lo que constituye en cuanto a tal una especificación. Pero es evidente que se trata de obligaciones estrechamente relacionadas, y que existen una en función de la otra, de forma que no sería posible hacer de ellas dos nociones separadas lógicamente sin desnaturalizar su significado íntimo [...].

[...] En toda una vasta serie de casos, que coinciden con las transgresiones por omisión previstas por las normas internacionales generales, siempre es necesario, sin embargo, una actitud de la voluntad contraria a un deber propio de conducta, y que justifica que se hable, en este caso, de la culpa como requisito de la omisión ilícita. Pero tal deber constituye la única obligación internacional violada por el agente, de forma que no parece posible distinguir entre elementos subjetivos y elementos objetivos de la transgresión por omisión, como es fácil hacer en el caso de una transgresión por acción. En esa circunstancia está el elemento de verdad exactamente destacado por quien considera que se trata de casos de responsabilidad objetiva ⁷⁶³.

507. Debe señalarse también que algunos seguidores de la «teoría de la culpa» consideran que la «negligencia» es una «culpa objetiva» en el sentido de que la actitud psicológica del órgano del Estado de que se trate debe medirse con arreglo a ciertos criterios externos y objetivos previstos por la ley. El siguiente pasaje de Perrin da una idea de esta posición:

La negligencia es, por tanto, una de las formas de la culpa [...]. Pero es una culpa objetiva. En efecto, en tanto que la culpa llamada subjetiva exige el análisis de la intención real del autor del daño, acusado de haber querido este último, la negligencia no se aprecia a la luz de las costumbres, las opiniones y los sentimientos del que la ha cometido. Por el contrario, se mide según las normas proporcionadas por un modelo abstracto, el de la conciencia atribuida por el pensamiento jurídico a una mente alerta. Si se acusa de negligencia a un órgano estatal, se comparará la conducta con la que habría seguido en circunstancias parecidas el órgano de un Estado bien ordenado. La existencia de la negligencia se establece, pues, mediante un criterio objetivo ⁷⁶⁴.

508. Ahora bien, esa noción «objetiva» de «negligencia» no debería identificarse con el concepto de negligencia a que se refieren los autores que apoyan la «teoría objetiva» de la responsabilidad internacional ⁷⁶⁵. Para estos autores, la negligencia en la forma de «ausencia de la debida diligencia» no es un patrón que debería utilizarse para medir la culpa «subjetiva», sino la «omisión objetiva» de cumplir el contenido de una obligación

⁷⁶³ Luzzatto, *loc. cit.*, págs. 69, 70 y 77. El autor subraya que

«La responsabilidad por omisión, en el campo del derecho internacional general, tiende, por tanto, a asegurar la observancia de aquellas normas que no imponen a los Estados la consecución de un resultado netamente definido, sino que tienden a garantizar cierta tutela amplia, en la cual es imposible determinar *a priori* su contenido y los medios mediante los cuales se ejerce mediante la imposición de un deber general de ejercer aquella diligencia que, en circunstancias normales, basta para evitar que se produzcan hechos lesivos para los derechos de otros Estados.

»Se trata de obligaciones de prevenir, salvaguardar o tutelar con miras a asegurar que se produzcan ciertos resultados para el logro de los cuales se deja al Estado libertad en cuanto a la elección de los medios que ha de emplear. La transgresión que deriva de la violación de tales obligaciones presenta la triple característica de ser una transgresión por omisión, teniendo presente el carácter de la obligación violada, una transgresión de acontecimiento y una transgresión compleja, según una clasificación conocida. El logro del resultado que se persigue es el fin, pero no el contenido de la obligación impuesta al Estado.» (*Ibid.*, pág. 80.)

⁷⁶⁴ Perrin, *loc. cit.*, pág. 424.

⁷⁶⁵ Véanse párrs. 494, 500 y 501.

⁷⁶⁰ K. Strupp, «Les règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1934-I, París, Sirey, 1934, t. 47, pág. 564.

⁷⁶¹ Ch. de Visscher, «La responsabilité des États», *Biblioteca Visseriana*, Leyden, Brill, 1924, t. II, págs. 93 y 103.

⁷⁶² Ch. Rousseau, *op. cit.*, pág. 360.

internacional de comportamiento⁷⁶⁶ que impone a los Estados —en relación, por ejemplo, con las actividades de individuos o de Estados extranjeros en territorios sujetos a la jurisdicción del Estado— el deber de ejercer cierta vigilancia con la debida diligencia. Las declaraciones citadas a continuación subrayan este punto de vista:

Zannas:

El elemento culpable invocado para trazar el límite de la obligación internacional se confunde con el contenido de esa misma obligación. Al delimitar el alcance exacto del deber de emplear cierta diligencia, la culpa se identifica con la violación internacional así delimitada. La actitud del órgano estatal sólo interesa al derecho internacional en cuanto actitud conforme o contraria al derecho⁷⁶⁷.

Sereni:

La diligencia no se refiere, por tanto, al estado psicológico del autor del acto ilícito, sino que constituye un criterio objetivo, una norma de conducta a la que el sujeto debe ajustarse en relación con las circunstancias; esto ha de determinarlo el juez mediante referencia a las condiciones de hecho; por tanto, la diligencia se refiere en sustancia al contenido de la obligación que debe respetarse y de cuya violación resulta el hecho ilícito. De tal concepción se sigue además que, siempre que el sujeto haya actuado con la debida diligencia, no puede existir hecho ilícito, aunque se haya producido un hecho perjudicial para otro sujeto, porque lo que la norma prescribe es una conducta determinada, no que se produzca o no un determinado evento⁷⁶⁸.

Delbez:

La negligencia o tolerancia se refieren, en efecto, a normas internacionales de conducta provistas del concepto de diligencia debida o diligencia suficiente. Esta diligencia debida es, como tesis general, una regla objetiva del derecho consuetudinario. A veces puede convertirse en una regla objetiva del derecho convencional, por ejemplo, en el marco de la Convención XIII de La Haya sobre los Derechos y los Deberes de los Estados Neutrales. Por tanto, la falta de la diligencia debida constituye en rigor una violación del derecho objetivo, un acto ilícito⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ P. Reuter llama a esa obligación de vigilancia «una obligación de comportamiento muy característica» (*Droit international public*, 4.ª ed., París, Presses Universitaires de France, coll. Thémis, 1973, pág. 182). El autor subraya que la regla de derecho internacional que dispone que «los Estados no están obligados a garantizar a los Estados extranjeros y a sus súbditos la ausencia de todo perjuicio, sino solamente a adoptar todas las precauciones que deberían normalmente producir ese efecto», es una regla «vinculada estrechamente a la noción de territorio» (*ibid.*).

⁷⁶⁷ Zannas, *op. cit.*, pág. 130. Este autor señala que el concepto del derecho francés de «negligencia» se refiere a «una actitud psicológica de la persona», en tanto que en el derecho inglés la negligencia es «un delito independiente debido a la violación de un deber de cuidado». Inspirándose el autor en la noción de «negligencia» en derecho inglés, llega a la conclusión de que se requieren los tres factores siguientes para que exista un «acto ilícito» de «negligencia»: 1) la existencia de circunstancias que imponen al Estado la obligación de ejercer cierta diligencia determinada por el derecho internacional («duty to take care»); 2) la violación de esa obligación: esta violación se realiza mediante la conducta de un órgano estatal («standard of care»), y 3) un daño resultante de esa violación (*ibid.*, págs. 41 a 44, 131 y 132).

⁷⁶⁸ Sereni, *op. cit.*, pág. 1517.

⁷⁶⁹ Delbez, *op. cit.*, pág. 367.

509. Independientemente de la cuestión de si la negligencia resultante de la transgresión de una obligación de conducta (falta de la debida diligencia) es un «delito autónomo»⁷⁷⁰ o un elemento de un delito previsto por el derecho internacional⁷⁷¹, muchos autores destacan que el grado de diligencia «debida» (norma), requerido por la obligación internacional de comportamiento, puede variar según los supuestos así como según las circunstancias particulares que rodeen al caso de que se trate⁷⁷². El texto citado a continuación subraya el punto mencionado:

Coussirat-Coustère y Eisemann:

Algunos elementos pueden destacarse para examinar la obligación de comportamiento del Estado; en primer lugar, una norma de referencia constituida por una diligencia media y bastante; la falta de conformidad de la acción del Estado con relación al comportamiento esperado; por último, la ausencia de toda causa justificativa. Sin embargo, el problema sigue en pie por lo que respecta a la consistencia de la norma de referencia; parece que su contenido dependerá en gran medida de las circunstancias de hecho del caso. Por tanto, ¿deben tomarse en consideración solamente las reglas jurídicas, consuetudinarias o convencionales o, por el contrario, las reglas dimanadas de la simple «cortesía internacional»? ¿Se trata de una obligación absoluta o solamente de una simple obligación de medios?⁷⁷³.

510. Los autores reconocen en general que la noción de «debida diligencia» introduce cierto grado de flexibilidad en la aplicación de un sistema de responsabilidad internacional basado en postulados afines a la «teoría objetiva»⁷⁷⁴, que pueda tener en cuenta en última instancia circunstancias tales como la fuerza mayor o el caso fortuito⁷⁷⁵. Así, por ejemplo, un partidario de la «teoría de la culpa subjetiva», como Perrin, dice:

Al no poder aceptar en todo su rigor la responsabilidad causal, sus partidarios atenúan sus efectos mediante la noción de negligencia. Evitan así la dificultad que plantearían la fuerza mayor y el caso fortuito. [...]

⁷⁷⁰ Por ejemplo, Zannas, *op. cit.*, pág. 131. Reuter usa la expresión «responsabilidad por hechos de negligencia» (*op. cit.*, pág. 182).

⁷⁷¹ Por ejemplo, Guggenheim, *Traité... (op. cit.)*, pág. 53, nota 5.

⁷⁷² Véase, por ejemplo, Bourquin, «Crimes et délits contre la sûreté des États étrangers», *Recueil des cours...*, 1927-I, París, Hachette, 1928, t. 16, págs. 237 y ss.; G. Berlia, «De la responsabilité internationale de l'État», *Études en l'honneur de Georges Scelle*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, t. II, pág. 883; Zannas, *op. cit.*, págs. 71 y ss.; M. Sibert, *Traité de droit international public*, París, Dalloz, 1951, t. I, pág. 317; P. Louis-Lucas, «L'affaire de la légation de Roumanie à Berne», *Annuaire français de droit international*, 1955, París, vol. I, 1956, págs. 180 y ss.; Coussirat-Coustère y Eisemann, *loc. cit.*, págs. 346 y ss.; Luzzatto, *loc. cit.*, pág. 81. Algunos autores, como Zannas, se refieren al «grado de la diligencia debida. Otros, como Reuter, mencionan el «grado de vigilancia». Luzzatto subraya «la relatividad de la obligación de diligencia».

⁷⁷³ Coussirat-Coustère y Eisemann, *loc. cit.*, pág. 371.

⁷⁷⁴ Véase, por ejemplo, G. Ténékidés, «Responsabilité internationale», *Répertoire de droit international*, París, Dalloz, 1969, t. II, pág. 783; Ruzié, *op. cit.*, pág. 67.

⁷⁷⁵ Reuter, *op. cit.*, pág. 183: «Hay que tener en cuenta el objeto propio de cada deber de vigilancia y de todas las circunstancias de hecho».

No obstante, es justo reconocer que el rigor de la responsabilidad causal resultaría atenuado, en muchos casos, por la incertidumbre de las reglas de derecho internacional común ⁷⁷⁶.

Y Ago:

Los partidarios de la teoría objetiva, por otra parte, jamás han negado que la observancia de cierto grado de diligencia marca el límite más allá del cual no cabe afirmar la existencia de un delito internacional; solamente han tratado de salvar sus premisas evitando el obstáculo, y afirmando así que el límite de diligencia no se refiere a la infracción, sino al objeto mismo de la obligación internacional, de modo que, en el caso concreto, la ilicitud quedaría excluida no por la ausencia del elemento subjetivo de la culpa, sino por la ausencia del elemento objetivo de la transgresión de una obligación jurídica ⁷⁷⁷.

Ahora bien, para la «teoría de la culpa», la «falta de la debida diligencia» se considera generalmente como negligencia «culpable», es decir, como una «culpa subjetiva» del órgano del Estado. Carlebach desarrolla esta posición como sigue:

No se comprende cómo se puede poner la noción de «debida diligencia» en relación con la de culpa. Esta noción, que ha tenido acceso al derecho internacional por «las reglas de Washington» y que fue precisada por el artículo 8 de la Convención XIII de La Haya sobre el Derecho de la Guerra, representa simplemente una definición o, para decirlo mejor, una limitación del deber de prevención de los Estados respecto de los delitos de derecho internacional cometidos por particulares. El Estado ha cumplido su deber, tal es el sentido de la «debida diligencia», cuando ha utilizado los medios a su disposición para prevenir un delito de derecho internacional; si pese a ello se comete ese delito, la responsabilidad del Estado no queda comprometida. Por tanto, se trata de la definición y de la delimitación precisas de la obligación de derecho internacional de adoptar ciertas medidas; no se dice en modo alguno que esas medidas deben ser actos positivos; la abstención puede ser también una medida de Estado. El problema de la culpa, sin embargo, no tiene nada que ver con una norma que define una obligación, ya que la cuestión no se convierte en real más que si se viola la obligación: ¿es preciso que esa violación se haya realizado de forma culpable para provocar la sanción? Pero en el delito, la violación de la «debida diligencia» no sería más que el estado de hecho exterior, sin que se haya expresado nada en absoluto sobre la necesidad de que existan factores psicológicos de culpabilidad ⁷⁷⁸.

511. Como se indica anteriormente ⁷⁷⁹, la cuarta y última aclaración se refiere al *papel desempeñado por el «elemento de culpa» en un sistema de responsabilidad internacional basado en el concepto de «hecho ilícito internacional»*. Hoy día, la cuestión de la culpa ya no se presenta en general en términos de responsabilidad basada en la «culpa subjetiva», por oposición a la «responsabilidad objetiva» basada en un «hecho ilícito internacional». El concepto de «hecho ilícito internacional», con sus dos elementos (subjetivo y objetivo), ha sido generalmente aceptado como punto de partida de las normas de derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales,

por quienes apoyan la teoría de la culpa subjetiva así como por los partidarios de la responsabilidad objetiva ⁷⁸⁰. Actualmente la cuestión suele enfocarse desde otro punto de vista, a saber: *si debe tenerse en cuenta el «elemento de culpa» y hasta qué punto* en las diversas esferas en que usualmente se dividen las normas que rigen la responsabilidad de los Estados, inclusive, claro está, la definición del «hecho ilícito internacional» y también en otro contexto, como el relativo a las circunstancias que excluyen la ilicitud (en especial la fuerza mayor y el caso fortuito), así como a las circunstancias atenuantes y agravantes ⁷⁸¹. Respecto de las consecuencias de un «hecho ilícito internacional» (indemnización, satisfacción, sanciones), la pertinencia del elemento «culpa» es reconocida por muchos autores, inclusive por los partidarios de la teoría de la responsabilidad objetiva ⁷⁸². El papel desempeñado por los «elementos subjetivos»

⁷⁸⁰ Aun los autores que continúan analizando la responsabilidad basada en la «culpa» separadamente de la responsabilidad basada en el concepto de «hecho ilícito internacional» subrayan la relación entre ambos conceptos. Véase, por ejemplo, Cavaré, *op. cit.*, págs. 473 y 474.

⁷⁸¹ Véase, por ejemplo, W. van Hille, «Étude sur la responsabilité internationale de l'État», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 3.^a serie, t. X, 1929, págs. 549 y ss.; G. Salvioi, «La responsabilité des États et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux», *Recueil des cours...*, 1929-III, Paris, Hachette, 1930, t. 28, págs. 269 y 270; L. Pons, *La responsabilité internationale de l'État à raison de dommages causés sur son territoire aux étrangers*, Toulouse, Boisseau, impr., 1936, págs. 137 y ss. (tesis); Zannas, *op. cit.*, págs. 121 y ss.; J. J. A. Salmon, «Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, 1964, Paris, vol. X, 1965, págs. 225 y ss.; Fravre, *loc. cit.*, págs. 569 y 570; L. Dubouis, «L'erreur en droit international public», *Annuaire français de droit international*, 1963, Paris, vol. 1964, págs. 215 y 216; J. P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'État pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, págs. 163 y 164.

⁷⁸² «Los tribunales internacionales y los ministerios de relaciones exteriores no reconocen ninguna distinción fundamental entre el atropello ilícito, si bien tal vez inocente y no intencional, de los derechos de un extranjero y la culpa, el grado de intención o negligencia en la comisión del hecho (u omisión), que es lo que influye principalmente en la evaluación de los daños y perjuicios» (Borchard, *loc. cit.*, págs. 224 y 225). «El grado de [la] responsabilidad es, naturalmente, una cuestión totalmente diferente de la imputación de responsabilidad» [Starke, «Imputability in international delinquencies» (*loc. cit.*), pág. 114, nota 1]; «Actualmente se admite casi unánimemente que la culpa no constituye un elemento necesario de la responsabilidad del Estado y que la simple violación por este último de sus obligaciones internacionales basta para responsabilizarlo. Sin embargo, veremos que esta noción puede ejercer cierta influencia en el cálculo de la indemnización» (J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Sirey, 1939, pág. 55); «La presencia de este elemento psicológico [culpa lata] no tiene importancia a los fines de la existencia del hecho ilícito, pero incide en la relación jurídica que se crea por la comprobación del hecho ilícito; ésta puede ejercer influencia en la naturaleza de la reparación debida (presentación de excusas u otra forma de satisfacción); puede, por otra parte, legitimar la aplicación de sanciones que de otro modo no se justificarían. De este modo, por ejemplo, las *représalias*, forma de sanción que presupone un precedente ilícito en perjuicio del Estado que las ejercita, no se justifican indiscriminadamente, sino sólo cuando se haya producido un hecho ilícito particularmente odioso o un rechazo, implícito o explícito, de toda reparación.» (Sereni, *op. cit.*, pág. 1522.)

⁷⁷⁶ Perrin, *loc. cit.*, pág. 427.

⁷⁷⁷ Ago, «Le délit international» (*loc. cit.*), pág. 492.

⁷⁷⁸ Carlebach, *op. cit.*, págs. 117 y 118.

⁷⁷⁹ Véase párr. 495 *supra*.

en el sistema contemporáneo de responsabilidad de los Estados por «hechos ilícitos internacionales» fue comentado en 1973 por Reuter en los siguientes términos:

La jurisprudencia se siente impulsada a introducir, hasta cierto punto, elementos subjetivos en los mecanismos de la responsabilidad.

Por ejemplo, en ciertos casos la jurisprudencia no puede prescindir de las intenciones que han presidido un acto delictivo. En efecto, una obligación de comportamiento prohíbe siempre el acto cometido con intención delictiva, es decir, el acto malévolo, malicioso. Sin embargo, la jurisprudencia tiene en cuenta de muy buen grado estos análisis de intención para llegar a la conclusión de que esta intención sólo existe en el caso contrario (Asunto Pugh, Gran Bretaña-Panamá, *RSA*, tomo III, página 1439, y asuntos relativos a incidentes de fronteras; incidentes de Naulilaa o de Oual-Oual, *RSA*, tomo II, página 1025; tomo III, página 1657). Cuando hay malevolencia, los árbitros se apresuran en subrayar que se contentan con tomar nota de sus aspectos exteriores; por otra parte, es muy raro que un texto convencional incluya la malevolencia entre los elementos constitutivos de un delito (artículo 20, estatuto de Ginebra, de 9 de diciembre de 1923). La intención se tiene en cuenta igualmente cuando el hecho ilícito está voluntariamente dirigido contra una persona, pero sólo la perjudica indirectamente al lesionar con antelación a una víctima primaria; contrariamente a la norma general, en este caso, la persona lesionada indirectamente puede demandar una reparación⁷⁸³.

b) Justificaciones teóricas de la fuerza mayor y del caso fortuito como excepciones legales

512. De una u otra manera, los autores de derecho internacional que tienen en cuenta la culpa subjetiva del órgano del Estado justifican la exclusión de la ilicitud por fuerza mayor y caso fortuito basándose en que la naturaleza de estas circunstancias hace que se impongan de manera tan absoluta e inexorable sobre el órgano que queda excluida la posibilidad de cualquier intención maliciosa o negligencia culpable⁷⁸⁴. Por ejemplo, Vitta señala que:

En los casos en que se requiere para la responsabilidad la culpa del Estado sujeto activo del acto ilícito, ésta necesariamente se resuelve en la culpa de sus órganos, es decir, en el nexo de causalidad entre la voluntad de estos últimos y la realización del acto ilícito, nexo existente tanto en el caso de que el acto ilícito sea querido por ellos (dolo) como en el de

⁷⁸³ Reuter, *op. cit.*, pág. 180. El párrafo citado, titulado «L'introduction de facteurs subjectifs», se inserta en una parte de la sección que comienza con las siguientes palabras:

«¿Puede decirse verdaderamente que toda violación de una obligación internacional constituye un hecho *ilícito* que compromete la responsabilidad del Estado y que, a la inversa, todo hecho *ilícito* deriva de la violación de una obligación jurídica?

»No debe vacilarse en responder afirmativamente a este principio, si bien han de señalarse algunos aspectos y problemas particulares [...]» (*Ibid.*, pág. 179.)

⁷⁸⁴ «El derecho debe considerar y en realidad considera [...] casos tan apremiantes y anormales a los cuales no pueden aplicarse, en estricta justicia, las normas jurídicas ordinarias.» [H. Arias, «The non-liability of States for damages suffered by foreigners in the course of a riot, an insurrection or a civil war», *American Journal of International Law*, Nueva York, vol. 7, N.º 4 (octubre de 1913), pág. 734.]

su inactividad o su negligencia para impedir que el acto ilícito se produzca (culpa propiamente dicha)⁷⁸⁵.

La falta de culpa subjetiva (lato sensu) es la justificación que esgrimen estos autores para explicar que la conducta asumida bajo condiciones de fuerza mayor o como resultado de un caso fortuito no puede considerarse como un acto o una omisión susceptible de atribuir al Estado un hecho ilícito internacional⁷⁸⁶. Lo mismo se aplica en general en el caso de «omisiones» según los autores que consideran que la «culpa subjetiva», bajo la forma de «negligencia culpable», es una condición esencial de las omisiones ilícitas. Como señala Benjamin, la culpa subjetiva abarca la premeditación y todo tipo de negligencia y se excluye por causas accidentales o por otro elemento inevitable⁷⁸⁷. Para usar los términos de Oppenheim-Lauterpacht, el acto u omisión cometidos bajo fuerza mayor o caso fortuito no constituye acto u omisión cometidos «voluntaria y maliciosamente ni con negligencia culpable»⁷⁸⁸.

513. Las justificaciones teóricas de la fuerza mayor y el caso fortuito basadas en la ausencia de culpa subjetiva del órgano subrayan la relación que existe entre estas circunstancias y el elemento subjetivo del hecho ilícito internacional, a saber: la *atribución* o *imputación*. Un «hecho ilícito internacional» no puede quedar determinado porque la fuerza mayor o el caso fortuito impedirían que ese acto se atribuyese al Estado⁷⁸⁹. Por ejem-

⁷⁸⁵ E. Vitta, «Responsabilidad de los Estados», *Revista española de derecho internacional*, Madrid, vol. XII, N.ºs 1-2, 1959, pág. 26. El autor agrega que

«[...] en el caso de un acto ilícito que no pueda referirse a la acción o a la omisión de uno o más funcionarios determinados, sino a la del aparato estatal como tal, es evidente la mayor dificultad de investigar el impulso psicológico que originó la acción o la omisión. En efecto, en este caso no se trata de investigar la conducta de un individuo (el órgano) imputable al Estado, sino de averiguar la conducta solidaria del conjunto de órganos y de oficinas que constituyen el Estado, lo que no impide, sin embargo, que tal investigación pueda realizarse [...]» (*Ibid.*, pág. 27.)

⁷⁸⁶ Aun algunos autores partidarios de los principales postulados de la «teoría objetiva» subrayan que: «Es evidente [...] que el acto del órgano [...] vale como acto del Estado y que la situación psicológica del órgano debe considerarse como situación psicológica del Estado.» (Quadri, *loc. cit.*, pág. 460.)

⁷⁸⁷ F. Benjamin, *Haftung des Staates aus dem Verschulden seiner Organe nach Völkerrecht*, Breslau, Fleischmann, 1909, págs. 21 y 22 (tesis).

⁷⁸⁸ Oppenheim, *op. cit.*, pág. 343. Para un análisis del significado de las palabras «voluntaria y maliciosamente» y «negligencia culpable» utilizadas por Oppenheim-Lauterpacht véase Perret, *op. cit.*, págs. 87 y ss. Perret sostiene que al utilizar estos términos, Lauterpacht basa «incontestablemente la responsabilidad internacional del Estado en la idea de culpa», pero agrega: «observamos que la culpa [de que se trata] posee un carácter netamente penal y que se aproxima más al *dolus* que a la *culpa*» (*ibid.*, pág. 90).

⁷⁸⁹ «[...] difícilmente puede discutirse el hecho de que, en el orden jurídico internacional, el principio generalmente aceptado es que sólo puede atribuirse al Estado una actividad en términos subjetivos y que únicamente los actos originados en la persona que posee la condición de órgano o que actúa realmente en ese carácter y ejerce sus funciones pueden considerarse actos del Estado. Como resultado, debemos rechazar evidentemente la idea de que únicamente ciertos actos son atribuibles invariablemente al Estado independientemente del proceso, psicológico o de otra naturaleza, que condujo a ellos.» (Luzzatto, *loc. cit.*, pág. 57.)

plo, Pradier-Fodéré dice que: «No pueden considerarse como generadores de responsabilidad actos que [...] no son imputables a su autor, porque han sido el resultado de un hecho fortuito o de fuerza mayor [...]»⁷⁹⁰. Otro reconocimiento expreso de esa relación puede hallarse en el siguiente pasaje de L'Huillier: «La fuerza mayor es causa eximente de toda responsabilidad [...]. Ella excluye [...] la imputabilidad [del hecho] al Estado, es decir, una de las condiciones del nacimiento de la obligación de responsabilidad»⁷⁹¹. El punto ha sido particularmente subrayado por Ago:

En realidad, parece evidente que el concepto de culpa sólo puede ser el mismo en todas las ramas del derecho y que el problema de la culpa, tanto en derecho internacional como en derecho interno, sólo puede constituir un problema relativo al elemento subjetivo del hecho ilícito, es decir, al problema de la voluntariedad como requisito previo para la atribución del acto lesivo a su autor. Además, confío en poder contar a este respecto con el apoyo de la doctrina más autorizada en derecho interno y, en esta inteligencia, en poder definir a la culpa entendida en su sentido amplio, precisamente como una relación psicológica entre la infracción real del derecho subjetivo de otro y el autor de esa infracción. Esta relación psicológica puede consistir bien en el hecho de que la infracción fue directamente premeditada —en cuyo caso se aplica el concepto jurídico real de intención criminal [*dolus*]—, o bien en que pese a que no fue directamente premeditada, se trató, no obstante, de un comportamiento intencional, debido a una imprevisión de las consecuencias de una conducta distinta de la que hubiese evitado dicha infracción —en cuyo caso se aplica el concepto de culpa en su sentido estricto o el de negligencia—. Los diversos grados de culpabilidad a los que no es necesario referirse aquí reflejan precisamente la distinta medida en que puede pronosticarse el hecho; en tanto que el límite negativo de la culpa está dado ya sea porque el comportamiento de que se trata no fue voluntario o porque el resultado del acto lesivo no era en absoluto previsible —en otras palabras, para usar términos comunes: que se debió a fuerza mayor o a caso fortuito⁷⁹².

514. Algunos de los autores mencionados *supra* subrayan que la *falta de culpa subjetiva* es un justificativo susceptible de aplicarse no sólo a las «omisiones», sino también a los «actos», como lo explica, por ejemplo, Ago en el párrafo siguiente:

Si bien es cierto que al tratar la cuestión de la culpa los autores partidarios de esta noción se refieren más frecuentemente a los casos denominados de responsabilidad del Estado por los hechos de los particulares, ello se debe exclusivamente a que en las demás hipótesis, cuando se trata de infracciones a obligaciones más específicas y en general de hechos positivos o de acción, es mucho más difícil que se produzcan infracciones del todo involuntarias. Ello no impide que puedan hallarse ejemplos de esta índole e incluso con cierta frecuencia, sobre todo en la esfera del derecho internacional de la guerra. Si a causa de la bruma que impide ver las señales distintivas fijadas, y aunque se hayan tomado todas las precauciones posibles, una bala de cañón o una bomba aérea cae sobre un hospital, sobre una iglesia o sobre el edificio de la embajada en un país

neutral; si luego de celebrarse un armisticio o una suspensión de hostilidades, una batería perdida en las montañas, a la que no ha podido transmitirse oportunamente la noticia por la interrupción de las comunicaciones, continúa disparando contra las posiciones enemigas; si un agente de la policía aduanera revisa la valija de un diplomático ignorando por completo y sin culpa alguna de su parte la calidad de este último; si, dice Strisower, un Estado se compromete a remitir a otro Estado cierto objeto que resulta destruido sin negligencia imputable a ningún órgano de aquél; o bien si un rayo cae sobre un faro que un Estado se ha comprometido a mantener iluminado, he aquí una serie de hipótesis posibles en que la conducta o el resultado exigidos por una obligación internacional no han tenido lugar sin que haya habido en ningún caso dolo o culpa de los órganos que debían observar esa conducta o lograr los resultados requeridos. La circunstancia de que en todas estas hipótesis no haya hecho ilícito internacional y que ninguna responsabilidad internacional pueda nacer, constituye una conclusión que parece responder sin duda alguna a la convicción de los Estados. La práctica parece ser unánime a este respecto [...]»⁷⁹³.

515. Para la mayoría de los partidarios de la teoría de la responsabilidad objetiva como fundamento de la responsabilidad internacional, así como para muchos que identifican la «culpa» con la «violación de la obligación», la justificación teórica de la fuerza mayor y del caso fortuito reside en el *elemento objetivo* del «hecho ilícito internacional». El pasaje siguiente de Anzilotti brinda el punto de partida de la manera como la «teoría objetiva» enfoca el asunto:

Establecer si una determinada forma de conducta es contraria o no a los deberes internacionales del Estado, significa apreciar el hecho sobre la base de la norma y, más precisamente, confrontar la actitud observada con la actitud impuesta por la norma. El establecimiento de la actitud de que se trata es una cuestión de hecho; la cuestión jurídica se concreta, por consiguiente, en la interpretación de la norma por la cual se ha determinado el deber presuntamente violado.

Incluso los deberes internacionales pueden ser categóricos; son más a menudo hipotéticos, es decir, condicionados por hipótesis de hecho determinadas; o incluso subordinados a la voluntad de obtener cierto efecto jurídico. Un hecho dado puede, pues, constituir siempre y sin más un hecho ilícito internacional [...]. O bien puede configurar un ilícito únicamente si existen las hipótesis de hecho determinadas, previstas por la norma [...]. O, por último, puede no constituir un ilícito, sino únicamente ser causa de que ciertas consecuencias jurídicas no se produzcan [...].

Por lo demás, es necesario observar que la actividad estatal prevista por las normas internacionales puede estar regulada en ellas de manera que esta actividad, en su desarrollo y en el contenido de los actos en que se concreta, constituya el cumplimiento de un deber jurídico preciso; o, por el contrario, puede estar regulada de suerte que dicha actividad pueda desarrollarse en el momento en que se juzgue más oportuno, o asumir un contenido u otro según una apreciación por la que no debe rendirse cuentas a los demás Estados: es evidente que no puede hablarse de ilícito en tanto esta actividad se mantenga dentro de límites absolutamente discrecionales.

Aparte de estas consideraciones generales, no parece ni ventajoso ni posible intentar determinar lo que constituye un hecho contrario al derecho internacional; éste es un problema que se resuelve, como ya se ha dicho, en una cuestión de interpretación de cada norma; no es posible decir en general

⁷⁹⁰ P. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain*, París, Durand et Pedone-Lauriel, 1885, vol. I, pág. 351.

⁷⁹¹ J. L'Huillier, *Éléments de droit international public*, París, Rousseau, 1950, pág. 368.

⁷⁹² Ago, «La culpa...» (*loc. cit.*), pág. 190.

⁷⁹³ *Id.*, «Le délit international» (*loc. cit.*), págs. 493 y 494.

cuáles son los hechos contrarios al derecho internacional; sólo puede decirse si un hecho dado es contrario a una norma determinada. Agreguemos que precisamente aquí se revelan las dificultades más arduas de esta materia; ciertas observaciones hechas precedentemente a propósito de la imputación de hechos individuales y otras observaciones que haremos en breve respecto del problema de la culpa, muestran que las controversias más graves a que ha dado lugar la responsabilidad internacional del Estado se relacionan con la determinación exacta de la naturaleza y del contenido de ciertos deberes⁷⁹⁴.

516. Otro ejemplo puede encontrarse en la siguiente declaración de Freeman:

De todos estos criterios, ninguno resulta más complejo que el primero [acto u omisión que viola el derecho internacional]. El daño y la conducta impropia del Estado son, por supuesto, irrelevantes si no existe un hecho ilícito internacional. Ello siempre depende a su vez de la sustancia de la obligación que se presume infringida; es decir, para establecer la responsabilidad se requiere inevitablemente un conocimiento previo de las obligaciones internacionales del Estado. Y la determinación de esa sustancia suele ser un asunto extremadamente delicado. No necesitamos por el momento insistir más en este punto [...]. No obstante, cabría señalar que en el caso común de responsabilidad, la controversia no se referirá por lo general a la validez de un principio dado, sino que versará más bien sobre si el principio opera respecto del acto particular que da origen a la reclamación⁷⁹⁵.

517. Como consecuencia lógica de ese punto de partida, el contenido real de la obligación de que se trata se convierte en el punto de referencia para establecer la existencia de una excepción de fuerza mayor o «caso fortuito». En términos generales, y a reserva de lo que se señala en los párrafos siguientes, para los autores que copatrocinan la teoría objetiva, un acto u omisión en que haya mediado la fuerza mayor o resultantes de un caso fortuito no generarían un «hecho ilícito internacional» atribuible al Estado, porque, a la luz del contenido expreso o tácito de la obligación de que se trata, la conducta material que interesa no constituiría «un quebrantamiento de esa obligación». Por consiguiente, la falta de violación de la obligación, y no la falta de culpa subjetiva del órgano⁷⁹⁶, es la justificación dada

⁷⁹⁴ Anzilotti, *Cours de droit international* (op. cit.), págs. 494 a 496. Comentando la no responsabilidad del Estado por ciertos perjuicios causados a extranjeros en su territorio, Anzilotti dice:

«El fundamento de responsabilidad internacional del Estado no es el daño injusto causado a los extranjeros, sino la violación del derecho internacional, una de cuyas consecuencias es el perjuicio sufrido por los individuos. Los acontecimientos de que hablamos se producen con independencia o a pesar del cumplimiento del deber internacional del Estado, a causa de riesgos inevitables de la vida social que expone a todo individuo al peligro de daños, no obstante las leyes y la acción de las autoridades. Por el contrario, nuestro caso presupone la inexecución del deber internacional; afirma la responsabilidad del Estado, cualquiera que sea la causa, cuando ésta figura en su organización o en su legislación.» [«La responsabilité internationale...»] (loc. cit.), pág. 28.]

⁷⁹⁵ A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green, 1938, pág. 22.

⁷⁹⁶ Por ejemplo, Th. Meron declara que:

«Los casos examinados permiten suponer que un elemento de malicia no sólo no es esencial para la fijación de responsabilidad, sino que incluso una falta total de culpa no será obstáculo insalvable para la reclamación.» (Meron, loc. cit., pág. 96.)

por esos autores para explicar la exclusión de ilicitud por fuerza mayor o caso fortuito. Lo mismo se aplicaría a las «omisiones», para aquellos autores que, sin suscribir los postulados generales de la «teoría objetiva», consideran, sin embargo, que en tales casos la «culpa subjetiva» no puede disociarse de la «violación de la obligación».

518. Si bien se abstienen de sostener que la «culpa subjetiva» —en el sentido de intención maliciosa o negligencia culpable— como condición general del «hecho ilícito internacional», algunos autores subrayan, no obstante, que el acto de que se trate debe ser un «acto voluntario». Por ejemplo, Sibert dice que una de las condiciones para establecer la responsabilidad internacional es «que el hecho perjudicial pueda imputarse a su autor, que resulte de su libre determinación» y que impida, por consiguiente, que el Estado «sea declarado responsable en caso de fuerza mayor»⁷⁹⁷; y Quadri señala que «la responsabilidad debe consistir en una decisión-acción contraria a lo que se representa como prohibido por el derecho, como obligación jurídica»⁷⁹⁸. Para Schwarzenberger: «En el caso de actos que entrañan la violación del *jus strictum*, todo lo que cuenta es que el acto ilícito sea imputable a un sujeto de derecho internacional y que sea voluntario»⁷⁹⁹. Este aspecto ha sido particularmente subrayado por Brownlie, quien comienza su examen de la «responsabilidad objetiva» en los siguientes términos: «Jurídicamente, la responsabilidad objetiva descansa en la doctrina del acto voluntario: siempre que se establezca una relación de representación y causal habrá infracción del deber por resultado exclusivamente»⁸⁰⁰. Otro partidario de la teoría objetiva que se refiere expresamente a la «voluntad del agente del Estado» es Jiménez de Aréchaga⁸⁰¹.

519. Una posición similar ha sido adoptada por algunos autores que conciben a la «culpa» como un concep-

⁷⁹⁷ Sibert, op. cit., pág. 311.

⁷⁹⁸ Quadri, loc. cit., pág. 462.

«Si la norma de conducta exige que el Estado adopte ciertas precauciones para evitar el daño, en este caso la violación de la norma tendrá carácter de culpa; si la norma de conducta, por el contrario, se limita a exigir un comportamiento (positivo o negativo) que no responde a la idea de *diligencia*, entonces basta con que el acto sea voluntario, por lo que no será necesario calificar ulteriormente el acto del Estado.» (Ibid., pág. 460.)

⁷⁹⁹ G. Schwarzenberger, «The fundamental principles of international law», *Recueil des cours...*, 1955-I, Leyden, Sijthoff, 1956, t. 87, pág. 351. El autor agrega:

«Una vez más, no obstante, esta afirmación está sujeta a la salvedad de que las instituciones judiciales internacionales tienden a transformar los derechos absolutos en derechos relativos. Aun en el caso del *jus aequum*, existe a lo sumo una presunción a favor de la norma de culpabilidad. Por ejemplo, la norma sobre las reglas mínimas que han de observarse respecto de los extranjeros contiene de por sí una directriz objetiva, si bien muy indulgente, que, prescindiendo de la culpa subjetiva, debe ser apoyada por cualquier sujeto de derecho internacional. Inversamente, una norma de derecho internacional puede reducir explícitamente el grado de responsabilidad por debajo de la culpabilidad normal.» (Ibid.)

⁸⁰⁰ Brownlie, op. cit., pág. 423.

⁸⁰¹ Jiménez de Aréchaga, loc. cit., pág. 544.

to «objetivo» sinónimo de la inobservancia de las obligaciones o deberes legales de cada uno. Según Cheng, por ejemplo:

[...] un acto ilícito debe emanar de la libre voluntad del infractor. No hay acto ilícito si el acontecimiento se produce con independencia de su voluntad y sin que pueda oponerse a él; en suma, si es consecuencia de *vis major*, ya que la obligación cuya violación constituye un hecho ilícito cesa cuando su cumplimiento resulta imposible.

[...]

[...] la negligencia culpable constituye solamente una categoría de culpa, a saber: el incumplimiento de las obligaciones que prescriben la observancia de un determinado grado de diligencia a fin de proteger a otra persona de cualquier perjuicio. No obstante, la culpa como tal abarca un campo mucho más amplio. Ella comprende toda violación de una obligación. Hay algunas obligaciones que estipulan meramente que una parte debe realizar o abstenerse de ejecutar ciertos actos. Ello es válido respecto de la mayoría de las obligaciones convencionales, así como de la mayoría de las obligaciones contractuales en la esfera interna. El mero incumplimiento de esas obligaciones, a menos que sea consecuencia de *vis major*, constituye la infracción de una obligación y una falta que entraña responsabilidad. En tales casos, no es necesario examinar si el incumplimiento va acompañado de malicia o si se debe a negligencia⁸⁰².

520. La «intención» está, por supuesto, implícita en la doctrina de la «culpa subjetiva». Pero los autores mencionados en los dos párrafos precedentes consideran la «intención» del órgano como algo diferente y separable de todo estado de conciencia psicológico tal como la intención maliciosa o la negligencia culpable de la «teoría subjetiva». Por consiguiente, para esos autores, la justificación principal de la exclusión de la ilicitud por la fuerza mayor o caso fortuito no es la falta de culpa subjetiva, sino la *carencia de intención*. Al proceder de este modo, se apoyan tanto en el elemento subjetivo como en el elemento objetivo del hecho ilícito internacional y establecen, en cierto sentido, un puente entre la justificación de la falta de culpa subjetiva y la justificación de la falta de violación de la obligación internacional. Como lo señala Jiménez de Aréchaga, «una causa externa» independiente «de la voluntad del agente del Estado» como la fuerza mayor «no puede clasificarse como acto u omisión violatorios de un deber internacional e imputables al Estado»⁸⁰³. Se observa que quienes, como B. Cheng, establecen un vínculo entre libertad de acción y su concepto «objetivo» de «culpa», dan más preponderancia al elemento subjetivo.

521. Algunos de los autores que se refieren a la falta de intención del órgano distinguen a este respecto entre «actos» y «omisiones», refiriéndose a veces, en el último caso, a la *falta de conocimiento*. Puede hallarse un ejemplo de esta tendencia en el siguiente pasaje de Schwarzenberger:

[...] en el caso de omisiones ilícitas, es esencial un conocimiento real o al menos presunto de parte del Estado infractor⁸⁰⁴; [...] en casos de supuesta omisión de actuar como

prescribe el derecho internacional, parece indispensable que exista algún elemento subjetivo como el conocimiento de la obligación⁸⁰⁵.

Los comentarios doctrinales sobre el concepto de «conocimiento» o «falta de conocimiento» se formularon después de la segunda guerra mundial con motivo del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto del Estrecho de Corfú (fondo)*, sobre todo en relación con el pasaje del fallo en que la Corte decidió «que la colocación del campo de minas que causó las explosiones, [...] no pudo realizarse sin el conocimiento del Gobierno de Albania»⁸⁰⁶.

522. Algunos autores han interpretado ese pasaje como una aplicación de la teoría de la «culpa subjetiva» por la Corte. Por ejemplo, Hostie dice:

La Corte decidió que cabía extraer tales conclusiones en este caso. Por consiguiente, se consideró responsable a Albania de conocimiento e inacción culpable, ya que hubo tiempo y oportunidades suficientes para advertir del peligro a los buques de guerra británicos⁸⁰⁷.

Para otros, como Jiménez de Aréchaga,

[...] La Corte no trató de determinar si la responsabilidad internacional dimanaba de «culpa» o del «riesgo» [...]. [La Corte] [...] procuró determinar la responsabilidad intentando establecer si había habido una violación de una obligación preexistente.

[...] el conocimiento de la situación que postulaba la Corte era necesario para determinar si se había violado una obligación preexistente, pues sólo un Estado que sabe que se ha sembrado un campo de minas en sus aguas territoriales estaría obligado a notificar su existencia a otros Estados.

[...] la Corte, siguiendo la misma línea de pensamiento que los tribunales arbitrales, examinó los medios de que disponían las autoridades albanesas para cumplir esa obligación. Determinó que las autoridades albanesas estaban en condiciones de advertir a los buques. Por consiguiente, Albania fue considerada responsable de la violación objetiva de una obligación internacional y por ello fue innecesario investigar la posición subjetiva del órgano o agente particular del Gobierno albanés⁸⁰⁸.

Una distinción entre el «conocimiento» mencionado por la Corte y el concepto de «culpa subjetiva» se refleja asimismo en el siguiente pasaje de Chung:

La interpretación jurídica del fallo coincide perfectamente con estas directrices. En primer lugar, la Corte determinó cuál era la obligación que incumbía a las autoridades albanesas. Decidió luego que el Estado demandado no intentó siquiera cumplir esta obligación. Por consiguiente, falló que «estas graves omisiones comprometen la responsabilidad internacional de Albania». Recapitulando, lo importante es que la Corte se ocupó de las omisiones ilícitas. Las omisiones ilícitas suponen un deber de actuar. Este deber exige *conocimiento* de las circunstancias en que ese deber nace. En otras palabras: el conocimiento de la colocación de minas *como tal* imponía a las autoridades albanesas el deber de actuar. El conocimiento corrobora la imputabilidad por omisiones ilícitas. Tras rechazar la teoría de la responsabilidad absoluta, la Corte insistió en que este

⁸⁰² Cheng, *op. cit.*, págs. 223 y 226.

⁸⁰³ Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, pág. 544.

⁸⁰⁴ Schwarzenberger, «The fundamental principles...» (*loc. cit.*), pág. 352.

⁸⁰⁵ *Id.*, *International Law (op. cit.)*, pág. 650.

⁸⁰⁶ Véase párr. 303 *supra*.

⁸⁰⁷ Hostie, *loc. cit.*, pág. 93.

⁸⁰⁸ Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, pág. 537.

conocimiento —este requisito subjetivo—, que no es idéntico, sin embargo, al *dolus* o a la *culpa* en el sentido de la llamada «doctrina de la culpa» a su juicio se había comprobado⁸⁰⁹.

523. La *falta de control* y la *falta de medios para actuar* también se mencionan en algunos casos para fundamentar una excepción de fuerza mayor. Las obligaciones internacionales de comportamiento del Estado que prevén cierto nivel de vigilancia (o «debida diligencia») respecto de las actividades de otros Estados o individuos particulares, de las relaciones de vecindad, el comportamiento de los neutrales durante un conflicto armado internacional, la protección de los extranjeros, etc., son la esfera en que este tipo de justificaciones se alega con más frecuencia. Las «tres normas» del Tratado de Wáshington y el laudo del tribunal arbitral concerniente al *Asunto de Alabama*⁸¹⁰, así como el artículo 8 de la Convención XIII de La Haya de 1907⁸¹¹, son ejemplos clásicos examinados a este respecto por la doctrina internacional. Refiriéndose a la cuestión en términos generales, Van Hille, por ejemplo, dice:

Señalemos asimismo que las decisiones de la jurisprudencia han hecho admitir el criterio de que el Estado no podía considerarse responsable cuando hubiese empleado todos los medios normalmente exigibles para prevenir el daño⁸¹².

Otros autores se refieren a la capacidad real de actuar⁸¹³.

524. Por último, las justificaciones de «falta de control» o «falta de medios» están muy vinculadas a la opinión generalizada de que las obligaciones internacionales no carecen de limitaciones y que «el control absoluto que posee el Estado sobre su propio territorio no podría imponerle obligaciones que no es dable cumplir en la práctica. *Ad impossibile nemo tenetur*»⁸¹⁴. Se considera incluso que el deber de ejercer «debida diligencia» no va más allá de los medios materiales o legales de que dispone el Estado⁸¹⁵. Los siguientes pasajes ilustran este punto de vista:

De Visscher:

La experiencia demuestra, en efecto, que la forma de operar y de determinación de las responsabilidades dependen en gran

⁸⁰⁹ I. Y. Chung, *Legal Problems Involved in the Corfu Channel Incident*, Ginebra, Droz, 1959, pág. 168 (tesis). El autor llega a la conclusión de que el fallo basó la responsabilidad del Estado en una violación objetiva de obligaciones internacionales. A este respecto, D. Lévy observa que:

«Es posible afirmar que la Corte permanece fiel a la teoría de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación —la obligación de advertir—. Conserva la noción de que para que haya responsabilidad es necesario que haya habido conocimiento. En consecuencia, la Corte no admite la responsabilidad absoluta o responsabilidad fundada en el riesgo. Pero en la medida en que sólo exige una prueba formal del conocimiento, introduce una extensión sensible de la responsabilidad por omisión respecto de la jurisprudencia tradicional.» (Lévy, *loc. cit.*, pág. 757.)

⁸¹⁰ Véanse párrs. 334 y 335 *supra*.

⁸¹¹ Véase párr. 101 *supra*. Véase, por ejemplo, M. R. García-Mora, *International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons against Foreign States*, La Haya, Nijhoff, 1962, págs. 62 y 63.

⁸¹² Van Hille, *loc. cit.*, pág. 569.

⁸¹³ Véase, por ejemplo, Cheng, *op. cit.*, pág. 222.

⁸¹⁴ Zannas, *op. cit.*, pág. 54.

⁸¹⁵ Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, pág. 536.

medida de la organización del poder y de la eficacia del control que el Estado demandado ejerce sobre su territorio. Este elemento de orden político interno puede influir tanto para atenuar o excluir las responsabilidades como, por el contrario, para extenderlas y agravarlas.

El control que el Estado ejerce en todo su territorio es la base de la responsabilidad internacional que puede asumir como consecuencia de actos contrarios al derecho internacional que se cometan en ese territorio. El alcance de esta responsabilidad puede variar, pues, según el grado de eficacia de este control⁸¹⁶.

Schwarzenberger:

Un gobierno es únicamente responsable por los actos y omisiones ilegales de sus propios órganos. No es responsable por las actividades de revolucionarios. No obstante, la existencia de una revolución puede ser un factor importante para determinar y limitar la responsabilidad internacional del Estado envuelto en un conflicto armado interno. [...] Como norma general, un Estado puede invocar esta circunstancia [un conflicto armado interno] como caso de fuerza mayor [...].

Si se atribuyen hechos ilícitos internacionales a los revolucionarios triunfantes, éstos pueden incluso alegar una responsabilidad atenuada o su no responsabilidad debido al carácter de fuerza mayor de su conflicto armado interno⁸¹⁷.

Chaumont:

La ampliación del concepto de *debida diligencia* ha permitido simultáneamente imputar al Estado los actos de insurgentes que una previsión o vigilancia posibles de su parte hubiese bastado para impedir, y exculparlo de los actos que no tenía medio alguno para controlar⁸¹⁸.

Elynytchev:

El carácter objetivo de la responsabilidad del Estado deriva principalmente del principio de la soberanía del Estado. La supremacía territorial y la independencia política, como los dos elementos integrantes de la soberanía (que deberían considerarse como criterio decisivo para determinar la condición de Estado), determinan la naturaleza de la responsabilidad en el derecho internacional contemporáneo. Al establecer y mantener un orden jurídico determinado en su territorio, el Estado establece su imperio sobre ese territorio con exclusión de la autoridad de todo Estado extranjero. Al mismo tiempo, el Estado está obligado en su territorio a asegurar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales (derivadas principalmente de los principios básicos del derecho internacional)⁸¹⁹.

525. No obstante, en la doctrina internacional abundan las opiniones divergentes en cuanto al contenido real de ciertas obligaciones que entrañan la norma de la «debida diligencia» y, como consecuencia, al alcance de la aplicación de una excepción de fuerza mayor respecto de estas obligaciones. Por ejemplo, García-Mora considera que, de conformidad con el derecho internacional, la inhabilidad de un Estado de cumplir su deber de impedir dentro de su jurisdicción actos hostiles de indivi-

⁸¹⁶ Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4.ª ed., París, Pedone, 1970, pág. 307.

⁸¹⁷ Schwarzenberger, *International Law*, *op. cit.*, 1968, vol. II, págs. 677, 683 y 697.

⁸¹⁸ Ch. Chaumont, «Cours général de droit international public», *Recueil des cours...*, 1970-I, Leyden, Sijthoff, 1971, t. 129, pág. 494.

⁸¹⁹ V. Elynytchev, *loc. cit.*, pág. 126.

duos contra otro Estado, enfrenta al Estado interesado con la alternativa de recurrir a una autoridad mundial o regional capaz de reprimir estos actos o de soportar acciones coercitivas como agresor. El autor agrega que:

El postulado básico que inspira este tercer nivel de obligación es bien simple, a saber: que la inhabilidad para actuar compromete por igual la paz y la seguridad de la humanidad, por lo que a esa incapacidad no debería sumarse la inactividad o indiferencia del Estado para demandar una acción comunitaria organizada. Se considera, por tanto, que, aun de conformidad con el derecho tradicional, si un Estado ha utilizado obviamente todos los medios a su disposición para impedir el acto hostil de una persona contra una nación extranjera, pero no puede físicamente reprimirlo, ello no lo exime, por cierto, de su deber internacional. Este enfoque de la cuestión señala claramente a la atención la posibilidad de que el Estado que así actúa sea culpable de un acto de agresión⁸²⁰.

Sin embargo, esta opinión no parece que la comparten otros autores. Kunz, al referirse a las obligaciones de un Estado neutral, dice:

Un Estado neutral que ha utilizado todos los medios a su alcance para prevenir que se viole su neutralidad, pero que es incapaz de prevenir, ha cumplido con su deber internacional y no es culpable de violación alguna del derecho internacional; por consiguiente, no se justifican sanciones ni represalias militares contra este Estado⁸²¹.

Según Kunz, el Estado cumple adecuadamente con la responsabilidad que le cabe si emplea todos los medios a su alcance para evitar el hecho perjudicial, con independencia de que las medidas adoptadas sean adecuadas. El autor reconoce, no obstante, que cuando los medios de que dispone el Estado «son claramente inadecuados» para cumplir sus obligaciones de neutralidad, no hay nada que prohíba a un Estado beligerante la adopción, como medida extrema, de actos hostiles en jurisdicción neutral contra el enemigo que haga un uso impropio de esa jurisdicción⁸²².

526. Existe una justificación adicional para la fuerza mayor y el caso fortuito que ha sido aceptada por los autores de derecho internacional que reconocen la justificación de «falta de culpa subjetiva» (por ejemplo, Le Fur⁸²³, Verdross⁸²⁴, etc.), así como por quienes afirman la «no violación de una obligación» (por ejemplo, Basdevant⁸²⁵, Jiménez de Aréchaga, Maryan Green, Ruzié, etcétera) o la «falta de intención» o de «conocimiento» (por ejemplo, Cheng, Sibert, Schwarzenberger⁸²⁶, etc.),

⁸²⁰ García-Mora, *op. cit.*, pág. 30.

⁸²¹ J. L. Kunz, «Sanctions in international law», *American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 54, N.º 2 (abril de 1960), págs. 331 y 332.

⁸²² *Ibid.*, pág. 332. En cuanto al significado de la obligación derivada de la «falta de prevención» en la esfera de las normas concernientes a la paz y la seguridad internacionales véase, por ejemplo, Q. Wright, «The prevention of aggression», *ibid.*, vol. 50, N.º 3 (julio de 1956), pág. 527.

⁸²³ L. Le Fur, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1935-IV, París, Sirey, 1936, t. 54, págs. 199 y 200.

⁸²⁴ A. Verdross, «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale», *ibid.*, 1935-II, t. 52, pág. 215.

⁸²⁵ J. Basdevant, «Règles générales du droit de la paix», *ibid.*, 1936-IV, 1937, t. 58, págs. 555 y 556.

⁸²⁶ Schwarzenberger, «The fundamental principles...» (*loc. cit.*), págs. 352 y 353.

y es que la fuerza mayor (*lato sensu*) es un principio general de derecho que excluye la responsabilidad en derecho internacional por el incumplimiento de obligaciones internacionales, del mismo modo que la excluye en los diversos sistemas de derecho interno. Sibert, por ejemplo, explica el paso de la fuerza mayor al ámbito del derecho internacional en los siguientes términos:

No es necesario demostrar ya el lugar que ocupa la fuerza mayor entre los principios generales del derecho: hubiese sido inícuo no incluir como principio universal el postulado de que «a lo imposible nadie está obligado». Por la vía de los principios generales del derecho, la fuerza mayor ha penetrado en el derecho internacional público, pero no se ha tratado de una irrupción, sino de una penetración paulatina, aunque de carácter universal⁸²⁷.

En el mismo sentido, Goebel dice:

El concepto de *vis major* es un concepto de derecho interno que ha pasado al derecho internacional a fin de permitir que el Estado pueda eludir su responsabilidad en casos en que de otro modo sería responsable⁸²⁸.

527. La referencia a los «principios generales del derecho» es particularmente significativa respecto de los autores que justifican inicialmente la fuerza mayor sobre la base de la no violación de una obligación o de la falta de intención o conocimiento. El mismo Anzilotti dice:

Es verdad, no obstante, que en la mayoría de los casos resulta imposible resolver la cuestión [del contenido de la obligación] sobre la base de una norma dada; por tanto, debe recurrirse a los principios generales del derecho⁸²⁹.

Para Jiménez de Aréchaga:

De conformidad con los principios generales del derecho reconocidos por todos los países, no hay responsabilidad si el daño se produce independientemente de la voluntad del agente del Estado y como resultado de fuerza mayor⁸³⁰.

Otras referencias expresas pueden hallarse en los pasajes siguientes de Maryan Green:

Es un principio general de derecho el que un Estado no pueda incurrir en responsabilidad por daños que ocurren independientemente de su voluntad. Imputar el daño al Estado en

⁸²⁷ Sibert, *op. cit.*, pág. 334.

⁸²⁸ J. Goebel Jr., «The international responsibility of States for injuries sustained by aliens on account of mob violence, insurrections and civil wars», *American Journal of International Law*, Nueva York, vol. 8, N.º 4 (octubre de 1914), pág. 813.

⁸²⁹ D. Anzilotti, *Cours...* (*op. cit.*), pág. 499. Al comentar las obligaciones internacionales de comportamiento que entrañan deberes de diligencia y vigilancia, Guggenheim dice:

«Para ciertas categorías de personas que gozan de una protección particular, como los agentes diplomáticos o los prisioneros de guerra, existen normas especiales, independientes del derecho interno, en cuanto a los deberes de diligencia y de vigilancia que incumben al Estado en que residen. Estas normas integran tanto el derecho internacional consuetudinario como el derecho internacional convencional. De tales normas autónomas del derecho de gentes dimanar igualmente los principios generales de los Estados civilizados.» [Guggenheim, *Traité...* (*op. cit.*), págs. 54 y 55.]

⁸³⁰ Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, pág. 544.

dichas circunstancias constituiría un reemplazo del concepto de responsabilidad por el de garantía absoluta⁸³¹.

Y por Cheng:

Del estudio precedente de las decisiones internacionales se desprende que el principio de la culpa y su corolario, el concepto de *vis major*, son principios generales de derecho que rigen la noción de responsabilidad en la naturaleza misma del derecho. Su aplicación en el orden jurídico internacional está confirmada abundantemente por la jurisprudencia internacional⁸³².

528. Muchos autores, inclusive los seguidores de la «teoría objetiva», enumeran también expresamente a la fuerza mayor entre las *excepciones reconocidas por el derecho internacional*. Personnaz, por ejemplo, dice que:

En ciertas hipótesis, algunas circunstancias especiales proporcionan al Estado una excusa legal que lo desvincula de su obligación internacional. Los casos más frecuentes son los de fuerza mayor, legítima defensa y, en cierta medida, el estado de necesidad. En estas hipótesis, se admite tradicionalmente que el derecho de conservación del Estado le permite ejecutar actos contrarios a sus obligaciones internacionales y al derecho común internacional⁸³³.

Delbez dice que:

Las excepciones opuestas al juez pueden ser ya excepciones de hecho: [...] la fuerza mayor, ya una situación contractual [como la cláusula Calvo]⁸³⁴.

Tras afirmar que «la ilicitud del acto no debe quedar cubierta por una excepción reconocida por el derecho internacional», Ruzié enumera a la fuerza mayor entre estas excepciones⁸³⁵.

529. Por último, debe señalarse que el llamado *principio de autoconservación*, así como la teoría del estado de necesidad e incluso la legítima defensa, se han relacionado a veces con la fuerza mayor. La tendencia doctrinaria general actual parecería encontrar bases propias para la fuerza mayor sin recurrir al concepto de autoconservación o a justificativos aplicables a otras circunstancias susceptibles de excluir la ilicitud como el estado de necesidad o la legítima defensa.

530. Todas las tesis antes mencionadas (ausencia de culpa subjetiva; no violación de una obligación; falta de intención; falta de conocimiento; falta de control; falta de medios; principios generales de derecho; excepción reconocida por el derecho internacional) proporcionan una justificación legal para el hecho, confirmado por la práctica de los Estados y las decisiones judiciales internacionales, de que la fuerza mayor y el caso fortuito pueden excluir la ilicitud con arreglo al derecho internacional. Sin duda, desde luego, parecería que el ámbito de aplicación de estas excepciones variase de

conformidad con la justificación adoptada. Por ejemplo, la justificación de ausencia de culpa subjetiva daría *prima facie* un ámbito de aplicación más amplio que la justificación de no violación de una obligación. Pero también ésta parece ser una distinción más aparente que real. En realidad, quienes explican la fuerza mayor y el caso fortuito como ausencia de culpa subjetiva no excluyen en absoluto la posibilidad de que una obligación internacional particular pueda disponer que todo incumplimiento, aun el derivado de fuerza mayor o caso fortuito, deberá considerarse como hecho u omisión ilícitos⁸³⁶. Por otra parte, los autores que hacen valer la no violación de una obligación o la falta de intención o conocimiento reconocen que una obligación internacional preexistente específica puede establecer que el acto u omisión de que se trate debe ir acompañado de culpa subjetiva a fin de que se le considere hecho ilícito⁸³⁷. Por otra parte, la adopción general del concepto de hecho ilícito internacional ha simplificado la cuestión porque, como señala Carlebach:

Si la realización de la situación de hecho en su conjunto no constituye, en ciertas condiciones, un hecho ilícito, entonces todos los elementos del delito gozan asimismo del privilegio de la exclusión del carácter ilícito⁸³⁸.

⁸³⁶ Véase, por ejemplo, J. F. Hostie:

«Para resumir, el derecho internacional actual no parece justificar las opiniones de los comentaristas favorables a la responsabilidad objetiva. Para algunas categorías de casos y en ciertas relaciones únicamente, la responsabilidad fundada expresa o implícitamente en esa base podría, no obstante, ser ocasionalmente reconocida por un tribunal o corte internacional; pero puede decirse sin riesgo a errar que hoy día ese reconocimiento constituiría una derogación del derecho internacional general, que encontraría su justificación en la adopción a tal efecto de una norma especial por las partes en un tratado, acuerdo o compromiso.» (Hostie, *loc. cit.*, pág. 93.)

A. Ross dice:

«Probablemente sería correcto afirmar que el derecho internacional —mediante la aceptación de una máxima legal generalmente reconocida— convierte como norma principal a la norma de la culpa en la base de la responsabilidad, si bien ésta *no adquiere la misma importancia práctica* que en el derecho civil, en parte debido a que muchas de las normas de derecho internacional son normas formales de competencia en las cuales la cuestión de la culpa pasa a segundo plano en muchos casos; y en parte debido a que en las relaciones internacionales ha de exigirse estrictamente una diligencia debida merced a la cual la responsabilidad se dé por reconocida frecuentemente sin que medie ninguna discusión especial acerca de la culpabilidad.» (Ross, *op. cit.*, págs. 257 y 258.)

⁸³⁷ Por ejemplo: «Por otra parte, ciertas normas particulares de derecho internacional pueden requerir, como condición de la responsabilidad, un elemento de malicia de parte del agente del Estado que violó la norma» (Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, pág. 536); «Nada impide en realidad que dos Estados pacten por una convención que la ilicitud de un acto esté condicionada a la culpa» (Sereni, *op. cit.*, pág. 1521); «La prudencia que se reconoce implícitamente al juez o, si la norma *jus aequum* fuese aplicada conscientemente, la razonabilidad y la equidad, constituyen la única guía sobre si en cualquier caso en particular una corte o tribunal internacional deberían requerir algo más que la prueba de una violación injustificada, no tolerada, imputable y voluntaria de una obligación internacional» [G. Schwarzenberger, *International Law (op. cit.)*, vol. I, pág. 652].

⁸³⁸ Carlebach, *op. cit.*, pág. 103.

⁸³¹ Maryan Green, *op. cit.*, pág. 259.

⁸³² Cheng, *op. cit.*, pág. 231. No obstante, el autor subraya lo siguiente: «[...] el hecho de que la malicia o la negligencia culpables constituyan un factor necesario para configurar el hecho ilícito no depende de un principio general que comprenda a todos los hechos ilícitos, sino de la obligación preexistente de que se trate» (*ibid.*, pág. 226).

⁸³³ Personnaz, *op. cit.*, págs. 62 y 63.

⁸³⁴ Delbez, *op. cit.*, pág. 368.

⁸³⁵ Ruzié, *op. cit.*, pág. 67.

Una vez más, esta materia parecería reducirse en última instancia a la cuestión de cuál debería ser el principio general y cuál la excepción. La adopción como principio general de uno de estos dos enfoques doctrinarios puede ser, no obstante, de mucha importancia respecto de otras cuestiones subordinadas, en particular respecto de la cuestión de si la carga de la prueba debe recaer en el demandante o en el demandado⁸³⁹.

c) Requisitos de existencia de la excepción legal de fuerza mayor o caso fortuito

531. El concepto de «fuerza mayor» y «caso fortuito» elaborado por los autores de derecho internacional no difiere en ninguno de sus elementos esenciales del que sea dable encontrar en los diversos sistemas de derecho interno. Para determinar la existencia de la fuerza mayor y del caso fortuito, esos autores señalan generalmente los mismos requisitos que caracterizan a esas situaciones en el derecho interno, a saber: *a)* que el hecho invocado como fuerza mayor o caso fortuito sea absolutamente independiente de la voluntad de los interesados; *b)* que el hecho invocado sea imprevisible o previsible, pero inevitable o irresistible; *c)* que el hecho invocado haga imposible el cumplimiento de la obligación, y *d)* que el hecho invocado tenga un nexo causal directo con el efecto resultante, la imposibilidad de cumplir la obligación⁸⁴⁰.

Las declaraciones que se citan a continuación, por vía de ejemplo, confirman tal conclusión:

Fauchille:

Es preciso que el hecho sea imputable a su autor, es decir, que pueda considerarse como el resultado de una decisión libre de su parte. [...] Pero, desde luego, el caso fortuito o de fuerza mayor no puede haber sido precedido de algún hecho culposo, de no mediar el cual no se habrían producido consecuencias perjudiciales para otro⁸⁴¹.

Podestá Costa:

La inexorabilidad del agente lesivo no es uno de los requisitos indispensables de la fuerza mayor. Para que se considere caso de fuerza mayor es menester que el hecho extraordinario que imposibilita el cumplimiento de una obligación sea extraño a la persona que ha de satisfacerlo y que ésta, no obstante proceder con diligencia, no haya podido ni pueda evitarlo. Los males que en tales circunstancias se originan no son imputables al que así ha omitido cumplir un deber o lo ha llenado

incumplidamente. [...] la simple posibilidad de que un hecho se produzca no significa que él sea probable y que, por tanto hayan de adoptarse las precauciones necesarias para evitarlo. [...] Cuando se trata del daño producido a terceros por el incumplimiento culpable de un deber, la previsibilidad consiste en la aptitud en que ha estado el obligado para conocer a debido tiempo el hecho de fuerza que había de impedirle la ejecución y evitarlo de antemano, poniendo así a salvo los intereses ajenos. La aptitud para prever el hecho lesivo tiene por mira la posibilidad de evitarlo. Si ese hecho no es previsible, o si siendo previsible no puede evitar, se está frente a un caso fortuito o de fuerza mayor⁸⁴².

Sibert:

Así se confirma el efecto de la *fuerza mayor, acontecimiento incoercible* ante el cual nada puede hacerse [...] y que acarrea como consecuencia la modificación del curso normal de las situaciones jurídicas. [...] Así, al entrar en contacto con una jurisprudencia escasa pero unánime, queda de manifiesto que el elemento de incoercibilidad es el que domina toda la noción de fuerza mayor. Para que haya «fuerza mayor es preciso que no exista *medio alguno* de impedir o evitar los hechos invocados»⁸⁴³.

L'Huillier:

En efecto, [la fuerza mayor] supone que el hecho lesivo, aunque correlativo de la actividad del Estado, sea imputable a una causa externa a esa actividad, causa cuya sobrevenida los órganos de ese Estado no han podido prever, como tampoco impedir su acción⁸⁴⁴.

532. Los autores de derecho internacional coinciden en general en que la «imposibilidad» de cumplimiento que resulta de la fuerza mayor o del caso fortuito puede ser de naturaleza tanto física como jurídica. Schwarzenberger observa a este respecto que «el carácter voluntario de cualquier hecho que sea pertinente desde el punto de vista internacional no es lo mismo que la voluntariedad material»⁸⁴⁵. Sin embargo, esta conclusión general debería estimarse limitada por la reserva relativa al derecho interno que se ha hecho con anterioridad⁸⁴⁶. Comentando esta cuestión, Fitzmaurice dice, por ejemplo:

[...] Puede suceder, en efecto, que un Estado haya firmado y ratificado debidamente un tratado que esté en vigor, y su gobierno se dé cuenta con posterioridad que, debido a algún precepto o deficiencia de su derecho interno, no puede aplicar ese tratado (supongamos, por ejemplo, que sea un tratado que otorgue ciertos derechos comerciales a los nacionales de otro país). El gobierno pide entonces al poder legislativo que subsane la deficiencia, pero éste se niega a ello o no lo hace. En

⁸³⁹ La cuestión de la carga de la prueba interesa particularmente a los autores. Algunos han sugerido a veces la organización racional de un sistema de pruebas como alternativa práctica para superar las dificultades teóricas dimanadas de las divisiones existentes sobre el papel que debe atribuirse a la «culpa subjetiva» (véase, por ejemplo, la propuesta hecha en 1927 por Ch. de Visscher ante el Instituto de Derecho Internacional (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, París, vol. 3, pág. 106). El Asunto del Estrecho de Corfú provocó también varios comentarios doctrinarios sobre la cuestión de la admisibilidad de la prueba indirecta en relación con ciertos tipos de obligaciones internacionales (véase *C.I.J. Recueil* 1949, pág. 18).

⁸⁴⁰ Véase párr. 15 *supra*.

⁸⁴¹ Fauchille, *op. cit.*, pág. 516.

⁸⁴² L. A. Podestá Costa, «La responsabilidad del Estado por daños irrogados a la persona o a los bienes de los extranjeros en luchas civiles», *Revista de Derecho Internacional*, La Habana, 1938, vol. XXXIV, N.º 67 (30 de setiembre de 1938), págs. 52 y 53.

⁸⁴³ Sibert, *op. cit.*, págs. 334 y 335.

⁸⁴⁴ L'Huillier, *op. cit.*, pág. 368.

⁸⁴⁵ Schwarzenberger, «The fundamental principles...» (*loc. cit.*), pág. 352. El autor agrega: «Sin embargo, sigue en pie la cuestión sobre cuáles serían los criterios para determinar si un sujeto de derecho internacional ha agotado todas las posibilidades jurídicas a fin de cumplir los deberes que le incumben con arreglo al derecho internacional» (*ibid.*).

⁸⁴⁶ Véase párr. 37 *supra*.

esas circunstancias, no dejaría de ser natural que el gobierno alegase una especie de fuerza mayor o situación de *non possumus*; pero esa alegación no puede aceptarse. La falacia reside en considerar que la obligación corresponde al gobierno, en circunstancias que el gobierno es meramente el órgano de ejecución. La obligación incumbe al Estado en su conjunto, del cual el gobierno constituye sólo una parte. Resulta siempre indiferente qué parte determinada del Estado o qué órgano del Estado es responsable del incumplimiento, pues éste será siempre un incumplimiento del Estado en su conjunto⁸⁴⁷.

533. Cabe observar que algunos autores de derecho internacional subrayan también que la «imposibilidad» resultante de la fuerza mayor o del caso fortuito es de naturaleza transitoria. Por ejemplo, Rolin ha escrito que

Sólo la fuerza mayor dimanante de circunstancias excepcionales y transitorias, tales como la guerra civil, permitiría al Estado liberarse de la responsabilidad que deriva de su incapacidad para mantener el orden y la tranquilidad pública⁸⁴⁸.

Precisamente fundándose en su carácter transitorio, según se ha visto⁸⁴⁹, algunos autores, como Ténékidès, distinguen entre la fuerza mayor propiamente tal y la norma de *impossibilium nulla est obligatio*.

534. Como dice Cavaré,

En las hipótesis en que la responsabilidad internacional tiene como fundamento la culpa o el acto ilícito, es necesario, para que se reconozca la existencia de esa responsabilidad, que el perjuicio derive realmente de la culpa o del acto ilícito del Estado. Se requiere que exista un vínculo verdadero entre el perjuicio y la culpa del Estado o el acto ilícito que le es imputable. Es la relación de causalidad que exigen la legislación y la jurisprudencia internas⁸⁵⁰.

Asimismo, para excluir la ilicitud y, en consecuencia, la responsabilidad internacional debe existir un nexo causal entre el hecho invocado como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito y la imposibilidad de cumplir la obligación. La doctrina pareciera también reconocer que no es necesario en todos los casos que este nexo causal sea inmediato. Por ejemplo, puede suceder que la fuerza mayor o el caso fortuito induzcan a «error» a quienes actúan en nombre del Estado. En este caso, el conjunto de circunstancias que rodean el caso puede considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, aunque la causa inmediata del comportamiento seguido haya sido un error⁸⁵¹.

535. Las condiciones que se exigen para concluir que existe fuerza mayor o caso fortuito, señaladas anteriormente, proporcionan a la vez una directriz sobre cuya base resulta posible distinguir esas circunstancias de otras que pueden también excluir la ilicitud, en particular de la denominada «estado de necesidad». Como subrayan varios autores, la fuerza mayor y el caso for-

tuito privan a quienes actúan en nombre del sujeto de la obligación de su «libre voluntad»⁸⁵², al paso que, como señala De Visscher:

La excusa de necesidad implica una cierta libertad, en el sentido de que quien la invoca ha estimado, por una elección sin duda limitada, pero con todo consciente y razonada, poder preferir sus propios intereses al respeto del derecho de otro. Ella supone una ponderación de los respectivos valores de los intereses en juego⁸⁵³.

536. Las condiciones que caracterizan la fuerza mayor y el caso fortuito permiten también distinguir esas circunstancias de otras instituciones reconocidas por el derecho internacional, tales como la angaria. Así, por ejemplo, Ulloa, autor que reconoce expresamente la fuerza mayor como circunstancia eximente de responsabilidad, afirma que la angaria es una institución que autoriza al Estado a realizar ciertos actos, pero no lo exonera de su deber de indemnizar, porque, «en realidad, los daños que sufren los particulares en esos casos no tienen el carácter de inevitables, que permitiría equipararlos con los que sufren como consecuencia de la realización de operaciones violentas de guerra»⁸⁵⁴.

d) Causas materiales de la excepción de fuerza mayor o caso fortuito

537. Los autores de derecho internacional se refieren con frecuencia a las fuerzas de la naturaleza, como ejemplo típico de causas que dan origen a la fuerza mayor o el caso fortuito. Como afirma Eagleton, sin duda se admitirá que un gobierno no puede ser considerado responsable de indemnizar los daños que resulten «de terremotos, incendios, inundaciones, pestes y otras fuerzas de la naturaleza. *Ad impossibile nemo tenetur*»⁸⁵⁵. Sin embargo, la fuerza mayor y el caso fortuito pueden ser también consecuencia de causas de origen humano. Fenómenos humanos, tales como las guerras internacionales, las guerras civiles, las insurrecciones, las revoluciones, las sediciones, la violencia de las turbas, etc., pueden hacer surgir también condiciones de fuerza mayor o de caso fortuito. Ha sido, en realidad, mediante el estudio de esta materia en relación con esas clases de disturbios que la doctrina ha aclarado aspectos importantes del concepto de fuerza mayor, como circunstan-

⁸⁵² Véase, por ejemplo, Cheng, *op. cit.*, pág. 227.

⁸⁵³ Ch. de Visscher, *Théories et réalités...* (*op. cit.*), 3.^a ed., 1960, pág. 339.

⁸⁵⁴ A. Ulloa, *Derecho Internacional Público*, 4.^a ed., Madrid, Ediciones Iberoamericanas, 1957, t. II, págs. 262 y 263. Como señala Bonfils:

«En caso de disturbios civiles o de guerra exterior, un Estado puede ser llevado a retener momentáneamente en sus puertos todos los buques mercantes nacionales o extranjeros, en aras de su defensa o para asegurar mejor el secreto de alguna expedición marítima. Hay embargo si ese Estado les impide salir sin imponerles una misión y angaria si destina esos buques mercantes requisados a un servicio público. [...]»

»La angaria es una medida especial que compromete la responsabilidad financiera del Estado que recurre a ella.» (Bonfils, *Manuel de droit international public*, 7.^a ed., París, Rousseau, 1914, pág. 210.)

⁸⁵⁵ Eagleton, *op. cit.*, pág. 125.

⁸⁴⁷ Sir Gerald Fitzmaurice, «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law», *Recueil des cours...*, 1957-II, Leyden, Sijthoff, 1958, t. 92, pág. 87.

⁸⁴⁸ H. Rolin, *loc. cit.*, pág. 447.

⁸⁴⁹ Véase nota 25 *supra*.

⁸⁵⁰ Cavaré, *op. cit.*, pág. 482.

⁸⁵¹ Sobre el error como «causa de exoneración de la sanción de ilicitud», véase Dubouis, *loc. cit.*, págs. 212 y ss.

cia que excluye la ilicitud en la esfera de la responsabilidad de los Estados por los hechos ilícitos internacionales.

538. A ese respecto fue especialmente fructífero el debate que sostuvieron los autores de derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX sobre la cuestión de si un Estado debía responder de los perjuicios sufridos por extranjeros en su territorio en el curso de guerras civiles, insurrecciones, revoluciones, sediciones, violencia de las turbas, etc. Hay un aspecto del debate que no es necesario examinar en un documento consagrado a la fuerza mayor, a saber: la cuestión de la definición y el ámbito de las obligaciones internacionales relativas al trato a los extranjeros, así como de los principios que inspiran básicamente esas «normas primarias» (igualdad de trato con respecto a los nacionales *versus* la observancia de normas establecidas internacionalmente⁸⁵⁶). Tampoco revisten mayor interés para los fines de este estudio las opiniones formuladas durante el debate sobre asuntos relativos a «normas secundarias» (normas que rigen la responsabilidad de los Estados) distintas de la fuerza mayor, como circunstancia excluyente de ilicitud, tales como, por ejemplo, aquellas concernientes a la determinación de las normas sobre atribución de un comportamiento determinado al Estado (definición de los «hechos del Estado» en las diversas hipótesis, de los hechos de órganos del Estado, de los actos de particulares, de los actos de insurrectos, etc.). A los efectos del presente estudio, el interés de ese debate histórico reside exclusivamente en el hecho de que se hizo una serie de declaraciones en ese contexto que contribuyen a la elucidación de la cuestión de las posibles causas de fuerza mayor en las relaciones internacionales, así como de ciertos aspectos del ámbito de aplicación de la excepción de fuerza mayor, de conformidad con el derecho internacional, un punto que Pons ha subrayado en el siguiente pasaje:

La responsabilidad del Estado por los daños causados a extranjeros en el curso de conmoción interior y de movimientos revolucionarios es quizá el aspecto más controvertido de nuestra materia. En efecto, por una parte, con ocasión de esos desórdenes se ha presentado la mayor parte de las reclamaciones. Por otra parte, los Estados demandados han negado en

⁸⁵⁶ Como dice Personnaz:

«[...] aquí chocan las dos concepciones: la de la igualdad de trato a los extranjeros y la de la aplicación a éstos de ciertas normas internacionales. En la primera, que defienden principalmente los Estados sudamericanos, los derechos del nacional serían el máximo que podría pretender un extranjero, que no podría, en caso alguno, gozar de un trato más favorable que aquél. En cambio, según la otra concepción, llamada continental, el trato al extranjero no estaría determinado por el derecho interno, sino solamente por el derecho internacional y debería atenerse a un cierto nivel fijado por las normas internacionales. La pugna de estas dos teorías impidió que la Conferencia de Codificación lograra un acuerdo y se comprende que, según se patrocine una u otra, se pueda afirmar o negar que en tal o cual caso se compromete la responsabilidad del Estado.» (Personnaz, *op. cit.*, págs. 63 y 64.)

Véase también A. H. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leyden, Sijthoff, 1949 (tesis).

ese caso, más que en ningún otro, que les incumbiese responsabilidad, encontrando en esas circunstancias independientes de su voluntad la justificación característica de la necesidad o de la fuerza mayor.

No cabe, pues, sorprenderse de haber visto sostener en los casos de motines y de guerras civiles las doctrinas más contradictorias⁸⁵⁷.

539. Entre los autores que pertenecen a la primera de las tres principales tendencias que surgieron del debate doctrinario mencionado anteriormente, a saber: el grupo que niega que exista responsabilidad del Estado por los perjuicios que sufran los extranjeros en el curso de guerras civiles, insurrecciones, revoluciones, sediciones, violencia de las turbas, etc., algunos desarrollaron, en efecto, la teoría de que tales eventos constituían casos de fuerza mayor⁸⁵⁸. Por otra parte, algunos autores que pertenecen al grupo menos numeroso que sostiene la tesis contraria de que el Estado es responsable de los perjuicios que sufran los extranjeros durante esos sucesos, niegan que las guerras civiles, las insurrecciones, las revoluciones, las sediciones, la violencia de las turbas, etc., puedan considerarse casos de fuerza mayor⁸⁵⁹. Rechazando tanto una norma absoluta de no responsabilidad como una norma absoluta de responsabilidad, un tercer grupo de autores adopta una serie de posturas intermedias que se acercan, en mayor o menor grado, a las opiniones de quienes pertenecen al primer grupo o a los del segundo grupo, según el autor particular de que se trate. En realidad, quienes adoptaron la llamada postura absoluta, a menudo han morigerado su conclusión básica, aceptando también ciertas excepciones. Por último, el asunto gira, en consecuencia, alrededor de la cuestión acerca de cuándo y en qué medida las guerras civiles, las insurrecciones, las revoluciones, las sediciones, la violencia de las turbas, etc., pueden considerarse como causas de fuerza mayor que justifiquen la correspondiente excepción⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ Pons, *op. cit.*, pág. 147.

⁸⁵⁸ La no responsabilidad del Estado ha sido defendida también por autores que pertenecen a ese grupo sobre la base de otros argumentos tales como: el principio de la independencia y la soberanía de los Estados; el principio del trato igual a nacionales y extranjeros; la teoría de que el extranjero que se establece en un determinado país asume el riesgo a que se expone en caso de guerra civil, insurrección, etc.; la teoría de que la existencia de una guerra civil, una insurrección, etc., constituye una situación de fuerza mayor; etc. Con excepción de Wiesse, los autores latinoamericanos siguen en general esta tendencia, que es compartida también por varios tratadistas de otros continentes. Ha sido en relación con este aspecto, la responsabilidad de los Estados por los perjuicios que sufran los extranjeros en caso de guerra civil, revoluciones, etc., que Podestá Costa elaboró la teoría denominada de «comunidad de fortuna».

⁸⁵⁹ En apoyo de la responsabilidad del Estado, esos autores sostuvieron las bien conocidas teorías de «expropiación» (Brusa) y «riesgo estatal» (Fauchille), así como otras basadas en una *presumption juris et de jure* o en una *obligation ex delicto*.

⁸⁶⁰ Con respecto a la postura adoptada por Calvo sobre la materia véanse, por ejemplo, los comentarios de A. V. Freeman: «Recent aspects of the Calvo doctrine and the challenge of international law», *American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 40, N.º 1 (enero de 1946), págs. 132 y 133. Para la teoría anglosajona de «asignación de los riesgos», véase F. S. Dunn, *The Protection of Nationals*, Baltimore (Md.), Johns Hopkins, impr., 1932, págs. 133 a 136.

540. Como se ha señalado, algunos autores que sostuvieron como norma básica la tesis de la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados a extranjeros en el curso de guerras civiles, insurrecciones, revoluciones, sediciones, violencia de las turbas, etc., adoptaron la postura de que la doctrina de la fuerza mayor no era aplicable a tales eventos. Por ejemplo, en el siguiente pasaje de Brusa, el concepto de fuerza mayor parecería abarcar sólo los acontecimientos que emanan de las fuerzas ciegas y elementales de la naturaleza, es decir, lo que los tratadistas anglosajones denominan «acts of God»:

Basta con representarse las causas reales de cualquier motín o insurrección, de cualquier guerra, sea civil o internacional, para ver que, desde luego, no pueden equipararse a un simple accidente de fuerza mayor. La fuerza mayor excluye el elemento de la voluntad, que desempeña, por el contrario, un papel muy importante en los hechos de guerra o propios de un motín. En uno y otro caso se habla en igual forma de un estado de necesidad; pero esa necesidad no alcanza a ser una fatalidad verdaderamente inexorable, fatalidad elemental propia de las fuerzas ciegas de la naturaleza, como en los casos de un terremoto, de una inundación, de una granizada, de un incendio ⁸⁶¹.

Razonando de un modo análogo, Wiesse afirma que:

Los daños causados a los extranjeros en las guerras civiles, según una opinión bastante generalizada, tienen el carácter de los que se derivan de una guerra internacional; son casos de fuerza mayor que nadie está obligado a reparar. Si el gobierno acude en socorro de las víctimas inocentes, lo hace a título de equidad y beneficencia de su parte, sin que esas víctimas tengan ningún derecho, en atención a que el Estado no tiene nada que reprocharse en los perjuicios causados.

El fundamento de esta doctrina es falso, tanto en el caso de las guerras civiles como en el de las internacionales. La fuerza mayor excluye el elemento de la voluntad, que interviene preponderantemente en los hechos de guerra. Tal vez existe un estado de necesidad; pero esta necesidad no es una fatalidad verdaderamente inexorable, fatalidad elemental como en los casos de un terremoto, de una inundación o de un incendio ⁸⁶².

541. Igualmente, Leval ha señalado que, «como norma, no pueden considerarse las sediciones como *actos de fuerza mayor*» porque «generalmente no son suscitadas por una causa desconocida, y el deber de todo gobierno es evitarlas» ⁸⁶³. Para Goebel,

Resulta, en general, difícil considerar las guerras civiles e insurrecciones como casos de *vis major*, por cuanto son situaciones en las cuales es obviamente imposible excluir totalmente el elemento de la voluntad. [...] Por supuesto, el hecho de que la propia guerra civil no sea un caso de *vis major* no ex-

cluye la posibilidad de considerar que revisten tal carácter ciertos incidentes que se produzcan durante la insurrección ⁸⁶⁴.

542. El concepto restrictivo de fuerza mayor que fluye de las exposiciones mencionadas *supra* no parece compartido, sin embargo, por la mayor parte de los autores de derecho internacional que han estudiado la cuestión de la responsabilidad de los Estados por los perjuicios causados a extranjeros. Por el contrario, la opinión imperante parece ser que la fuerza mayor puede resultar no sólo de la intervención de fuerzas naturales, sino también de las condiciones creadas por una guerra civil, una insurrección, una revolución, una sedición, la violencia de las turbas, etc. Los pasajes que se citan *infra* respaldan la tesis general de que la presión que esos disturbios civiles ejercen sobre los recursos de los Estados, aun de los mejor organizados, pueden generar condiciones que justifiquen una excepción de fuerza mayor.

Von Bar:

El concepto de *vis major* o «fuerza mayor» no es ni tan estrecho ni tan absoluto. Es sabido que un acto de pillaje o una medida adoptada en tiempo de guerra, que dependen con todo de la voluntad humana, no acarrearán el mismo grado de responsabilidad que correspondería en otras circunstancias ⁸⁶⁵.

Seijas:

El Gobierno inglés, como el ruso, el francés, el italiano y el español, han proclamado y sostenido la irresponsabilidad del Estado por perjuicios ocasionados a extranjeros por tropas revolucionarias, y aun por las constitucionales, cuando el daño no ha sido voluntario y deliberadamente causado.

[...]

Todo Gobierno reconoce la obligación de conservar la tranquilidad pública, y de proteger las propiedades de nacionales y extranjeros; pero no siempre puede lograrlo. Si no las más de las veces, en algunas de ellas, y no pocas, ni aun el mismo gobierno puede asegurar su existencia. Y siendo esto cierto, ¿cómo podrá entonces responder por la de los particulares? Sería sobradamente injusto pretender imponerle una obligación o infligirle una pena por un hecho en que no ha tenido parte ni ha estado en su poder evitar. [...] ⁸⁶⁶.

Fiore:

Supongamos que un país se vea agitado por la revolución y la guerra civil, y que, para reprimir el desorden, el gobierno emplee los medios de represión necesarios para salvaguardar los intereses del Estado y que no estén absolutamente prohibido por el derecho internacional. Si por este hecho los extran-

⁸⁶¹ E. Brusa, «Responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute ou de guerre civile» (informe presentado al Instituto de Derecho Internacional), *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1898, París, vol. 17, 1898, pág. 97.

⁸⁶² C. Wiesse, *Reglas de derecho internacional aplicables a las guerras civiles*, 2.ª ed., Lima, Torres Aguirre, impr., 1905, págs. 87 y 88.

⁸⁶³ G. de Leval, «Diplomatic protection of citizens abroad» (trabajo leído ante la 24.ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional), *ILA, Report of the Twenty-fourth Conference* [Portland (Maine), 1907], Londres, West, Newman, 1908, pág. 206.

⁸⁶⁴ Goebel, *loc. cit.*, pág. 815. Sin embargo, el autor admite salvedades a su postura sobre la materia, agregando que «es primordialmente una cuestión de hecho el que una guerra civil constituya *vis major*», y que «esta doctrina [*vis major*] sólo ha de invocarse en casos excepcionales según las circunstancias del caso, que deben ser graves y abrumadoras» (*ibid.*). Mediante esas salvedades, el autor subraya el carácter relativo del concepto de fuerza mayor. Véanse al respecto los párrs. 544 a 547 *infra*.

⁸⁶⁵ L. von Bar, «De la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas de troubles, d'émeute ou de guerre civile», *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruselas, 2.ª serie, t. I, 1899, pág. 466.

⁸⁶⁶ R. F. Seijas, *El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)*, Caracas, El Monitor 1884, vol. III, págs. 538, 539 y 563.

jeros sufriesen algún perjuicio, el gobierno no podría ser declarado responsable, ni estaría obligado a indemnizarles los daños que hubiesen experimentado. Si un gobierno descuidase hacer todo lo necesario para proteger la propiedad y los bienes de extranjeros, si no se ocupase de reprimir la violencia y los agravios causados por los ciudadanos, estaría obligado a responder de las consecuencias de su negligencia culpable; pero si el perjuicio fuese el resultado de la fuerza mayor, no le incumbiría responsabilidad jurídica alguna. La necesidad de proteger los derechos de los extranjeros no podría paralizar la acción de un gobierno ⁸⁶⁷.

Calvo:

Aun los extranjeros residentes en el país en trance de guerra civil están en el caso de sufrir sus resultados y no podrán reclamar indemnización alguna, a no ser que se pruebe evidentemente que el gobierno legítimo pudo protegerlos y que fue negligente en evitarles los perjuicios de todo daño. Estos principios han sido reconocidos en más de una ocasión y de una manera terminante por los gobiernos de Europa y de América ⁸⁶⁸.

Hall:

Cuando un gobierno no pueda transitoriamente controlar los actos de los particulares dentro de sus dominios, debido a una insurrección o a una conmoción civil, no es responsable de los perjuicios que puedan sufrir los súbditos extranjeros en su persona o sus bienes en el curso de la lucha, sea debido a las medidas que se encuentre obligado a adoptar para recuperar su autoridad o a los actos cometidos por aquella parte de la población que se haya sustraído a su control ⁸⁶⁹.

Escríche:

Caso fortuito es el suceso inopinado, o la fuerza mayor, que no se puede prever ni resistir. Tales son las inundaciones, tormentas, naufragios, incendios, rayos, violencias, *sediciones populares*, ruinas de edificios causadas por alguna desgracia imprevista y otros acontecimientos semejantes ⁸⁷⁰.

Despagnet:

Sin embargo, los extranjeros pueden sufrir perjuicios a raíz de estallar una guerra, una revolución o un motín en el país en que se encuentren: hoy día se admite universalmente que no puede invocarse en tal caso la protección diplomática o consular, porque se trata de un accidente de fuerza mayor, cuyo riesgo corren los extranjeros exactamente en la misma forma que los nacionales del país. Por otra parte, sería excesivo pretender restringir la libertad de acción de los beligerantes o del gobierno que combate a los insurrectos para obligarlos a respetar los bienes y las personas de los extranjeros, sobre todo cuando suele ser imposible distinguirlos en una lucha violenta ⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ P. Fiore, *Nouveau droit international public*, 2.ª ed., París, Durand et Pedone-Lauriel, 1885, vol. I, pág. 583.

⁸⁶⁸ C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 5.ª ed., París, Rousseau, 1896, t. I, pág. 240. Esta afirmación figura en una sección del tratado de Calvo relativa a los daños derivados de la fuerza mayor, las calamidades públicas o los incendios, que requieran de la adopción de medidas en beneficio de la seguridad pública.

⁸⁶⁹ W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1924, pág. 274.

⁸⁷⁰ Citado en el laudo del Asunto Sambiaggio: Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 60.V.4), pág. 516. Véanse también párrs. 366 a 369 *supra*.

⁸⁷¹ F. Despagnet, *Cours de droit international public*, 2.ª ed., París, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts, 1899, pág. 353.

Arias:

En caso de una rebelión o una guerra civil, los intereses primordiales y más importantes del Estado —su existencia o la de sus órganos constitucionales— están en juego, de modo que para el Estado resulta imperativamente necesario esmerarse en evitar tales conmociones. En esas circunstancias, es obvio que el Estado puede encontrar *imposible* garantizar la seguridad de las personas y los bienes en su territorio. Puede ser necesario tomar medidas enérgicas, en cuya ejecución se prescindiera de los intereses privados, que sufran, en consecuencia, perjuicios. El peligro puede ser tan inminente que requiera exclusivamente toda la atención del gobierno. El Estado no puede entonces hacer cumplir el derecho ordinario y, en consecuencia, no debe ser considerado responsable de los daños que de ello resulten. Así, pues, se aplica la bien conocida máxima *nemo tenetur ad impossibile*.

[...]

Debe reconocerse que el gobierno más eficiente puede verse incapacitado para prever o evitar acontecimientos desafortunados. Ciertas conmociones civiles, como las pestes, no pueden ser erradicadas por el Estado sin que ocurran sucesos lamentables. Rebasan el plano del cuidado razonable, y cuando surgen, el gobierno, en virtud de su derecho de soberanía, está facultado para recurrir a cualquier medida que exija la necesidad del momento, siempre que no sea contraria a los principios generales de humanidad, aunque puede infligir daños y perjuicios o suspender el ejercicio de los derechos ordinarios de los miembros de la comunidad.

[...]

De lo expuesto, y para recapitular sobre el particular, resulta evidente que se pueden enunciar, sin contradicción, las siguientes proposiciones:

[...]

De conformidad con la teoría jurídica, expresada en la máxima *nemo tenetur ad impossibile*, los Estados no son responsables de los perjuicios sufridos por insurrección o una guerra civil ⁸⁷².

Guerrero:

No compartimos el parecer de quienes niegan que la revolución es un caso de *vis major*. En general, los Estados no desean ni las guerras ni las revoluciones —estas últimas, en verdad, aún menos que las primeras—. Ocurren casi invariablemente debido a que ha intervenido una fuerza ciega, ante la cual las autoridades públicas se encuentran impotentes. Ningún Estado está inmune a ese mal. La revolución irrumpe en un país con toda la fuerza brutal de una convulsión de la naturaleza. Los extranjeros, así como los nacionales, deben soportar las consecuencias y compartir la buena o mala fortuna que esos acontecimientos no deseados e imprevistos puedan traer.

[...]

[...] No puede considerarse responsable [a un Estado] por lo que ocurra en un territorio que ya no se encuentra bajo su autorización o control, cuando un caso de *vis major* le impide cumplir con sus deberes de protección ⁸⁷³.

Podestá Costa:

Ningún Estado ha garantizado jamás por completo, por más que sus instituciones funcionen con regularidad, que esos dere-

⁸⁷² Arias, *loc. cit.*, págs. 735, 736, 740, 741 y 764.

⁸⁷³ G. Guerrero, relator del Subcomité del Comité de Expertos de la Sociedad de las Naciones para la codificación progresiva del derecho internacional, cuestionario N.º 4, sobre la «Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers» (C.46.M.23.1926.V), pág. 12.

chos [derechos de los habitantes] estén en absoluto al amparo de toda violencia, pues ninguno ha entendido vivir libre de toda preocupación respecto del orden interno, descansando por entero en la seguridad de que no puede sobrevenir una situación de fuerza, imprevista e incontenible, que le obligue a concentrar toda su energía en la defensa de los intereses generales amenazados antes que en la protección de los derechos del individuo.

El Estado hace efectivos los derechos de los habitantes hasta donde alcanza su acción y su fuerza, conducidas con entera buena fe y con el máximo de diligencia y energía. Los acontecimientos de la naturaleza, así como los hechos de los hombres, prodúcense a veces en forma tal que los derechos de los habitantes se ven momentáneamente trabados o imposibilitados, y ni la previsión ni la acción del Estado pueden reintegrarlos en su ejercicio sino después de cierto tiempo, cuando consigue normalizar la situación o restablecer el orden institucional.

[...]

Cierto es que nadie puede inculparse cuando los males colectivos que afligen a una población provienen por entero de las fuerzas ciegas de la naturaleza. Está fuera de duda que entonces se soporta un hecho absolutamente inexorable: se está frente a la *vis divina*, al *fatum*, a la *fatalitas* que decían los romanos. Pero la fuerza mayor o caso fortuito existe, aunque el hecho lesivo no sea un acontecimiento inexorable de la naturaleza. Tanto impide cumplir un deber una fuerza insuperable opuesta por los agentes naturales como una causa exterior igualmente invencible, opuesta por los hombres. [...]

Las características de la fuerza mayor aparecen en las luchas civiles en grado máximo y con doble aspecto.

Las presenta de un modo general el estallido del movimiento armado, que es un acontecimiento incontenible (*cui resisti non potest*), rarísima vez previsible o por lo menos siempre inevitable. Se ha sostenido que el estallido de la contienda civil es un fenómeno previsible, argumentándose para ello sobre la base de que un gobierno inepto u opresor sabe que le espera un levantamiento para derribarlo. Nada autoriza a sostener semejante afirmación. ¿Qué se dirá cuando la insurrección estalla contra un gobierno que no es inepto ni opresor?

[...]

Pero el estallido de la rebelión no sólo sobreviene como un hecho imprevisible e inevitable, sino que también es un hecho no imputable al Estado. Pretenden algunos que el alzamiento debe imputarse a éste, porque consideran que lo ha provocado la conducta excesiva de las autoridades. Esta afirmación, si bien puede tener a veces su parte de verdad, no puede ser mantenida en absoluto, y entonces pierde todo su valor. La historia política presenta el caso de numerosas contiendas civiles cuyo estallido no ha respondido a la presión de las autoridades, sino a las ambiciones de algún caudillo o a los ideales de una agrupación política, que han entendido que por medio de una convulsión revolucionaria lograrían el gobierno. Sucesos de esta especie no pueden imputarse a toda la comunidad política, máxime cuando ella les ha puesto fin muchas veces sofocando la rebelión.

Todo autoriza a pensar que la contienda civil, como fenómeno, es un ejemplo típico de *casus*. Preséntase generalmente como un hecho de fuerza irresistible, que sobreviene en forma inopinada, de tal modo que no ha podido preverse o que si por acaso ha sido previsto no ha podido evitarse; es un fenómeno proveniente de múltiples factores sociales, que no está en manos del Estado torcer o alterar por completo y que en gran parte son extraños a su acción, todo lo cual le coloca en una situación de fuerza que imposibilita por un tiempo el funcionamiento de sus instituciones.

Las características de la fuerza mayor aparecen en otra forma en las luchas civiles, aunque con menos generalidad. Ellas acompañan muchas veces a los incidentes parciales de la lucha

armada, pues se las encuentra en hechos de fuerza que el Estado debe producir para sofocar el movimiento sedicioso. Mientras la rebelión no se apaga, gobierno y habitantes hállanse en un verdadero *status necessitatis*. Al lado de los derechos necesarios para la existencia y desarrollo del individuo están los derechos superiores e inalienables de la colectividad, indispensables para asegurar la existencia de aquéllos. Si la vida política e institucional del Estado se halla amenazada y los derechos de la comunidad peligran, el Estado tiene el deber de obrar con todas sus fuerzas por su conservación. Ante este deber ceden los derechos del individuo. El profesor Anzilotti ha analizado esta situación aproximándola al derecho de conservación del Estado. Admítase generalmente —dice— que los actos ejecutados en *status necessitatis* no implican responsabilidad, aunque sean contrarios a las reglas del derecho, y este principio es aplicable en las relaciones internacionales, pues la noción del *status necessitatis* es una noción jurídica general que comprende todas las ramas del derecho, aunque en cada una tenga justificación y aplicación especiales⁸⁷⁴.

Rousseau [En cuanto a los daños que resulten de la lucha misma]:

[...] Como norma general, la jurisprudencia internacional admite en ese caso la *irresponsabilidad del Estado* en virtud de la aplicación de las normas del derecho de guerra. [...] La jurisprudencia internacional justifica habitualmente esta solución recurriendo a la excepción de *fuerza mayor*⁸⁷⁵.

Ulloa:

Otra cuestión que sale del molde de lo lícito y de lo ilícito es la cuestión relativa a la responsabilidad del Estado en los casos de *fuerza mayor*. Esta cuestión tiene tanta importancia que llega a constituir uno de los aspectos fundamentales del problema de la responsabilidad internacional cuando es referido al caso de las guerras civiles o al de los desórdenes cuya realización sobrepasa las posibilidades normales de la prevención y de la represión⁸⁷⁶.

543. Los perjuicios que sufran los extranjeros con ocasión de una guerra civil, una insurrección, una revolución, una sedición, la violencia de las turbas, etc., pueden deberse no sólo a actos cometidos por órganos del Estado para reprimir a los insurrectos o para restablecer el orden, sino también a actos perpetrados por particulares que participen en esos sucesos o por insurrectos que actúen como grupo organizado. Pueden derivar del conflicto mismo, así como de otras medidas adoptadas, sea por el Estado o por los insurrectos. La doctrina suele hacer una serie de distinciones basadas en tales criterios a los efectos de excluir o reconocer la responsabilidad del Estado con respecto a categorías específicas de actos. Con el mismo objetivo, algunos autores distinguen también entre guerras civiles, insurrecciones y revoluciones por una parte y sediciones y violencia de las turbas por la otra. Frecuentemente se formula la alegación de fuerza mayor para dar una solución doctrinaria a problemas que hoy día se solucionan más bien en el contexto de las normas que rigen la atribución de una conducta determinada al Estado que en aquel de las normas relativas a las circunstancias que excluyen la ilicitud. Independientemente de los mé-

⁸⁷⁴ Podestá Costa, *loc. cit.*, págs. 51 a 54.

⁸⁷⁵ Rousseau, *op. cit.*, pág. 378.

⁸⁷⁶ Ulloa, *op. cit.*, pág. 261.

ritos que pueda tener ese tipo de alegación con respecto a la definición de las normas de «atribución», sirve, en el primer contexto, para subrayar aún más el reconocimiento de que los acontecimientos humanos, como las guerras civiles, las insurrecciones, las revoluciones, las sediciones, la violencia de las turbas, etc., pueden dar origen a casos de fuerza mayor. Ilustran este planteamiento las exposiciones que explican la no responsabilidad del Estado por los perjuicios que los particulares o las fuerzas insurrectas derrotadas causen a los extranjeros en el curso de una revolución o insurrección, basándose en la doctrina de la fuerza mayor, tales como las que se citan a continuación:

Westlake:

[...] la máxima *nemo tenetur ad impossibilia* niega toda responsabilidad del gobierno regular por cualquier ultraje intentado por los insurrectos que esté fuera del alcance de sus fuerzas⁸⁷⁷.

De Visscher:

Ha sido principalmente con ocasión de los daños y perjuicios sufridos por extranjeros en el curso de disturbios civiles, motines o revoluciones que se ha hecho valer la responsabilidad del Estado. Se trata aquí una vez más, sin duda, de actos cometidos por simples particulares y la situación no es jurídicamente de aquella que hemos examinado anteriormente. Hay dos razones que han contribuido a que se le preste atención: en primer lugar, la gravedad, la extensión misma de los daños y perjuicios que pueden causarse en esas circunstancias y que han hecho que frecuentemente los gobiernos extranjeros hagan valer la responsabilidad internacional del Estado territorial, y, por otra parte, la circunstancia de que, en razón de esos mismos disturbios, las autoridades locales han podido encontrarse en la imposibilidad de ejercer una acción preventiva o represiva verdaderamente adecuada. En efecto, la práctica internacional ha admitido que éste es un caso de fuerza mayor: un gobierno no puede ser considerado responsable de actos cometidos por insurrectos cuando ha hecho uso de la autoridad limitada de que disponía para reprimir un movimiento revolucionario dirigido contra su propio poder [...]⁸⁷⁸.

Hershey:

[...] la ley de la necesidad de viabilidad física (*fuerza mayor*) de proporcionar protección suficiente en esas circunstancias generalmente exonera de responsabilidad a los gobiernos en esos casos⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ J. Westlake, *Traité de droit international*, traducción al francés por A. de Lapradelle de la 2.ª ed., Londres, Oxford University Press, 1924, pág. 348.

⁸⁷⁸ Ch. de Visscher, «La responsabilité des Etats» (*loc. cit.*), págs. 103 y 104. En la 4.ª edición de *Théories et réalités en droit international public* (*op. cit.*), el mismo autor expone en la pág. 308:

«En casos semejantes, no está en juego la responsabilidad del Estado, salvo que se demuestre que no ha hecho uso de su autoridad o de las fuerzas a su disposición para impedir los actos lesivos o para asegurar la protección de los extranjeros o, todavía más, si ha descuidado enjuiciar o sancionar a los culpables cuando estaba en condiciones de hacerlo. Esas soluciones se basan en el concepto de que la extensión de la responsabilidad se evalúa en relación con la efectividad del poder.»

⁸⁷⁹ A. S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, Nueva York, MacMillan, 1927, pág. 259.

Garner:

En cuanto a los actos cometidos por los propios insurgentes o rebeldes, les es aplicable la norma que rige en materia de responsabilidad del Estado por los actos de particulares. Si el movimiento insurreccional escapa al control del Estado y surge una situación de fuerza mayor, de modo que resulte físicamente imposible para el Estado proteger a los extranjeros contra los actos de los insurrectos, éste no tiene la obligación de indemnizar. Sin embargo, si los mismos insurrectos o rebeldes logran derrocar al gobierno establecido, reemplazándolo con el de ellos, el nuevo gobierno es responsable de los perjuicios que derivan de los actos cometidos por sus fuerzas en las mismas condiciones que habrían sido aplicables al gobierno *de iure* si éste hubiese sido el vencedor. El reconocimiento de los insurgentes como potencia beligerante, sea por el Estado principal o por el Estado cuyos nacionales hayan sufrido los perjuicios, exime al primero de responsabilidad por los actos cometidos por los insurrectos⁸⁸⁰.

Bustamante y Sirvén [Por lo que se refiere a los perjuicios causados por los particulares en el curso de una revolución o insurrección]:

Si no están dirigidos de un modo particular contra los extranjeros, sino contra el gobierno del país, entran en la categoría de los riesgos y peligros normales que la residencia y los negocios traen consigo. Nadie puede quejarse de ellos ni fundar en los mismos su derecho, y la justicia de tal opinión se acrecienta en la medida en que sean más frecuentes y más posibles tales conmociones en el país de que se trate. Están a veces en la categoría de los accidentes naturales como un temblor de tierra o una tempestad⁸⁸¹.

Sibert:

[...] si la víctima de los actos lesivos *prueba* que el Estado no ha realizado *todo* lo que estaba en su poder para evitar tales consecuencias o para asegurar la represión de esos actos, cesará la irresponsabilidad del Estado en caso de guerra civil (o de motín) por los actos de los insurrectos (o de los amotinados). Se impone, pues, al Estado un cierto deber de vigilancia, sea en cuanto a prevenir las posibles consecuencias de los disturbios, sea para evitar su repetición⁸⁸².

Delbez:

[...] si los daños y perjuicios resultan de medidas adoptadas por el gobierno insurrecto, el Estado es responsable si triunfa la insurrección (principio de la continuidad del Estado) —e irresponsable en caso contrario (principio de la fuerza mayor)⁸⁸³.

Cheng:

No cabe duda de que la imposibilidad material extingue cualquier obligación. Con respecto al deber del Estado de proteger a los extranjeros dentro de su jurisdicción territorial, se suele reconocer que un Estado puede enfrentarse con limitacio-

⁸⁸⁰ J. W. Garner, «Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of mob violence, riots and insurrections», *Proceedings of the American Society of International Law (at its Twenty-first annual meeting, Washington, D. C., April 28-30, 1927)*, Washington (D. C.), 1927, pág. 63.

⁸⁸¹ A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional público*, La Habana, Caracas, 1936, t. III, pág. 551.

⁸⁸² Sibert, *op. cit.*, pág. 313.

⁸⁸³ Delbez, *op. cit.*, pág. 364.

nes naturales, tanto en la prevención como en la represión de delitos, y que el deber del Estado no rebasa esos límites ⁸⁸⁴.

O'Connell:

En el otro extremo de la escala, cuando un grupo adquiere la cohesión de independencia relativa del control de la autoridad requeridas para ser calificado de insurgente, el Estado deja de ser responsable por sus actos ilícitos, a menos que ese grupo tenga éxito en sustituir al gobierno anterior del país. Entre los elementos constitutivos de esa independencia figuran el carácter formidable del levantamiento, la rapidez del movimiento, la inmovilización de las fuerzas gubernamentales y la sustracción al control gubernamental de la zona de que se trate; y la anulación de la responsabilidad se funda en la fuerza y efectividad de la respuesta del gobierno y en su capacidad para reaccionar en el caso de que se trate. La inmunidad ante las reclamaciones es consecuencia de la incapacidad para actuar ⁸⁸⁵.

Brownlie:

Los principios generales que se examinan a continuación se aplican a una serie de situaciones que entrañan actos de violencia cometidos o por personas que no son agentes del gobierno legítimo de un Estado, o por personas que obran en nombre de un gobierno rival o de los órganos que pretenden convertirse en gobierno establecidos por los insurrectos. A este último puede describirse como un gobierno *de facto*. En el caso de sediciones y violencia de las turbas localizadas, la negligencia sustancial en adoptar medidas razonables de precaución y prevención y la falta de cuidado que llegue a significar indiferencia o connivencia oficiales generarán responsabilidad por los daños causados a la propiedad extranjera pública y privada en la zona. Los principios que se señalan con respecto a diversos tipos de situaciones derivan todos de la norma de la «debida diligencia».

Lord McNair (*International Law Opinions, op. cit.*, vol. II, pág. 245) deduce cinco principios de los informes de los asesores jurídicos de la Corona británica sobre la responsabilidad de los gobiernos legítimos por las consecuencias de la insurrección y la rebelión. Los tres primeros principios son los siguientes:

- i) Un Estado en cuyo territorio se produzca una insurrección no es responsable por las pérdidas o los daños que sufran los extranjeros, a menos que pueda demostrarse que el gobierno de ese Estado fue negligente en utilizar las fuerzas a su disposición para prevenir o aplastar la insurrección o que no hizo uso de ellas;
- ii) Este es un criterio que varía según las circunstancias de la insurrección;
- iii) Este Estado no es responsable de los daños que resulten de operaciones militares dirigidas por el gobierno legítimo, a menos que causen daños inexcusables o innecesarios, situación que se asemeja fundamentalmente a la de los Estados beligerantes en una guerra internacional.

Esos principios son esencialmente semejantes a los que han formulado autores de diversas nacionalidades. La norma general de la no responsabilidad se apoya en las premisas de que, aun en un sistema de responsabilidad objetiva, debe existir una capacidad normal para actuar, y de que una revuelta interna importante equivale a fuerza mayor. Esto es suficientemente claro, pero la duda surge cuando se examinan las salvedades que se hacen a la norma general [...] ⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Cheng, *op. cit.*, pág. 227.

⁸⁸⁵ O'Connell, *op. cit.*, pág. 969.

⁸⁸⁶ Brownlie, *op. cit.*, págs. 439 y 440.

544. El debate doctrinario sobre la responsabilidad de los Estados por los perjuicios que sufren extranjeros en su territorio en el curso de guerras civiles, insurrecciones, revoluciones, sediciones, violencia de las turbas, etc., ha contribuido también a poner de manifiesto que la fuerza mayor es un concepto de carácter relativo. Esta relatividad deriva esencialmente de la necesidad de tener en cuenta dos factores antes de llegar a la conclusión de que existe una excepción de fuerza mayor: a) las circunstancias concretas que rodeen el caso y, en particular, la existencia de un *nexus* directo entre las condiciones de fuerza mayor que se alegan y el comportamiento adoptado, que han imposibilitado el cumplimiento de la obligación, y b) el contenido real de la obligación internacional cuyo incumplimiento se alega. Numerosos tratadistas mencionan el primero de esos dos factores, entre ellos Sánchez de Bustamante y Sirvén, en el siguiente pasaje:

La primera exención, o la del daño que deba atribuirse a una fuerza mayor, de orden físico o político, tiene su origen en el derecho privado, y Ulpiano la definía como *omnem vim, cui resisti non protest*. Es de toda evidencia, cuando no tiene su origen en la voluntad del propio responsable; pero su determinación, en multitud de casos circunstanciales, queda subordinada a las pruebas y, en su oportunidad, a la apreciación de los árbitros o de los jueces ⁸⁸⁷.

En realidad, este factor guarda relación con una de las condiciones esenciales de la fuerza mayor, a que se ha hecho referencia anteriormente ⁸⁸⁸, no pareciendo necesario insistir mayormente en esta parte. El segundo factor es destacado principalmente por los autores de derecho internacional que establecen una relación entre la posibilidad de invocar una excepción de fuerza mayor, fundada en hechos ocurridos durante una guerra civil, una insurrección, una revolución, una sedición u otros hechos de violencia semejantes, y el deber de la debida «diligencia», deber que esos escritores consideran parte integrante de una serie de «normas primarias» que establecen las obligaciones de los Estados en relación con el trato a los extranjeros.

545. Para esos autores, como lo indican las exposiciones que se citan a continuación, en caso de guerra civil, insurrección, revolución, sedición, violencia de las turbas, etc., la responsabilidad del Estado no depende de la mera ocurrencia de esos hechos, sino de una falta de diligencia del propio Estado en actuar de conformidad con las normas de derecho internacional que le imponen la obligación de obrar con la debida diligencia para evitar o para sofocar esos disturbios.

Borchard:

Sin embargo, el gobierno es responsable cuando no da muestras de la diligencia debida para prevenir o para sofocar la sedición, o cuando las circunstancias indican que las medidas de protección han sido insuficientes o que ha existido complacencia de parte de los funcionarios o agentes del gobierno en el desorden ⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ Sánchez de Bustamante y Sirvén, *op. cit.*, pág. 501.

⁸⁸⁸ Véase párr. 531 *supra*.

⁸⁸⁹ E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, Nueva York, Banks Law Publishing, 1928, pág. 224.

Eagleton:

En resumen, no puede considerarse que ni los tumultos ni las guerras civiles creen una situación especial que determine la existencia o inexistencia de responsabilidad en todos los casos comprendidos en esa situación. La fuerza mayor, como circunstancia eximente de responsabilidad, no debe tenerse en cuenta, salvo en cuanto se ajusta al criterio de la diligencia debida. Desde luego que no puede aceptarse que incluya todos los disturbios sediciosos y todas las insurrecciones, cubriéndolos con un manto que los eximiría de responsabilidad. Por otra parte, tampoco puede afirmarse que el Estado sea siempre responsable en esos casos. Los daños causados por los tumultos y las guerras civiles no pueden dividirse en categorías; cada caso debe evaluarse de conformidad con los criterios de la diligencia debida y de la denegación de justicia que se procura aplicar. Esas normas son suficientemente generales para abarcar todos los casos, y no es necesario recurrir a ninguna concepción extraordinaria, como es la de fuerza mayor, para determinar si existe la responsabilidad⁸⁹⁰.

Pons:

Hay una primera norma que se desprende nítidamente de la práctica: el Estado no es responsable si ha empleado la diligencia requerida en el cumplimiento de su deber de protección. Se admite también que la carga de la prueba de la falta de diligencia incumbe al demandante. A primera vista parece difícil poder probarla. Es poco verosímil que el Estado haya podido demostrar negligencia para prevenir o reprimir las maniobras dirigidas contra su propia seguridad. Sin embargo, en numerosos casos se ha condenado a los Estados a pagar indemnizaciones. En países en que el principio de autoridad no está suficientemente consolidado, puede suceder que un gobierno, por pusilanimidad, debilidad, cálculo o incluso —el caso no es raro— por connivencia con los insurrectos, no se apresure a reprimir una asonada.

Cabe precisar igualmente que la diligencia no se aprecia en forma general, sino en relación con las circunstancias particulares de cada caso⁸⁹¹.

Zannas:

Con todo, nos parece que el concepto de fuerza mayor no puede tener un carácter tan absoluto. Es más exacto decir que hay fuerza mayor cuando un hecho lesivo no puede evitarse empleando todas las precauciones razonables. La justificación de fuerza mayor tendría un carácter relativo, por cuanto habría lugar a examinar en cada caso si la adopción de medidas preventivas razonables habrían podido evitar el daño.

Se puede así relacionar el concepto de fuerza mayor con aquel de la debida diligencia, puesto que el principio de la irresponsabilidad se encuentra limitado por esta norma [...].

[...]

Así, la fuerza mayor puede eximir a un Estado de toda responsabilidad con tal que no haya faltado a su obligación de ejercer cierta diligencia.

Una vez admitida esa relación entre los dos conceptos, creemos que es posible aceptar en casos análogos la justificación de fuerza mayor, siempre que el criterio de la debida diligencia limite y restrinja el alcance de esa excepción.

[...]

Nos parece, pues, que la fuerza mayor o el caso fortuito,

⁸⁹⁰ Eagleton, *op. cit.*, pág. 156. Véase también la exposición que hace en *Proceedings of the American Society of International Law...* (*op. cit.*) [para la referencia véase nota 880 *supra*], pág. 67.

⁸⁹¹ Pons, *op. cit.*, pág. 154.

como circunstancia eximente de responsabilidad, no puede sostenerse sino si el hecho que ha causado el daño no habría podido evitarse mediante el ejercicio de la debida diligencia⁸⁹².

García Amador:

El Estado es responsable de los daños causados al extranjero con motivo de motines, luchas civiles u otros disturbios internos si la autoridad constituida ha demostrado una notoria negligencia en la adopción de las medidas que, atendidas las circunstancias, se toman normalmente para prevenir o reprimir los actos lesivos⁸⁹³.

Accioly:

[...] En relación con la protección debida a los extranjeros contra los daños provenientes de motines o de una guerra civil, se habla a menudo del principio de la *diligencia* con la que debe actuar un Estado para prevenir o impedir que se cometan en su territorio ofensas contra los nacionales de otros países.

[...]

Así, pues, con respecto a los actos lesivos o, mejor dicho, a los daños causados por los insurrectos, los amotinados —o una turba— es preciso determinar si el Estado no actuó con la diligencia suficiente para prevenir los hechos lesivos, o si por lo menos no procuró evitarlos o no empleó la diligencia suficiente en la represión de tales hechos⁸⁹⁴.

Brownlie:

[...] Para empezar cabe observar que la norma general y las salvedades a ella se señalan en relación con los daños sufridos por los extranjeros en el territorio del Estado, lo que resulta desafortunado, pues la naturaleza de las salvedades (los requisitos de la responsabilidad) pueden variar según quien sufra el daño, de modo que, por ejemplo, si ese daño atañe a un agente diplomático o consular, las exigencias en cuanto a comportamiento serán mayores. Existe acuerdo general entre los autores de que la norma de no responsabilidad no puede aplicarse en caso de que el gobierno de que se trata no haya dado muestras de la diligencia debida. Sin embargo, las decisiones de los tribunales y otras fuentes no dan definición alguna de la «diligencia debida». Obviamente no sería adecuada una definición muy dogmática, pues opera un criterio que variará según las circunstancias. Sin embargo, de estimarse que la «debida diligencia» denotaría una norma de conducta bastante estricta, la excepción prevalecería sobre la norma. [...] ⁸⁹⁵.

546. Al subrayar la relación entre la «debida diligencia» y la admisión de una excepción de fuerza mayor, autores como los citados anteriormente señalan no sólo la necesidad de tener en cuenta el contenido real de las «normas primarias» del derecho internacional de que se trate, sino también el primero de los dos factores

⁸⁹² Zannas, *op. cit.*, págs. 63 a 66.

⁸⁹³ Anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, artículo 11 (*Anuario...* 1957, vol. II, pág. 140, documento A/CN.4/106, anexo).

⁸⁹⁴ Accioly, *loc. cit.*, págs. 399 y 401. Comentando la cuestión de la responsabilidad de los Estados por los daños y perjuicios «causados por las fuerzas armadas o las autoridades del Estado, con motivo de la represión de un movimiento insurreccional, o de simples motines u otros disturbios», el autor considera que, «en principio, esos actos no comprometen la responsabilidad del Estado, puesto que se trata, en general, de actos de legítima defensa» (*ibid.*, pág. 398).

⁸⁹⁵ Brownlie, *op. cit.*, pág. 440.

antes mencionados⁸⁹⁶, ya que, por objetivo que sea el criterio de la debida diligencia, esa debida diligencia en cada caso particular depende, en última instancia, de las circunstancias concretas que rodeen el caso. «No hay que [...] engañarse sobre el carácter objetivo de la noción de diligencia»⁸⁹⁷, porque, como lo reconoce expresamente el comentario al proyecto de Harvard de 1929, la «debida diligencia» «es una norma y no una definición»⁸⁹⁸. Este aspecto ha sido analizado por Zannas en los siguientes términos:

No puede determinarse *a priori* aquello que razonablemente es exigible a la potencia del Estado. La medida del cuidado que ha debido emplearse dependerá de las circunstancias de cada caso particular. Sin embargo, es preciso tener en cuenta un elemento esencial que influye en el grado de diligencia: es el elemento de la previsión.

Si el hecho que debe evitarse es previsible, si las autoridades competentes han conocido o habrían debido conocer la posibilidad de que se produjese el perjuicio, el Estado estaría obligado a una vigilancia mayor; porque, en efecto, no se puede exigir el mismo grado de vigilancia ante sucesos repentinos e imprevisibles y una situación que, por su mismo carácter, era conocida y amenazaba la seguridad general. Será preciso, pues, prestar tanto mayor cuidado en prevenir la posibilidad de que se produzcan perjuicios cuanto más fáciles sean de prever. La posibilidad de prever el perjuicio permitirá tener en cuenta la importancia de las consecuencias eventuales de la falta de vigilancia. Estos dos aspectos están íntimamente vinculados. En efecto, al tener en cuenta las consecuencias eventuales de la negligencia, no podemos considerar sino las consecuencias aparentes del peligro que debe evitarse, consecuencias que, a su vez, están determinadas por el conocimiento o la previsión del peligro. [...]

Si el conocimiento que las autoridades gubernamentales han tenido o habrían debido tener del suceso que debe evitarse hubiera podido influir en la diligencia debida, deberán precisarse aquí las circunstancias que permitirían demostrar que existió ese conocimiento. Esta cuestión depende en primer lugar de las circunstancias de cada caso particular, que un tribunal internacional tiene el deber de esclarecer. Sin embargo, existen algunos indicios que pueden permitir determinar el conocimiento que habrían tenido las autoridades del hecho lesivo o su facultad de preverlo, y esos indicios pueden hacer variar el grado de diligencia exigido por el derecho internacional⁸⁹⁹.

547. A veces, los tratadistas de derecho internacional extienden explícitamente a los daños causados en el curso de una guerra internacional la conclusión a que llegan algunos autores de derecho internacional dentro del contexto de la responsabilidad del Estado en casos de guerra civil, insurrecciones, revoluciones, asonadas, violencia de las turbas, etc., es decir, que la excepción de fuerza mayor no debe considerarse más allá de la norma de la debida diligencia. Es particularmente significativo a ese respecto el siguiente pasaje de Sibert:

Esta conclusión conduce naturalmente a preguntarse si tanto la guerra como la revolución y la asonada [...] autorizarán la excepción [de fuerza mayor]. La cuestión es importante para los súbditos neutrales que hayan sufrido daños en el territorio de uno de los beligerantes. En el siglo XVIII, investigando (cf. *Droit*

des gens, libro III, cap. 15, párr. 232) si la guerra obliga a reparar los daños que engendra o si debe considerársela un caso de fuerza mayor que exonera de toda responsabilidad, Vattel separaba el punto de vista de la equidad y el del derecho. *In jure*, la distinción que establecía entre los daños causados por el soberano «libremente y por precaución» y los que engendra una *necesidad inevitable*, como, por ejemplo, los estragos de la artillería, se refería, sin nombrarla, a las circunstancias de la fuerza mayor, que frecuentemente son el destino de la guerra, pero a las que sería excesivo considerar como consecuencia ineluctable e inseparable de ella. Mucho después de él, otros, demasiado absolutos, opinaron que la guerra y los daños causados por ella deberían considerarse siempre casos de *vis major*.

Cabe dudar de ello: la Historia prueba que con más sensatez y buena voluntad o precaución más de una guerra se habría podido evitar o conducir de modo distinto a como lo fue. Encarando, es cierto, el caso especial de las guerras civiles, otros, igualmente poco afectos a los matices, han negado por el contrario que estas convulsiones pudieran entrar en el marco de la fuerza mayor. Es cierto que, en 1930, se opuso a este punto de vista el relator del subcomité sobre la materia de la responsabilidad en ocasión de la conferencia de codificación (de La Haya) [informe Guerrero]. [...]

[...] El deber del Estado en guerra no es gritar «sálvese quien pueda», sino continuar protegiendo con todo su poder y con todos sus medios. Exonerarlo de responsabilidad en nombre de la *vis major* sería invitarlo a abdicar, o por lo menos a limitarse al menor esfuerzo. Pero declararlo responsable de todo, frente a todos y en todas las circunstancias de la lucha equivaldría a asignarle una omnipotencia contraria a la realidad. Más aún que la paz, la guerra causa estragos instante a instante y *caso a caso*. Por tanto, cada uno de ellos deberá considerarse aisladamente. ¿Se ha causado un daño? En principio surge la responsabilidad del Estado; pero el poder público podrá, no obstante, desligarse de ella probando que, en esas *circunstancias*, ha demostrado toda la *diligencia debida*, y esta diligencia no es una diligencia deducida abstractamente y omnivalente, sino una diligencia que en su caso apreciará el árbitro preguntándose si en la situación en la que se encontraban los agentes del Estado demandado han cumplido realmente todo lo que podía cumplirse para evitar el daño. Lentamente se abre camino esta idea. En 1928, Eagleton la admitió en su hermoso libro *The Responsibility of States in International Law* (pág. 156). La misma se había anunciado ya dos años antes en los debates del Instituto de Derecho Internacional (por lo menos en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado en las *guerras civiles*). Consultado en el asunto de los daños de guerra de los suizos (durante la guerra de 1914) por el *comité para la reparación* de estos daños, Alberic Rolin partió a su vez de la idea de que el Estado sobre cuyo territorio se desarrolla la guerra no tiene por qué considerarla como un caso absoluto de fuerza mayor⁹⁰⁰.

548. Como surge de las consideraciones expuestas *supra*, la doctrina internacional parecería estimar que las guerras, las insurrecciones, las revoluciones, las asonadas, la violencia de las turbas, etc., pueden ser una causa de fuerza mayor, como se reconoce generalmente con respecto a las fuerzas de la naturaleza. Como señala Oppenheim:

[...] Un Estado no está obligado a indemnizar por las pérdidas sufridas por los extranjeros a causa de las medidas legales tomadas por los funcionarios administrativos y las fuerzas militares en tiempo de guerra, insurrección o de calamidades

⁸⁹⁶ Véase párr. 544 *supra*.

⁸⁹⁷ Pons, *op. cit.*, pág. 136.

⁸⁹⁸ Véase el párrafo 578 *infra*.

⁸⁹⁹ P. A. Zannas, *op. cit.*, págs. 107 a 109.

⁹⁰⁰ Sibert, *op. cit.*, págs. 335 y 336.

públicas como un incendio, un brote epidémico de una enfermedad peligrosa y otras análogas⁹⁰¹.

Por otro lado, muchos autores rechazan la opinión de que las guerras, las insurrecciones, las revoluciones, las asonadas, la violencia de las turbas, etc., constituyen *per se* fuerza mayor sin más análisis de las circunstancias que rodean *in concreto* al acto en cuestión. Por tanto, no consideran que las guerras, las insurrecciones, las revoluciones, las asonadas, la violencia de las turbas, etc., sean una clase o categoría especial de situaciones que requieran normas particulares para la definición de fuerza mayor y su aplicación como defensa. Los siguientes párrafos proporcionan una muestra de esa posición:

Eagleton:

En cualquiera de ambos casos la acción de las turbas, inspirada por pasiones humanas elementales, se convierte en una marejada de fuerza, que arrasa las barreras ordinarias establecidas para la protección de los individuos y torna imposible el eficaz funcionamiento de los organismos normales del Estado o incluso sus máximos esfuerzos. El debate sobre la responsabilidad del Estado por daños sufridos en tales condiciones ha producido muchas teorías con respecto a la relación entre el Estado y el extranjero, y se podrá encontrar al respecto la mayor disparidad tanto en las opiniones como en los casos. Se estima, sin embargo, que ninguna necesidad exige establecer una categoría especial de casos relativos a una llamada *vis major*. Se encontrará que las fórmulas directrices siguen siendo las que postulamos en el análisis precedente, y que esas normas tienen elasticidad suficiente para abarcar los casos que ahora debemos examinar⁹⁰².

Strupp:

[...] que no hay ninguna norma jurídica internacional de la que emane una responsabilidad internacional *especial* a causa de disturbios, guerras civiles, etc., a consecuencia de los cuales algunos particulares, súbditos de Estados extranjeros, hayan sufrido pérdidas. Por ello llegamos a la conclusión de que, lo mismo que en los demás casos, *no se puede responsabilizar a un Estado en tales circunstancias más que si ha infringido otro deber internacional* [...] ⁹⁰³.

Pons:

[...] no existe un criterio jurídico especial para la responsabilidad internacional en caso de asonada y de guerra civil. Todas las soluciones que hemos examinado caben en la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad, en particular de las de la diligencia y de la imputabilidad. Si se trata de actos cometidos por insurgentes, se recurrirá a las reglas de la responsabilidad por el hecho de los particulares; si se trata de actos perpetrados por las fuerzas gubernamentales, se recurrirá a las reglas de la responsabilidad por el hecho de los agentes del Estado.

Las reglas especiales no harían sino remitirnos a las peligrosas teorías del derecho de necesidad. [...]

⁹⁰¹ Oppenheim, *op. cit.*, pág. 386.

⁹⁰² Eagleton, *op. cit.*, pág. 125.

⁹⁰³ K. Strupp, «Responsabilité internationale de l'Etat en cas de dommages causés aux ressortissants d'un Etat étranger en cas de troubles, d'émeutes ou de guerres civiles», *ILA, Report of the Thirty-first Conference* (Buenos Aires, 1922), Londres, Sweet and Maxwell, 1923, vol. I, pág. 133.

Las reglas especiales tendrían otro inconveniente: nos harían correr el riesgo de caer en el empirismo. Por lo general se invocará la responsabilidad en circunstancias anormales. Vale más establecer reglas generales lo bastante flexibles para abarcar todas las situaciones de hecho que aplicar a cada caso reglas particulares cuyo campo de aplicación sería siempre muy difícil de determinar con exactitud⁹⁰⁴.

549. La proposición general señalada en los párrafos precedentes puede apoyarse también en el hecho de que, según han señalado algunos autores de derecho internacional, una idéntica imposibilidad de cumplir una obligación internacional puede derivar de las fuerzas de la naturaleza o de fuerzas de origen humano o, incluso, de una combinación de ambas clases de causas. Además, el mismo tipo de conducta, que de otra manera sería «ilícito», puede adoptarse como reacción ante circunstancias de «fuerza mayor» originadas por fuerzas de la naturaleza o por factores humanos, o por unas y otros. Por ejemplo, hechos que *prima facie* aparecen como violaciones de la soberanía y de la integridad territorial de los Estados en tiempo de paz o de los derechos de los Estados neutrales en tiempo de conflicto armado, pueden ocurrir por diversas razones y en diversas circunstancias. Como ha señalado Lissitzyn:

[...] [Las incursiones aéreas] pueden ser deliberadas y con intenciones hostiles o ilícitas como las de ataque, reconocimiento, ayuda a actividades subversivas, contrabando o desafío premeditado a la soberanía territorial. Pueden ser deliberadas, pero con intenciones esencialmente inocuas como las de abreviar el vuelo o evitar el mal tiempo. Pueden haber sido necesarias debido a dificultades accidentales o causadas por errores. Pueden ocurrir en tiempo de paz o en tiempo de guerra; el territorio soberano puede ser un neutral que trata de salvaguardar su neutralidad. La aeronave puede ser estatal (es decir, usada en servicios militares, aduaneros o policiales) o civil. Las aeronaves del Estado, además, pueden ser de combate o no (por ejemplo, transporte militar), armadas o no⁹⁰⁵.

550. La doctrina contemporánea parecería considerar que carece de mayor importancia la naturaleza de las causas materiales de la fuerza mayor y del caso fortuito, a menos que, por supuesto, la obligación respectiva estipulara otra cosa. Incluso el elemento de relatividad, analizado por la doctrina principalmente en conexión con las guerras civiles, las revoluciones, las insurrecciones, las asonadas, la violencia de las turbas, etc., es actualmente inherente a toda configuración de fuerza mayor o caso fortuito, cualquiera que sea su causa material. Por cierto, el cumplimiento de una obligación internacional puede tornarse imposible debido a fuerzas de la naturaleza que escapan al poder de control de los órganos del Estado. Pero esos tipos de fuerzas pueden solamente tornar más difícil ese cumplimiento. Por otro lado, a veces las fuerzas de la naturaleza son susceptibles de control y los Estados pueden, por tanto, usarlas deliberadamente. Una imposibilidad de incumplimiento autoprovocada excluiría la configuración de la fuerza mayor o del caso fortuito, incluso si se ha provocado

⁹⁰⁴ Pons, *op. cit.*, págs. 156 y 157.

⁹⁰⁵ O. Y. Lissitzyn, «The Treatment of serial intruders in recent practice and international law», *American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 47, N.º 4 (octubre de 1953), págs. 559 y 560.

mediante la manipulación de fuerzas naturales⁹⁰⁶. En consecuencia, la mera presencia de fuerzas de la naturaleza en un caso dado no es en sí misma suficiente para concluir que existe fuerza mayor o caso fortuito. Lo que realmente importa para tal configuración es que el acontecimiento o los acontecimientos naturales invocados reúnan en concreto todas las condiciones requeridas por el orden jurídico internacional para reconocer la existencia de una excepción de fuerza mayor o caso fortuito. Además, si a veces ciertos escritores justifican algunos tipos de conducta adoptados para conducir una guerra o dominar una insurrección, una revolución, una asonada, la violencia de las turbas, etc., refiriéndose a circunstancias excluyentes de la ilicitud distintas de la fuerza mayor, como el «estado de necesidad», la misma justificación se aplica a la conducta adoptada para evitar un fenómeno natural, como lo ilustra Brownlie en el siguiente pasaje:

[...] puede tratarse a las medidas preventivas de naturaleza técnica en caso de desastre natural, cuyo origen está en un Estado vecino como un tipo singular de caso en que la necesidad todavía sirve de excusa. Las medidas deben limitarse a un desastre natural de magnitud considerable, ya que no puede imputarse ninguna mala fe al Estado que toma medidas preventivas en tal caso⁹⁰⁷.

551. Además, la «norma primaria» respectiva puede haber impuesto al Estado la obligación de tomar medidas preventivas contra acontecimientos provocados por fuerzas de la naturaleza o la obligación de evitar la creación de riesgos especiales que pueden materializar las fuerzas de la naturaleza. En tales casos, la sola presencia de las fuerzas de la naturaleza no excluiría *per se* una eventual determinación de ilicitud. Esta sólo se establecería si se probara que el Estado había omitido tomar medidas preventivas o adoptar el nivel de cuidado requerido por la respectiva obligación. Ya en 1928, Eagleton declaró, con respecto a los daños causados por las fuerzas de la naturaleza, que:

puede sugerirse que el ingenio humano se ha precavido tan bien contra tales daños, mediante medidas preventivas o seguros, que puede concebirse que un Estado sea responsabilizado en el futuro por protección insuficiente contra las inundaciones (por ejemplo, negligencia en el mantenimiento de los diques), o incendios, o plagas. Ya se encuentran disposiciones de ese tipo en leyes internas, como, por ejemplo, las leyes sobre fábricas y saneamiento⁹⁰⁸.

Más recientemente, en 1961, Reuter hizo el siguiente comentario:

¿Las reglas de soberanía territorial no postulan acaso el principio según el cual está prohibida toda acción física que se haga sentir en el territorio de un Estado a partir de una fuente situada en los territorios de otro Estado (injerencia física)? Si tal regla existe, la misma convierte en violación del derecho internacional a cualquier acción dañosa que tenga su origen físico en el territorio de otro Estado; tal vez se in-

voque en este sentido algunos precedentes célebres, como el Asunto de la fundición de Trail. Sin embargo, es cierto que esta regla no existe en una forma tan general como la que acabamos de decir. ¿Sería responsable un Estado por las devastaciones provocadas más allá de sus fronteras por un volcán situado en su territorio? Si lluvias torrenciales provocan la creciente catastrófica de un río que causa estragos no sólo en el territorio del Estado sobre el cual cayó la lluvia, sino también en el país vecino atravesado por ese río, este último no dispondrá de ninguna acción por daños y perjuicios. Pero si la creciente proviene menos de la lluvia que de la ruptura de una presa, el problema cambia. En efecto, si no puede haber responsabilidad por un puro hecho de la naturaleza, apenas hay inacción o acción humana aparece el problema de la responsabilidad.

Consideremos la hipótesis de la ruptura de una presa. Si se formula una regla según la cual un Estado debe asegurarse de que todas las obras emprendidas en su territorio estén a cubierto de cualquier accidente, sin duda se permanecerá dentro del dominio de la responsabilidad tradicional; el Estado reclamante deberá probar una negligencia del Estado demandado y éste podrá recurrir en caso necesario a una de las causas clásicas de exoneración, como la fuerza mayor (por ejemplo, si la ruptura de la presa fue provocada por un terremoto).

Pero se podría formular una regla un poco diferente del siguiente tenor: un Estado no tiene derecho a emprender a partir de su territorio acciones que entrañen riesgos anormales para los demás Estados y particularmente para los Estados vecinos. En este caso no es la realización del riesgo, a saber: el accidente catastrófico, lo que acarrea responsabilidad, sino la sola realización de la acción, por ejemplo, la construcción de la presa. Desde un punto de vista formal, una regla tal, suponiendo que exista, permite permanecer dentro del marco de la responsabilidad clásica; supone pautas y directrices bastante delicadas de establecer para definir lo que es un riesgo anormal. Sin que se pueda afirmar que existe una regla así, tal vez se podrían encontrar rastros de ella en materia de relaciones de vecindad o en dominios como las experiencias espaciales o atómicas.

Basta, sin embargo, con modificar un poco la regla hipotética que se acaba de formular para salir del plano de la responsabilidad tradicional. Basta con considerar que ciertos riesgos, pese a ser lo bastante normales para no originar ninguna prohibición para las empresas que los hacen correr, acarrear una obligación de reparar los daños si el riesgo se realiza. En este caso hay responsabilidad sin violación de una regla de derecho internacional. La acción es lícita, pero obliga a indemnizar. La responsabilidad se vincula a una causalidad pura. Nadie puede decir actualmente que exista una regla así en derecho internacional, pero, como la humanidad no ha retrocedido jamás ante las experiencias más peligrosas, es posible que se adopte esa regla, por lo menos parcialmente. En todo caso ya ha habido reclamaciones basadas en una causalidad pura; en ciertas hipótesis, por ejemplo, en materia de accidentes atómicos, se han pagado indemnizaciones, pero siempre a título gracioso, de modo de impedir cualquier clase de conclusión en el plano de las obligaciones jurídicas⁹⁰⁹.

e) Efectos jurídicos de la excepción de fuerza mayor y del caso fortuito

552. Entre los autores de derecho internacional que se refieren a la fuerza mayor o al caso fortuito en el contexto de la responsabilidad del Estado por hechos

⁹⁰⁶ En realidad, como indican ciertos autores, en algunos casos y en ciertas condiciones puede considerarse que un uso deliberado de las fuerzas de la naturaleza constituye un uso de la fuerza que justifica medidas de legítima defensa.

⁹⁰⁷ I. Brownlie, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pág. 376.

⁹⁰⁸ Eagleton, *op. cit.*, pág. 125, nota 1.

⁹⁰⁹ P. Reuter, «Principes de droit international public», *Recueil des cours...*, 1961-II, Leyden, Sijthoff, 1962, t. 103, págs. 591 a 593.

internacionalmente ilícitos, no parece existir ninguna disidencia en cuanto a los efectos jurídicos de esas circunstancias una vez que se ha probado debidamente su existencia en el caso concreto. La declaración de Basdevant de que «el que, estando sujeto a una obligación, se ve en la imposibilidad de ejecutarla por un acontecimiento de fuerza mayor, escapa, por ese hecho, a toda responsabilidad»⁹¹⁰, parece tener el apoyo unánime, en una u otra forma, de todos esos autores. Para ellos, la fuerza mayor tiene en derecho internacional, igual que en derecho interno, el efecto de evitar las consecuencias jurídicas normalmente vinculadas por el orden jurídico o un acto o una omisión que de otra manera se calificarían como «ilícitos». La doctrina reconoce generalmente que «la excepción de fuerza mayor [...] es oponible tanto en derecho internacional público como en derecho privado»⁹¹¹.

553. La conclusión mencionada no se debilita, de ninguna manera, por el hecho de que algunos autores llamen a la fuerza mayor y al caso fortuito «circunstancias que excluyen la ilicitud» mientras que otros prefieren denominarlos «circunstancias que exoneran (al Estado) de responsabilidad». La doctrina no atribuye ninguna distinción jurídica significativa a esas dos formas diferentes de describir los efectos de la fuerza mayor y del caso fortuito en la esfera de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En realidad, ambas expresiones —«circunstancias que excluyen la ilicitud» y «circunstancias que exoneran (al Estado) de responsabilidad»— se emplean análogamente en relación con otras circunstancias, como el «estado de necesidad», la «legítima defensa», la «aplicación legítima de una sanción» y el «consentimiento del Estado damnificado». Sin embargo, debería señalarse que se ha defendido a la expresión «circunstancias que excluyen la ilicitud» por considerarla más adecuada para expresar el concepto jurídico aludido. Ago, por ejemplo, dice que:

Gran parte de la doctrina habla aquí en general no de circunstancias que excluyen la ilicitud, sino de circunstancias que excluyen la responsabilidad. Quiere decir que, en presencia de un hecho en sí mismo ilícito, el derecho internacional se abstendría simplemente de atribuir sus efectos al Estado: tendría lugar la imputación del delito, pero no la de la responsabilidad. Ahora bien: resulta evidente el carácter erróneo de este punto de vista. [...] Si el delito es un hecho jurídico que se caracteriza precisamente por la atribución de un efecto consistente en el nacimiento de la obligación de su autor de dar una reparación o de la facultad de un sujeto diferente de infligirle una sanción, es evidente que la concepción de un hecho ilícito despojado de tales efectos jurídicos encierra una contradicción terminológica. Hay allí un contrasentido tan grave como el de calificar de acto jurídico a una manifestación material de voluntad no provista por el derecho de los efectos propios del acto jurídico. [...] en todas las hipótesis en que parece deber excluirse la calificación de ilícito, la presencia en el caso de ese elemento particular denominado justamente circunstancia que excluya la ilicitud, funciona en realidad de manera de neutralizar la presencia de otro elemento que sería esencial para la calificación de ilícito, y de esa manera se impide tal calificación⁹¹².

⁹¹⁰ Véase párr. 9 *supra*.

⁹¹¹ Véanse párrs. 9 y 394 *supra*.

⁹¹² Ago, «Le délit international» (*loc. cit.*), págs. 532 y 533.

554. Algunos autores agregan a las conclusiones de que, como regla general, la fuerza mayor y el caso fortuito excluyen la ilicitud, una referencia al concepto de «circunstancias atenuantes». Quéneudec, por ejemplo, dice que cuando la fuerza mayor «no justifica [...] enteramente el acto internacionalmente ilícito», la misma puede desempeñar «el papel de circunstancia atenuante»⁹¹³. No parece, sin embargo, que la mayoría de los autores considere que la fuerza mayor y el caso fortuito, como conceptos jurídicos, están ligados a los problemas relativos al grado de «culpa» o de la «violación de una obligación», sino más bien a la «ausencia de culpa» o a la «ausencia de una violación de la obligación».

555. Como se indica en la introducción⁹¹⁴, la mayoría de los autores emplean la expresión «fuerza mayor» en sentido amplio, a saber: abarcando tanto la fuerza mayor como el caso fortuito. Ocurre también, aunque menos frecuentemente, que se emplee a veces la expresión «caso fortuito» no solamente con el significado de esa circunstancia, sino también con el de fuerza mayor⁹¹⁵. Otros autores, sin embargo, emplean ambas expresiones⁹¹⁶. Estos últimos autores hablan, en términos generales, de «fuerza mayor» para describir casos de falta de «voluntariedad», y reservan la expresión «caso fortuito» para casos que involucran falta de «previsibilidad»⁹¹⁷. Algunos autores han hecho hincapié en la conveniencia de usar ambas expresiones para abarcar todos los actos «que el gobierno más vigilante no puede evitar» y «de los que no cabría hacerlo responsable»⁹¹⁸. Cuando usan ambas expresiones, los autores de derecho internacional no hacen ninguna diferenciación en cuanto a los efectos jurídicos de la fuerza mayor y del caso fortuito. Estiman que ambas circunstancias excluyen la ilicitud o exoneran de responsabilidad al Estado, por un acto o una omisión que de otra manera habrían sido ilícitos con arreglo al derecho internacional.

556. La distinción entre fuerza mayor y caso fortuito podría, no obstante, tener gran importancia dentro del contexto de la llamada responsabilidad por riesgo. En algunos sistemas de derecho interno se excluye la responsabilidad por riesgo en circunstancias de «caso fortuito», pero no en las de «fuerza mayor» (así como de «culpa de la víctima»)⁹¹⁹. Algunos autores de derecho internacional también parecen sostener que, como regla general, el caso fortuito excluye la responsabilidad inter-

⁹¹³ Quéneudec, *op. cit.*, pág. 163.

⁹¹⁴ Véase párr. 19 *supra*.

⁹¹⁵ Véase, por ejemplo, Cohn, *loc. cit.*, pág. 241.

⁹¹⁶ Por ejemplo, Ago, Dunn, Fauchille, Hershey, Podestá Costa, Sibert, de Visscher, Zannas, etc.

⁹¹⁷ Véase, por ejemplo, Ago, «La culpa...» (*loc. cit.*), pág. 177.

⁹¹⁸ Véase Sibert, *op. cit.*, pág. 317. También se refiere al punto Zannas, *op. cit.*, pág. 63.

⁹¹⁹ Por ejemplo, de acuerdo con A. de Laubadère (*Traité élémentaire de droit administratif*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953, págs. 490 y 491), queda excluida la responsabilidad «por el simple caso fortuito, es decir, la circunstancia de que la causa del accidente sea desconocida; este último rasgo distingue al sistema del riesgo del sistema de la presunción de culpa, en el cual se desecha la responsabilidad tanto por caso fortuito como por fuerza mayor».

nacional en caso de daño resultante de actividades extraordinariamente riesgosas. Quadri, por ejemplo, ha dicho a este respecto que:

Nos parece que sólo se podrá hablar de una verdadera responsabilidad si el Estado no ha tomado todas las medidas de seguridad concebibles en el estado actual de la ciencia y de la técnica. La libertad nuclear y cósmica no es absoluta, la limita la obligación de evitar cualquier daño previsible. Por tanto, sólo los accidentes de carácter imprevisible (y, por supuesto, que no resulten de una culpa de la víctima) podrán escapar al principio de la responsabilidad⁹²⁰.

557. La fuerza mayor y el caso fortuito excluyen la ilicitud y exoneran de responsabilidad al Estado sólo cuando realmente existen. No abrogan ni modifican la obligación internacional de que se trata. Si desaparece la imposibilidad creada por la fuerza mayor o el caso fortuito, el obligado tiene que cumplir la obligación; en caso contrario, su conducta se tornará «ilícita» y acarreará responsabilidad internacional. Este aspecto del asunto no ha escapado a la atención de los tratadistas. Scelle, por ejemplo, ha dicho que:

No se debe, sin embargo, confundir caducidad o desuso con *fuerza mayor*. Esta, es decir, la imposibilidad de ejecución, afecta a situaciones jurídicas regulares, sólidas, las paraliza, pero les permite revivir eventualmente. La caducidad, por el contrario, hiera a la regla de derecho con una invalidez parcial o total definitiva, la priva de su fuerza obligatoria⁹²¹.

De Visscher destaca que

[...] no correspondería hacerla intervenir [a la doctrina *rebus sic stantibus*] cuando la ejecución de una obligación internacional resulta imposible por el acaecimiento de un caso fortuito que ha permanecido completamente fuera de las previsiones de los contratantes. La fuerza mayor es una causa de liberación absoluta del deudor en todos los casos⁹²².

558. Como se indicó anteriormente⁹²³, la fuerza mayor y el caso fortuito son circunstancias excluyentes de la ilicitud de aplicación general. Cabe invocarlas tanto con motivo de las obligaciones internacionales consuetudinarias como de las convencionales. Esto no significa, sin embargo, que el contenido de la obligación en cuestión («norma primaria») no sea pertinente para establecer en concreto una excepción de fuerza mayor o de caso fortuito. Ya se ha hecho referencia al enfoque utilizado a este respecto por los seguidores de la «teoría objetiva» de la responsabilidad internacional, así como el hecho de que los partidarios de la «teoría de la culpa» reconocen asimismo que la aplicación en un caso dado de circunstancias excluyentes como la fuerza mayor y el caso fortuito puede quedar vedada por el contenido mismo de la obligación internacional respectiva. Una «norma primaria» de derecho internacional puede, por tanto, limitar el campo de aplicación y, en último término, evitar el funcionamiento normal de una excepción de fuerza mayor o caso fortuito. La relación establecida

por algunos autores entre la «fuerza mayor» y la «debida diligencia» con relación a ciertas obligaciones internacionales de conducta ilustra el punto. Así, el tipo de obligación estipulada por la norma internacional respectiva (obligación de conducta, obligación de resultado, obligación de consecuencias, etc.) puede, por tanto, tener también influencia sobre la aplicación en un caso dado de una excepción de fuerza mayor o de caso fortuito. Pueden asimismo revestir gran importancia a este respecto los factores temporales y el tipo de «hecho internacionalmente ilícito» de que se trate (acto continuado, acto compuesto, acto complejo, etc.).

559. Otro factor que debería tenerse en cuenta, por supuesto, es la existencia de un estado de guerra internacional o de un conflicto armado similar. Ciertas situaciones encaradas como fuerza mayor con arreglo al derecho internacional de la guerra podrían no reconocerse como tales según el derecho internacional que rige las relaciones en tiempo de paz. Una vez más, la cuestión planteada aquí concierne a la determinación del contenido de la obligación respectiva. Como recuerda Dahm:

El propio derecho de hacer la guerra da a los beligerantes derechos que pueden ejercer sin violar el derecho internacional. Un Estado cuyas fuerzas armadas infligen pérdidas a los nacionales de Estados neutrales en la zona de guerra en el curso de operaciones militares y dentro del marco del derecho internacional de la guerra, ocurra esto durante una guerra internacional o durante una guerra civil, por ejemplo, en la represión de insurgentes, no está actuando en violación del derecho internacional y, por tanto, no está obligado a indemnizar los daños. [...]

Ciertamente, esta regla está restringida a las operaciones militares genuinas y a las consecuencias de los verdaderos actos de guerra, y se aplica sólo a los actos que afectan igualmente a todas las personas y bienes presentes en la zona de guerra. [...]⁹²⁴.

Desarrollando la misma idea, Giuliano expresa:

El estallido de una guerra entre dos Estados o el estallido de una guerra civil en el interior de un país no son por su parte circunstancias excluyentes de la ilicitud de las acciones del Estado beligerante frente a las personas y a los bienes del beligerante contrario o de los Estados neutrales. Estas acciones, que constituirían indudablemente hechos ilícitos con arreglo al derecho internacional vigente en tiempo de paz, se tornan en efecto legítimas con arreglo a las normas del derecho internacional de la guerra y la neutralidad. Naturalmente, ello no significa que, aun en estos casos, un Estado no pueda cumplir hechos ilícitos internacionales susceptibles en cuanto tales de hacer surgir la consecuencia que el derecho internacional general vincula al comportamiento del Estado, en la medida en que tal comportamiento constituya una violación de obligaciones emanadas de normas del derecho internacional: en el caso de las obligaciones que incumben incluso al Estado beligerante o al Estado que lucha en una guerra civil y que se trasuntan en un conjunto de límites a su esfera de libertad, no obstante ampliada⁹²⁵.

⁹²⁰ Quadri, *loc. cit.*, pág. 470.

⁹²¹ G. Scelle, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours...*, 1933-IV, París, Sirey, 1934, t. 46, pág. 477.

⁹²² Ch. de Visscher, «Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité», *Revue générale de droit international public*, París, t. XXIX, N.º 1 (enero-marzo 1917), pág. 105.

⁹²³ Véanse párrs. 31 a 37 *supra*.

⁹²⁴ Dahm, *op. cit.*, págs. 213 y 214. Con respecto a la situación de las reclamaciones de guerra, Bishop concluye que «el derecho internacional de las reclamaciones de guerra es una de las partes menos satisfactorias del derecho de la responsabilidad de los Estados» (W. W. Bishop, «General course of public international law, 1965», *Recueil des cours...*, 1965-II, Leyden, Sijthoff, 1965, t. 115, pág. 403).

⁹²⁵ Giuliano, *op. cit.*, pág. 603.

560. Finalmente, debe hacerse referencia a diversas opiniones expresadas por tratadistas de derecho internacional con respecto a la admisibilidad de una excepción de fuerza mayor o caso fortuito en relación con una supuesta violación de ciertas normas de derecho internacional que regulan la conducta de los Estados durante las hostilidades, en particular a la luz del tenor del artículo 3 de la Convención IV de La Haya, de 18 de octubre de 1907:

Anzilotti:

Ofrece un notable ejemplo al respecto el artículo 3 de la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativa a las leyes y los usos de la guerra terrestre, según el cual el beligerante que viola las disposiciones del reglamento anexo a la convención debe pagar una indemnización y se la declara a tal fin «responsable de todos los actos cometidos por las personas que forman parte de su fuerza armada». Tanto de los trabajos preparatorios como del texto de la disposición resulta de manera indudable —y lo reconocen incluso los autores favorables en principio a la idea de culpa— que este artículo ha querido consagrar un sistema puramente objetivo de responsabilidad ⁹²⁶.

Ago:

A este propósito creo necesario señalar un error en el que parece haber incurrido la doctrina (Anzilotti, *Corso*, pág. 444; Strupp, *Das völkerr. Delikt*, pág. 51; Verdross, «Règles générales du droit international de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1929-V, pág. 466; Monaco, *La responsabilité...*, pág. 68, etc.) cuando sostiene que, en el artículo 3 de la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y los usos de la guerra terrestre, los Estados habrían adoptado un sistema de responsabilidad objetiva cuando declararon al Estado responsable «de todos los actos cometidos por las personas que forman parte de su fuerza armada». El error radicó en asimilar a la responsabilidad del Estado por hechos de los miembros de sus fuerzas armadas las hipótesis de responsabilidad por hechos de particulares, mientras que es evidente que tales personas son órganos del Estado verdaderos y propios. No debe, pues, buscarse el elemento de la culpa en la acción de órganos superiores del Estado tendente a impedir las infracciones al derecho de gentes por parte de las tropas (en este sentido, véase Hofer, *Der Schadensersatz im Landkriegsrecht*, Tubinga, 1913, págs. 26 y ss.), sino precisamente en la acción de los particulares que pertenecen a las fuerzas armadas, que son ellos mismos órganos del Estado que pueden violar las reglas internacionales sobre la conducción de la guerra. Y, por cierto, el artículo 3 no ha querido establecer una responsabilidad del Estado incluso por infracciones a las leyes de la guerra que hubieran sido cometidas por casos fortuitos o por fuerza mayor ⁹²⁷.

Sperduti:

Y efectivamente parecen estar en lo justo aquellos autores que, apoyándose en los trabajos preparatorios de la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907, interpretan el artículo 3 de la convención como dirigido a sancionar la responsabilidad objetiva de un beligerante por los hechos, contrarios al reglamento anexo sobre las leyes y los usos de la guerra terrestre, cometidos por personas que forman parte de sus fuerzas armadas. No es en cambio de esta opinión Ago, que objeta, entre otras cosas, que dicha norma no puede interpretarse en el sentido de que un beligerante es responsable de hechos ob-

jetivamente contrarios al reglamento, aunque los hayan cometido personas que pertenecen a su ejército, por fuerza mayor y, por tanto, sin culpa. Ahora bien, es posible estar de acuerdo en que no surge responsabilidad en caso de fuerza mayor, pero ello no significa de ningún modo que la norma no pueda entenderse entonces como dirigida a sancionar una responsabilidad objetiva. La fuerza mayor ejerce con respecto a la responsabilidad de un ente abstracto —responsabilidad basada en la premisa de que el comportamiento de un individuo que actúe como órgano del ente sea imputable a éste como su propio comportamiento voluntario— una influencia análoga a la violencia contra la persona de los órganos con respecto a la validez de instrumentos jurídicos. En ambos casos, a causa de la imposibilidad psicológica de determinarse (*vis absoluta*) o de determinar libremente (*vis compulsiva*) la propia actuación, la actividad del individuo-órgano, o bien no puede considerarse como una actividad del ente, o bien en todo caso debido a lo insólito de las circunstancias, no produce las consecuencias propias de una actividad del ente y, por tanto, se asimila jurídicamente a una actividad que no sea del ente, vale decir, a una actividad no imputable al ente, y desaparece, por tanto, la posibilidad o la razón de preguntarse si el ente ha actuado o no culpablemente.

Otra es la cuestión de saber si la situación de fuerza mayor podía evitarse gracias a la aplicación de determinada diligencia debida; y si, por tanto, un Estado puede en algunos casos tener que responder de los daños causados por la actividad de sus órganos que, al haber actuado por fuerza mayor, no puede considerarse que hayan actuado como órganos suyos o en las condiciones de la actividad normal de sus órganos. Dicha norma puede tal vez interpretarse en el sentido de que no se limita a sancionar la responsabilidad objetiva de los Estados beligerantes por los hechos imputables a ellos, sino que establece su responsabilidad por cualquier comportamiento extrínseco de quienes pertenecen a sus respectivas fuerzas armadas. Por otro lado, interpretada en el sentido más restringido, como parece más correcto, es completamente razonable entenderla como dirigida a establecer en qué casos surge responsabilidad independientemente de la culpa, y no a excluir la responsabilidad por culpa, o sea, no como dirigida a circunscribir a los casos de responsabilidad contemplados por ella la responsabilidad de un beligerante en el marco de las leyes y de los usos de la guerra terrestre, aunque fuera de esos propios casos tal responsabilidad ya estuviera suficientemente justificada sobre la base de los principios generales sobre la culpa ⁴³. La cuestión planteada en último término debe, por tanto, resolverse sobre la base de los principios generales del derecho internacional.

⁴³ En otros términos: si algo parece cierto es que la norma del artículo 3 no se presta para ser invocada ni para afirmar ni para excluir indiscriminadamente la responsabilidad de un beligerante por lesiones inferidas en casos de fuerza mayor por quienes pertenecen a sus fuerzas armadas. O bien la norma puede entenderse como dirigida a aplicar el principio de la responsabilidad internacional por culpa, y entonces es razonable entenderla en el sentido de que contempla, en general, los comportamientos lesivos de quienes pertenecen a las fuerzas armadas de un beligerante, siempre que hayan sido adoptados en condiciones tales que pueda atribuirse culpa al beligerante, y, por tanto, incluso si la culpa ha sido la de no haber evitado una situación de fuerza mayor, cuando ello habría sido posible actuando con arreglo al derecho. O bien la norma puede ser, como parece, aplicación de un principio de responsabilidad internacional objetiva y, por tanto, puede entenderse como desinteresándose de que esté presente o no la condición de la culpa, y entonces se le puede asignar un significado sensato sólo si se consideran contemplados por ella los hechos lesivos susceptibles de referencia orgánica regular a un beligerante; porque en el caso contrario se llegaría al resultado, evidentemente aberrante, de que un beligerante es responsable incluso por los hechos acaecidos en las condiciones más extraordinarias de fuerza mayor. Pero igualmente sería más bien aberrante el resultado de una interpretación que, circunscribiendo en el sentido indicado las hipótesis de responsabilidad previstas y valoradas por la norma, asignase por otra parte a la norma la función de agotar de tal manera la regulación de cualquier responsabilidad posible en relación con las leyes y los usos de la guerra terrestre, que no quedara ningún lugar para una responsabilidad fundada sobre los principios generales sobre la culpa, cuando pudiese derivarse de éstos la responsabilidad de un beligerante por no haber evitado, actuando con arreglo al derecho, una situación de fuerza mayor ⁹²⁸.

⁹²⁸ Sperduti, *loc. cit.*, págs. 102 a 104.

⁹²⁶ Anzilotti, *Cours de droit international (op. cit.)*, pág. 499.

⁹²⁷ Ago, «*Le délit international*» (*loc. cit.*), pág. 493, nota 1; texto italiano en «*La colpa...*» (*loc. cit.*), págs. 201 y 202, nota 1.

Kelsen:

Por ejemplo, según el artículo 3 de la Convención de La Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, un Estado beligerante es responsable de toda violación de las normas que figuran en esa convención, tanto si la ha cometido alguno de sus órganos como si la han cometido miembros de sus fuerzas armadas que no actúen en su carácter de órganos. Eso significa que el Estado beligerante está obligado a pagar una indemnización por el daño causado, aunque la violación no se haya cometido intencionalmente o por negligencia⁹²⁹.

Quadri:

El ejemplo más célebre en que se habla con base convencional de responsabilidad objetiva, sin culpa, es el del artículo 3 de la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que obliga al Estado a responder de «todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su ejército» que violen las disposiciones del reglamento anexo a esa convención. En

⁹²⁹ H. Kelsen, «Théorie du droit international public», *Recueil des cours...*, 1953-III, Leyden, Sijthoff, 1955, t. 84, pág. 93.

este caso se puede admitir efectivamente que hay una obligación internacional de garantía, pues la idea de una presunción *absoluta* de culpa respecto de la prevención de esos actos es ilógica, aunque el carácter estricto de la disciplina militar, el rigor del control del Estado sobre su ejército, etc., puedan hacer presumir en cierta medida que ha existido por parte del Estado una pasividad culpable. Consideraciones de otro carácter se añaden a las que podrían justificar una simple responsabilidad: la posibilidad que tendrían los Estados beligerantes de hacer recaer en miembros individuales del ejército la responsabilidad exclusiva por los crímenes cometidos, las dificultades extraordinarias que existen para determinar las circunstancias justificantes o eximentes de responsabilidad y sobre todo el empleo de medios ofensivos y el ejercicio de la autoridad que se adscribe particularmente a la condición de militar. Todo ello sin tener en cuenta que muy a menudo es necesario responder prontamente para no prejuzgar las situaciones. Pero todo ello no impide que se trate de una disposición totalmente excepcional, a la que no se puede reconocer el carácter puramente declaratorio del derecho internacional común, y que en la práctica no ha desempeñado el papel que se podía esperar. La situación resultante de los tratados de paz hace que subsistan graves dudas sobre el carácter eficaz de la norma en cuestión⁹³⁰.

⁹³⁰ Quadri, *loc. cit.*, págs. 464 y 465.

SECCIÓN 2.—PROYECTOS DE CODIFICACIÓN PREPARADOS POR SOCIEDADES CIENTÍFICAS O PARTICULARES

561. A los fines del presente estudio, los proyectos de codificación preparados por sociedades científicas y particulares (mencionados en el primer informe del Relator Especial del tema de la responsabilidad de los Estados, el Sr. Roberto Ago, presentado a la Comisión de Derecho Internacional en 1969 y complementado en 1971⁹³¹) se han agrupado como sigue: a) proyectos que se refieren expresamente a la fuerza mayor (*lato sensu*); b) proyectos que contienen «justificaciones» concretas que pueden aplicarse a casos de fuerza mayor y caso fortuito; c) proyectos que se refieren a conceptos como «culpa», «voluntariedad», «diligencia debida», etc., sin distinguir entre «actos» y «omisiones»; d) proyectos que se refieren a los conceptos de «culpa» o «diligencia debida» con respecto a «omisiones»; e) otros proyectos.

a) Proyectos que se refieren expresamente a la fuerza mayor (*lato sensu*)⁹³²

562. El proyecto revisado de 1961 sobre la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o los bienes de los extranjeros, de García Amador⁹³³, antiguo Relator Especial del tema de la responsabilidad de los Estados, no contiene ninguna disposición general referente a la cuestión de si, para que sea imputable al Estado, un acto o una omisión debe haber sido deliberado e intencional, o si, a los efectos de determinar la imputabilidad del acto o la omisión, es sufi-

⁹³¹ *Anuario...* 1969, vol. II, págs. 130 y ss., documento A/CN.4/217 y Add.1, anexos; y *Anuario...* 1971, vol. II (primera parte), pág. 205, documento A/CN.4/217/Add.2.

⁹³² Es decir, incluyendo el caso fortuito.

⁹³³ *Anuario...* 1961, vol. II, págs. 51 y ss., documento A/CN.4/134 y Adición.

ciente la mera ocurrencia de un suceso que es objetivamente contrario al derecho internacional⁹³⁴. Sin embargo, elementos como *culpa* o *dolus* están presentes en varias disposiciones concretas del proyecto relativas a actos y omisiones que pueden originar la responsabilidad (disposiciones que establecen normas respecto del trato de los extranjeros), así como en el artículo 17 (Circunstancias eximentes y atenuantes de responsabilidad), incluido en el capítulo del proyecto (cap. V) dedicado a la «imputabilidad» de actos u omisiones al Estado.

563. En el artículo 17 se considera expresamente la fuerza mayor como una circunstancia capaz de eximir al Estado de responsabilidad o de atenuar la responsabilidad a él imputable. La parte pertinente del artículo 17 dice lo siguiente:

1. El acto u omisión no es imputable si obedece a una fuerza mayor, que imposibilita al Estado para cumplir la obligación internacional de que se trate y que no haya sido la consecuencia de un acto u omisión de sus propios órganos o funcionarios.

4. La fuerza mayor y el estado de necesidad, [...] cuando no sean admisibles como causas eximentes de responsabilidad, obrarán como atenuantes de ésta a los efectos previstos en el artículo 26, inciso 4, del presente anteproyecto⁹³⁵.

⁹³⁴ Para los fines del proyecto, se define la «responsabilidad internacional» de manera de incluir el deber de reparar los daños causados en el territorio del Estado a la persona o propiedad de extranjeros si tales daños son «consecuencia de actos u omisiones de los órganos o funcionarios contrarios a las obligaciones internacionales del Estado» (art. 2, párr. 1).

⁹³⁵ En el párrafo 4 del artículo 26 (Restitución e indemnización de daños y perjuicios) se dispone que, al determinar el carácter y el alcance de la reparación, se tendrán en cuenta las circunstancias atenuantes de responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, inciso 4.

564. Esa formulación refleja las conclusiones a que llegó en 1958 García Amador en su tercer informe⁹³⁶, después de examinar la jurisprudencia internacional relativa a la fuerza mayor como circunstancia eximente o atenuante⁹³⁷. El antiguo Relator Especial resume tales conclusiones como sigue:

[...] de lo que antecede se desprende que la excepción de fuerza mayor está reconocida, en principio, por el derecho internacional. Que en este ordenamiento jurídico su validez o admisibilidad está sujeta a condiciones tanto o más severas que en el derecho interno. Que de estas condiciones, el elemento de incoercibilidad es el que domina la noción de fuerza mayor. Y que cuando no sea válida o admisible como causa eximente de responsabilidad, puede serlo como circunstancia atenuante a los efectos de fijar la cuantía de la reparación del daño⁹³⁸.

565. Como se indicó anteriormente, el elemento de culpa está también presente en las disposiciones del proyecto que establecen normas relativas al trato de los extranjeros cuya violación puede originar la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, en el artículo 3 (Actos y omisiones que comportan denegación de justicia) se menciona «el propósito evidente de perjudicar al extranjero»; en el artículo 4 (Privación de libertad), «la orden de arresto [...] fundada en una sospecha de buena fe»; en el artículo 5 (Expulsión y otras interferencias a la libertad de locomoción), «el acto u omisión [...] ostensiblemente arbitrario o injustificable», etc. A ese respecto, son especialmente reveladoras las disposiciones relativas a la obligación del Estado de proteger a los extranjeros contra actos de los particulares. Por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 7 se dispone que el Estado es responsable de los daños causados al extranjero por hechos ilegales de los particulares, cometidos aisladamente o en disturbios internos (motín, violencia de las turbas o guerra civil), «si las autoridades han mostrado una negligencia notoria en la adopción de medidas que, atendidas las circunstancias, se toman normalmente para evitar la ocurrencia de tales hechos», y en el párrafo 2 del artículo se añade:

2. Entre las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior, se tendrán en cuenta, especialmente, la previsibilidad del hecho lesivo y la posibilidad material de evitar su ocurrencia por los medios de que disponga el Estado.

En el artículo 8 se hace asimismo responsable al Estado en caso de «connivencia, complicidad o la coparticipación de las autoridades en el hecho lesivo del particular», y también, «si las autoridades han mostrado una negligencia notoria e inexcusable en la persecución, enjuiciamiento y castigo de los culpables del hecho lesivo».

566. El *proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional, publicado en 1973 por dos autores*

de la República Democrática Alemana, B. Graefrath y P. A. Steiniger, dispone, en su artículo 10, que: «La obligación de reparar cesa de existir si hay fuerza mayor o estado de necesidad»⁹³⁹.

b) Proyectos que contienen «justificaciones» concretas que pueden aplicarse a casos de fuerza mayor y caso fortuito

567. El título IV (Responsabilidad de los Estados por daños a extranjeros) de la «*Nueva enunciación de la ley*», preparada en 1965 por el American Law Institute⁹⁴⁰, comienza diciendo, en el artículo 164, que:

Un Estado será responsable, en derecho internacional, de los daños causados a un extranjero por una conducta sujeta a su jurisdicción que sea atribuible a ese Estado e ilícita conforme al derecho internacional.

Tal conducta se considera «ilícita» si se aparta de la norma internacional de justicia que debe seguirse en el trato de extranjeros o constituye violación de un acuerdo internacional (art. 165).

568. En los artículos 197 a 201 de la Nueva enunciación se enumeran una serie de «justificaciones», algunas de las cuales pueden aplicarse a casos de fuerza mayor y caso fortuito. Esas «justificaciones» —que se relacionan con el «elemento objetivo» del acto ilícito internacional, mencionado en el artículo 165, y no con las normas que regulan la atribución de la conducta de órganos y agentes del Estado (arts. 169 y 170) o con las normas en que se establece la responsabilidad del Estado debida a la omisión de proteger a los extranjeros contra daños privados (art. 183)— son las siguientes:

197. Poder judicial y ejecución de la ley

1) La conducta atribuible a un Estado y dañosa para un extranjero no se aparta de la norma internacional de justicia mencionada en el artículo 165 si es razonablemente necesaria para

a) el mantenimiento del orden, la seguridad o la salud públicos,

b) la ejecución de cualquier ley del Estado (incluidas las leyes fiscales) que en sí no se aparte de la norma internacional.

2) La regla del párrafo 1 no justificará el incumplimiento de los requisitos de derecho procesal enunciados en los artículos 179 a 182⁹⁴¹; no obstante, se estará a lo dispuesto en el artículo 199 respecto de los casos de urgencia.

198. Control monetario

La conducta atribuible a un Estado y dañosa para un extranjero no se apartará de la norma internacional de justicia

⁹³⁶ Anuario... 1958, vol. II, págs. 51 y ss., documento A/CN.4/111.

⁹³⁷ García Amador menciona (*ibid.*, pág. 56, documento A/CN.4/111, artículo 13, párrs. 6 a 8 del comentario) el Asunto de las indemnizaciones rusas (1912) [véanse párrs. 388 a 394 *supra*], el Asunto concerniente al pago de diversos empréstitos serbios emitidos en Francia (1929) [véanse párrs. 263 a 268 *supra*] y el Asunto de la sociedad comercial de Bélgica (1939) [véanse párrs. 274 a 290 *supra*].

⁹³⁸ *Ibid.*, pág. 56, artículo 13, párr. 9 del comentario.

⁹³⁹ Traducción de la secretaría. El texto original alemán dice lo siguiente: «Die Entschädigungspflicht entfällt bei höherer Gewalt sowie im Falle eines Staatsnotstandes.» (*Neue Justiz*, Berlín, 1973, N.º 8, pág. 228.)

⁹⁴⁰ Véase Anuario... 1971, vol. II (primera parte), pág. 205, documento A/CN.4/217/Add.2, anexo XXIV.

⁹⁴¹ Los artículos 179 a 182 se refieren a la detención y el encarcelamiento de extranjeros, la denegación de juicio u otro procedimiento, la imparcialidad del juicio u otro procedimiento y la decisión injusta.

mencionada en el artículo 165 si es razonablemente necesaria para controlar el valor de la moneda o proteger las reservas de divisas del Estado.

199. Situaciones de urgencia

La conducta atribuible a un Estado y dañosa para un extranjero no se apartará de la norma internacional de justicia mencionada en el artículo 165 si es razonablemente necesaria para preservar vidas humanas o bienes en caso de desastre u otra grave situación de urgencia.

569. Cabe señalar que, tal como están redactadas, las «justificaciones» citadas parecerían prever casos de fuerza mayor y caso fortuito debidos tanto a causas naturales como a causas humanas. Se reconoce expresamente la necesidad del «control monetario» frecuentemente invocado en la práctica internacional como justificación de defensas de fuerza mayor. Por otro lado, el artículo 201 limita en cierta medida el alcance de la aplicación de las «justificaciones» al disponer que no eximirán a ningún Estado de responsabilidad «por toda conducta contraria a las disposiciones de un acuerdo internacional» ni «por conducta que discrimine contra un extranjero».

570. El *proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado por la Harvard Law School en 1961*⁹⁴², elaborado por Sohn y Baxter, combina disposiciones en que se tiene en cuenta el elemento de «intención» o «negligencia» con otras basadas en la «responsabilidad sin culpa». El proyecto comienza enunciando, entre los principios fundamentales de la responsabilidad de los Estados, el de que un Estado será internacionalmente responsable de todo acto u omisión que, según el derecho internacional, sean ilícitos, sean imputables a ese Estado y causen daños a un extranjero (primera oración del párrafo 1 del artículo 1.^o). Más adelante define distintas categorías de actos internacionalmente ilícitos, refiriéndose al elemento de «intención» o «negligencia» sólo en algunos de ellos, y trata de la cuestión de las circunstancias que excluyen la ilicitud («justificaciones», para usar la terminología del proyecto) de manera diferente según que la respectiva categoría de actos internacionalmente ilícitos requiera el elemento de «intención» o «negligencia» o no.

571. En consecuencia, para comprender el sistema establecido por el proyecto es necesario tener presentes las distintas categorías de actos internacionalmente ilícitos, que se definen en el párrafo 1 del artículo 3 en la forma siguiente:

1. Un acto o una omisión que sean imputables a un Estado y causen daños a un extranjero serán «ilícitos», en el sentido que se da al término en la presente Convención:

- a) Si tiene por objeto, sin justificación suficiente, causar daños o facilitar la provocación de daños;
- b) Si crea, sin justificación suficiente, un excesivo riesgo de daños por falta de la debida diligencia;
- c) Si es uno de los actos u omisiones definidos en los artículos 5 a 12; o
- d) Si viola un tratado.

⁹⁴² Véase *Anuario...* 1969, vol. II (primera parte), págs. 148 y ss., documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII.

572. Para las categorías de actos ilícitos definidas en los incisos *c* y *d* del párrafo 1 del artículo 3, las únicas «justificaciones» que se reconocen son las que pudieran invocarse sobre la base de las normas relativas al tratamiento de los extranjeros, que se formulan en los artículos 5 a 12 del proyecto mismo, o de las disposiciones del respectivo tratado⁹⁴³. Por tanto, parecería que, respecto de esa categoría de ilícitos, el solo hecho de que ocurra un acto u omisión que constituye una violación de las normas incorporadas en los artículos 5 a 12 o de una disposición de un tratado es suficiente para generar la responsabilidad del Estado. Sin embargo, cabe señalar que en varias disposiciones de dichos artículos figuran palabras y expresiones como: «violación clara y discriminatoria», «incumplimiento arbitrario», «discrepancia excesiva», «restricción excesiva», «prudencial», «indebidamente», «insuficiente», «imparcialidad», exigido por las «circunstancias», «necesidad», «mantenimiento de la salud, la moral y el orden públicos», «abuso de la facultad», «justo valor», «ejercicio válido de derechos de beligerancia», «resultante de la aplicación ordinaria de las leyes», «amenazado claramente», etc. En consecuencia, parecería que para determinar la existencia de una violación de algunas de las normas estipuladas en los artículos 5 a 12 del proyecto no se puede dejar de tener en cuenta la fuerza mayor y el caso fortuito. En lo que respecta a los tratados, el comentario del artículo 4 explica que el concepto de violación de un tratado implica que el Estado que comete la violación no tiene justificación suficiente con arreglo a una disposición del tratado mismo o *con arreglo al derecho internacional general*⁹⁴⁴.

573. Por otra parte, para las categorías de actos ilícitos definidas en los incisos *a* y *b* del párrafo 1 del artículo 3, a saber: las que entrañan «intención» o «negligencia», el proyecto prevé justificaciones específicas, pero sólo en la medida en que se consideren «justificación suficiente» con arreglo al artículo 4. En los párrafos 1 a 4 de dicho artículo se enumera una serie de «justificaciones suficientes» o excusas relativas a cuestiones del tipo siguiente: la imposición de un castigo por la comisión de un delito; la efectiva necesidad de mantener la salud, la moral o el orden públicos; el ejercicio válido de los derechos de beligerancia o neutralidad o el cumplimiento de los deberes de beligerancia o neutralidad y la culpa concurrente del extranjero damnificado. En el párrafo 5 se enuncia una norma residual según la cual

En circunstancias distintas de las indicadas en los párrafos 1 a 4 [...], sólo habrá «justificación suficiente» [...] cuando

⁹⁴³ En los artículos 5 a 12 se establecen normas sobre el tratamiento de los extranjeros con respecto a las siguientes cuestiones: detención y encarcelamiento (artículo 5); denegación de acceso a un tribunal o a una autoridad administrativa (artículo 6); denegación de una vista imparcial (artículo 7); decisiones y fallos adversos (artículo 8); destrucción de bienes y daños a los bienes (artículo 9); expropiación y privación del uso o goce de bienes (artículo 10); privación de medios de vida (artículo 11); incumplimiento, anulación y modificación de contratos y concesiones (artículo 12).

⁹⁴⁴ Véase Harvard Law School, *Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, Draft No. 12 with Explanatory Notes*, Cambridge (Mass.), 1961, pág. 73.

los principales sistemas jurídicos del mundo atribuyan tal carácter a las circunstancias del caso ⁹⁴⁵.

Por más estrecho que sea el ámbito de aplicación de esta norma residual, de todos modos sirve de base jurídica para que un Estado demandado pueda invocar, en determinadas situaciones, la fuerza mayor o el caso fortuito como circunstancias excluyentes de la ilicitud.

c) Proyectos que se refieren a conceptos como «culpa», «intencionalidad», «devida diligencia», etc., sin distinguir entre «actos» y «omisiones»

574. Las «Normas sobre la responsabilidad del Estado en lo concerniente a la vida, la persona y los bienes de los extranjeros» que figuran en el *proyecto de código de derecho internacional adoptado por la filial japonesa de la International Law Association y la Kokusaiho Gakkwai (Asociación Japonesa de Derecho Internacional)* en 1926 ⁹⁴⁶ disponen, en el artículo 1.º, que

Los Estados serán responsables por los daños causados en su territorio a la vida, la persona o los bienes de los extranjeros por acto intencional, omisión o negligencia de las autoridades públicas en el cumplimiento de sus funciones oficiales, si dicho acto, omisión o negligencia constituye una violación de un deber internacional del Estado al que pertenecen dichas autoridades.

Para el caso de los daños causados por un acto u omisión de un funcionario fuera de sus funciones oficiales o de un particular, el artículo 2 estipula que el Estado al que pertenezca el extranjero damnificado podrá exigir reparación si «el Estado en que se causa el daño rehúsa u omite ilegalmente conceder recursos judiciales adecuados». El Estado en cuyo territorio se haya causado daños a un extranjero durante una insurrección o disturbio tumultuario (art. 3) no podrá declinar su responsabilidad por lo sucedido si el extranjero resultó damnificado «por el hecho de ser extranjero o de determinada nacionalidad».

575. El *proyecto sobre «Responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros»*, adoptado por el *Institut de Droit International en su reunión de 1927 en Lausana* ⁹⁴⁷, se ajusta al criterio de la «culpa» y la «negligencia». El principio fundamental de que «el Estado es responsable de los daños que cause a los extranjeros por toda acción u omisión contraria a sus obligaciones

internacionales» resulta limitado por la estipulación de que:

Esta responsabilidad del Estado no existe si la inobservancia de la obligación no se debe a culpa de sus órganos, a menos que, en el caso de que se trate, una regla convencional o consuetudinaria, especial para la materia, admita la responsabilidad sin culpa. (Artículo 1, *in fine*.)

En lo tocante a los daños causados por particulares, no generan la responsabilidad del Estado sino «cuando el daño resulta de la omisión de las medidas que deben adoptarse normalmente, atendidas las circunstancias, para prevenir o reprimir tales actos» (art. 3).

576. Con respecto a los daños ocasionados en caso de desorden, motín, insurrección o guerra civil, el artículo 7 dispone que el Estado sólo es responsable «si no ha procurado prevenir los actos lesivos con la diligencia que se debe tener normalmente en iguales circunstancias, si no ha reaccionado con idéntica diligencia contra dichos actos o si no aplica a los extranjeros las mismas medidas de protección que a los nacionales». En lo tocante a la «denegación de justicia», el artículo 6 hace responsable al Estado «si el procedimiento o la sentencia constituyen una injusticia notoria, especialmente si se han inspirado en la mala voluntad hacia los extranjeros, como tales o como nacionales de un Estado determinado».

577. El *proyecto de convención sobre «Responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros»* preparado por la *Harvard Law School en 1929* ⁹⁴⁸ se basa fundamentalmente en el concepto de «diligencia debida». Así, la primera oración del artículo 10 estipula que:

Un Estado es responsable si el daño causado a un extranjero resulta del hecho de no haber empleado la diligencia debida para impedirlo y se han agotado los recursos locales sin que se dé una adecuada reparación.

El hecho de no haber empleado la «diligencia debida» o «diligencia» para impedir el daño es asimismo el criterio incorporado en los artículos 11, 12 y 14 del proyecto, que regulan la responsabilidad del Estado en caso de daños resultantes de actos de particulares, de violencia de las turbas o de insurrectos o por otro Estado dentro del Estado territorial.

578. La «diligencia indispensable» puede variar, de acuerdo con el artículo 10, «según el carácter público o privado de la persona del extranjero y las circunstancias del caso». El comentario a dicho artículo ⁹⁴⁹ señala que en las palabras «diligencia debida» —que son una norma y no una definición— está implícita la jurisdicción del Estado para tomar medidas de prevención, «así como la oportunidad de que el Estado actúe, luego de

⁹⁴⁵ En el párrafo 1 del artículo 13 del proyecto se especifica que

«La falta de la debida diligencia para proteger a un extranjero [...] contra los actos cometidos ilícitamente por cualquier persona, actuando en forma individual o de acuerdo con otras, será ilícita:

»a) Si el acto constituye delito con arreglo al derecho del Estado interesado; o

»b) Si los principales sistemas jurídicos del mundo atribuyen en general carácter de delito a dicho acto.»

⁹⁴⁶ Véase *Anuario...* 1969, vol. II, pág. 147, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo II.

⁹⁴⁷ Véase *Anuario...* 1956, vol. II, pág. 224, documento A/CN.4/96, anexo 8.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, págs. 225 y 226, documento A/CN.4/96, anexo 9.

⁹⁴⁹ Para los comentarios a los artículos (en inglés solamente), véase *Harvard Law School, Research in International Law, Drafts of Conventions prepared in anticipation of the First Conference on the Codification of International Law (The Hague, 1930)*, en *Supplement to the American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 23 (número especial) [abril de 1929], págs. 140 y ss. El comentario al artículo 10 figura en las págs. 187 y 188.

tener conocimiento de un daño inminente o de circunstancias que justifiquen una expectativa de un probable daño». Y más adelante se explica que cuando, «como ocurre con frecuencia, el ataque a un ministro público o a un cónsul es espontáneo y ocurre claramente sin negligencia alguna de parte del gobierno, es difícil hallar una base jurídica para modificar la norma habitual según la cual un Estado sólo es responsable en caso de culpa o infracción de su parte. A veces, en casos de ese tipo se ha hecho una reparación como resultado de consideraciones políticas»⁹⁵⁰.

579. En los comentarios de los artículos 11 (actos de particulares o violencia de las turbas), 12 (actos de insurrectos) y 14 (actos de otros Estados) también hay algunos pasajes pertinentes para la materia del presente documento. Así, en el comentario al artículo 11 se dice:

[...] Si bien en caso de violencia de las turbas, como en otros casos, la denegación de justicia determina la responsabilidad del Estado, los gobiernos demandantes están menos dispuestos a esperar la utilización y el agotamiento de los recursos locales cuando se ha dirigido un ataque contra sus nacionales debido a su nacionalidad que cuando la agresión es un acontecimiento fortuito dirigido contra un solo extranjero sin referencia especial a su nacionalidad en particular. El hecho de que en muchos casos la violencia de las turbas resulte chocante y agite las emociones ha llevado a los Estados a pagar indemnizaciones sin un análisis demasiado detenido de la existencia de responsabilidad. De conformidad con el derecho de muchos países y de varios estados de los Estados Unidos, las comunidades y las ciudades asumen la obligación de indemnizar, sin prueba de culpa del gobierno, a las víctimas de la violencia de las turbas o de motines. [...]

[...] fuera de toda cuestión de infracción por parte de las autoridades, cabe decir que en la mayoría de los casos de daños ocasionados a extranjeros durante motines se han pagado indemnizaciones como «acto de gracia» o por razones de humanidad, ya sea que la furia de la turba se haya dirigido contra los extranjeros como tales o contra los súbditos de determinada potencia extranjera. [...]

El Estado es claramente responsable cuando no demuestra la diligencia debida para impedir o reprimir el motín o cuando las circunstancias indican la insuficiencia de las medidas de protección o la complicidad de funcionarios o agentes del gobierno en el desorden.

580. Respecto de los insurgentes, en el comentario al artículo 12 se menciona que en principio el Estado no es responsable por los daños causados a extranjeros por los insurgentes «cuando éstos escapan al control del gobierno», y en el comentario al artículo 14 se dice que «cuando las fuerzas de otro Estado desplazan temporalmente al gobierno local contra la voluntad de dicho gobierno, desaparece la condición principal de la responsabilidad de este último. Temporalmente, y en la medida de dicho desplazamiento, el gobierno local carece de poder en su propio territorio».

⁹⁵⁰ En el comentario se distingue entre «responsabilidad del Estado por no haber actuado con diligencia para evitar daños a extranjeros» y «responsabilidad del Estado por no haber actuado con diligencia para enjuiciar a los delincuentes». Se considera que el segundo caso constituye responsabilidad por denegación de justicia, mientras que el primero deriva del deber del Estado de ejercer la función de prevención.

581. Finalmente, el artículo 4 del proyecto dispone que:

En circunstancias normales, el Estado tiene el deber de mantener una organización administrativa adecuada para el cumplimiento de las obligaciones que le imponen el derecho internacional y los tratados. En caso de situaciones excepcionales que perturben transitoriamente su organización administrativa, el Estado tiene el deber de hacer uso de los medios que estén a su alcance para el cumplimiento de esas obligaciones.

El comentario correspondiente explica que:

[...] en todo Estado, condiciones anormales transitorias pueden producir la perturbación de la organización administrativa, y esa posibilidad ha de tenerse en cuenta al determinar si existe responsabilidad en un caso determinado. Incluso en tiempos anormales, no obstante, el Estado tiene la obligación de utilizar los medios que estén a su alcance para la protección de los extranjeros, y la omisión de cumplir esta obligación puede dar lugar a que pase a ser responsable respecto de otro Estado lesionado como consecuencia de ello. La expresión «los medios que estén a su alcance» se utiliza porque se desea destacar los instrumentos de gobierno que pueden estar disponibles. Por tanto, el término es diferente del término «debida diligencia» utilizado en el artículo 10, que se refiere a la eficiencia y diligencia con que se utilizan los instrumentos de gobierno.

[...] La práctica actual suele tender a penalizar al Estado por su debilidad, requiriendo prácticamente una garantía de la continuidad de la organización gubernamental normal. Esa continuidad no siempre es posible, como sucede en las guerras civiles y en las insurrecciones locales. Parecería que un Estado no debería ser considerado responsable de obligaciones que no puede desempeñar, siempre que la incapacidad fuera solamente temporal y debida a causas o circunstancias excepcionales.

582. De conformidad con los proyectos mencionados anteriormente⁹⁵¹, las acciones u omisiones motivadas por una situación de fuerza mayor o por un caso fortuito (es decir, por un tipo de conducta en el cual, por definición, no hay «culpa», «intencionalidad», «negligencia» o «falta de la debida diligencia») no darán lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Un enfoque de ese tipo hace innecesaria la inserción en los proyectos de disposiciones específicas sobre la fuerza mayor o el «caso fortuito» como circunstancias excluyentes de la ilicitud.

d) Proyectos que hacen referencia a los conceptos de «culpa» o «diligencia debida» con respecto a las «omisiones»

583. El *proyecto del tratado de 1927 sobre la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales preparado por el profesor Strupp*⁹⁵² distingue entre «actos» y «omisiones». La noción de culpa se refleja sólo en relación con las «omisiones», como se desprende del artículo 1.º:

Todo Estado es responsable ante otros Estados por los actos de las personas o grupos a quienes emplee para la consecución

⁹⁵¹ Párrs. 574, 575 y 577.

⁹⁵² Véase *Anuario...* 1969, vol. II, págs. 158 y 159, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo IX.

de sus fines (sus «órganos»), en la medida en que dichos actos contravengan a las obligaciones emanadas de las relaciones jurídicas internacionales de dicho Estado con el Estado damnificado.

Si tal acto consiste en una omisión, el Estado que emplee a dichas personas o grupos únicamente será responsable si puede imputársele negligencia.

584. El artículo 3 especifica que, respecto de los actos de particulares, especialmente los actos de personas o grupos con motivo de motines, insurrecciones, guerra civil y casos análogos, la responsabilidad del Estado se limitará a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1.º. Y el artículo 6 dispone que un Estado es responsable de sus tribunales cuando éstos sean culpables de una denegación o demora «intencionales» de justicia.

585. Una distinción entre «actos» y «omisiones» se trata también en el *proyecto de convención de 1932 sobre la responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales preparado por el profesor Roth*⁹⁵³. La omisión de ejercer la «debida diligencia» es el criterio seguido para las «omisiones». Las disposiciones respectivas dicen lo siguiente:

Artículo primero

Los Estados son responsables de los actos contrarios al derecho internacional cometidos por cualquier persona natural o jurídica a la que hayan encargado el desempeño de funciones públicas, siempre que dichos actos estén comprendidos en el alcance general de la jurisdicción de dicha persona.

[...]

Artículo 3

El Estado sólo incurre en responsabilidad por las omisiones si ha dejado de ejercer la diligencia que, con la debida atención a las circunstancias del caso, cabe esperar de un miembro de la comunidad internacional.

586. El artículo 6 del proyecto señala que, en el supuesto de desórdenes internos, el Estado «sólo» es responsable con arreglo a los artículos 1 a 4. Y el artículo 7 declara que el Estado «sólo» es responsable de sus órganos judiciales en caso de «tergiversación» o de «denegación de justicia».

587. Teniendo presente la redacción de esas disposiciones, parece que, según los dos proyectos mencionados en esta subsección, la fuerza mayor y el caso fortuito excluirían la ilicitud en el caso de las omisiones. El proyecto Strupp reconoce expresamente esa posibilidad en su artículo 4, según el cual

En los casos de omisión, los Estados podrán eximirse de responsabilidad demostrando que no han obrado voluntariamente o que no han dejado de ejercer, incurriendo en negligencia, la atención necesaria.

No obstante, se observará que, según ese artículo, la carga de la prueba de la fuerza mayor o el caso fortuito incumbe al Estado demandado. No obstante, ninguno de los dos proyectos contiene disposiciones expresas so-

bre cuya base la fuerza mayor o el caso fortuito incumbe al Estado demandado. No obstante, ninguno de los dos proyectos contiene disposiciones expresas sobre cuya base la fuerza mayor o el caso fortuito pueden invocarse respecto de los «actos».

e) Otros proyectos

588. El *proyecto de convención de 1930 sobre la responsabilidad de los Estados por los daños causados en su territorio a la persona o los bienes de los extranjeros preparado por la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (Asociación Alemana de Derecho Internacional)*⁹⁵⁴ sigue muy estrictamente el principio de la «responsabilidad objetiva». Los párrafos 1 y 2 del artículo 1.º del proyecto dicen lo siguiente:

1. Todo Estado es responsable ante otros Estados por los daños causados en su territorio a la persona o los bienes de extranjeros como consecuencia de la violación, por dicho Estado, de cualquiera de sus obligaciones hacia el otro Estado en virtud del derecho internacional.

2. La violación de una obligación impuesta por el derecho internacional puede consistir en una omisión cuando, habida cuenta de las circunstancias, el derecho internacional habría exigido la ejecución de una acción o de un acto concreto.

589. En el proyecto no figura ninguna disposición específica sobre circunstancias excluyentes de la ilicitud. No obstante, se observará que, con respecto a las «omisiones», el párrafo 2 del artículo 1.º, citado anteriormente, se refiere a las «circunstancias», y que el artículo 5, relativo a los daños causados como consecuencia de actos de particulares, especifica que en esos casos la responsabilidad del Estado se limitará a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1.º. Además, los párrafos 1 y 2 del artículo 6 basan la responsabilidad del Estado por los daños causados con motivo de motines, insurrecciones, guerra civil o casos análogos en el principio de no haber procedido «con la atención diligente que las circunstancias requieran». Asimismo, las disposiciones del artículo 2, sobre la obligación del Estado de proteger la vida, la libertad y los bienes de los extranjeros en su territorio, y del artículo 3, sobre la denegación de justicia, contienen expresiones como «manifiestamente innecesario», «injustamente», «motivo fundado», «innecesario rigor», «razón del bien público», «causas imperiosas de bien público», falta de «adoptar todas las medidas adecuadas», «necesarias en las circunstancias», «indebidamente», «resolución judicial concienzuda», «dolo hacia los extranjeros»; en particular, el párrafo 2 d del artículo 2 declara que los pagos de intereses y reembolsos del principal en los casos de sumas adeudadas por un Estado a un extranjero podrán suspenderse o modificarse «en caso de necesidad financiera». Todas estas expresiones, o al menos algunas de ellas, pueden eventualmente ofrecer una base para excepciones de fuerza mayor o de caso fortuito para determinar si se ha cometido o no una violación de las disposiciones pertinentes.

⁹⁵³ *Ibid.*, pág. 159, anexo X.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, págs. 156 a 158, anexo VIII.

SUCESIÓN DE ESTADOS EN LO QUE RESPECTA A MATERIAS DISTINTAS DE LOS TRATADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/313

Décimo informe sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados,
por el Sr. Mohammed Bedjaoui, Relator Especial

*Proyecto de artículos, con comentarios, sobre la sucesión en las deudas de Estado
(continuación *)*

[Original: francés]
[26 de mayo de 1978]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas</i>	246
	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-5 246
<i>Capítulo</i>	
I. UNIFICACIÓN DE ESTADOS	247
II. SEPARACIÓN DE PARTE O PARTES DEL TERRITORIO DE UN ESTADO	6-26 247
A. Práctica de los Estados	10-18 248
1. Creación del Estado Libre de Irlanda (1922)	11-12 249
2. La secesión de Singapur (1965)	13-16 249
3. La secesión de Bangladesh (1973)	17-18 249
B. Observaciones y propuestas	19-26 250
III. DISOLUCIÓN DE UN ESTADO	27-28 251
A. Práctica de los Estados	29-61 251
1. Disolución de la Gran Colombia	29-33 251
2. Fraccionamiento de los Países Bajos (1830-1839)	34-48 252
<i>a) Deudas de Estado en el período de la fusión belgaholandesa</i>	35 252
<i>b) Conferencia de Londres para «resolver los asuntos de Holanda y Bél- gica» (1830-1839)</i>	36-48 252
i) «Proyectos de solución»	37-46 253
<i>a. Duodécimo Protocolo de la Conferencia de Londres, de 27 de enero de 1831</i>	37-44 253
i. Principios	38-39 253
ii. Aplicación de los principios: «Bases de la separación de Bél- gica y Holanda»	40-44 253
<i>b. Vigésimo Sexto Protocolo de la Conferencia de Londres, de 26 de junio de 1831</i>	45-46 254

* Para los anteriores proyectos de artículos sobre la sucesión en las deudas de Estado presentados por el Relator Especial, véase el noveno informe [Anuario... 1977, vol. II (primera parte), pág. 47, documento A/CN.4/301 y Add.1].

	Párrafos	Página
ii) Tratado hecho y firmado en Londres, el 19 de abril de 1839, entre Bélgica y Holanda, relativo a la separación de sus territorios respectivos	47-48	255
3. Disolución de la Unión de Noruega y Suecia (1905)	49-53	255
4. Desagregación de la Unión de Dinamarca e Islandia (1944)	54-56	256
5. Disolución de la República Árabe Unida (1960)	57	256
6. Disolución de la Federación de Malí (1960)	58-59	256
7. Disolución de la Federación de Rhodesia y Nyasalandia (1963)	60-61	257
B. Observaciones y conclusiones acerca de la práctica de los Estados	62-72	257
1. Naturaleza de los problemas planteados	63-67	257
2. Problemas que plantea la calificación de ciertos casos de sucesión de Estados	68-72	258
C. Soluciones propuestas	73-77	259

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente documento figura un asterisco en el texto de una cita, se indica con ello que el pasaje en cursiva que precede inmediatamente al asterisco ha sido subrayado por el Relator Especial.

Introducción

1. En el 29.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, el Relator Especial presentó un noveno informe¹ en el que examinaba los problemas que planteaba la sucesión en las deudas de Estado y proponía una serie de artículos para resolverlos, atendiendo así a las directrices que había dado la Asamblea General en sus resoluciones 3315 (XXIX), 3495 (XXX) y 31/97.

2. En su vigésimo noveno período de sesiones, la Comisión de Derecho Internacional, después de casi terminar el examen de ese informe, aprobó provisionalmente los artículos siguientes, pertenecientes a la parte II del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en los que respecta a materias distintas de los tratados:

PARTE II

SUCESIÓN DE ESTADOS EN MATERIA DE DEUDAS DE ESTADO

SECCIÓN 1.—DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 17.—Alcance de los artículos de la presente parte

Los artículos de la presente parte se aplicarán a los efectos de la sucesión de Estados en materia de deudas de Estado.

¹ *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 47, documento A/CN.4/301 y Add.1.

Artículo 18.—Deuda de Estado

Para los efectos de los artículos de la presente parte se entiende por «deuda de Estado» toda obligación financiera [internacional] que en la fecha de la sucesión de Estados incumbe al Estado.

Artículo 19.—Obligaciones del Estado sucesor en lo que respecta a las deudas de Estado que a él pasan

La sucesión de Estados entrañará la extinción de las obligaciones del Estado predecesor y el nacimiento de las del Estado sucesor en lo que respecta a las deudas de Estado que pasen al Estado sucesor de conformidad con las disposiciones de los artículos de la presente parte.

Artículo 20.—Efectos del paso de deudas de Estado respecto de los acreedores

1. La sucesión de Estados no afectará en cuanto tal a los derechos y obligaciones de los acreedores.

2. Ningún acuerdo entre el Estado predecesor y el Estado sucesor o, en su caso, entre los Estados sucesores relativo al paso de deudas de Estado del Estado predecesor podrá ser invocado por el Estado predecesor o el Estado o los Estados sucesores, en su caso, contra un tercer Estado acreedor o una organización internacional acreedora [ni contra un tercer Estado que represente a un acreedor] a menos:

a) que el acuerdo haya sido aceptado por ese tercer Estado o esa organización internacional; o

b) que las consecuencias del acuerdo estén en conformidad con las demás normas aplicables de los artículos de la presente parte.

SECCIÓN 2.—DISPOSICIONES PARTICULARES DE CADA TIPO
DE SUCESIÓN DE ESTADOS

*Artículo 21.—Traspaso de una parte del territorio
de un Estado*

1. Cuando una parte del territorio de un Estado sea traspasada por éste a otro Estado, el paso de la deuda de Estado del Estado predecesor al Estado sucesor se determinará por acuerdo entre los Estados predecesor y sucesor.

2. A falta de un acuerdo, la deuda de Estado del Estado predecesor pasará al Estado sucesor en una proporción equitativa, habida cuenta en particular de los bienes, derechos e intereses que pasen al Estado sucesor en relación con esa deuda de Estado.

Artículo 22.—Estados de reciente independencia

Cuando el Estado sucesor sea un Estado de reciente independencia:

1. Ninguna deuda de Estado del Estado predecesor pasará al Estado de reciente independencia, a menos que un acuerdo entre el Estado de reciente independencia y el Estado predecesor disponga otra cosa por razón del nexo entre la deuda de Estado del Estado predecesor vinculada a su actividad en el territorio al que se refiera la sucesión de Estados y los bienes, derechos e intereses que pasen al Estado de reciente independencia.

2. Las disposiciones del acuerdo a que se refiere el párrafo precedente no deberán menoscabar el principio de la soberanía permanente de cada pueblo sobre sus riquezas y sus recursos naturales, ni su cumplimiento deberá poner en peligro los equilibrios económicos fundamentales del Estado de reciente independencia.

3. Así, pues, la Comisión de Derecho Internacional aprobó diversos artículos concernientes a las disposiciones generales y a las disposiciones particulares de cada tipo de sucesión de Estados. De las disposiciones relativas a la tipología sucesoria, el artículo 21 del proyecto versa sobre el supuesto del traspaso de una parte del territorio del Estado y el artículo 22 sobre los Estados de reciente independencia. Por tanto, para dar cima a esta parte de su labor, la Comisión tiene aún que examinar el destino de las deudas de Estado en el caso de

los otros tres tipos de sucesión de Estados, es decir, la unificación de Estados, la separación de una o varias partes del territorio de un Estado y la disolución de un Estado.

4. Por lo que respecta a la unificación de Estados, el Relator Especial propuso en su noveno informe² un proyecto de artículo W cuyo texto era el siguiente:

*Artículo W.—Destino de las deudas de Estado en caso
de unificación de Estados*

En caso de unificación de dos o más Estados en un Estado, el Estado sucesor así formado no sucederá en las deudas de los Estados constituyentes, salvo

a) que los Estados constituyentes hayan convenido en otra cosa; o

b) que esta unificación haya dado origen a un Estado unitario.

Incumbe a la Comisión, en su 30.º período de sesiones, examinar esta parte del informe del Relator Especial, que no tuvo tiempo de estudiar en su período de sesiones anterior, y pronunciarse sobre el proyecto de artículo W, que podría pasar a ser el artículo 23.

5. El presente informe tiene como finalidad específica proponer proyectos de artículos sobre el destino de las deudas de Estado en los casos de separación de una o varias partes de un Estado y de disolución de un Estado. El Relator Especial se propone presentar, como parte III de su proyecto de artículos, una disposición relativa al procedimiento de solución pacífica de las controversias que puedan surgir en relación con una sucesión de Estados. No quedaría finalmente, para ultimar el proyecto de artículos sobre la sucesión en los bienes de Estado y en las deudas de Estado, más que someter a la Comisión en su 31.º período de sesiones, ateniendo a sus deseos, algunos artículos sobre la sucesión en materia de archivos de Estado.

² *Ibid.*, págs. 115 y ss., documento A/CN.4/301 y Add.1, cap. VI.

CAPÍTULO PRIMERO

Unificación de Estados

[Véase *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), págs. 115 y ss., documento A/CN.4/301 y Add.1, cap. VI.]

CAPÍTULO II

Separación de parte o partes del territorio de un Estado

6. Se plantea un problema de tipología que aún requiere algunas explicaciones y, sin duda, una elección entre varias opciones posibles. En el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados³,

³ *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 174 y ss., documento A/9610/Rev.1, cap. II, secc. D.

presentado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, la Comisión de Derecho Internacional incluyó una parte IV en la que agrupaba los problemas incluidos en la rúbrica «Unificación y separación de Estados». Se trata de los supuestos relativos a: a) la *unificación de Estados*, por la que se entiende el caso en que «dos o más Estados

se unan formando un Estado sucesor» (art. 30); y *b*) la *separación de Estados*, por la que se entiende el caso en que «una parte o partes del territorio de un Estado se separen para formar uno o varios Estados, continúe o no existiendo el Estado predecesor» (art. 33)⁴. Así, pues, en el proyecto presentado en la Conferencia, la Comisión consideraba, por una parte, la unificación, y por otra, la separación de Estados, sin distinguir, con respecto a esta última, según que el Estado predecesor continúe o no existiendo⁵.

7. Por otra parte, el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados⁶ incluye en su parte I, relativa a la sucesión en los bienes de Estado, supuestos más claramente individualizados relativos a: *a*) la *unificación de Estados*, por la que se entiende el caso en que «dos o más Estados se unan formando un Estado sucesor» (artículo 14); *b*) la *separación de parte o partes del territorio de un Estado*, que se produce «cuando una o varias partes del territorio de un Estado se separen de él y formen un Estado» (art. 15), quedando entendido que el Estado predecesor *sobrevive* a esta separación; y *c*) la *disolución de un Estado*, es decir, «cuando un Estado predecesor [...] *desaparezca* *», formando las partes de su territorio dos o más Estados» (art. 16).

8. La Comisión de Derecho Internacional explicó así su elección:

4) En su labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho relativo a la sucesión de Estados en materia de tratados y a la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, la Comisión ha tenido continuamente presente la conveniencia de mantener algún paralelismo entre las dos series de proyectos de artículos y, en particular, en la medida de lo posible, la utilización de definiciones y principios básicos comunes, sin por ello desechar o soslayar los rasgos característicos que distinguen en sí a ambos temas. La Comisión ha considerado que, en la medida en que pueda hacerse sin deformar u obstaculizar innecesariamente su labor, se debe estimar conveniente el paralelismo entre las dos series de proyectos de artículos. Sin embargo, por lo que respecta al presente proyecto, se debe admitir la flexibilidad necesaria a fin de adoptar los textos más adecuados para la codificación en un proyecto autónomo de las normas de derecho internacional que rigen específicamente la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados y, más especialmente, a la sucesión de Estados en materia de bienes de Estado.

5) Habida cuenta de lo que antecede, la Comisión, aunque reafirmó su posición de que para codificar el derecho moderno de la sucesión de Estados en materia de tratados bastaba agrupar —como hizo en el proyecto de 1974— los casos de sucesión de Estados en las tres categorías principales mencionadas anteriormente⁷, llegó a la conclusión de que, en vista de las

⁴ Véase asimismo el proyecto de artículo 34 relativo a la «separación de una parte del territorio de un Estado [cuando] el Estado predecesor continúe existiendo».

⁵ Tal es la hipótesis prevista expresamente en el artículo 33 aplicable a los casos de supervivencia y desaparición del Estado predecesor. No obstante, el artículo 34 individualiza el supuesto de la separación de una parte del territorio de un Estado cuando continúa existiendo el Estado predecesor.

⁶ *Anuario...* 1977, vol. II (segunda parte), págs. 59 y ss., documento A/32/10, cap. III, secc. B, subsecc. 1.

⁷ Estas tres categorías principales son: *a*) sucesión respecto de una parte de territorio; *b*) Estados de reciente independencia; y *c*) unificación y separación de Estados.

características y necesidades propias del tema de la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, y en particular de la sucesión de Estados en materia de bienes de Estado, se necesitaba alguna precisión más acerca de esa elección de los tipos de sucesión para los fines del proyecto que se prepara actualmente. [...] por lo que respecta a la *unificación y separación de Estados*, la Comisión, aunque siguió el sistema de tratar en artículos separados de esos dos tipos de sucesión, consideró que era conveniente distinguir entre la «separación de parte o partes del territorio de un Estado», de que trata el artículo 15, y la «disolución de un Estado», de que trata el artículo 16⁸.

9. Para salvaguardar el paralelismo, la claridad y, en definitiva, la coherencia interna del conjunto de su proyecto de artículos relativos a la sucesión en materia de bienes de Estado y de deudas de Estado, el Relator Especial se propone utilizar en relación con la sucesión en las deudas la misma tipología que se adoptó en el caso de la sucesión en los bienes. Por consiguiente, el presente capítulo estará dedicado a la separación de parte o partes del territorio de un Estado —cuando éste continúa existiendo después de la separación.

A.—Práctica de los Estados

10. La práctica de los Estados proporciona, en el presente contexto, algunos ejemplos pertinentes. Procede señalar en primer lugar que, antes de la creación de las Naciones Unidas, la mayoría de los ejemplos de secesión se encontraban entre los casos de «secesión de colonias», dado que éstas eran consideradas, mediante diversas ficciones jurídicopolíticas, como «parte integrante de la metrópoli». Estos casos, por tanto, no presentan ningún interés en el supuesto que ahora se examina de la separación de partes de un Estado, ya que, según el derecho internacional moderno, se trata de Estados de reciente independencia nacidos de la descolonización con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas.

Desde la creación de las Naciones Unidas sólo ha habido tres casos de secesión que no eran casos de descolonización: el del Pakistán al separarse de la India; el de Singapur al retirarse de Malasia, y la secesión de Bangladesh. En el caso del Pakistán, según un tratadista, el 18 de junio de 1947 se reunió un Comité de Expertos para considerar el problema de la distribución de los bienes de la India Británica y en sus deliberaciones se guió por la presunción de que «la India continuaría siendo sin interrupción una persona internacional y el Pakistán constituiría un Estado sucesor»⁹.

A estos casos, algunos de los cuales guardaban una relación más o menos estrecha con la descolonización, cabe añadir también el de la fundación del Estado Libre de Irlanda, que tuvo lugar antes de la creación de las Naciones Unidas.

⁸ *Anuario...* 1976, vol. II (segunda parte), págs. 127 y 128, documento A/31/10, cap. IV, secc. B, subsecc. 2, párrs. 4 y 5 del comentario de introducción a la sección 2 de la parte I del proyecto.

⁹ D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal and International Law*, vol. I, Cambridge University Press, 1967, pág. 220.

1. CREACIÓN DEL ESTADO LIBRE DE IRLANDA (1922)

11. El 6 de diciembre de 1921 Irlanda obtuvo del Reino Unido, mediante un tratado, la calidad de Dominio, y pasó a constituir el Estado Libre de Irlanda. Con arreglo a ese tratado se procedió a la distribución de las deudas entre el Estado predecesor y el Estado sucesor de la manera siguiente:

El Estado Libre de Irlanda hará suya una parte de la deuda pública del Reino Unido existente en la fecha del presente Tratado y una parte de las pensiones de guerra existentes en esa misma fecha en la proporción que sea *justa y equitativa**, habida cuenta de toda *justa demanda** de Irlanda por causa de compensación o reconVENCIÓN, determinándose el total de esas sumas, a falta del acuerdo, mediante el arbitraje de una o varias personas independientes, ciudadanos del Imperio británico¹⁰.

12. Ese tratado constituye un ejemplo notable de la primacía del *principio de equidad* en la distribución de las deudas. En su artículo V expresa de manera muy condensada el principio de equidad, las modalidades de su aplicación, la atención que se presta, en nombre de la equidad precisamente, a toda demanda justa de Irlanda y a toda reconVENCIÓN y, finalmente, el establecimiento de un procedimiento de solución pacífica de las controversias.

2. LA SECESIÓN DE SINGAPUR (1965)

13. Singapur se adhirió a Malasia en virtud de un acuerdo celebrado el 9 de julio de 1963. El artículo 76 del proyecto de ley relativo a Malasia¹¹, que figuraba en anexo a ese acuerdo, titulado «Sucesión en los derechos, compromisos y obligaciones», incluye un párrafo 1 que dice lo siguiente:

Todos los derechos, compromisos y obligaciones relativos a cualquier cuestión de la que inmediatamente antes del Día de Malasia era responsable el gobierno de un Estado de Borneo o de Singapur, pero de la que el Día de Malasia pase a ser responsable el Gobierno Federal, se transmitirán a esa fecha a la Federación, a menos que el Gobierno Federal y el gobierno del Estado decidan otra cosa¹².

En virtud de esta disposición se efectuaba un traspaso de derechos, pero también de obligaciones, de los Estados a la Federación, salvo si los gobiernos respectivos decidían otra cosa.

14. A la inversa, cuando Singapur se retiró de la Federación y logró la independencia, el 9 de agosto de 1965, parece que se produjo una vuelta casi automática al *statu quo ante*. Así, el artículo VIII del «Acuerdo relativo a la Constitución de Singapur como Estado independiente y soberano separado de Malasia», firmado

en Kuala Lumpur el 7 de agosto de 1965, dispone lo siguiente:

Por lo que respecta a todo acuerdo concertado, con la garantía del Gobierno de Malasia, entre el Gobierno de Singapur y cualquier otro país o persona jurídica, el Gobierno de Singapur se compromete a iniciar negociaciones con ese país o esa persona jurídica para celebrar un nuevo acuerdo que exonere al Gobierno de Malasia de las cargas y obligaciones que ha asumido en virtud de esa garantía, y el Gobierno de Singapur se compromete además a indemnizar plenamente al Gobierno de Malasia por toda carga u obligación que le incumba o todo daño que sufra en virtud de esa garantía¹³.

15. Por otra parte, una «Ley relativa a la modificación, en lo que se refiere a Singapur, de la Constitución de Malasia y de la ley relativa a Malasia, de 1965» comprende algunas disposiciones concernientes a la «sucesión en los derechos, cargos y obligaciones». Incluye un párrafo redactado como sigue:

9. Todos los bienes, muebles e inmuebles, y todos los derechos, cargas y obligaciones que pertenecían o incumbían al Gobierno de Singapur con anterioridad al día de la independencia de Malasia y que, en esa fecha o posteriormente se traspasaron al Gobierno de Malasia, se restituirán o traspasarán de nuevo a Singapur, que volverá a ser propietario de esos bienes o titular de esos derechos, cargas y obligaciones el día de la independencia de Singapur¹⁴.

16. Se trata de un caso de secesión similar a la disolución de una unión o de una federación de Estados. Es probable que el carácter federal o confederal de la asociación, por una parte, que favorecía el mantenimiento hasta cierto punto de la identidad de las partes componentes y, por otra, la breve duración de la unión, que no permitía que el paso del tiempo propiciase una integración más íntima, facilitaron la vuelta casi total y casi automática al *statu quo ante* en materia de bienes y de deudas. No obstante, es perfectamente evidente que los casos de este tipo no son habituales.

3. LA SECESIÓN DE BANGLADESH (1973)

17. No parece que se haya solucionado por ahora la distribución entre Bangladesh y el Pakistán de las deudas de Estado contraídas por el Pakistán antes de la secesión de Bangladesh. Este problema sigue pendiente, tanto más cuanto que las negociaciones celebradas entre los dos Estados en Dacca, del 27 al 29 de junio de 1974, no arrojaron ningún resultado positivo. A este respecto, un tratadista puntualiza que Bangladesh «reclamaba el 56 % de todos los bienes comunes, mostrándose muy reservado acerca de la división de las deudas existentes —problema que no hubiera querido abordar hasta que no se hubiese resuelto la repartición del activo, a lo que se negaba el Pakistán»¹⁵.

18. No obstante, como señalaba el Relator Especial en su octavo informe, el Gobierno pakistaní aceptó asumir

¹⁰ *Ibid.*, vol. 563, pág. 95.

¹¹ Anexo B al acuerdo de 7 de agosto de 1965 (*ibid.*, pág. 101).

¹² Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. III, París, Sirey, 1977, pág. 454.

¹⁰ Artículo V del tratado celebrado el 6 de diciembre de 1921 entre Gran Bretaña e Irlanda (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. XXVI, pág. 11).

¹¹ El proyecto de ley entró en vigor el 16 de septiembre de 1963, de conformidad con el artículo II del acuerdo de 9 de julio de 1963, en su forma enmendada por el acuerdo de 28 de agosto de 1963.

¹² Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 750, pág. 291.

la responsabilidad de la deuda del antiguo Estado pakistání entre el 1.º de julio de 1973 y el 30 de junio de 1974¹⁶. Durante ese intervalo de un año, los dos Estados entablaron negociaciones para llegar a un reparto de la deuda de Estado, que fracasaron¹⁷.

B.—Observaciones y propuestas

19. Como se ha podido comprobar, la práctica de los Estados en caso de separación de una o varias partes de un Estado es relativamente poco abundante y muy poco accesible. En estas circunstancias se puede pensar evidentemente en convertir el acuerdo entre las partes en la base fundamental de la regla que se trata de enunciar, tanto más cuanto que el acuerdo es en cualquier caso indispensable y que las reglas que la Comisión trata de establecer no aspiran más que a tener carácter supletorio. Como en el caso del artículo 21¹⁸, relativo al destino de las deudas de Estado en caso de traspaso de una parte del territorio de un Estado, se incluiría así una disposición según la cual, en caso de separación de una o varias partes del territorio de un Estado, el paso de la deuda de Estado del Estado predecesor al Estado sucesor se determinará por acuerdo entre esos dos Estados. Sólo en caso de que no hubiera acuerdo se recurriría al principio de equidad.

20. Ahora bien, una norma de esta índole, réplica de la enunciada en el artículo 21, supondría hacer caso omiso de las diferencias fundamentales que distinguen el supuesto de separación de una o varias partes del territorio de un Estado del supuesto de traspaso de una parte del territorio de un Estado. La Comisión ha adoptado a este respecto una decisión definitiva al considerar el caso del traspaso de una parte del territorio de un Estado como un supuesto que se refiere generalmente al traspaso de un territorio de extensión e importancia relativamente modestas, con arreglo a procedimientos teóricamente pacíficos y mediante acuerdo, en principio, entre el Estado cedente y el Estado beneficiario.

Por el contrario, el supuesto de la separación de una o varias partes del territorio de un Estado es muy diferente. Se trata de una secesión territorial que debe ser considerada bastante importante en sí misma, puesto que, en realidad, conduce a la creación de un Estado. No es en absoluto seguro que, en este caso, la secesión se efectúe siempre mediante acuerdo. Todo induce a presumir más bien que no habrá tal acuerdo; el ejemplo de la secesión de Bangladesh es típico de una situación de esta naturaleza. Por consiguiente, convertir el acuer-

do en la base esencial de la norma que ha de elaborarse sería muy poco realista y haría que la norma resultara de difícil aplicación.

21. Así, pues, parece más apropiado referirse al principio de equidad, tal como ha sido aplicado hasta ahora en el resto del proyecto de artículos. Se trata de un elemento de determinación esencial. La inclusión de este principio justificará al mismo tiempo que se establezca cierto paralelismo indispensable entre las normas enunciadas para la transmisión de los bienes de Estado y las que se trata de formular para la sucesión en las deudas de Estado. A este respecto, el artículo 15, relativo a la transmisión de los bienes de Estado en caso de separación de parte o partes del territorio de un Estado, puede, en gran medida, servir de modelo. Hay que establecer cierta correspondencia entre la deuda de Estado y los bienes, derechos e intereses que pasan al Estado sucesor en relación con esa deuda de Estado. Todos esos elementos deben estar sujetos a la primacía del respeto al principio de equidad, que sigue siguiendo la base de todo el régimen y que debe permitir que se tome en consideración toda compensación, toda «demanda justa y equitativa», toda reconvencción de la misma naturaleza —en definitiva, el establecimiento de ciertos equilibrios indispensables en la distribución de las deudas entre los dos Estados.

22. Por consiguiente, se podría sugerir una disposición del siguiente tenor:

«1. Cuando una o varias partes del territorio de un Estado se separen de él y formen un Estado, y a menos que el Estado predecesor y el Estado sucesor hayan convenido en otra cosa, las deudas de Estado del Estado predecesor pasarán al Estado sucesor en una proporción equitativa, habida cuenta en particular de los bienes, derechos e intereses que pasen al Estado sucesor en relación con esa deuda de Estado.»

Esta fórmula permite dar cabida al acuerdo entre las partes de la manera más apropiada.

23. Como se recordará, la Comisión decidió que, a los efectos de la codificación de las normas de derecho internacional relativas a la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados¹⁹, era conveniente distinguir y tratar por separado tres casos que en el proyecto de 1974 sobre la sucesión de Estados en materia de tratados eran objeto de una sola disposición (enunciada en el artículo 14). Se trataba de: a) el caso en que una parte del territorio de un Estado es traspasada por éste a otro Estado (art. 12); b) el caso en que una parte del territorio de un Estado se separa de él y se une a otro Estado (art. 15, párr. 2); c) el caso en que un territorio dependiente pasa a formar parte del territorio de un Estado que no es el Estado que era responsable de sus relaciones internacionales (art. 13, párrafo 5).

24. El caso considerado de traspaso de territorio de un Estado a otro es el supuesto en que, a juicio de la Comisión, la sustitución del Estado predecesor por el Estado sucesor en la responsabilidad de las relaciones internacionales de la parte del territorio de que se trata

¹⁶ Véase *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 118, documento A/CN.4/292, cap. III, art. 17, párr. 59 del comentario.

¹⁷ Véase la respuesta del Ministro francés de Economía y Hacienda a una pregunta por escrito del diputado Sr. Raymond Offroy en: Francia, *Journal officiel de la République française, Débats parlementaires: Assemblée nationale*, París, 8 de setiembre de 1973, año 1973, N.º 62 A.N., págs. 3672 y 3673; y *Anuaire français de droit international*, 1973, París, vol. XIX, 1974, pág. 1074.

¹⁸ Para el texto de los artículos aprobados hasta ahora por la Comisión, véase *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 59 y ss., documento A/32/10, cap. III, secc. B, subsecc. 1.

¹⁹ Para la referencia, véase *supra*, nota 3.

no presupone la consulta de la población de esa parte de territorio, a causa de la escasa importancia política, económica, estratégica, etc., de esa parte de territorio o de que está despoblada o escasamente poblada. Este supuesto ha sido distinguido claramente de aquel en que parte del territorio de un Estado se separa de él y se une a otro Estado, previsto en el párrafo 2 del artículo 15. Cuando se produce esa separación, a diferencia de cuando se produce el traspaso de una parte del territorio, el cambio territorial presupone la expresión de la conformidad de la población de la parte de territorio secesionista, a consecuencia de la extensión geográfica de éste, o de la densidad de su población, o de su importancia desde un punto de vista político, económico o estratégico.

25. Por ello, en el artículo 15 la Comisión ha hecho extensiva la aplicación de la norma al caso de una parte del territorio de un Estado que se separa de él y se une a otro Estado existente. Convendría hacer lo mismo en el presente artículo del proyecto en lo que respecta a la transmisión de las deudas de Estado. En consecuencia,

se podría establecer que las disposiciones sugeridas anteriormente para la transmisión de las deudas de Estado en caso de separación de una o varias partes del territorio de un Estado se aplican también cuando una parte del territorio de un Estado se separa de él y se une a otro Estado.

26. Habida cuenta de todo lo que antecede, el Relator Especial propone el proyecto de artículo siguiente:

Artículo 24.—Separación de parte o partes del territorio de un Estado

1. Cuando una o varias partes del territorio de un Estado se separan de él y formen un Estado, y a menos que el Estado predecesor y el Estado sucesor hayan convenido en otra cosa, las deudas de Estado del Estado predecesor pasarán al Estado sucesor en una proporción equitativa, habida cuenta en particular de los bienes, derechos e intereses que pasen al Estado sucesor en relación con esa deuda de Estado.

2. Las disposiciones del párrafo 1 se aplicarán cuando una parte del territorio de un Estado se separe de él y se una a otro Estado.

CAPÍTULO III

Disolución de un Estado

27. El supuesto considerado en este capítulo es el de la desaparición total del Estado predecesor como consecuencia de su división o desmembramiento. Ninguna de las partes de su territorio, constituidas en otros tantos Estados, puede ser considerada jurídicamente continuadora del Estado predecesor. Esta hipótesis puede darse en el caso de un Estado unitario que es objeto de un desmembramiento total. También puede referirse, como es más frecuente, al caso de la disolución de un Estado federal o confederal. En este caso, la unión, federación o confederación es sustituida por sus Estados componentes originarios.

28. Los precedentes históricos a que cabe hacer referencia en ambos supuestos de disolución de un Estado son la disolución de la Gran Colombia (1829-1831), la separación de Bélgica y Holanda (1830), la disolución de la Unión de Noruega y Suecia (1905), la desaparición del Imperio Austrohúngaro (1919), la desagregación de la Unión de Dinamarca e Islandia (1944), la desaparición de la Federación de Malí (1960), la disolución de la República Árabe Unida (1961) y la disolución de la Federación de Rhodesia y Nyasalandia (1963).

El presente estudio tiene por objeto determinar el destino de las deudas de Estado a raíz de la disolución de un Estado unitario o de una unión. A este respecto, se puede definir tal disolución como el proceso inverso a la unificación de Estados.

A.—Práctica de los Estados

1. DISOLUCIÓN DE LA GRAN COLOMBIA (1831)

29. La Gran Colombia, formada en 1821 por la reunión de Nueva Granada, Venezuela y Ecuador, no tuvo

una vida muy larga. En un decenio, las luchas intestinas desbarataron la unión, cuya disolución se consumó totalmente en 1831²⁰.

30. Los Estados sucesores aceptaron las deudas de la unión. Nueva Granada y Ecuador fueron los primeros en establecer ese principio en virtud del Tratado de paz y de amistad entre los Estados de Nueva Granada y Ecuador celebrado en Pasto el 8 de diciembre de 1832. El artículo VII de ese Tratado disponía lo siguiente:

Se ha convenido y conviene aquí de modo más solemne, y con arreglo a las leyes de ambos Estados, en que la Nueva Granada y el Ecuador pagarán la parte de la deuda doméstica y extranjera que les correspondan proporcionalmente como partes integrantes que han sido de la República de Colombia, la cual reconocía *in solidum* dichas deudas. Además, cada Estado se obliga a responder de los valores de que haya dispuesto pertenecientes a dicha República²¹.

31. Se puede citar asimismo la Convención sobre reconocimiento y división de los créditos activos y pasivos de Colombia (Bogotá, 23 de diciembre de 1834), celebrada entre Nueva Granada y Venezuela y a la que se adheriría después el Ecuador, el 17 de abril de 1837²². De esos dos textos se desprende que los Estados sucesores debían proceder a la distribución de las deudas de la Gran Colombia en la proporción siguiente: Nueva

²⁰ Véase V.-L. Tapié, *Histoire de l'Amérique latine au XIX^e siècle*, París, Montaigne, 1945. Véase, en particular, el pasaje dedicado a la partición de la Gran Colombia, págs. 57 a 60.

²¹ C. Parry, ed., *The Consolidated Treaty Series*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana, 1969, vol. 83, pág. 115.

²² E. H. Feilchenfeld, *Public Debts and State Succession*, Nueva York, Macmillan, 1931, págs. 296 a 298 (en especial la pág. 296, en la que figuran los artículos pertinentes de la Convención).

Granada, el 50 %; Venezuela, el 28,5 %, y Ecuador, el 21,5 %²³.

32. Conviene recordar, por otra parte, que las deudas de la Gran Colombia dieron lugar, unos cincuenta años después de su distribución entre los tres Estados sucesores, a dos laudos arbitrales dictados por una Comisión Mixta de Caracas, creada por la Gran Bretaña y Venezuela en virtud de una Convención de 21 de septiembre de 1868. Se trata de los dos célebres asuntos *Sarah Campbell y W. Ackers Cage*²⁴, en los que dos demandantes, Alexander Campbell (y después su viuda, Sarah Campbell) y W. Ackers Cage, respectivamente, trataron de obtener de Venezuela el pago de una deuda que había contraído con ellos la Gran Colombia. El superárbitro Sturup, en su laudo del 1.º de octubre de 1869, estimó que «los dos créditos deben ser pagados por la República. Ahora bien, como forman parte de la deuda exterior del país, *no sería justo* * exigir su pago integral»²⁵.

33. En su comentario a este laudo, De Lapradelle y Politis opinaron que «la responsabilidad de Venezuela por las deudas de la antigua República de Colombia, de la que procedía, no fue discutida ni podía serlo», ya que (según esos autores, que citan a Bonfils y Fauchille) se puede considerar como norma de derecho internacional que «cuando un Estado deja de existir, fragmentándose o dividiéndose en varios Estados nuevos, cada uno de éstos debe asumir, *en una proporción equitativa* *, una parte de las deudas correspondientes al conjunto del Estado originario»²⁶. Charles Rousseau abunda en el mismo sentido y añade acertadamente que «el superárbitro Sturup se limitó a *tener en cuenta los recursos del Estado sucesor para imponer una reducción equitativa del importe de los créditos de los reclamantes*»²⁷. Es conveniente, en efecto, desde el punto de vista de una codificación y un desarrollo progresivo eficaces en esta materia, tener en cuenta la situación financiera del Estado sucesor.

2. FRACCIONAMIENTO DE LOS PAÍSES BAJOS (1830-1839)

34. El fraccionamiento del Estado belgaholandés en 1830 ha sido considerado como «uno de los casos más curiosos, por las múltiples negociaciones que originó y las manifestaciones que en él se hicieron»²⁸. Lo que iba a denominarse el «asunto belgaholandés» requirió, en efecto, la intervención de las cinco Potencias de la Santa Alianza en el marco de una Conferencia que se

abrió en Londres en 1830 y que no tuvo su epílogo hasta 1839, con el Tratado de Londres de 19 de abril²⁹.

A fin de exponer lo mejor posible la suerte que corrieron las deudas de los Países Bajos como consecuencia del desmembramiento de ese Estado, parece útil recordar primero la forma en que los «Estados» interesados solventaron este problema en el momento de su fusión y examinar después cómo se reguló la sucesión en las deudas de los Países Bajos a raíz del desmembramiento de 1830.

a) *Deudas de Estado en el período de la fusión belgaholandesa*

35. La reunión de Bélgica y los Países Bajos se efectuó en virtud de un Acta de 21 de julio de 1814³⁰. El artículo 1.º de esta Acta disponía lo siguiente:

La reunión deberá ser *íntima y completa de modo que los dos países no constituyan más que un solo Estado* *, regido por la Constitución que ya está en vigor en Holanda y que se modificará de común acuerdo con arreglo a las nuevas circunstancias.

Por tanto, el artículo VI del Acta mencionada deducía lógicamente del carácter «íntimo y completo» de la fusión así realizada lo siguiente:

Dado que las cargas y los beneficios serán comunes, las deudas contraídas hasta la época de la unión por las provincias holandesas, por una parte, y por las provincias belgas, por otra, correrán a cargo del Tesoro General de los Países Bajos.

El Acta de 21 de julio de 1814 fue incorporada después en anexo al Acta del Congreso de Viena³¹ y el citado artículo VI fue invocado en varias ocasiones como guía para la distribución de las deudas entre Holanda y Bélgica.

b) *Conferencia de Londres para «resolver los asuntos de Holanda y Bélgica» (1830-1839)*³²

36. Durante los nueve años que fueron necesarios para zanjar los problemas planteados por la disolución de la unión de Bélgica y Holanda, se elaboraron nada menos que 15 documentos diplomáticos para resolver el contencioso de las deudas del Reino de los Países Bajos. No parece que sea muy interesante examinar todas las vicisitudes de esta cuestión. Basta con atenerse a lo esencial,

²³ A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho Internacional Público*, Habana, Carasa, 1936, t. III, pág. 319; H. Accioly, *Tratado de derecho internacional público*, Río de Janeiro, Imprenta Nacional, 1945, t. I, pág. 200; O'Connell, *op. cit.*, pág. 388.

²⁴ A. de Lapradelle y N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, Pedone, 1923, t. II, págs. 552 y 556.

²⁵ *Ibid.*, págs. 554 y 555.

²⁶ *Ibid.*, pág. 555.

²⁷ Rousseau, *op. cit.*, pág. 431.

²⁸ Sánchez de Bustamante y Sirvén, *op. cit.*, pág. 336.

²⁹ Tratado hecho y firmado en Londres, el 19 de abril de 1839, entre Bélgica y Holanda, relativo a la separación de sus territorios respectivos. Véase G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil de traités*, Gotinga, Dieterich, 1842, t. XVI, pág. 773. Las cinco Potencias de la Santa Alianza eran Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia (para una versión española del Tratado, véase M. Raventós e I. de Oyarzábal, *Colección de Textos Internacionales*, Barcelona, Bosch, 1936, t. I, pág. 333).

³⁰ Acta firmada por el Secretario de Estado de S. A. R. el Príncipe de los Países Bajos para la aceptación de la soberanía de las provincias belgas sobre las bases convenidas (La Haya, 21 de julio de 1814) [*ibid.*, 1887, t. II, pág. 38].

³¹ *Ibid.*, pág. 379. Véase también Feilchenfeld, *op. cit.*, págs. 123 y 124.

³² Feilchenfeld, *op. cit.*, págs. 191 a 209.

que se reduce a un número más restringido de textos pertinentes y al tratado final de Londres, de 19 de abril de 1839.

i) «Proyectos de solución»

Los distintos proyectos que llevaron a la solución definitiva fueron elaborados por iniciativa de las cinco Potencias de la Santa Alianza.

a) Duodécimo Protocolo de la Conferencia de Londres, de 27 de enero de 1831³³

37. El denominado «duodécimo protocolo» resulta ser, en realidad, el primer documento que propuso un modo de determinación relativamente precisa de las deudas. En dicho protocolo se trataba de definir los principios generales que debían incorporarse al tratado de Londres.

i) Principios

38. Las cinco Potencias trataron ante todo de justificar su intervención invocando el hecho de que «la experiencia [...] ha dejado más que probada la imposibilidad absoluta en que se encontrarían las partes directamente interesadas para llegar a un acuerdo sobre tales materias * si la benévola solicitud de las cinco Cortes no facilitase ese acuerdo»³⁴. Invocaron además la existencia de precedentes en esta esfera, que habían contribuido a sentar, los cuales «han dado ya lugar a decisiones cuyos principios no son nuevos, sino que, muy al contrario, son los que vienen rigiendo desde siempre las relaciones mutuas de los Estados * y que han sido recordados y consagrados en convenciones especiales celebradas por las cinco Cortes. Esas convenciones, por tanto, no pueden ser modificadas en ningún caso sin la participación de las Potencias Contratantes»³⁵.

39. Uno de esos precedentes consagrados parece ser precisamente, a juicio de las cinco monarquías, la ya mencionada Acta de 21 de julio de 1814³⁶, cuyo artículo VI disponía, como se recordará, lo siguiente: «Dado que las cargas y los beneficios serán comunes, las deudas contraídas hasta la época de la reunión por las provincias holandesas por una parte y por las provincias belgas por otra correrán a cargo del Tesoro General de los Países Bajos». Las cinco Potencias dedujeron de esta disposición el principio según el cual, «puesto que se pone término a la unión, parece que debería ponerse término asimismo a esa comunidad y que, como otra consecuencia necesaria de este axioma, las deudas que en el sistema de la unión estaban confundidas podrían, en el sistema de la separación, ser objeto de una nueva participación» *³⁷. Al aplicar este principio al caso de los Países Bajos, las cinco Potencias llegaron a la conclusión

de que «cada país debería, en primer lugar, volver a asumir exclusivamente las deudas de las que era responsable antes de la unión» *³⁸. Estimaron que a esas deudas había que sumar, «en una justa proporción, las deudas contraídas desde la época de esa misma unión y durante su existencia por el Tesoro General del Reino de los Países Bajos, tal como figuran en el presupuesto de ese Reino» *³⁹.

ii) La aplicación de los principios:

«Bases de la separación de Bélgica y Holanda»⁴⁰

40. El texto de esas «Bases» figura en anexo al Duodécimo Protocolo de la Conferencia de Londres, de 27 de enero de 1831. Los artículos X y XI de estas «Bases» decían lo siguiente:

Artículo X.—Las deudas del Reino de los Países Bajos actualmente a cargo del Tesoro Real, a saber: 1.º) la deuda activa con intereses; 2.º) la deuda diferida; 3.º) las diferentes obligaciones del Sindicato de Amortización, y 4.º) las rentas reembolsables que gravan los dominios, con hipotecas especiales, se distribuirán entre Holanda y Bélgica con arreglo a la medida proporcional de las contribuciones directas e indirectas y otros gravámenes del Reino que haya pagado cada uno de los dos países en los años 1827, 1828 y 1829.

Artículo XI.—Dado que la medida proporcional hace recaer aproximadamente el 15/31 de las deudas antes mencionadas sobre Holanda y el 16/31 sobre Bélgica, se conviene en que Bélgica seguirá haciéndose cargo de un servicio de intereses correspondiente.

41. Estas disposiciones suscitaron las objeciones de Francia, que estimó que «el Gobierno del Rey no ha descubierto unas bases bastante equitativas * para aceptarlas»⁴¹. Las cuatro Cortes interpeladas respondieron a esto que:

El principio que se establece en el Protocolo N.º 12 con respecto a la deuda es el siguiente: con ocasión de la constitución del Reino de los Países Bajos, mediante la unión de Holanda y Bélgica, las deudas de las que eran a la sazón responsables esos dos países fueron confundidas, en virtud del Tratado de 1815, en una misma masa y fueron declaradas deuda nacional del Reino unido. Por consiguiente, es justo y necesario que, al separarse Holanda y Bélgica, cada uno de los dos países vuelva a hacerse cargo de la deuda de que era responsable antes de la unión y que esas deudas, reunidas al mismo tiempo que los países, sean ahora igualmente separadas.

Con posterioridad a la unión, el Reino unido ha adquirido una deuda adicional y, con ocasión de la separación, esa deuda deberá ser dividida entre los dos Estados en una justa proporción; sin embargo, el Protocolo no determina cuál debe ser exactamente esa justa proporción y reserva esta cuestión a un acuerdo ulterior⁴².

42. Los Países Bajos se mostraron particularmente satisfechos y sus plenipotenciarios fueron autorizados a

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, pág. 166.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 170.

⁴¹ Vigésimo Protocolo de la Conferencia de Londres, de 17 de marzo de 1831 (anexo A). Comunicación hecha a la Conferencia por el plenipotenciario de Francia, París, 1.º de marzo de 1831 (*ibid.*, pág. 228).

⁴² *Idem* (anexo B). Los plenipotenciarios de las cuatro Cortes al plenipotenciario de Francia (*ibid.*, pág. 233).

³³ G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil de traités*, Gotinga, Dieterich, 1836, t. X, págs. 164 a 173.

³⁴ *Ibid.*, pág. 164.

³⁵ *Ibid.*, pág. 165.

³⁶ Véase párr. 35 *supra*.

³⁷ De Martens, ed., *Nouveau Recueil de traités*, t. X (*op. cit.*), pág. 165.

adherirse sin reservas a todos los artículos de las bases de la separación de Bélgica y Holanda, consignadas en los protocolos de Londres del 20 y 27 de enero de 1831⁴³.

43. El punto de vista de Bélgica, por otra parte, aparece en un informe de fecha 15 de marzo de 1831 del Ministro belga de Relaciones Exteriores al Regente. Según este informe:

Los Protocolos N.º 12 y 13, de fecha 27 de enero, [...] han puesto de manifiesto, del modo más evidente, la parcialidad, sin duda involuntaria, de algunos de los plenipotenciarios de la Conferencia. Esos Protocolos, relativos a la fijación de los límites, al armisticio y, *sobre todo, a la partición de las deudas**, disposiciones que consumirían la ruina de Bélgica, han sido devueltos [...] por una nota de 22 de febrero, último acto del Comité Diplomático⁴⁴.

De esta manera, Bélgica manifestaba la inadmisibilidad de las disposiciones de las «Bases de la separación de Bélgica y Holanda». Más exactamente, Bélgica subordinó su aceptación a las facilidades que le dieran las Potencias para la adquisición a título oneroso del Gran Ducado de Luxemburgo.

44. El Vigésimo Cuarto Protocolo de la Conferencia de Londres, de 21 de mayo de 1831, dejaba traslucir claramente, en efecto, que «la adhesión del Congreso belga a las bases de separación de Bélgica y Holanda sería mucho más fácil si las cinco Cortes consintiesen en apoyar a Bélgica en su deseo de obtener, a título oneroso, la adquisición del Gran Ducado de Luxemburgo»⁴⁵. Al no satisfacerse los deseos de Bélgica, este país se negó a adherirse a las propuestas de distribución de las deudas que se le habían hecho. Las Potencias pusieron entonces todo su empeño en encontrar una nueva fórmula de partición de esas deudas, que fue el resultado del Vigésimo Sexto Protocolo de la Conferencia de Londres.

b) Vigésimo Sexto Protocolo de la Conferencia de Londres, de 26 de junio de 1831

45. Este nuevo Protocolo comprendía un proyecto de tratado de 18 artículos. El artículo XII disponía:

La partición de las deudas se efectuará de manera que recaiga sobre cada uno de los dos países la totalidad de las deudas que *originalmente** correspondía, antes de la unión, a *los diversos territorios** que los componían, y de modo que se dividan en una proporción justa aquellas que fueron contraídas en común⁴⁶.

En realidad se trataba tan sólo de una reafirmación no numérica del principio de la división de deudas contenido en el Protocolo N.º 12, de 27 de enero de 1831. Por otra parte, en el nuevo Protocolo se omitía, a diferencia del anterior, toda enumeración de las deudas de

que eran responsables las Partes. En este caso, el Reino de los Países Bajos rechazó las propuestas de la Conferencia⁴⁷ y Bélgica las aceptó⁴⁸.

46. Antes de su aplazamiento, el 1.º de octubre de 1832⁴⁹, la Conferencia formuló aún varias propuestas y contrapropuestas que no fueron aceptadas⁵⁰. Sólo siete años más tarde, en el Tratado belgaholandés de 19 de

⁴⁷ Véase el Vigésimo Octavo Protocolo de la Conferencia de Londres, de 25 de julio de 1831 (anexo A), «El Gobierno de los Países Bajos a la Conferencia», La Haya, 12 de julio de 1831 (*ibid.*, 1837, t. XI, págs. 212 a 222, en especial pág. 221).

⁴⁸ Véase el Vigésimo Séptimo Protocolo de la Conferencia de Londres, de 12 de julio de 1831 (anexo), «El Gobierno belga a la Conferencia», Bruselas, 9 de julio de 1831 (*ibid.*, pág. 210).

⁴⁹ Septuagésimo y último Protocolo de la Conferencia de Londres, de 1.º de octubre de 1832 (*ibid.*, t. XII, págs. 526 y ss.).

⁵⁰ Entre las propuestas y contrapropuestas cabe citar las que figuran en dos Protocolos y un tratado:

a) El Cuadragésimo Cuarto Protocolo de la Conferencia de Londres, de 26 de setiembre de 1831 (anexo A), Propuestas de la Conferencia de Londres, cuyo punto 3 contenía 12 artículos (arts. VII a XVIII), de los cuales los tres primeros disponían:

«VII. Bélgica, incluido el Gran Ducado de Luxemburgo, asumirá las deudas y obligaciones que había contraído legalmente antes del establecimiento del Reino de los Países Bajos.

»Las deudas contraídas legalmente después del establecimiento del Reino hasta el 1.º de octubre de 1830 se distribuirán en porciones iguales.

»VIII. Los gastos efectuados por el Tesoro de los Países Bajos por concepto de bienes especiales que sigan siendo propiedad de una de las dos Partes contratantes se cargarán a ésta y el importe se deducirá de la deuda correspondiente a la otra Parte.

»IX. Entre los gastos mencionados en el artículo precedente se incluye la amortización de la deuda, tanto activa como diferida, en la proporción de las deudas primitivas, conforme al artículo VII.» (*Ibid.*, t. XI, pág. 291.)

Estas propuestas, que fueron objeto de vivas críticas de parte de los dos Estados interesados, no pudieron adoptarse.

b) El Cuadragésimo Noveno Protocolo de la Conferencia de Londres, de 14 de octubre de 1831 (anexo A), artículos relativos a la separación de Bélgica y Holanda; los dos primeros párrafos del largo artículo XII decían lo siguiente:

«1. A partir del 1.º de enero de 1832, Bélgica, en lo referente a la división de la Deuda Pública del Reino Unido de los Países Bajos, quedará cargada con la suma de 8,4 millones de florines holandeses de interés anual, cuyo capital será transferido desde el debe del Gran Libro de Amsterdam, o desde el debe de la Tesorería General del Reino Unido de los Países Bajos, al debe del Gran Libro de Bélgica.

»2. El capital transferido y las anualidades inscritas en el debe del Gran Libro de Bélgica, a consecuencia del párrafo anterior, hasta el total de la suma de 8,4 millones de florines holandeses de interés anual, será considerado como formando parte de la Deuda Nacional Belga; y Bélgica se compromete a no admitir, ni en el presente ni en el futuro, ninguna distinción entre esta porción de su Deuda Pública proveniente de su unión con Holanda y otra Deuda Pública Nacional Belga ya creada, o que se cree en el futuro.» (*Ibid.*, págs. 328 y 329.)

Por su parte, Bélgica había aceptado esta disposición (*ibid.*, págs. 350 y 351).

c) En el tratado para la separación definitiva de Bélgica y Holanda, firmado en Londres por las cinco Cortes y por Bélgica el 15 de noviembre de 1831 (*ibid.*, pág. 390), se recogieron las disposiciones antes mencionadas del Cuadragésimo Noveno Protocolo. Pero tampoco esta vez lo aceptó Holanda [véase el Quincuagésimo Tercer Protocolo de la Conferencia de Londres, de 4 de enero de 1832 (anexo A) (*ibid.*, t. XII, págs. 285 y ss.)].

⁴³ Undécimo Protocolo de la Conferencia de Londres, de 20 de enero de 1831 [por el que se definen los límites de Holanda] (*ibid.*, pág. 158), y Decimotercer Protocolo, de 18 de febrero de 1831 (*ibid.*, pág. 196).

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 222.

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 269.

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 290.

abril de 1839, se encontró una solución al problema de la sucesión en las deudas a raíz de la separación de Bélgica y Holanda.

ii) *Tratado hecho y firmado en Londres, el 19 de abril de 1839, entre Bélgica y Holanda, relativo a la separación de sus territorios respectivos*

47. La solución del contencioso belgaholandés, relativo a la sucesión en las deudas de Estado de los Países Bajos, se logró finalmente en virtud del Tratado de 19 de abril de 1839, en cuyo anexo (artículo XIII) se disponía lo siguiente:

1. A partir del 1.º de enero de 1839, Bélgica, en lo referente a la división de la Deuda Pública del Reino de Holanda, quedará cargada con la suma de cinco millones de florines holandeses de interés anual, cuyo capital será transferido desde el debe del Gran Libro de Amsterdam, o desde el debe de la Tesorería General del Reino de Holanda, al debe del Gran Libro de Bélgica.

2. El capital transferido y las anualidades inscritas en el Gran Libro de Bélgica, a consecuencia del párrafo anterior, hasta el total de la suma de cinco millones de florines holandeses de interés anual, será considerado como formando parte de la Deuda Nacional Belga; y Bélgica se compromete a no admitir, ni en el presente ni el futuro, ninguna distinción entre esta porción de su Deuda Pública proveniente de su unión con Holanda y de otra Deuda Nacional Belga ya creada, o que se cree en el futuro.

3. El pago de la suma antes mencionada de cinco millones de florines holandeses de interés anual tendrá lugar regularmente cada seis meses en Bruselas o Amberes en moneda corriente sin deducción de ninguna clase, tanto en el presente como en el futuro.

4. En consideración de la creación de la citada suma de cinco millones de florines holandeses de interés anual, Bélgica quedará libre de toda otra obligación respecto a Holanda sobre la división de la Deuda Pública del Reino de Holanda.

5. Comisarios nombrados por ambas partes se reunirán dentro del plazo de quince días, después del canje de ratificaciones del presente Tratado, en la ciudad de Utrecht, con el fin de proceder a la transferencia del capital e intereses anuales resultante de la división de la Deuda Pública del Reino de Holanda, pasándose a cargo de Bélgica hasta el total de cinco millones de florines holandeses de interés anual. Se procederá también a la entrega de los archivos, mapas, planos y otros documentos cualesquiera que pertenezcan a Bélgica o se relacionen con la administración⁵¹.

48. Las cinco Potencias de la Santa Alianza, bajo cuyos auspicios se firmó el Tratado de 1839, se constituyeron garantes de sus disposiciones en dos convenciones de la misma fecha que firmaron tanto dichas Potencias como Bélgica y Holanda. En esas convenciones se estipula que los artículos de dicho Tratado «se consideran con la misma fuerza y valor que si estuvieren textualmente insertos en la presente Acta, quedando así colocados bajo la garantía de las citadas Majestades»⁵².

⁵¹ *Ibid.*, 1842, t. XIV, págs. 782 y 783 (para una versión española de este Tratado, véase Raventós y Oyarzábal, *op. cit.*, pág. 333).

⁵² Tratado concertado y firmado en Londres, el 19 de abril de 1839, entre Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia, por una parte, y Holanda, por otra parte, relativo a la separación de Bélgica y Holanda, art. II (*ibid.*, pág. 773), y Tratado concertado y firmado en Londres, el 19 de abril de 1839, entre

3. DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DE NORUEGA Y SUECIA (1905)⁵³

49. La decisión del Storting, Parlamento de Noruega, de 7 de junio de 1905, en la que se tomaba nota de que el poder real había «dejado de ejercerse» como tal respecto de Noruega, puso fin a la Unión de Noruega y Suecia constituida por el Acta de Unión de 31 de julio y 6 de agosto de 1815. Sin embargo, era preciso liquidar la Unión. Esto se hizo en la Conferencia sueco-noruega reunida a fines de agosto de 1905 en Karlstad, en la que se elaboraron a estos efectos varias convenciones, firmadas ulteriormente en Estocolmo el 26 de octubre de 1905. El destino de las deudas se determinó en virtud del Acuerdo de 23 de marzo de 1906 relativo a la solución de las cuestiones económicas surgidas a raíz de la disolución de la Unión entre Noruega y Suecia⁵⁴, que, según la interpretación general, dejó a cada Estado a cargo de sus propias deudas.

50. Así, Paul Fauchille pudo escribir:

Después de que Suecia y Noruega procedieron en 1905 a disolver su unión real, una convención concertada entre ambos países el 23 de marzo de 1906 dejó a cargo de cada uno de ellos sus deudas personales⁵⁵.

Unos años más tarde, Alexandre N. Sack concluyó en el mismo sentido: «Después de disolver la Unión en 1904, cada uno de estos dos Estados mantuvo sus respectivas deudas, sin repartición alguna»⁵⁶.

51. Estas consideraciones están en consonancia con el tipo de unión creado por Suecia y Noruega⁵⁷. Tanto si se considera unión real como unión personal, no se puede por menos de señalar, como hizo el Relator Especial, que cada Estado miembro de la Unión seguía siendo responsable de sus deudas personales porque «las deudas de cada uno de ellos no se traspasaban a la Unión»⁵⁸. Pero toda unión supone un mínimo de órganos comunes y, en consecuencia, de gastos que deben sufragarse en común. En lo que respecta a la Unión de Noruega y Suecia, los órganos y asuntos en común eran tan sólo un monarca y una diplomacia.

52. En el citado Acuerdo de 23 de marzo de 1906 se estableció a este respecto que:

Artículo 1.—Noruega pagará a Suecia la cuota asignada al primer semestre del año 1905 del crédito votado por Noruega,

Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia, por una parte, y Bélgica, por otra parte, art. I (*ibid.*, pág. 790; véase también Raventós y Oyarzábal, *op. cit.*, pág. 333, nota 1).

⁵³ Véase L. Jordan, *La séparation de la Suède et de la Norvège*, París, Pedone, 1906 [tesis]; y P. Fauchille, *Traité de droit international public* (8.ª edición del *Manuel de droit international* de H. Bonfils), París, Rousseau, 1922, t. 1.º, pág. 234.

⁵⁴ Barón Descamps y L. Renault, *Recueil international des traités du XX^e siècle, année 1906*, París, Rousseau, págs. 858 a 862.

⁵⁵ Fauchille, *op. cit.*, pág. 389.

⁵⁶ A. N. Sack, *Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières*, París, Sirey, 1927, t. I, pág. 104, *in fine*.

⁵⁷ Sobre las calificaciones contradictorias de esta unión, véase Fauchille, *op. cit.*, pág. 234.

⁵⁸ *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 122, documento A/CN.4/301 y Add.1, párr. 432.

con cargo al presupuesto común de relaciones exteriores de Suecia y Noruega para dicho año, con destino al Fondo del Gabinete, así como la cuota correspondiente a Noruega de las indemnizaciones de costo de la vida pagadas a los agentes y funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores durante el primer semestre del año 1905, que forma parte del crédito votado por Noruega para los gastos eventuales e imprevistos del Fondo del Gabinete.

Artículo 2.—Noruega pagará a Suecia la cuota asignada al período del 1.º de enero al 31 de octubre de 1905 del crédito votado por Noruega con arreglo al presupuesto común para dicho año, destinada al Fondo de Consulados, así como la cuota correspondiente a Noruega de los gastos siguientes, efectuados en 1904, y que no se hayan saldado con cargo al crédito de dicho año, a saber:

a) los gastos de servicios efectivos de los consulados durante todo el año 1904, y

b) los gastos de oficina efectivamente asignados a los consulados y retribuidos a reserva de su justificación, correspondientes al segundo semestre del año 1904⁵⁹.

53. Estas disposiciones, cuya finalidad era que Noruega asumiera su parte de las cargas del presupuesto común, se entienden claramente si se recuerda que, en virtud del principio de la dualidad de funciones, el Rey de Suecia era al mismo tiempo Rey de Noruega y que la representación diplomática y consular de la Unión competía exclusivamente a los órganos suecos. Conviene recordar a este respecto que la ruptura entre ambos Estados tuvo como pretexto o causa la voluntad de Noruega de asumir su propia representación exterior.

Cabe deducir de lo que antecede que la disolución de la Unión de Noruega y Suecia tuvo como consecuencia, *por una parte, que cada uno de los Estados siguiera a cargo de las deudas que le eran propias, y por otra, que las deudas comunes se dividieran entre ambos Estados sucesores.*

4. DESAGREGACIÓN DE LA UNIÓN DE DINAMARCA E ISLANDIA (1944)

54. Como es sabido, la «Ley danesa sobre la situación constitucional de Islandia dentro de la Monarquía», de 2 de enero de 1871, disponía en su artículo 1.º que «Islandia [era] parte inseparable del Estado danés, con privilegios especiales»⁶⁰. Uno de estos privilegios consistía, según el artículo 2, en lo siguiente: «no se pedirá a Islandia *ninguna contribución para las necesidades generales de la Monarquía*»⁶¹. Por otra parte, el artículo 5 de esa Ley imponía a Dinamarca la obligación de proporcionar una importante subvención anual a Islandia, a la que se reconocía cierta autonomía en lo relativo a sus asuntos particulares.

55. Después de la primera guerra mundial, una ley sobre la Unión danicoislandesa de 30 de noviembre de 1918 estableció en su artículo 1 que

Dinamarca e Islandia son dos soberanías libres unidas por el hecho de tener el mismo Rey y por el acuerdo que formula

⁵⁹ Descamps y Renault, *op. cit.*, págs. 858 y 859.

⁶⁰ F.-R. Dareste y P. Dareste, *Les Constitutions modernes*, t. II, 3.ª ed., París, Challamel, 1910, pág. 24.

⁶¹ *Ibid.*

la presente Ley de alianza. En el título del Rey figuran los nombres de los dos Estados⁶².

Esta ley no solucionaba muy claramente el problema de las deudas. Sin embargo, el artículo 11 de la sección III de dicho texto señalaba que «un compromiso entre los dos países suplirá lo que no ha sido dirimido por los artículos anteriores respecto a *la parte de Islandia en los gastos correspondientes a los casos mencionados en esta sección*»⁶³, lo cual permite suponer, como ha hecho observar el Relator Especial, que «cada Estado debía contribuir con su parte proporcional de los gastos comunes»⁶⁴.

56. La disolución de la Unión, ocurrida en 1944, no responde a la cuestión de la sucesión en las deudas, *probablemente porque esta cuestión no tenía objeto*. En todo caso, un autor ha podido afirmar: «Habiéndose realizado la separación financiera de los dos países en 1871, la separación política definitiva de 1944 no podía tener ninguna consecuencia financiera»⁶⁵.

5. DISOLUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARABE UNIDA (1960)

57. La República Árabe Unida, creada por la Constitución provisional de 5 de marzo de 1958, se disolvió unos dos años y medio después con la retirada de Siria. La disolución de esta efímera Unión no tiene al parecer gran pertinencia en lo que respecta al problema de la sucesión en las deudas de la Unión. Ya se sabía que, al constituirse la República Árabe Unida, se fue poco explícito en lo referente al problema de la eventual sucesión de la Unión en las deudas de los Estados miembros⁶⁶. La misma incertidumbre existe en relación con el proceso inverso de disolución. El Relator Especial, en el estado actual de sus investigaciones documentales, no ha podido averiguar cuáles fueron las soluciones aportadas con respecto al problema de la sucesión en las deudas de la Unión después de disolverse ésta.

6. DISOLUCIÓN DE LA FEDERACIÓN DE MALÍ (1960)

58. La Federación de Malí, creada por la Constitución de 17 de enero de 1959, resistió poco tiempo a las fuerzas que entonces tendían a la «balcanización» de África. A partir de 1960, estas fuerzas deshicieron lo que se había considerado como «un hito hacia la creación de un vasto Estado de África occidental»⁶⁷. En agosto de 1960 se puso fin a la Federación.

⁶² Dareste y Dareste, *op. cit.*, *Europe*, t. I, 4.ª ed. totalmente refundida, París, Sirey, 1928, pág. 413.

⁶³ *Ibid.*, pág. 414.

⁶⁴ *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 122, documento A/CN.4/301 y Add.1, párr. 435.

⁶⁵ I. Paenson, *Les conséquences financières de la succession des Etats*, París, Domat-Montchrestien, 1954, pág. 63.

⁶⁶ Véase *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 124, documento A/CN.4/301 y Add.1, párr. 448.

⁶⁷ P.-F. Gonidec, *Constitutions des Etats de la Communauté*, París, Sirey, 1959, pág. 73.

59. Por eso, la Comisión de Derecho Internacional consideró que «las circunstancias en el caso de la disolución de esta Federación sumamente efímera son demasiado especiales para que puedan constituir un precedente del que quepa extraer una norma general»⁶⁸. La observación habría sido igualmente pertinente en lo que respecta al problema de las deudas, si éste se hubiera planteado a la Federación. El Relator Especial, sin embargo, no ha podido formarse una opinión clara. Baste señalar que el 11 de julio de 1964, en un comunicado publicado al terminar la reunión de la Comisión Mixta senegalomaliense, se anunció que «Malí saldrá gradualmente sus deudas con Senegal»⁶⁹, sin que se hayan comunicado más detalles.

7. DISOLUCIÓN DE LA FEDERACIÓN DE RHODESIA Y NYASALANDIA (1963)

60. La disolución de la Federación que reunía desde 1953 Rhodesia del Norte, Rhodesia del Sur y Nyasalandia se produjo en 1963 por una «Orden en Consejo» del Gobierno británico. En virtud de esa Orden se procedió al mismo tiempo a la partición de la deuda federal entre los tres territorios a razón de un 52 % a Rhodesia del Sur, un 37 % a Rhodesia del Norte y un 11 % a Nyasalandia. La partición se hizo con arreglo a la parte del ingreso federal asignada a cada territorio⁷⁰. Esta división de las deudas, tal como se realizó con arreglo a la Orden en Consejo del Gobierno británico, fue discutida tanto en su principio como en sus modalidades.

61. Se hizo notar, en primer lugar, que, «puesto que la disolución era consecuencia del ejercicio de la soberanía británica, Gran Bretaña debía asumir la responsabilidad»⁷¹. Esta observación era tanto más pertinente cuanto que las deudas así distribuidas entre los Estados sucesores por un acto de autoridad de Gran Bretaña comprendían aquéllas contraídas con la garantía de la Potencia administradora ante el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Por ello, Rhodesia del Norte señaló a este respecto que «en ningún momento había aceptado la asignación establecida en la Orden y que sólo a disgusto había asentido a esta solución»⁷². Zambia, antes Rhodesia del Norte, renunció luego a su reclamación en vista de la ayuda que le otorgó el Gobierno británico, según indica O'Connell⁷³.

B.—Observaciones y conclusiones acerca de la práctica de los Estados

62. La Comisión, en su labor de codificación y desarrollo progresivo de esta materia tan compleja, podría

tener en cuenta dos conclusiones que se deducen de los casos mencionados de sucesión de Estados en materia de deudas de Estado. La primera se refiere a la naturaleza de los problemas que plantea la sucesión en las deudas de Estado. La segunda concierne a la calificación del tipo de sucesión de Estados que representan los precedentes mencionados y, en particular, el de la unión belgaholandesa.

1. NATURALEZA DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

63. La solución de los problemas que plantea la transmisión de las deudas de Estado supone en definitiva, sobre todo en los casos de disolución de un Estado, intentar conciliar los intereses de los Estados a que afecta. Esos intereses son a menudo importantes, casi siempre contradictorios, y su armonización será en muchos casos el resultado de difíciles negociaciones entre los Estados directamente afectados por la sucesión de Estados. Esos Estados son los únicos que saben verdaderamente cuáles son sus propios intereses, los que casi siempre están en situación más idónea para defenderlos y, en cualquier caso, los únicos que saben hasta dónde pueden llegar en sus concesiones recíprocas.

64. Estas consideraciones encuentran su exponente más notable en el caso de la disolución del Estado belgaholandés, en el que los dos Estados sucesores se negaron a someterse a las múltiples propuestas de solución formuladas por terceros Estados, que en ese caso eran las más grandes Potencias de la época. La solución fue obra de los propios Estados interesados, aun cuando sea posible descubrir cierta relación entre los diferentes tipos de solución que se les propusieron y las soluciones que en definitiva adoptaron. Es indudablemente muy útil y absolutamente necesario dejar a las partes interesadas el mayor margen de libertad posible para la búsqueda de un acuerdo aceptable para ambas, pero no hay que olvidar que, en algunos casos, esa «confrontación» podría resultar perjudicial para los intereses de la parte más débil.

65. Por consiguiente, a fin de atenuar, cuando no evitar, un conflicto de intereses, conviene formular algunos principios para orientación de las partes. Si se trata de Estados sucesores con intereses divergentes, la *equidad* puede y debe ocupar un lugar preeminente en la solución que se adopte. Así se desprende con especial claridad de los distintos Protocolos de la Conferencia de Londres relativos a la separación de Bélgica y Holanda. En particular, el Cuadragésimo Octavo Protocolo, de 6 de octubre de 1831⁷⁴, invoca varias veces el *concepto de equidad como principio rector de la distribución de las deudas entre los dos Estados sucesores*. Dice también dicho Protocolo que «la Conferencia ha procedido al examen del método que ha de aplicarse para llegar a una *distribución equitativa* * de las deudas y cargas [...] entre Holanda y Bélgica»⁷⁵.

⁶⁸ Anuario... 1972, vol. II, pág. 321, documento A/8710/Rev.1, cap. II, secc. C, art. 27, párr. 11 del comentario.

⁶⁹ F. Moussu, «Chronologie des faits internationaux d'ordre juridique, *Annuaire français de droit international*, 1964, París, vol. X, 1965, pág. 1000.

⁷⁰ O'Connell, *op. cit.*, pág. 393.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 394.

⁷² *Ibid.*, pág. 393.

⁷³ *Ibid.*, nota 6.

⁷⁴ De Martens, ed., *Nouveau Recueil de traités*, t. XI (*op. cit.*), págs. 315 a 319.

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 316.

66. En el curso de sus deliberaciones, la Conferencia consideró «más justo» fundar la partición de las deudas en un criterio basado en la importancia respectiva de la población o de los impuestos pagados por ésta. Asimismo, la Conferencia de Londres llegó a «considerar equitativo» * que las deudas contraídas durante la Unión por el Reino de los Países Bajos se distribuyeran [entre los dos Estados sucesores] a partes iguales⁷⁶. Finalmente, en el Tratado de 19 de abril de 1839, que selló el acuerdo entre ambas partes, se cargó a Bélgica una suma de cinco millones de florines holandeses, correspondiente a esa proporción igual. Así, pues, los dos Estados procedieron efectivamente a la división de las deudas «sobre una base de estricta igualdad (división por mitades)»⁷⁷.

67. En el mismo Cuadragésimo Octavo Protocolo, la Conferencia reiteró además su intención de tener en cuenta las «reglas de equidad» en la búsqueda de una solución. No obstante, no consiguió en ningún momento dar una definición de esas reglas, lo que no es extraño, ya que la equidad es ante todo algo referente a casos concretos y situaciones particulares. Un tratadista da una idea acertada de ese concepto al considerarlo como «la realización de la justicia en un caso particular»⁷⁸. Parece inútil, en efecto, cuando no imposible, intentar una codificación de las reglas de equidad. Conviene dejar a los Estados interesados en la sucesión de Estados un amplio margen de libertad para encontrar la solución que, a su juicio, traduzca mejor lo que entiende por equidad, habida cuenta de las circunstancias de tiempo y de lugar y de las condiciones propias del caso de que se trate.

2. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CALIFICACIÓN DE CIERTOS CASOS DE SUCESIÓN DE ESTADOS

68. No es siempre fácil calificar rigurosamente un fenómeno sucesorio como hecho de «separación-secesión» o como hecho de «disolución de un Estado». Como se recordará, la Comisión, en su proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados aprobado provisionalmente en 1972, estableció una clara distinción entre la disolución y la separación, o secesión, de un Estado⁷⁹. Dado que ese planteamiento fue discutido por varios Estados en sus observaciones sobre el proyecto⁸⁰ y por ciertos representantes en la Sexta Comisión, durante el vigésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General, la Comisión de Derecho Internacional modificó ligeramente después, en su proyecto de artículos de 1974, la regulación de esos dos supuestos. Aunque mantuvo la distinción teórica entre

la disolución de un Estado y la separación de parte de un Estado, la Comisión reguló los dos supuestos simultáneamente en un mismo artículo desde el punto de vista de los Estados sucesores (art. 33), abordando en otras disposiciones el supuesto de la separación de partes de un Estado considerado desde el punto de vista del Estado predecesor, cuando éste continúa existiendo (artículo 34)⁸¹. En el caso de la sucesión en los bienes de Estado, la Comisión estimó que, a la luz de las características especiales de la sucesión en esa esfera, convenía mantener la distinción entre secesión y disolución. Dedicó a esos dos tipos de sucesión dos artículos distintos, a los que, sin embargo, consagró un comentario común⁸².

69. En su elección de los ejemplos históricos de la práctica de los Estados y en la calificación de éstos para su clasificación dentro del tipo de separación-secesión y del de disolución, el Relator Especial ha tenido en cuenta fundamentalmente el hecho de que, en un caso del primer tipo, el Estado predecesor sobrevive al cambio territorial, mientras que en un caso del segundo deja de existir. En el primer caso, el problema de la partición de las deudas se plantea entre un Estado predecesor y uno o varios Estados sucesores, mientras que en el segundo concierne a Estados sucesores entre sí. Sin embargo, es indudable que incluso el criterio de desaparición o supervivencia del Estado, aparentemente muy fiable, no se puede, en definitiva, aplicar de manera segura y rigurosa, ya que plantea en especial los problemas espinosos de la continuidad y la identidad del Estado.

70. En el caso de la desaparición del Reino de los Países Bajos en 1830 —que el Relator Especial ha examinado, no sin vacilaciones, en el marco de la «disolución de un Estado» y no en el de la separación—, el Estado predecesor, la entidad monárquica belgaholandesa, aparentemente desapareció y fue sustituido por dos Estados sucesores nuevos, Bélgica y Holanda, que se hicieron cargo a partes iguales de las deudas del Estado predecesor. La solución que se dio a la partición de las deudas ha sido incluso, hasta cierto punto, lo que ha confirmado la naturaleza del fenómeno ocurrido en la monarquía holandesa y lo que ha permitido calificarlo de «disolución de un Estado». Era posible, en efecto, considerar inversamente el ejemplo de los Países Bajos desde un punto de vista secesionista y convenir con Feilchenfeld en que, «desde un punto de vista jurídico, la independencia de Bélgica no fue sino la secesión de una provincia»⁸³. Tal calificación, si se hubiera adoptado efectivamente, habría podido resultar muy perjudicial para los intereses de Holanda, en la medida en que precisamente no parecía demostrado que la provincia secesionista estuviera obligada *ipso jure* a participar en el servicio de la deuda del Estado desmembrado, sobre todo en igual proporción.

71. En realidad, ni la Conferencia de Londres ni tam-

⁷⁶ *Ibid.*, pág. 317.

⁷⁷ Rousseau, *op. cit.*, pág. 464.

⁷⁸ A. Decenière-Ferrandière, «Quelques réflexions touchant le règlement des conflits internationaux», *Mélanges A. Decenière-Ferrandière*, París, Pedone, 1940, pág. 107.

⁷⁹ Véase *Anuario...* 1972, vol. II, págs. 318 y 322, documento A/8710/Rev.1, cap. II, secc. C, arts. 27 y 28.

⁸⁰ Véase *Anuario...* 1974, vol. II (primera parte), págs. 70 y ss., documento A/CN.4/278 y Add.1 a 6, secc. III, art. 27.

⁸¹ *Ibid.*, págs. 263 y ss., documento A/9610/Rev.1, cap. II, secc. D, arts. 33 y 34.

⁸² *Anuario...* 1976, vol. II (segunda parte), pág. 147, documento A/31/10, cap. IV, secc. B, subsecc. 2, arts. 15 y 16.

⁸³ Feilchenfeld, *op. cit.*, pág. 208.

poco las mismas partes, especialmente Bélgica, adoptaron este punto de vista. Los dos Estados consideraron que su separación era la *disolución de una unión* y se atribuyeron ambos la calidad de Estado sucesor de un Estado predecesor desaparecido. Tal es la calificación que hace el Tratado de Londres de 19 de abril de 1839, celebrado entre las cinco Potencias y los Países Bajos, cuyo artículo III disponía lo siguiente:

La Unión * que ha existido entre Holanda y Bélgica, en virtud del Tratado de Viena de 31 de mayo de 1815, Su Majestad el Rey de Holanda, Gran Duque de Luxemburgo, la reconoce *disuelta* * ⁸⁴.

72. No obstante, es preciso señalar que, en el caso considerado, podría surgir una dificultad que impediría adoptar la calificación propuesta de «disolución de una unión», ya que ni Holanda ni Bélgica eran Estados en el momento de su unión. Holanda había perdido esa calidad desde su anexión por la Francia revolucionaria y Bélgica no había logrado todavía la soberanía internacional. Tal vez por razones de oportunidad, con objeto de facilitar la búsqueda de una solución, se procedió a clasificar la separación de Bélgica y Holanda entre los casos de disolución de una unión. Es indudable, sin embargo, que el Congreso de Viena (1815), que puso término a la epopeya napoleónica, había tenido la intención de restablecer a los Países Bajos en su antigua calidad de Estado antes de unirlos a Bélgica.

Sea como fuere, lo importante (y ello se aplica asimismo a los demás ejemplos de la práctica de los Estados examinados en el presente informe) es el hecho de que la disolución lleva aparejada la desaparición del Estado predecesor, que queda totalmente desmembrado, mientras que la separación de una o varias partes del territorio de un Estado permite sobrevivir al Estado predecesor. Esta observación es la que ha tenido un valor determinante en las clasificaciones realizadas, no sin vacilaciones, por el Relator Especial. Por otra parte, hay que reconocer que esta observación pone de relieve la semejanza que existe entre ambas situaciones y que requiere por lo menos cierta analogía, cuando no la total identidad, de las soluciones adoptadas para la distribución de las deudas en los casos de separación y de disolución.

C.—Soluciones propuestas

73. Fauchille formula la regla siguiente:

Si un Estado deja de existir fragmentándose y dividiéndose en varios Estados, cada uno de éstos debe asumir, en una *proporción equitativa* *, una parte de las deudas del Estado originario en su totalidad y cada uno de ellos debe también hacerse cargo exclusivamente de las deudas contraídas en interés exclusivo del territorio ⁸⁵.

74. Bluntschli recurre a una fórmula semejante. Así,

el artículo 49 de su «Código de derecho internacional» establece:

Si un Estado se divide en dos o más Estados nuevos, ninguno de los cuales debe ser considerado continuador del antiguo, se entiende que éste ha dejado de existir y que los nuevos Estados lo sustituyen en calidad de nuevas personas ⁸⁶.

Este tratadista preconiza también la partición equitativa de las deudas del Estado predecesor que se ha extinguido y cita como ejemplo «la división de los Países Bajos en dos reinos, Holanda y Bélgica», estimando, sin embargo, que «Holanda era en cierto modo continuadora de los antiguos Países Bajos sobre todo en lo que concierne a las colonias» ⁸⁷.

75. En la distribución de las deudas, regida siempre por el principio de equidad, sería lógico establecer una distinción entre la disolución de una unión y la disolución de un Estado unitario. En la práctica, la unión entre dos Estados evoca a menudo una unión entre dos personas que, en sus capitulaciones matrimoniales, optan por lo que el derecho civil francés denomina «el régimen de la sociedad de gananciales». En este supuesto, cada uno de los cónyuges conserva los bienes que poseía antes del matrimonio y sólo responde de sus deudas anteriores. El marido y la mujer sólo asumen y se distribuyen las deudas comunes contraídas durante su unión. En caso de divorcio, se produce en cierto modo una vuelta al *statu quo ante*, junto con una distribución de las deudas contraídas en común durante el matrimonio.

En caso de disolución de un Estado unitario, es decir, de desmembramiento total de ese tipo de Estado que, por esta causa, deja de existir, lo que debe distribuirse es la totalidad de las deudas del Estado desaparecido. No cabe remitir a un *statu quo ante* que no existe. Ahora bien, para no tener que introducir esa distinción en un proyecto de norma, basta tener en cuenta que en este contexto se trata únicamente de las deudas de Estado del Estado predecesor, a diferencia de las deudas propias de cada territorio (o de cada Estado) componente del Estado predecesor. La disolución de la unión o del Estado unitario no afecta más que al destino de las deudas de Estado comunes asumidas hasta entonces por el Estado predecesor.

76. No conviene perder de vista la diferencia que existe entre la separación y la disolución de un Estado. En el primer caso, el Estado predecesor sobrevive y aún puede responder de sus deudas, sobre todo si el Estado secesionista, nacido por medios no pacíficos de la separación de una parte del territorio del Estado predecesor, se niega a todo acuerdo sobre la distribución de las deudas. En el segundo caso, el de la disolución de un Estado, el Estado totalmente desmembrado desaparece, y este hecho parece revestir una importancia considerable en el contexto de las deudas de Estado. En caso de desaparición total del Estado predecesor, en efecto, es esencial para los acreedores conocer el destino que se

⁸⁴ De Martens, ed., *Nouveau Recueil de traités*, t. XVI (*op. cit.*), pág. 773.

⁸⁵ Fauchille, *op. cit.*, pág. 380.

⁸⁶ J.-G. Bluntschli, *Le droit international codifié*, 5.ª ed., tr. C. Lardy, París, Alcan, 1895, pág. 82.

⁸⁷ *Ibid.*

dará a sus créditos. En este supuesto, los distintos Estados sucesores resultantes de la disolución del Estado predecesor no pueden proceder sino por acuerdo, y generalmente consiguen distribuir así la deuda de Estado del Estado predecesor desaparecido. Por eso parece acertado, a la luz de la práctica de los Estados, que el acuerdo sea la piedra angular de la norma que se elabore. 77. Por consiguiente, la Comisión podría tomar en consideración, como parte de las normas relativas a esta materia, un proyecto de artículo del siguiente tenor:

Artículo 25.—Disolución de un Estado

Cuando un Estado se disuelva y desaparezca, formando las partes de su territorio dos o más Estados, la distribución de las deudas de Estado del Estado predecesor se determinará por acuerdo entre los Estados sucesores.

A falta de acuerdo, las deudas de Estado del Estado predecesor serán asumidas por cada Estado sucesor en una proporción equitativa, habida cuenta en particular de su capacidad de aportación y de los bienes, derechos e intereses que a él pasen en relación con esas deudas de Estado.

DOCUMENTO A/CN.4/L.282 *

**Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados:
memorando presentado por el Sr. Tsuruoka relativo al párrafo 2
del artículo 23 aprobado por la Comisión**

[Original: inglés]
[20 de julio de 1978]

1. En su 1515.^a sesión, celebrada el 11 de julio de 1978, la Comisión aprobó el artículo 23 tal como había sido propuesto por el Presidente del Comité de Redacción, Sr. Schwebel. El texto finalmente aprobado por la Comisión dice lo siguiente:

Artículo 23.—Unificación de Estados

1. Cuando dos o más Estados se unan formando un Estado sucesor, la deuda de Estado de los Estados predecesores pasará al Estado sucesor.

2. Sin perjuicio de la disposición precedente, el Estado sucesor podrá, de conformidad con su derecho interno, atribuir la totalidad o parte de la deuda de Estado de los Estados predecesores a las partes componentes del Estado sucesor.

2. El párrafo 1 no contiene ningún cambio de redacción con respecto al proyecto del párrafo 1 del artículo 23, tal como fue aprobado por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.272). La opinión general de la Comisión fue que el Comité de Redacción había formulado bien ese párrafo 1 y que, por consiguiente, no plantea ningún problema serio de fondo ni de forma. Comparto ese parecer.

3. El párrafo 2, en cambio, presenta cierto número de dificultades. Ese párrafo dispone, en esencia, que el Estado sucesor, en el caso de unificación de Estados, puede atribuir unilateralmente a sus partes componentes la deuda de Estado en la que ha sucedido a los Estados predecesores. Esta disposición parece contraria al principio de derecho generalmente aceptado con respecto a las operaciones financieras, en particular las de carácter transnacional. El principio generalmente aceptado con respecto a una transacción financiera nos indica que un deudor no debe, sin el consentimiento del acreedor, modificar los términos y condiciones de la obligación financiera que ha contraído legalmente. Se trata de un corolario del principio bien sabido de *pacta sunt servanda*. La atribución de la deuda a otra entidad es un tipo sumamente importante de modificación de las condiciones y modalidades de la deuda y, en consecuencia, sólo puede permitirse con el consentimiento de los acreedores interesados. Por esta razón, yo había propuesto (1515.^a sesión, párr. 7) que se insertase la frase «con el

consentimiento de los acreedores interesados» en el texto del artículo 23, párrafo 2, propuesto por el Comité de Redacción.

4. En el debate celebrado en la Comisión, un miembro se opuso a la inserción de esa frase fundándose en que exigir al Estado deudor que obtenga el consentimiento de los acreedores (que pueden ser particulares) para atribuir su deuda a sus partes componentes es algo que supone una grave vulneración de la soberanía estatal del Estado deudor, porque la atribución de su deuda a sus partes componentes es un asunto puramente interno del Estado deudor. Me resulta difícil aceptar este argumento. Cuando un Estado obtiene un préstamo de una entidad (probablemente, en este caso, de una entidad extranjera, por ejemplo, un Estado extranjero, un particular extranjero o una organización internacional), ese Estado, lo mismo que cualquier otro deudor, está obligado a observar las condiciones y modalidades de esa operación financiera. Es un principio perfectamente reconocido en la comunidad de las naciones que el hecho de sujetar al Estado deudor a tales condiciones y modalidades para una operación financiera determinada no lleva consigo ninguna vulneración de la soberanía del Estado deudor. Ello es así quienquiera que sea el acreedor, porque la soberanía del Estado deudor puede ser infringida tanto por un Estado como por cualquier otra entidad.

5. Además, en muchas operaciones financieras transnacionales, las condiciones y modalidades incluyen una disposición en la que se establece que el Estado deudor podrá modificar esas condiciones y modalidades (por ejemplo, el plazo de reembolso) si el acreedor consiente en ello. Exigir el consentimiento del acreedor en tal caso no ha sido considerado nunca como una vulneración de la soberanía del Estado deudor. Simplemente significa que un Estado deudor no puede modificar unilateralmente las condiciones y modalidades de la deuda que ha contraído. No veo ninguna razón para que ese mismo principio no se aplique a la exigencia del consentimiento de los acreedores cuando el Estado sucesor desea atribuir a sus partes componentes la deuda de Estado de los Estados predecesores en el caso de unificación de Estados.

6. Varios miembros de la Comisión expresaron además la preocupación de que las palabras «con el consentimiento de los acreedores interesados» pudieran entra-

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/L.282/Corr.1.

ñar una injerencia en los asuntos internos del Estado sucesor, pues estimaban que todo lo que interesa a los acreedores es obtener el reembolso de la deuda y que el modo en que el Estado sucesor vaya a allegar los fondos para atender el servicio de la deuda es un asunto puramente interno que no les concierne. Estoy enteramente de acuerdo en que las disposiciones que tome el Estado sucesor para atender el servicio de la deuda constituyen un asunto puramente interno. Estoy de acuerdo también en que no es necesario para tales disposiciones exigir el consentimiento de los acreedores. Pero no era tal mi intención al proponer la inserción de las palabras «con el consentimiento de los acreedores interesados». Mi propuesta se basa en la interpretación de que el párrafo 2, tal como ha sido propuesto por el Comité de Redacción, no ofrece libertad al Estado sucesor de disponer en la forma que prefiera cómo se han de reunir los fondos para reembolsar la deuda de Estado en la que ha sucedido, sino que establece la *libertad del Estado sucesor para atribuir*, de conformidad con su derecho interno, esa deuda de Estado a sus partes componentes. La atribución de la deuda a las partes componentes del Estado sucesor supone, a mi juicio, la transmisión, del Estado sucesor a sus partes componentes, de la obligación de reembolsar la deuda. No creo que esté justificado permitir al Estado sucesor que transfiera la obligación de reembolsar la deuda a sus partes componentes de modo unilateral, sin el consentimiento de los acreedores interesados. Exigir el consentimiento de los acreedores en tal caso nada tiene que ver con la soberanía del Estado sucesor.

7. A propósito de soberanía, diría yo que el hecho de no requerir el consentimiento de los acreedores podría acarrear la vulneración de la soberanía de los acreedores cuando los acreedores interesados son Estados. Tal como está redactado, el párrafo 2 permite al Estado sucesor atribuir su deuda internacional a sus partes componentes de conformidad con su derecho interno, incluso si los acreedores son Estados. Ello significa que el Estado sucesor puede modificar unilateralmente el carácter de la deuda de Estado. ¿No es esto una violación de la igualdad soberana de los Estados acreedores, puesto que el Estado deudor y los Estados acreedores no son tratados en un plano de igualdad? Estimo que sí lo es. Al atribuir la deuda de Estado del Estado sucesor a sus partes componentes, la deuda de Estado se convierte en la deuda de las partes componentes interesadas. Ello significa que o bien la deuda de Estado que ha sido regulada por el derecho internacional dejará de estar regulada por él, o que las partes componentes han pasado a ser ahora sujetos de derecho internacional. Sea cual fuere la posición que se adopte, es evidente que hay una modificación sustancial del carácter de la deuda de Estado de que se trata. No debe permitirse que dicha modificación se produzca por una acción unilateral del Estado sucesor, porque debe permitirse también a los Estados acreedores que participen en igualdad de condiciones en la introducción de cambios en el carácter de la deuda de Estado.

8. Además, el párrafo 2 presupone que los Estados acreedores están obligados a observar el derecho interno

del Estado sucesor, porque la atribución de la deuda se haría en conformidad con ese derecho. ¿No constituye esto una vulneración de la soberanía de los Estados acreedores? Estimo que sí lo es. El derecho interno del Estado sucesor es una expresión unilateral de la voluntad de ese Estado. Ningún otro Estado, en virtud de su soberanía, puede quedar sujeto a tal expresión unilateral de la voluntad del Estado sucesor sin su consentimiento expreso. Por eso, hasta ahora, la Comisión ha evitado cuidadosamente, en cuanto le ha sido posible, todo «renvío» al derecho interno de un Estado. Así, sólo con la indicación del *consentimiento* de los Estados acreedores, podrán las disposiciones del párrafo 2 del artículo 23 estar exentas de críticas desde el punto de vista de la soberanía.

9. Reconozco que la enmienda propuesta por el Sr. Schwebel (y aprobada por la Comisión) mejora considerablemente el texto original que el Comité de Redacción ha propuesto. El texto original decía así:

2. *Las disposiciones del párrafo 1 se entenderán sin perjuicio de** la atribución de la totalidad o de parte de la deuda de Estado de los Estados predecesores a las partes componentes del Estado sucesor de conformidad con el derecho interno del Estado sucesor.

Desde luego es improcedente emplear la expresión «Las disposiciones del párrafo 1 se entenderán sin perjuicio de...», porque tal expresión restringe la aplicación del principio de derecho internacional que se enuncia en el párrafo 1 mediante una acción unilateral del Estado sucesor. Por esta razón, celebro la enmienda propuesta por el Sr. Schwebel, que reconoce que, independientemente de lo que disponga el párrafo 2, la disposición del párrafo 1 sigue siendo válida. Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 23 no deja de estar expuesto a la crítica.

10. Por lo pronto, no está nada claro quiénes serían los deudores después de la atribución, hecha en virtud del párrafo 2, de la deuda de Estado a las partes componentes del Estado sucesor. Es natural presumir que, después de haberse atribuido dicha deuda, las partes componentes interesadas pasarían a ser los nuevos deudores. Pero el mismo párrafo dice que esta disposición se entenderá *sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1*. En consecuencia, en virtud del párrafo 1 el Estado sucesor es *también* responsable del reembolso de la deuda. ¿Tienen, pues, el Estado sucesor y sus partes componentes a las que se atribuye la deuda de Estado el carácter de codeudores (y en tal caso los acreedores pueden optar libremente por dirigirse a cualquiera de ellos para obtener el reembolso)? ¿Es el Estado sucesor meramente un fiador de la deuda de Estado atribuida a sus partes componentes, que son los nuevos deudores? O bien, ¿sigue siendo el Estado sucesor el deudor de la deuda de Estado, incluso de conformidad con el párrafo 2, mientras que sus partes componentes se hallan meramente obligadas a cooperar (de conformidad con el derecho interno del Estado sucesor) con el Estado sucesor para reembolsar la deuda? (De ser así, no es necesario incluir el párrafo 2 en el presente proyecto,

* Subraya el Sr. Tsuruoka.

porque la Comisión sólo se ocupa de las reglas de derecho internacional, y el principio de derecho internacional relativo a la sucesión de la deuda de Estado en la unificación de Estados se enuncia claramente en el párrafo 1.) En suma, con la adición del párrafo 2, tal como está redactado, se hacen confusas y vagas todas las relaciones jurídicas entre acreedores y deudores o, vista la cuestión desde un ángulo distinto, entre los acreedores, el Estado sucesor y las partes componentes de éste a las que se atribuye la deuda de Estado. No creo prudente que la Comisión apruebe una disposición que entraña tanta ambigüedad.

11. Sin embargo, puede eliminarse la ambigüedad del párrafo 2 insertando en el mismo las palabras «con el consentimiento de los acreedores interesados». Si se da el consentimiento, entonces puede decirse que se crea una nueva relación contractual entre las respectivas partes componentes interesadas del Estado sucesor y los acreedores de que se trate. En virtud de esa nueva relación, las partes componentes de que se trate pasarían a ser nuevos deudores y el Estado sucesor quedaría liberado de la carga del reembolso como deudor. En tal caso, la parte de introducción del párrafo 2, que dice: «Sin perjuicio de la disposición precedente», es impropia, ya que el párrafo 2 contempla ahora una nueva situación. Así, hay que redactar de nuevo esa parte, de modo que diga: «Lo dispuesto en el párrafo 1 no excluye la posibilidad de atribuir...»

12. El segundo problema se refiere a la modalidad de atribución de la deuda de Estado. Tal como el párrafo 2 está redactado, no especifica qué parte de la deuda de Estado debe atribuirse a una u otra de las partes componentes. Se limita a establecer que la deuda del Estado debe atribuirse *de conformidad con el derecho interno del Estado sucesor*. A este propósito, el ejemplo presentado en la Comisión para explicar el significado del párrafo 2 es muy propio para inducir a confusión. El ejemplo que se da es que la deuda de Estado de que se trate se atribuiría a la parte componente que hubiera

sido, antes de la unificación de Estados, el Estado deudor de tal deuda de Estado. Pero no es eso lo que dispone el párrafo 2. Por el contrario, el párrafo 2, tal como ahora está redactado, permite al Estado sucesor atribuir la deuda de Estado a *cualquier* parte componente de conformidad con su derecho interno. Si la intención del párrafo 2 es permitir esta clase de libertad por parte del Estado sucesor, ¿por qué la posibilidad de esa atribución se circunscribe únicamente a las partes componentes del Estado sucesor? ¿Por qué no un Banco del Estado? ¿Por qué no una empresa estatal? En algunos casos, un Banco del Estado o una empresa estatal son financieramente más sólidos que las partes componentes del Estado sucesor. En suma, el párrafo 2, tal como actualmente está redactado, es demasiado limitado si su objetivo es establecer la libertad del Estado sucesor para atribuir la deuda de Estado a otra entidad, y, por otra parte, es demasiado amplio si su objetivo es disponer la libertad del Estado sucesor para atribuir la deuda de Estado a la parte componente que era el Estado predecesor responsable de la deuda de Estado de que se trate.

13. Por las diversas razones que quedan expuestas, no estoy convencido de que el párrafo 2 del artículo 23 tenga utilidad alguna en todo el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados. Incluso temo que pueda añadir un innecesario elemento de confusión en todo el proyecto. Parece más prudente, pues, que se suprima el párrafo 2 del artículo 23 o que se modifique del modo siguiente:

«2. *Lo dispuesto en el párrafo 1 no excluye la posibilidad de atribuir, con el consentimiento de los acreedores interesados, la totalidad o parte de la deuda de Estado de los Estados predecesores a las partes componentes del Estado sucesor o a cualquier otra entidad de conformidad con el derecho interno del Estado sucesor.*»

**CUESTIÓN DE LOS TRATADOS CELEBRADOS ENTRE ESTADOS
Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O ENTRE DOS O MÁS
ORGANIZACIONES INTERNACIONALES**

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/312

**Séptimo informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales
o entre dos o más organizaciones internacionales, por el Sr. Paul Reuter, Relator Especial**

Proyecto de artículos, con comentarios (continuación *)

*[Original: francés]
[1.º de junio de 1978]*

ÍNDICE

	<i>Página</i>
PROYECTO DE ARTÍCULOS, CON COMENTARIOS (<i>continuación</i>)	266
PARTE IV.—ENMIENDA Y MODIFICACIÓN DE LOS TRATADOS	266
	<i>Párrafos</i>
Consideraciones generales	1-4 266
Artículo 39.—Norma general concerniente a la enmienda de los tratados	266
<i>Comentario</i>	266
Artículo 40.—Enmienda de los tratados multilaterales	267
<i>Comentario</i>	267
Artículo 41.—Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas partes única- mente:	
Variante I	267
Variante II	268
<i>Comentario</i>	268

* Los proyectos de artículos presentados anteriormente por el Relator Especial figuran en los informes tercero, cuarto, quinto y sexto [*Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/279; *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 27, documento A/CN.4/285; *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), pág. 149, documento A/CN.4/290 y Add.1; *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 127, documento A/CN.4/298, respectivamente].

Proyecto de artículos, con comentarios
(continuación)

PARTE IV.—ENMIENDA Y MODIFICACIÓN
DE LOS TRATADOS

Consideraciones generales

1. La Parte IV de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados¹ consta únicamente de tres artículos: el artículo 39, que es muy breve y en el que se enuncia el principio de la enmienda de los tratados por acuerdo entre las partes; el artículo 40, que se refiere a la enmienda de los tratados multilaterales, y el artículo 41, relativo a los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes, únicamente; estos dos últimos artículos son relativamente complejos.

2. Los artículos 40 y 41 no dejan de tener relación con otras disposiciones de la Convención, en particular con el artículo 30 y con los artículos relativos a la suspensión o a la violación de los tratados. Si los análisis a veces sutiles en que se fundan han puesto a prueba la sagacidad de la Comisión, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados aceptó casi por unanimidad los textos preparados por la Comisión, no haciendo en ellos más que algunos retoques de redacción de poca importancia.

3. Es el hecho de que esos dos artículos no se apliquen más que a los tratados multilaterales lo que ha llevado a interrogarse sobre su extensión a los tratados concertados entre dos o más organizaciones internacionales o entre Estados y organizaciones internacionales. En efecto, aunque ya se ha previsto, en particular en lo que respecta a las reservas, el caso de los tratados multilaterales concertados entre organizaciones internacionales, se trata de una hipótesis poco frecuente, sobre todo en forma de tratados multilaterales abiertos². En cambio, el caso de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales plantea otra duda. Cabe imaginar que un tratado multilateral cuyas partes sean en su mayoría Estados admita también a algunas organizaciones internacionales como partes en un pie de igualdad con los Estados: esta hipótesis es la que condujo a la Comisión a aprobar ya el párrafo 2 del proyecto de artículo 9³:

2. La adopción del texto de un tratado entre Estados y una o varias organizaciones internacionales en una conferencia internacional en la que participen una o varias organizaciones internacionales se efectuará por mayoría de dos tercios de los participantes presentes y votantes, a menos que éstos decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.

¹ Para el texto de la Convención, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311. Denominada en adelante «Convención de Viena».

² Véase *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 107 y 108, documento A/32/10, cap. IV, secc. B, subsecc. 2, art. 19, párr. 4 del comentario.

³ Para el texto de todos los artículos aprobados hasta ahora por la Comisión, *ibid.*, págs. 100 y ss., documento A/32/10, cap. IV, secc. B, subsecc. 1.

La práctica ha puesto, sin embargo, de relieve ejemplos muy diferentes de tratados multilaterales entre Estados y organizaciones internacionales, que son *tratados multilaterales cerrados en los que las partes, que son teóricamente iguales, no están, sin embargo, en una situación simétrica entre sí*⁴. Estaría, pues, justificado preguntarse si, en los casos en que hay Estados y organizaciones internacionales no sería preciso tener en cuenta esa hipótesis para introducir nuevas distinciones, aunque para ello haya que apartarse de la simplicidad de las disposiciones de la Convención de Viena.

4. No obstante, hay que señalar que la Convención de Viena, en la que no se dio una definición del tratado multilateral, sometió a las mismas reglas a todos los tratados multilaterales entre Estados, cualesquiera que sean las diferencias profundas que los separen debido a su carácter abierto o cerrado, o a la simetría o disimetría de las posiciones de las partes entre sí. Por otra parte, si se tiende a apartarse en lo que respecta a las organizaciones internacionales de las normas enunciadas en cuanto a los compromisos de los Estados por la Convención de Viena, es en función de un sentimiento un tanto diferente, basado en el carácter siempre limitado de la capacidad de las organizaciones internacionales. Ya se ha dado paso a esa tendencia en los proyectos de artículos relativos a las reservas⁵, pero ahora hay que equilibrarla con la idea de que en un sistema basado en el consensualismo, como el del derecho de los tratados, y especialmente el de la Convención de Viena, es fundamental la igualdad de las partes en las reglas que determinen el mecanismo y el juego de los consentimientos. Tal es la razón por la que, como se va a hacer ver, ha parecido posible seguir muy de cerca la Convención de Viena en el caso de los artículos 39 y 40, mientras que el artículo 41 presenta quizá algunas dificultades.

**Artículo 39.—Norma general concerniente
a la enmienda de los tratados⁶**

Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa.

Comentario

1) El texto de la Convención de Viena no exige ninguna modificación, ni siquiera de redacción. En efecto, la norma que en él se enuncia no es más, aunque en otra forma, que la norma *pacta sunt servanda*.

⁴ Véanse los ejemplos dados, *ibid.*, pág. 109, nota 454.

⁵ *Ibid.*, págs. 107 a 117, documento A/32/10, cap. IV, secc. B, subsecc. 2, arts. 19 a 23 bis.

⁶ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«Artículo 39.—Norma general concerniente
a la enmienda de los tratados

»Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa.»

2) En el comentario que hizo la Comisión de Derecho Internacional acerca del artículo 35 de su proyecto de 1966 (que pasó a ser el artículo 39 de la Convención de Viena)⁷, se señala el alcance del término «acuerdo». Este término, muy general, excluye la aplicación a las enmiendas del principio del «acto contrario»: cualquiera que sea la forma que se decida dar al tratado, éste podrá ser enmendado por un acuerdo cuya forma sea distinta de la del tratado original; la remisión a la parte II de la Convención de Viena no hace más que subrayar que esa Convención dio la máxima flexibilidad a los diversos modos de celebración de los tratados.

3) Si, al considerar el presente proyecto, se consultan los proyectos de artículos mediante los cuales se adaptó la parte II de la Convención de Viena a los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, se comprueba que en el presente proyecto no se ha discutido nunca la flexibilidad de las disposiciones de la Convención de Viena, flexibilidad que ha sido, por el contrario, plenamente salvaguardada. Está, pues, perfectamente justificado proponer para el proyecto de artículo 39 la redacción que ya se utilizó en la Convención de Viena.

Artículo 40.—Enmienda de los tratados multilaterales⁸

1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, la enmienda de los tratados multilaterales se regirá por los párrafos siguientes.

2. Toda propuesta de enmienda de un tratado multilateral en las relaciones entre todas las partes habrá de

⁷ *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 255, documento A/6309/Rev.1 (segunda parte), cap. II, proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y comentarios, arts. 35 y 36, párr. 4 del comentario.

⁸ Disposición correspondiente de la Convención de Viena:

«Artículo 40.—Enmienda de los tratados multilaterales

»1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, la enmienda de los tratados multilaterales se regirá por los párrafos siguientes.

»2. Toda propuesta de enmienda de un tratado multilateral en las relaciones entre todas las partes habrá de ser notificada a todos los Estados contratantes, cada uno de los cuales tendrá derecho a participar:

»a) en la decisión sobre las medidas que haya que adoptar con relación a tal propuesta;

»b) en la negociación y la celebración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado.

»3. Todo Estado facultado para llegar a ser parte en el tratado estará también facultado para llegar a ser parte en el tratado en su forma enmendada.

»4. El acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado no obligará a ningún Estado que sea ya parte en el tratado pero no llegue a serlo en ese acuerdo; con respecto a tal Estado se aplicará el apartado b del párrafo 4 del artículo 30.

»5. Todo Estado que llegue a ser parte en el tratado después de la entrada en vigor del acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado será considerado, de no haber manifestado ese Estado una intención diferente:

»a) parte en el tratado en su forma enmendada; y

»b) parte en el tratado no enmendado con respecto a toda parte en el tratado que no esté obligada por el acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado.»

ser notificada a todos los Estados y a todas las organizaciones internacionales contratantes, cada uno de los cuales tendrá derecho a participar:

a) en la decisión sobre las medidas que haya que adoptar con relación a tal propuesta;

b) en la negociación y la celebración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado.

3. Todo Estado y toda organización facultados para llegar a ser partes en el tratado estarán también facultados para llegar a ser partes en el tratado en su forma enmendada

4. El acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado no obligará a ningún Estado ni a ninguna organización internacional que sean ya partes en el tratado pero no lleguen a serlo en ese acuerdo; con respecto a tal Estado y a tal organización se aplicará el apartado b del párrafo 4 del artículo 30.

5. Todo Estado o toda organización que lleguen a ser partes en el tratado después de la entrada en vigor del acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado serán considerados, de no haber manifestado una intención diferente:

a) partes en el tratado en su forma enmendada; y

b) partes en el tratado no enmendado con respecto a toda parte en el tratado que no esté obligada por el acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado.

Comentario

En relación con el artículo 40 de la Convención de Viena, no hay en el proyecto de artículo 40 más que las modificaciones de redacción que exigía su objeto.

Artículo 41.—Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente⁹

Variante I

1. Dos o más partes en un tratado multilateral entre organizaciones internacionales podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o

b) si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:

i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y

ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Dos o más Estados partes en un tratado entre Estados y una o más organizaciones internacionales podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

⁹ La disposición correspondiente de la Convención de Viena corresponde a la variante II.

- a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o
- b) si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:
 - i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y
 - ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

3. Uno o más Estados y una o más organizaciones internacionales partes en un tratado entre Estados y organizaciones internacionales podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

- a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o
- b) si así lo convienen todas las partes en el tratado.

4. Salvo que, en el caso previsto en el apartado a de los párrafos 1, 2 y 3, el tratado disponga otra cosa, las partes de que se trate deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y las modificaciones que en virtud de éste hayan de hacerse en el tratado.

Variante II

1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

- a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o
- b) si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:
 - i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y
 - ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Salvo que, en el caso previsto en el apartado a del párrafo 1, el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y las modificaciones del tratado que en ese acuerdo se disponga.

Comentario

- 1) Se han presentado a la Comisión dos variantes de un proyecto del artículo 41.
- 2) En la primera se toma en consideración la idea de que las organizaciones, por ser de naturaleza distinta de los Estados, deben, en sus relaciones *con los Estados*, ser objeto de disposiciones particulares en las que se tenga en cuenta su naturaleza. Con arreglo a este razonamiento, se acepta someter los tratados celebrados entre dos o más organizaciones internacionales a las mismas normas que los tratados entre Estados; tal es el objeto del párrafo 1 de la variante I, en el cual sólo se

ha modificado, pues, ligeramente la redacción utilizada en el texto del párrafo 1 del artículo 41 de la Convención de Viena.

3) Si se considera, no obstante, seguidamente el caso de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales, hay que distinguir dos situaciones, que son, respectivamente, objeto de los párrafos 2 y 3. Si el acuerdo *inter se* no concierne más que a Estados (párrafo 2), se le aplica una norma que está, como el párrafo 1, redactada en los mismos términos que la disposición correspondiente de la Convención de Viena; sólo se ha introducido una modificación: el párrafo se aplica a los tratados celebrados entre «Estados y una o más organizaciones internacionales». En cambio, si entre las partes en el acuerdo *inter se* hay por lo menos una organización internacional (párr. 3) —acuerdo *inter se* entre varias organizaciones internacionales, acuerdo *inter se* entre un Estado y una o más organizaciones internacionales, acuerdo *inter se* entre varios Estados y una o más organizaciones internacionales—, se aplica una norma más estricta que en los casos precedentes: para ser lícito, tal acuerdo deberá estar autorizado por el tratado o ser objeto del consentimiento de todas las partes en el tratado. Este régimen más estricto obedece a la idea de que la participación de organizaciones internacionales en un acuerdo multilateral ha debido ser necesariamente objeto de un atento examen por parte de los negociadores y de que éstos han debido, pues, normalmente, prever este problema y autorizar, llegado el caso, tales acuerdos *inter se*. Sin embargo, también hay que prever la hipótesis de que, aunque en el tratado original no se haya previsto el caso de tales acuerdos *inter se*, con posterioridad a la entrada en vigor del tratado, todas las partes den su consentimiento a la celebración de tal acuerdo *inter se*. Parece que, en esta hipótesis, existe un interés indudable en admitir la posibilidad de tal acuerdo. Ese es el objeto del apartado b del párrafo 3; la fórmula «si así lo convienen todas las partes en el tratado» es muy flexible y su idea se encuentra en términos análogos en muchas disposiciones de la Convención de Viena (apart. a del art. 10, art. 11, apartado b del párr. 1 y apart. a del párr. 2 del art. 12, apart. b del art. 13, etc.), e indica que, si el consentimiento de todas las partes es esencial, dicho consentimiento puede ser otorgado en cualquier forma.

4) La variante II es la reproducción textual del artículo 41 de la Convención de Viena. Es, en efecto, uno de los raros artículos de esta Convención que no ha exigido ni siquiera un cambio de redacción.

5) La aceptación de esta disposición se basa en las consideraciones siguientes. Ya en el caso de los tratados entre Estados, la Comisión de Derecho Internacional ha actuado con suma prudencia en lo que respecta a los acuerdos *inter se*. Este artículo impone, en efecto, tres condiciones cumulativas¹⁰, pero que, como lo reconocía

¹⁰ Las tres condiciones se presentaban como tales en el proyecto de artículo original (art. 37), en cuyo apartado b se las enumeraba, en efecto (incisos i, ii y iii). Por razones de simple presentación, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados enunció, en el texto que pasó a ser el artículo 41, en el cuerpo del apartado b, la tercera condición que originalmente constituía el inciso iii.

la Comisión, coinciden en gran parte. En efecto, una modificación que afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado o al cumplimiento de sus obligaciones puede considerarse implícitamente prohibida por el tratado¹¹. Cabe decir incluso que tal modificación es también contraria a «la consecución efectiva del objeto y el fin del tratado en su conjunto». Estas múltiples precauciones constituyen una sólida barrera contra modificaciones peligrosas para el cumplimiento del tratado; ahora se extienden a los tratados que son objeto del presente proyecto de artículo. Son evidentemente suficientes para descartar toda modificación concerniente a las relaciones de dos o más organizaciones entre sí o a las relaciones de una o más organizaciones internacionales y de uno o más Estados, modificaciones de las que podría temerse que atentaran contra el equilibrio convencional. En el caso en que el tratado haya previsto para una o más organizaciones derechos y obligaciones particulares, o incluso un estatuto convencional particular, toda modificación de esa situación irá en contra de las estrictas condicio-

nes enunciadas en el artículo 41 e impedirá la celebración de ese acuerdo.

6) En realidad, la diferencia entre la variante I y la variante II reside en un principio más que en normas técnicas. Por desconfianza hacia las organizaciones internacionales, la variante I establece en cierto modo una presunción que no cede más que ante el consentimiento de todos los Estados partes: se considera *a priori* que las modificaciones que afectan a las organizaciones internacionales perturban el equilibrio convencional. La variante II se limita a prohibir aquellas de esas modificaciones que perturban ese equilibrio convencional.

7) Si se examinan las dos variantes con respecto a la distinción entre los tratados multilaterales abiertos y los tratados multilaterales limitados (art. 9 y párr. 2 del art. 20 de la Convención de Viena), se comprueba que en ambos casos son suficientes las normas del artículo 41: si las organizaciones internacionales son asimiladas a los Estados en un marco convencional abierto, no se comprende por qué ha de sometérselas a normas distintas que a ellos. Si se piensa, en cambio, en la hipótesis de tratados multilaterales más o menos limitados, las condiciones que la Convención de Viena ha impuesto a los acuerdos entre Estados son tan estrictas que no hay motivo alguno para pensar en otras más estrictas aún cuando se trata de organizaciones internacionales.

¹¹ Véase *Anuario...* 1966, vol. II, pág. 258, documento A/6309/Rev.1 (segunda parte), cap. II, proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados y comentarios, art. 37, párr. 2 del comentario.

EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/314

Respuestas de los gobiernos al cuestionario de la Comisión

*[Original: árabe/inglés]
[23 de junio de 1978]*

ÍNDICE

	<i>Página</i>		<i>Página</i>
Introducción	272	<i>limpieza, aseo, etc.); 2. Evacuación de desechos; 3. Recreo (natación, deportes, pesca, deportes náuticos, etc.).</i>	
I.—Comentarios y observaciones generales		Jamahiriya Arabe Libia	276
Jamahiriya Arabe Libia	272	Sudán	277
II.—Respuestas a preguntas concretas		Swazilandia	277
Pregunta A: ¿Cuál sería el alcance que habría de tener la definición de curso de agua internacional en un estudio de los aspectos jurídicos de los usos del agua dulce, por una parte, y de la contaminación del agua dulce, por otra?		Yemen	277
Jamahiriya Arabe Libia	274	Pregunta E: ¿Deben incluirse otros usos en este esquema?	
Sudán	275	Jamahiriya Arabe Libia	277
Swazilandia	275	Sudán	277
Yemen	275	Swazilandia	277
Pregunta B: ¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación?		Yemen	278
Jamahiriya Arabe Libia	275	Pregunta F: ¿Debe la Comisión incluir en su estudio los problemas de la prevención de las inundaciones y de la erosión?	
Swazilandia	275	Sudán	278
Yemen	275	Swazilandia	278
Pregunta C: ¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de la contaminación de los cursos de agua internacionales?		Yemen	278
Jamahiriya Arabe Libia	275	Pregunta G: ¿Debe la Comisión tener en cuenta en su estudio la interacción entre los usos para fines de navegación y los usos para otros fines?	
Swazilandia	275	Sudán	278
Yemen	275	Swazilandia	278
Pregunta D: Si la Comisión debe adoptar como base para su estudio de los usos del agua dulce el plan que se indica a continuación: a) Usos agrícolas: 1. Riego; 2. Avenamiento; 3. Evacuación de desechos; 4. Producción de alimentos acuáticos; b) Usos económicos y comerciales: 1. Producción de energía (hidroeléctrica, nuclear y mecánica); 2. Industrias; 3. Construcción; 4. Transporte distinto de la navegación; 5. Transporte de madera por flotación; 6. Evacuación de desechos; 7. Industrias extractivas (minería, producción de petróleo, etc.); c) Usos domésticos y sociales: 1. Consumo (agua potable, cocina,		Yemen	278
		Pregunta H: ¿Está de acuerdo en que la Comisión aborde el problema de la contaminación de los cursos de agua internacionales como fase inicial de su estudio?	
		Jamahiriya Arabe Libia	278
		Swazilandia	279
		Yemen	279
		Pregunta I: ¿Deben tomarse disposiciones especiales para que la Comisión reciba el asesoramiento técnico, científico y económico necesario, por ejemplo, mediante la creación de un comité de expertos?	
		Jamahiriya Arabe Libia	279
		Sudán	279
		Swazilandia	279
		Yemen	279

Introducción

1. En el apartado e del párrafo 4 de la sección I de su resolución 3315 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General recomendó que la Comisión de Derecho Internacional continuara su estudio del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, teniendo en cuenta las resoluciones de la Asamblea General 2669 (XXV), de 8 de diciembre de 1970, y 3071 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1975, y otras resoluciones referentes a la labor de la Comisión sobre este tema, así como las observaciones recibidas de Estados Miembros sobre las cuestiones mencionadas en el anexo del capítulo V del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 26.º período de sesiones¹. Los comentarios recibidos de los Estados Miembros, en cumplimiento de la resolución 3315 (XXIX), se publicaron en el documento A/CN.4/294 y Add.1².

2. En el párrafo 5 de su resolución 31/97, de 15 de diciembre de 1976, la Asamblea General instó a los Estados Miembros que aún no lo hubieran hecho a que presentasen por escrito al Secretario General sus observaciones sobre el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

3. Mediante una circular de 18 de enero de 1977, el Secretario General invitó a los Estados Miembros que aún no lo hubieran hecho a que le presentaran por escrito lo antes posible las observaciones mencionadas en la resolución 31/97.

4. Al 1.º de junio de 1978 se habían recibido respuestas a la nota mencionada en el párrafo anterior de los Gobiernos de los siguientes Estados Miembros: Jamahiriya Árabe Libia, Sudán, Swazilandia y Yemen.

5. La estructura del presente documento es análoga a la del documento A/CN.4/294 y Add.1, o sea, contiene las respuestas mencionadas en el párrafo anterior, agrupadas por comentarios y observaciones generales y por respuestas a cada una de las preguntas concretas que se reproducen a continuación. Cuando el texto de una respuesta se refiere a más de una pregunta, la respuesta se ha reproducido una sola vez, en relación con la primera pregunta pertinente, y se ha hecho remisión a las demás mediante las referencias adecuadas.

6. El texto del cuestionario es el siguiente:

- A. ¿Cuál sería el alcance que habría de tener la definición de curso de agua internacional en un estudio de los aspectos jurídicos de los usos del agua dulce, por una parte, y de la contaminación del agua dulce, por otra?
- B. ¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación?
- C. ¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de la contaminación de los cursos de agua internacionales?

D. Si la Comisión debe adoptar como base para su estudio de los usos del agua dulce el plan que se indica a continuación:

- a) Usos agrícolas:
 1. Riego;
 2. Avenamiento;
 3. Evacuación de desechos;
 4. Producción de alimentos acuáticos;
- b) Usos económicos y comerciales:
 1. Producción de energía (hidroeléctrica, nuclear y mecánica);
 2. Industrias;
 3. Construcción;
 4. Transporte distinto de la navegación;
 5. Transporte de madera por flotación;
 6. Evacuación de desechos;
 7. Industrias extractivas (minería, producción de petróleo, etc.);
- c) Usos domésticos y sociales:
 1. Consumo (agua potable, cocina, limpieza, aseo, etcétera);
 2. Evacuación de desechos;
 3. Recreo (natación, deportes, pesca, deportes náuticos, etc.).

E. ¿Deben incluirse otros usos en este esquema?

F. ¿Debe la Comisión incluir en su estudio los problemas de la prevención de las inundaciones y de la erosión?

G. ¿Debe la Comisión tener en cuenta en su estudio la interacción entre los usos para fines de navegación y los usos para otros fines?

H. ¿Está de acuerdo en que la Comisión aborde el problema de la contaminación de los cursos de agua internacionales como fase inicial de su estudio?

I. ¿Deben tomarse disposiciones especiales para que la Comisión reciba el asesoramiento técnico, científico y económico necesario, por ejemplo, mediante la creación de un comité de expertos?

I.—COMENTARIOS Y OBSERVACIONES GENERALES

Jamahiriya Árabe Libia

[Original: árabe]
[17 de mayo de 1977]

Estudio de los diversos aspectos de la cuestión

La superficie terrestre del territorio de los Estados comprende llanuras, *wadis*, desiertos, elevaciones, colinas y montañas, que constituyen el componente seco, y canales, lagos y ríos, que forman el elemento acuoso. Estos elementos naturales pueden estar dentro de las fronteras del territorio del Estado, en cuyo caso son parte integrante de él y el Estado ejerce legalmente sobre ellos los mismos derechos que sobre su territorio. Algunos de esos elementos pueden constituir por sí mismos las fronteras del territorio del Estado, en tanto que otros pueden extenderse a territorios pertenecientes a más de un Estado. Este último supuesto es la materia objeto del estudio relativo a los cursos de agua en los casos en que las características geográficas se extienden más allá del territorio de uno o varios Estados. El dere-

¹ Anuario... 1974, vol. II (primera parte), pág. 306, documento A/9610/Rev.1.

² Anuario... 1976, vol. II (primera parte), pág. 161.

cho internacional se limita a considerar la situación jurídica creada por el uso de esos ríos y los derechos y obligaciones de los Estados por cuyos territorios fluyen esos ríos.

[Véase también *infra*, pág. 274, secc. II, pregunta A, Jamahiriya Arabe Libia.]

*Derecho del Estado al aprovechamiento de las aguas de un río internacional:
fundamento de derechos y fuente de obligaciones*

En lo tocante a la definición de la situación de los Estados atravesados por sistemas de aguas fluviales internacionales, las disposiciones de derecho internacional relativas a sus derechos de uso y a sus compromisos recíprocos son escasas y adolecen de falta de rigor y precisión. Existen tres teorías principales a este respecto:

1.—*Teoría de la soberanía territorial absoluta*

Los partidarios de esta teoría sostienen que todo Estado está plenamente facultado para ejercer sobre la porción de un curso de agua internacional que atraviesa su territorio todos los derechos derivados de su soberanía absoluta sobre ese territorio, sin restricciones ni condiciones. De ello se desprende que el Estado tiene el derecho absoluto a dictar las leyes que considere oportunas para el aprovechamiento de las aguas que atraviesan su territorio en el tramo de un río internacional situado dentro de sus fronteras, cualquiera que sea la índole de esas leyes y cualesquiera que sean los efectos y las consecuencias que puedan tener para otros Estados fronterizos y vecinos hasta cuyo territorio se extienda el curso del río internacional. Es evidente que sólo son firmes partidarios de esa teoría los Estados en cuyo territorio se encuentra el tramo superior de un río internacional, es decir, los Estados en que está situada la fuente de un río o el tramo del río cercano a la fuente, ya que tienen un interés primordial en aprovechar las aguas del río sin tener que responder de los daños causados a terceros por la aplicación de esa teoría en la práctica. La crítica que hace caer esa teoría por su base es quizá la de que equipara el componente terrestre del territorio, que es el elemento estable, con el componente acuático, que es un elemento móvil, puesto que, a pesar de su diferente carácter, ambos están sujetos a un régimen jurídico único basado en el principio de la soberanía territorial absoluta.

2.—*Teoría de la unidad territorial absoluta*

Los partidarios de esta teoría sostienen que el Estado por cuyo territorio discurre un río internacional tiene pleno derecho a utilizar la corriente de agua en la medida de las necesidades de su territorio, pero sin que el caudal ni la calidad de las aguas sufran ninguna modificación, ya que la totalidad del río, desde su fuente hasta su desembocadura, es una unidad territorial que no puede ser dividida por fronteras políticas. El Estado no puede ejercer la soberanía absoluta sobre la porción del curso de agua que atraviesa su territorio. Al contrario, la soberanía que puede ejercer sobre esta porción es una soberanía limitada por la obligación de no alte-

rar el curso natural del río y, dentro de su territorio, el Estado no puede modificar el curso del río ni impedir que sus aguas discurren hasta el territorio de otros Estados situados en la cuenca fluvial. Un Estado no puede incrementar o disminuir el caudal de las aguas del río por medios artificiales. Es decir, cada Estado tiene derecho a utilizar las aguas del tramo del río que atraviesa su territorio, a condición de no lesionar los derechos de los demás Estados por cuyo territorio pasa ese mismo río. Esta teoría recibe el apoyo de la mayoría de los juristas internacionales, si bien éstos discrepan en cuanto al modo de designarla. Parece claro que esta teoría establece una especie de equilibrio entre los intereses de los diversos Estados que atraviesa el río e impide que cualquiera de ellos adopte medidas arbitrarias que alteren el curso y las aguas del río de modo lesivo para los derechos de los demás.

3.—*Teoría de la propiedad común*

Esta teoría se basa en el principio de que la totalidad del río, desde la fuente hasta la desembocadura, ha de considerarse propiedad común de todos los Estados por cuyos territorios discurren sus aguas; cada uno de los Estados goza de los mismos derechos y de todos los derechos y ninguno de ellos tiene la facultad exclusiva de reglamentar, sin el acuerdo de los demás, el aprovechamiento de las aguas de la porción del río que atraviesa su territorio cuando ese aprovechamiento afecte al caudal del río, bien incrementándolo, bien disminuyéndolo. Esta teoría no tiene muchos partidarios entre los juristas y, además, no ha sido aplicada en la práctica de los Estados, especialmente en la actualidad, en que los intereses de los Estados son divergentes o contradictorios, lo que aleja la posibilidad de un aprovechamiento común de las aguas.

Opinión de la Jamahiriya acerca de esas teorías

Sin embargo, esas tres teorías han evolucionado y, en la actualidad, se tiende a adoptar principios más idóneos de derecho internacional moderno que han alcanzado una aceptación casi unánime en la doctrina y en la práctica jurídicas. El Estado por cuyo territorio pasa un sistema de aguas fluviales internacionales y los demás Estados cuyos territorios atraviesa ese río tienen derechos y obligaciones recíprocos en lo que concierne al uso de las aguas, así como la obligación de respetar los derechos adquiridos y los derechos históricos de uso de esas aguas y de abstenerse de todo acto que pueda causar menoscabo a los derechos de terceros.

Todo Estado que cometa un acto lesivo para otro Estado, ya deliberadamente, ya por error o negligencia, incurre indiscutiblemente en responsabilidad internacional.

Por último, la cuestión de la distribución de las aguas entre los Estados ribereños y de los usos de esas aguas para fines distintos de la navegación debe regirse por el principio de la equidad y del equilibrio entre los distintos intereses.

[Véase también *infra*, pág. 276, secc. II, pregunta D, Jamahiriya Arabe Libia.]

II.—RESPUESTAS A PREGUNTAS CONCRETAS

Pregunta A

¿Cuál sería el alcance que habría de tener la definición de curso de agua internacional en un estudio de los aspectos jurídicos de los usos del agua dulce por una parte y de la contaminación del agua dulce por otra?

Jamahiriyá Árabe Libia

[Original: árabe]
[17 de mayo de 1977]

Definiciones de los cursos de agua internacionales y terminología

De todos los debates celebrados en los distintos períodos de sesiones de la Asamblea General y de los reseñados en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 28.º período de sesiones³ concernientes al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, así como de los acuerdos y tratados mencionados en este informe, se desprende que se han utilizado diversas definiciones y distinta terminología para expresar el concepto de «curso de agua internacional». Esas expresiones son las siguientes: cuenca fluvial, cuenca de drenaje, cuenca hidrográfica internacional, ríos internacionales sucesivos o contiguos.

En vista de las numerosas divergencias de opinión a este respecto, la Comisión llegó, sobre la base de las opiniones expresadas por algunos Estados, a la conclusión de que no había ningún motivo para que las diferencias de opinión impidieran o retrasaran la elaboración de normas objetivas relativas a los aspectos jurídicos de la cuestión.

En un principio, los juristas estaban de acuerdo en aplicar la expresión «río internacional» a los ríos que atravesaban los territorios de dos o más Estados, pero ulteriormente una nueva expresión vino a sustituir a la primera, a saber: «sistema de aguas internacionales».

Comentarios y opinión de la Jamahiriyá acerca de esas definiciones

La Jamahiriyá estima que esta definición y todas estas expresiones adolecen de falta de claridad y de precisión terminológica. La expresión «cuenca fluvial» es una fórmula incompleta que puede aplicarse a un río cuya cuenca no se extiende más allá del territorio de un Estado, por lo que esa definición o expresión no destaca el carácter internacional que implica la extensión de las aguas del río al territorio de uno o varios Estados distintos.

La expresión «cuenca de drenaje» es vaga, como lo

es el propio término «cuenca». Una «cuenca» puede contener cualquier tipo de elementos, y ese término puede aplicarse a una cuenca cuyas aguas no fluyen ni se extienden, es decir, a cualquier masa de aguas confinadas. Las aguas de un río se aprovechan para fines diversos, por lo que no está justificado calificar el término «cuenca» mediante el término «de drenaje»; lo mismo puede decirse de la expresión «cuenca hidrográfica internacional».

Las expresiones «ríos internacionales sucesivos» o «ríos internacionales contiguos» requieren ser aclaradas, ya que las aguas de un río pueden ser contiguas y sucesivas en tanto que su curso se mantiene dentro de las fronteras de un territorio sin afluir al territorio de otro Estado.

La expresión moderna de «sistema de aguas internacionales» también debe ser definida con mayor precisión. La palabra «agua» es un término general que puede aplicarse a las aguas de un río o a las aguas del mar y, por consiguiente, la Jamahiriyá considera que esa nueva expresión requiere ser definida más específicamente y sugiere que se utilice el concepto de «sistema de aguas fluviales internacionales». La elección de esta expresión se justifica por lo siguiente.

La expresión «sistema de aguas fluviales internacionales» es un concepto claro, pues implica que la regulación y el aprovechamiento de las aguas son específicos, es decir, limitados exclusivamente a las aguas de los ríos, y por otra parte, que ese aprovechamiento y esa regulación se hacen en el plano internacional, es decir, se aplican a las aguas que comunican entre sí en una cuenca natural cuando cualquier porción de esas aguas se extiende al territorio de dos o más Estados.

Ambito y alcance de la definición propuesta

Esta definición se aplica al curso de agua principal y también a ramificaciones, sean o no afluentes. Los juristas internacionales han llegado a un consenso acerca de que la cuenca fluvial debe definirse de modo que el término «cuenca» abarque la unidad geográfica natural que configura el curso de las aguas y determina su cantidad y calidad, así como la regulación de su caudal y el carácter de esa regulación, independientemente del volumen de las aguas o de su proximidad o lejanía de las fronteras internacionales. Según la doctrina moderna, es suficiente, a los efectos del derecho internacional, que uno de los afluentes de un río sea internacional para que toda la cuenca fluvial se considere también internacional. No hay ningún motivo para excluir los ríos sucesivos o contiguos del ámbito de la definición de la expresión «sistema de aguas fluviales internacionales», a condición de que sus aguas atraviesen el territorio de más de un Estado.

La Jamahiriyá considera indispensable comenzar por definir el concepto de «curso de agua internacional» y establecer a este respecto una terminología unificada en conformidad con la doctrina internacional moderna y con los principios de derecho internacional sobre los que los juristas han llegado a un consenso. Esta defini-

³ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 151, documento A/31/10, cap. V.

ción y esta terminología son el punto de partida indispensable para el estudio de la cuestión, puesto que sería inconcebible emprender el estudio de un tema, con todas sus ramificaciones, sin haberse puesto de acuerdo previamente sobre su denominación y terminología.

La Jamahiriya considera que la expresión «sistema de aguas fluviales internacionales» constituye una definición global e inequívoca de significado más preciso y de formulación más clara que cualquier otra expresión.

Sudán

[Original: árabe/inglés]
[12 de setiembre de 1977]

Un curso de agua internacional se puede definir como un curso de agua que es utilizado por todos los países para todo tipo de fines —excepto bélicos—, en virtud de una ley o de acuerdos con el país que atraviesa el curso de agua.

Swazilandia

[Original: inglés]
[9 de marzo de 1977]

Un curso de agua internacional debe definirse como el curso de agua que atraviesa las fronteras entre dos o más Estados o forma una frontera entre tales Estados.

Yemen

[Original: inglés]
[13 de julio de 1977]

A los efectos del estudio de los usos del agua dulce y de la contaminación del agua dulce, un curso de agua internacional puede definirse como un curso de agua que puede ser directa o indirectamente utilizado o contaminado por dos o más Estados.

Pregunta B

¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación?

Jamahiriya Arabe Libia

[Véase *supra*, pág. 274, secc. II, pregunta A, Jamahiriya Arabe Libia.]

Swazilandia

[Original: inglés]
[9 de marzo de 1977]

Sí.

Yemen

[Original: inglés]
[13 de julio de 1977]

Respuesta a las preguntas B y C

El concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional puede constituir una base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de la contaminación de los cursos de agua internacionales, pero guarda escasa relación con su uso por cuanto, dentro de los límites de los conocimientos actuales, no es probable que se utilice provechosamente, salvo en condiciones previsiblemente complicadas, por ejemplo en la esfera de la evacuación de desechos.

Pregunta C

¿Es el concepto geográfico de cuenca hidrográfica internacional la base adecuada para el estudio de los aspectos jurídicos de la contaminación de los cursos de agua internacionales?

Jamahiriya Arabe Libia

[Véase *supra*, pág. 274, secc. II, pregunta A, Jamahiriya Arabe Libia.]

Swazilandia

[Original: inglés]
[9 de marzo de 1977]

Sí.

Yemen

[Véase *supra*, secc. II, pregunta B, Yemen.]

Pregunta D

Si la Comisión debe adoptar como base para su estudio de los usos del agua dulce el plan que se indica a continuación:

- a) Usos agrícolas:
 1. Riego;
 2. Avenamiento;
 3. Evacuación de desechos;
 4. Producción de alimentos acuáticos;
- b) Usos económicos y comerciales:
 1. Producción de energía (hidroeléctrica, nuclear y mecánica);
 2. Industrias;
 3. Construcción;
 4. Transporte distinto de la navegación;
 5. Transporte de madera por flotación;
 6. Evacuación de desechos;

7. *Industrias extractivas (minería, producción de petróleo, etc.);*
- c) *Usos domésticos y sociales:*
1. *Consumo (agua potable, cocina, limpieza, aseo, etc.);*
 2. *Evacuación de desechos;*
 3. *Recreo (natación, deportes, pesca, deportes náuticos, etc.).*

Jamahiriya Arabe Libia

[Original: árabe]
[17 de mayo de 1977]

Usos de los ríos internacionales

Los usos de las aguas fluviales internacionales para fines distintos de la navegación son diversos y no pueden enumerarse exhaustivamente por dos razones.

En primer lugar, esos usos varían según los Estados interesados y la medida de sus necesidades, así como según su ubicación geográfica, su situación económica y social y su progreso cultural. Los usos o actividades que un Estado considere apropiados pueden no ser vistos del mismo modo por otro Estado limítrofe. Uno puede estar interesado en la energía y la producción de electricidad de los saltos de agua y en las posibilidades industriales consiguientes, mientras que el otro puede estar interesado en la silvicultura, la ganadería, el riego, la elaboración de productos lácteos, etc.

En segundo lugar, los usos difieren y varían con el tiempo. Los usos que un Estado considera apropiados actualmente pueden ser sustituidos en el futuro por una variedad de otros usos.

Los usos y las actividades mencionados a continuación lo son únicamente a título de ejemplo y de explicación. Esta enumeración no constituye una lista exhaustiva y puede ser ampliada o reducida conforme a los diferentes puntos de vista adoptados según la época y el lugar:

- 1) Usos industriales, el más importante de los cuales es la producción de energía. Los desniveles y saltos de agua permiten la producción de electricidad, y donde hay energía se establecen diversos tipos de industrias.
- 2) Minería. Algunos minerales se extraen del fondo de los ríos o se obtiene petróleo del lecho fluvial.
- 3) Usos agrícolas. Estos usos comprenden cuestiones relativas al riego, el avenamiento, las plantas y cultivos diversos, la cría de ganado derivada de esas actividades, los productos lácteos y los productos lanares, pieles y cerdas en que se basa la industria del tejido.
- 4) Usos alimentarios. Estos usos son un derivado de la categoría anterior. La cría de ganado contribuye al suministro de productos cárnicos y lácteos; debe tenerse presente asimismo la cuestión de la mejora de la población de peces que viven y se reproducen en las aguas de los ríos.
- 5) Usos domésticos y sociales. El agua es imprescindible para la vida humana, como bebida, elemento nutritivo y de limpieza.

6) Usos recreativos y deportivos. Ciertos tramos de un río pueden dedicarse a la práctica de deportes como la natación, la pesca y las regatas, así como para otros fines de recreo.

Problemas relativos a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación

El uso de las aguas fluviales internacionales estaba limitado originariamente al consumo como agua potable, al riego y al avenamiento, pero posteriormente se extendió a la producción de energía y al abastecimiento de diversas industrias. Surgió entonces un conflicto de intereses entre los Estados del tramo superior, los Estados del curso intermedio y los Estados del tramo inferior del mismo río y, en muchos casos, hubo dificultades para celebrar entre los Estados interesados acuerdos y tratados a fin de conciliar los distintos intereses y aspiraciones y mantener el equilibrio entre ellos, así como para alcanzar sus diferentes objetivos. De ese modo surgieron problemas con respecto al uso de las aguas fluviales internacionales para fines distintos de la navegación, algunos originados por la voluntad deliberada de un Estado y otros ocasionados por error o negligencia. A título de ejemplo, señalamos a continuación algunos de esos problemas y dificultades:

- 1) La contaminación de las aguas. La contaminación es el resultado de la eliminación de residuos o la infiltración de sustancias y líquidos nocivos que pueden poner en peligro la vida humana o la vida animal terrestre o acuática; la contaminación puede ser también causa de malformaciones en el hombre. Las fábricas pueden eliminar sus desechos mediante vertidos en un río o un Estado puede contaminar deliberadamente el agua para perjudicar a un Estado vecino o destruir sus recursos y bienes económicos o poner en peligro su propia existencia.
- 2) La tentativa de un Estado de introducir cambios en la región por la que un río cruza sus fronteras para afluir al territorio de un Estado vecino.
- 3) La modificación por un Estado de las características naturales de las aguas de forma perjudicial para otros Estados.
- 4) La realización por un Estado de obras públicas en su territorio que provoquen la crecida del río e inundaciones en el territorio de otro Estado.
- 5) El aprovechamiento abusivo de un río por un Estado o la interceptación de sus aguas hasta el punto de ocasionar una disminución del nivel natural del río en un Estado vecino.
- 6) Cualquier tipo de actividades emprendidas por un Estado que puedan interrumpir o estorbar la navegación por el río.

Opinión de la Jamahiriya sobre la manera de tratar y eliminar esos problemas

La Jamahiriya considera que las normas internacionales positivas referentes al aprovechamiento de las

aguas fluviales internacionales deberían estar basadas en acuerdos celebrados entre los Estados por cuyos territorios fluyen esas aguas. Se han celebrado varios acuerdos sobre esta materia en los que se establecen los derechos y las obligaciones respectivos de los Estados del tramo inferior del río y los del tramo superior. La finalidad de tales acuerdos suele ser mantener el equilibrio entre los distintos intereses, que a veces son opuestos. En todos los casos, la responsabilidad internacional recae indiscutiblemente en aquellos Estados que modifican un curso de agua de modo lesivo para otros Estados, sea cual fuere el alcance de ese daño.

El mismo principio se aplica en los casos en que el daño es causado por el tipo de uso de las aguas y el método de su aprovechamiento. Este nexo de causalidad sirve de base para atribuir la responsabilidad internacional en cualquiera de los casos mencionados anteriormente al tratar de los problemas relativos a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

No es posible definir ni enumerar exhaustivamente los usos de las aguas fluviales internacionales porque varían según las circunstancias de los Estados, su ubicación geográfica y su situación económica y porque evolucionan con el tiempo.

Sudán

[Original: árabe/inglés]
[12 de setiembre de 1977]

El riego debería constituir la base del estudio de la Comisión, ya que es el medio de proporcionar alimentos al mundo. Del mismo modo, la producción de energía es importante para el desarrollo mundial.

El transporte distinto de la navegación tiene que ser definido, limitado y reglamentado a fin de preservar la navegabilidad y seguridad del curso de agua para el tipo de embarcaciones utilizadas para el transporte por ese río y proteger de todo peligro o daño las señales de navegación, balizas, canales y muelles. En la construcción de puentes y presas se debería tener en cuenta las dimensiones de las embarcaciones a fin de no estorbar su libre paso.

Por lo que respecta al punto b 7, concerniente a las industrias extractivas como la minería y la producción de petróleo, deseamos añadir que el Gobierno de la República Democrática del Sudán ha emprendido importantes actividades en la esfera de la extracción de petróleo, del gas natural y de los concentrados de minerales en las costas y el lecho del Mar Rojo.

En los últimos años, el Estado sudanés ha concertado numerosos acuerdos con muchas compañías petrolíferas sobre la prospección y extracción de petróleo en las costas del Mar Rojo. Muchos de esos acuerdos continúan en vigor y prosiguen las operaciones de prospección.

El Gobierno del Sudán está muy interesado en la cuestión de la extracción y explotación de los concentrados de minerales del Mar Rojo y el Estado sudanés ha con-

certado acuerdos de cooperación con el Reino de Arabia Saudita para la explotación de esas materias primas.

Swazilandia

[Original: inglés]
[9 de marzo de 1977]

Punto b 3.—*Construcción*: ¿Comprende este punto la construcción de embalses, presas, etc., que pueden modificar el caudal de un río? Consideramos que sí.

Punto b 4.—*Transporte distinto de la navegación*: El sentido de esta expresión no está claro. Es evidente que todo transporte por un curso de agua constituiría navegación.

Yemen

[Original: inglés]
[13 de julio de 1977]

Punto a.—*Usos agrícolas*: La producción de alimentos acuáticos no pertenece realmente a los usos agrícolas y debería ser tratada por separado. Las otras cuestiones enumeradas bajo este epígrafe son enteramente apropiadas.

Punto b.—*Usos económicos y comerciales*: El transporte distinto de la navegación no debería figurar bajo este epígrafe. Las demás categorías son aceptables.

Punto c.—*Usos domésticos y sociales*: El recreo no debería figurar bajo este epígrafe. Los otros dos pueden ser mantenidos.

Pregunta E

¿Deben incluirse otros usos en este esquema?

Jamahiriyá Árabe Libia

[Véase *supra*, pág. 276, secc. II, pregunta D, Jamahiriyá Árabe Libia.]

Sudán

[Original: árabe/inglés]
[12 de setiembre de 1977]

En casi todos los países, los ríos se utilizan para muchos fines además de la navegación y el transporte. Es esencial que la Comisión tenga en cuenta el uso de los ríos para la navegación en relación con otros usos como la construcción de presas y puentes o de instalaciones de producción de energía hidroeléctrica, agua potable, riego y otras instalaciones industriales.

Swazilandia

[Original: inglés]
[9 de marzo de 1977]

Debería incluirse la prevención de las inundaciones.

Yemen

[Original: inglés]
[13 de julio de 1977]

La lista es prácticamente exhaustiva.

Pregunta F

¿Debe la Comisión incluir en su estudio los problemas de la prevención de las inundaciones y de la erosión?

Sudán

[Original: árabe/inglés]
[12 de setiembre de 1977]

La Comisión debería incluir en su estudio los problemas de la prevención de las inundaciones y de la erosión porque la protección contra las inundaciones es esencial para nuestra vida y nuestros bienes y porque la lucha contra la erosión permite mantener constantemente los cursos de agua en condiciones adecuadas para todos los usos.

Swazilandia

[Original: inglés]
[9 de marzo 1977]

Sí.

Yemen

[Original: inglés]
[13 de julio de 1977]

Los problemas de la prevención de las inundaciones y de la erosión constituyen de por sí una vasta materia, muy técnica, que debería ser objeto de un estudio separado por una comisión especial.

Pregunta G

¿Debe la Comisión tener en cuenta en su estudio la interacción entre los usos para fines de navegación y los usos para otros fines?

Sudán

[Original: árabe/inglés]
[12 de setiembre de 1977]

Recomendamos que la Comisión tenga en cuenta la interacción entre los usos de los cursos de agua para fines de navegación y los usos para otros fines. Sugerimos que se estudien los aspectos siguientes:

1) Las presas, los puentes, etc., deben construirse de forma que permitan el libre paso de las embarcaciones, es decir, teniendo a éstas en cuenta al calcular la luz y altura de los puentes, las dimensiones de las esclusas, etc.

2) La polución o contaminación de las aguas deben estar prohibidas en los ríos destinados normalmente al consumo de agua potable y al riego.

3) Las presas y las centrales hidroeléctricas no deben obstaculizar la navegabilidad del río (profundidad y anchura del cauce).

Señalamos a la atención cuatro tipos de ríos:

a) Los ríos cuyo curso se sitúa enteramente dentro de un solo país;

b) Los ríos que pasan de un país a otro cruzando una frontera;

c) Los ríos que discurren a lo largo de las fronteras de dos países vecinos (el río constituye la frontera);

d) Los ríos que atraviesan un país del punto A al punto B y que, en el mismo tramo de su curso entre A y B, pasan enteramente a otro país vecino o serpentean entre ambos países.

Swazilandia

[Original: inglés]
[9 de marzo 1977]

Sí.

Yemen

[Original: inglés]
[13 de julio de 1977]

Los usos para fines de navegación y los usos para otros fines necesariamente se influyen recíprocamente y debería incluirse esta cuestión en el estudio.

Pregunta H

¿Está de acuerdo en que la Comisión aborde el problema de la contaminación de los cursos de agua internacionales como fase inicial de su estudio?

Jamahiriya Arabe Libia

[Original: árabe]
[17 de mayo de 1977]

En opinión de la Jamahiriya, el estudio del problema de la contaminación debería tener prioridad a causa de su gravedad y de su enorme trascendencia; entre sus posibles consecuencias están la destrucción y la aniquilación de la vida humana y otros daños y efectos nocivos para la salud, por no mencionar el hecho de que el uso de una cosa presupone asegurarse primero de su limpieza y salubridad.

Swazilandia

[Original: inglés]
[9 de marzo 1977]

Sí.

Yemen

[Original: inglés]
[13 de julio de 1977]

Sí.

Pregunta I

¿Deben tomarse disposiciones especiales para que la Comisión reciba el asesoramiento técnico, científico y económico necesario, por ejemplo, mediante la creación de un comité de expertos?

Jamahiriya Arabe Libia

[Original: árabe]
[17 de mayo de 1977]

Por lo que respecta a la cuestión de si deben tomarse disposiciones especiales para que la Comisión reciba asesoramiento técnico, científico y económico, la Jamahiriya considera que sería oportuno establecer, para que colaborase con la Comisión, un comité de expertos en los diversos aspectos jurídicos, culturales, económicos y de otra índole del tema, conforme al precedente del comité de expertos creado para ayudar a la Comisión en el estudio de algunos aspectos del derecho del mar y los acuerdos conexos.

Sudán

[Original: árabe/inglés]
[12 de setiembre de 1977]

El asesoramiento técnico, científico y económico es importante para la Comisión en el desempeño de su cometido.

Swazilandia

[Original: inglés]
[9 de marzo 1977]

Probablemente no es necesario establecer un comité de expertos, pero la Comisión debería estar facultada para solicitar, en su caso, los servicios de consultores especializados.

Yemen

[Original: inglés]
[13 de julio de 1977]

Un asesoramiento técnico, científico y económico sería indispensable a la Comisión de Derecho Internacional para el adecuado desempeño de sus funciones.

**LAS RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS Y LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES
(SEGUNDA PARTE DEL TEMA)**

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/311 y ADD.1

**Segundo informe sobre la segunda parte del tema de las relaciones
entre los Estados y las organizaciones internacionales,
por el Sr. Abdullah El-Erian, Relator Especial**

[Original: inglés]
[16 de mayo y 13 de julio de 1978]

ÍNDICE

		<i>Página</i>
<i>Siglas</i>		282
<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	
I. BASES DEL PRESENTE INFORME	1-11	282
II. RESUMEN DE LOS DEBATES DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL EN SU 29.º PERÍODO DE SESIONES	12-80	284
A. Procedencia o improcedencia de la codificación de la segunda parte del tema	13-26	284
B. Alcance del tema	27-36	285
C. Contenido del estudio previsto	37-46	287
D. Fundamento teórico de las inmunidades de las organizaciones internacionales. E. Forma de la posible codificación	47-58	288
F. Metodología y análisis de los datos	59-63	290
64-80	290	
III. RESUMEN DE LOS DEBATES DE LA SEXTA COMISIÓN EN EL TRIGÉSIMO SEGUNDO PE- RÍODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL	81-97	293
IV. EXAMEN DE LAS CUESTIONES GENERALES A LA LUZ DE LOS DEBATES DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA SEXTA COMISIÓN	98-116	295
A. Consecuencias de la evolución institucional y la expansión funcional en la esfera de las organizaciones internacionales	100-105	296
B. Contribución del derecho nacional a las fuentes legislativas de las inmu- nidades internacionales	106-110	298
C. Justificación de la codificación del derecho de las inmunidades internacio- nales	111-113	299
D. Lugar de las organizaciones regionales en el régimen de inmunidades inter- nacionales	114-116	300
V. CONCLUSIONES	117-126	301

SIGLAS

AELI	Asociación Europea de Libre Intercambio
ASEAN	Asociación de Naciones del Asia Sudoriental
CAEM	Consejo de Asistencia Económica Mutua
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CESPAP	Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OMS	Organización Mundial de la Salud
OPEP	Organización de Países Exportadores de Petróleo
OTASE	Organización del Tratado de Asia del Sudeste
OUA	Organización de la Unidad Africana
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

CAPÍTULO PRIMERO

Bases del presente informe

1. La Comisión de Derecho Internacional dividió sus trabajos sobre el tema «Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales» en dos partes y se dedicó en primer término a la parte relativa a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de los representantes de los Estados ante las organizaciones internacionales. El proyecto de artículos que sobre esta parte aprobó en su 23.º período de sesiones, celebrado en 1971, fue remitido por la Asamblea General a una conferencia diplomática. Esa conferencia se celebró en Viena en 1975 y adoptó la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal¹.

2. En su 28.º período de sesiones, celebrado en 1976, la Comisión de Derecho Internacional volvió a la segunda parte del tema. En ese período de sesiones, la Comisión pidió al Relator Especial encargado del tema que preparase un informe preliminar que le permitiera adoptar las decisiones necesarias y determinar las medidas que convendría tomar respecto de la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, es decir, «la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales, sus funcionarios, sus expertos y demás

personas que intervienen en sus actividades sin ser representantes de Estados»².

3. En el 29.º período de sesiones de la Comisión, en 1977, el Relator Especial presentó un informe preliminar sobre la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales³. El informe se componía de cinco capítulos. El capítulo I describía las bases del estudio preliminar y definía su alcance. El capítulo II trataba la evolución del derecho internacional relativo a la condición jurídica y las inmunidades de las organizaciones internacionales. El capítulo III analizaba la evolución reciente en el campo de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales ocurrida desde que la Comisión aprobó, en 1971, su proyecto de artículos sobre la primera parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, y que guardaba relación con la materia objeto del informe. El capítulo IV del informe versaba sobre varias cuestiones generales de carácter preliminar. Entre éstas figuraban: el lugar de la costumbre en el derecho relativo a las inmunidades internacionales; las diferencias entre las relaciones diplomáticas entre Estados y las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales; la capacidad jurídica de las organizaciones internacionales, y el alcance de las prerrogativas e inmunidades y la uniformidad o adap-

¹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales*, vol. II, *Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.75.V.12), pág. 205. Denominada en adelante «Convención de Viena de 1975».

² *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), pág. 161, documento A/31/10, párr. 173.

³ *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 147, documento A/CN.4/304.

tación de las inmunidades internacionales. El capítulo V contenía una serie de conclusiones y recomendaciones.

4. La Comisión examinó el informe preliminar en sus sesiones 1452.^a a 1454.^a, celebradas el 4, el 5 y el 6 de julio de 1977. Entre las cuestiones de que se trató en el curso del debate figuraba la necesidad de analizar la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en el campo de las inmunidades internacionales y su influencia en el sistema de las Naciones Unidas, la necesidad de estudiar la legislación interna de los Estados que regula las inmunidades internacionales, la posibilidad de ampliar el alcance del estudio a todas las organizaciones internacionales, ya sean universales o regionales, la necesidad de tener en cuenta las particularidades del derecho diplomático en su aplicación a las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales, y la necesidad de conciliar las condiciones indispensables para el funcionamiento de las organizaciones internacionales y las exigencias de la seguridad de los Estados huéspedes.

5. Por otra parte, el Relator Especial manifestó en su informe preliminar la opinión de que

Teniendo presente que han transcurrido muchos años desde que las Naciones Unidas y los organismos especializados prepararon las respuestas al cuestionario que les había enviado el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas [...], sería oportuno pedir a las Naciones Unidas y a los organismos especializados que proporcionaran al Relator Especial información suplementaria sobre la práctica seguida en los años siguientes a la preparación de sus respectivas respuestas⁴.

Declaró también en el mismo pasaje de su informe que «tal información sería especialmente útil en lo que respecta a la categoría de los expertos enviados en misión por cuenta de la organización y de las personas que tienen relaciones oficiales con la organización». Señaló, por último, que otra esfera sobre la que también se necesitaba información era la relativa a los representantes residentes y a los observadores que pueden representar a una organización internacional o ser enviados por una organización internacional ante otra organización internacional.

6. En su 1454.^a sesión, la Comisión decidió autorizar al Relator Especial a que prosiguiera su estudio basado en las pautas establecidas en el informe preliminar y a que preparara un nuevo informe sobre la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales teniendo en cuenta las opiniones expresadas y las observaciones hechas durante el debate en el 29.^o período de sesiones. La Comisión también acordó que el Relator Especial solicitara información adicional y expresó la esperanza de que efectuara sus investigaciones normalmente, incluyendo en ellas las relativas a los acuerdos y prácticas de las organizaciones internacionales, pertenecientes o no al sistema de las Naciones Unidas, así como la legislación y la práctica de los Estados⁵.

7. En el párrafo 6 de su resolución 32/151, de 19 de diciembre de 1977, la Asamblea General hizo suyas «las conclusiones formuladas por la Comisión de Derecho Internacional sobre la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales».

8. En el informe preliminar del Relator Especial⁶ se recordaba que, para ayudar a la Comisión de Derecho Internacional en sus trabajos sobre el tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había pedido a los asesores jurídicos de los organismos especializados y del OIEA, por carta de fecha 5 de enero de 1965, que enviaran respuestas a dos cuestionarios: el primero se refería a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de los representantes de los Estados miembros en los organismos especializados y en el OIEA y el segundo a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las propias organizaciones. Basándose en las detalladas y útiles respuestas recibidas y en los datos reunidos por la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, la Secretaría preparó un estudio titulado «Práctica seguida por las Naciones Unidas, los organismos especializados y el Organismo Internacional de Energía Atómica en relación con su condición jurídica, privilegios e inmunidades»⁷.

9. En una carta de 13 de marzo de 1978, dirigida a los jefes de los organismos especializados y del OIEA, respectivamente, el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas comunicó lo siguiente:

Para ayudar al Relator Especial y a la Comisión, la Secretaría de las Naciones Unidas en la Sede ha emprendido una investigación de sus propios archivos y una recopilación de datos sobre la práctica de la Organización en lo que concierne a su condición jurídica, sus privilegios y sus inmunidades durante el período que abarca desde el 1.^o de enero de 1966 hasta el presente. Adjunto se incluye un cuestionario, en gran parte idéntico al enviado en 1965 en relación con la misma materia, cuya finalidad es obtener información acerca de la práctica de los organismos especializados y del OIEA complementaria de la comunicada anteriormente, es decir, información sobre la práctica relativa a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de los organismos especializados y del OIEA, sus funcionarios, sus expertos y demás personas que intervienen en sus actividades sin ser representantes de Estados.

10. Por otra parte, el Asesor Jurídico señalaba en su carta:

Como en 1965, el cuestionario se ciñe casi estrictamente a la estructura de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados. Se ha elegido esta forma para permitir la presentación uniforme de los datos proporcionados por todos los organismos especializados y facilitar la comparación entre sus respuestas. Sin embargo, conviene subrayar que la información complementaria que solicita el Relator Especial en virtud del mandato que le ha conferido la Comisión se refiere no sólo a la Convención de los organismos especializados —o, en el caso del OIEA, el Acuerdo sobre pri-

⁴ *Ibid.*, pág. 164, párr. 78.

⁵ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 128, documento A/32/10, párrs. 94 y 95.

⁶ *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 149, documento A/CN.4/304, párr. 6.

⁷ *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 159, documento A/CN.4/L.118 y Add.1 y 2.

vilegios e inmunidades del OIEA—, sino también a los tratados constitutivos de los organismos, a sus acuerdos de sede con los gobiernos huéspedes y a su experiencia respecto de la aplicación en la práctica de esos instrumentos internacionales. Cualquier información pertinente basada en esas fuentes debería analizarse y describirse en la sección correspondiente al cuestionario.

El cuestionario trata de poner de relieve los principales problemas que, al menos que nosotros sepamos, se han planteado en la práctica, pero es posible que nuestra información no sea completa y, por lo tanto, que las preguntas no abarquen todos los aspectos del tema. Si en su organización han surgido en el período considerado problemas no incluidos en el cuestionario y que, a su juicio, deberían ser señalados a la atención del Relator Especial, le ruego que tenga a bien exponerlos en sus respuestas. Por otra parte, el cuestionario está destinado a todos los organismos especializados y cabe que la terminología en él empleada no se adapte completamente a su organización; le agradeceríamos, pues, que tuviera a bien adaptar las preguntas a la situación especial de su organización, habida cuenta de su finalidad, es decir, proporcionar a la Comisión de Derecho Internacional toda la información que pueda serle útil.

Confiamos en que no se limitará en sus respuestas a contestar brevemente a las preguntas, sino que, en la medida en que ello sea útil y posible, proporcionará documentación relativa a su organización —en particular, resoluciones, correspondencia diplomática, decisiones judiciales, dictámenes, acuerdos, etc.— que indique en detalle las posiciones adoptadas en organizaciones intergubernamentales y por los Estados y las soluciones a que se haya llegado, en su caso, a fin de proporcionar al Relator Especial una idea clara de la práctica internacional sobre aspectos que hayan suscitado dificultades durante el período mencionado.

11. El Relator Especial ha estado en contacto con los asesores jurídicos de varios organismos especializados y de varias organizaciones regionales. La División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas le proporcionó una serie de datos, en particular un juego completo del *Anuario Jurídico* de las Naciones Unidas (1962 a 1975). Esos volúmenes contienen textos legislativos y disposiciones de tratados relativos al estatuto jurídico de las Naciones Unidas y de las organizaciones intergubernamentales relacionadas con ellas y constituyen una importante fuente complementaria de los volúmenes correspondientes a 1960 y 1961 de la colección legislativa de las Naciones Unidas⁸. Además, el *Anuario Jurídico* reproduce algunos dictámenes jurídicos que, en ciertos casos, versan sobre cuestiones que se han planteado en la práctica en relación con los privilegios y las inmunidades. La División de Codificación también proporcionó al Relator Especial la transcripción de ciertos pasajes de las actas de la Sexta Comisión, en el trigésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, en los que figuran las observaciones de las delegaciones sobre la parte del informe de la Comisión de Derecho Internacional relativa a la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales.

⁸ *Textes législatifs et dispositions de traités concernant le statut juridique, les privilèges et les immunités d'organisations internationales*, vols. I y II (publicaciones de las Naciones Unidas, N.º de venta: 60.V.2 y 61.V.3, respectivamente).

CAPÍTULO II

Resumen de los debates de la Comisión de Derecho Internacional en su 29.º período de sesiones

12. Como se ha indicado ya⁹, la Comisión de Derecho Internacional examinó el informe preliminar del Relator Especial en sus sesiones 1452.^a a 1454.^a, celebradas el 4, el 5 y el 6 de julio de 1977.

A.—Procedencia o improcedencia de la codificación de la segunda parte del tema

13. El Sr. Sette Câmara¹⁰ señaló que no se había hecho todavía ningún intento de codificar las normas internacionales relativas a la condición jurídica y las inmunidades de las organizaciones internacionales. Manifestó que no tenía ninguna duda de que el tema estaba maduro para la codificación. Si se codificase, pasaría a ser el último de una serie de instrumentos de codificación relativos al derecho diplomático que comprendían la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas¹¹, la Convención de Viena de 1963 sobre rela-

ciones consulares¹², la Convención de 1969 sobre las misiones especiales¹³ y la Convención de Viena de 1975¹⁴.

14. El Sr. Tabibi¹⁵ señaló que la codificación y la armonización de las normas relativas a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales eran de vital importancia, sobre todo porque las organizaciones internacionales tenían ya oficinas en todo el mundo, que se beneficiarían muchísimo de una serie de normas aplicables a escala mundial.

15. El Sr. Šahović¹⁶ se manifestó de acuerdo en principio con los puntos de vista del Relator Especial. Declaró, no obstante, que no se le ocultaban los motivos por los que la Comisión había decidido anteriormente aplazar el estudio del tema. Mencionó la opinión del Relator Especial de que la mayoría de esos motivos ha-

⁹ Véase párr. 4 *supra*.

¹⁰ *Anuario...* 1977, vol. I, págs. 218 y 219, 1452.^a sesión, párrs. 24 y 25.

¹¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 162.

¹² *Ibid.*, vol. 596, pág. 392.

¹³ Resolución 2530 (XXIV) de la Asamblea General, anexo.

¹⁴ Para la referencia, véase la nota 1 *supra*.

¹⁵ *Anuario...* 1977, vol. I, pág. 219, 1452.^a sesión, párr. 27.

¹⁶ *Ibid.*, págs. 219 y 220, párrs. 31 y 34.

bían desaparecido y dijo que, por su parte, creía que todavía había factores que desaconsejaban una empresa de esa índole o que podían, al menos, dificultar mucho la labor del Relator Especial y de la Comisión.

16. El Sr. Calle y Calle¹⁷ dijo que podía alegarse que era prematuro emprender la codificación de las normas relativas a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales, sus funcionarios, expertos y demás personas que intervenían en sus actividades sin ser representantes de los Estados. Se podía afirmar que la cuestión ya estaba regida por tratados, y más especialmente por los acuerdos de sede. Pero estimaba que cuanto antes se reglamentase el tema en forma adecuada, mayores serían los beneficios tanto para los Estados como para las organizaciones internacionales. Por eso era necesario seleccionar entre una variedad de diferentes convenciones las normas generales que llenasen las lagunas eventuales.

17. El Sr. Dadzie¹⁸ declaró que el informe preliminar del Relator Especial establecía claramente que existía un cuerpo de normas lo bastante amplio para que la Comisión emprendiera el trabajo de codificación.

18. El Sr. Verosta¹⁹ aconsejó a la Comisión que abordase con cautela la codificación de la segunda parte del tema. Señaló que, por el momento, la Comisión no podía estar segura del resultado de su labor, que podía concretarse en una convención, en un protocolo adicional a la Convención de Viena de 1975 o quizá en un instrumento de menor rango.

19. El Sr. Sucharitkul²⁰ apoyó plenamente las conclusiones provisionales a que había llegado el Relator Especial en su informe preliminar.

20. El Sr. Reuter²¹ señaló a la atención de la Comisión el hecho de que este tema, como el de la sucesión de Estados, comprendía una esfera muy vasta y que debían concederse amplias facultades discrecionales al Relator Especial para que pudiera comenzar por los problemas más fáciles.

21. El Sr. Francis²² declaró que era difícil discernir cómo la Comisión podría abstenerse o ser inducida a abstenerse de proseguir el estudio del tema, que ponía de relieve la necesidad de completar otras ramas del derecho diplomático ya codificadas por la Comisión.

22. El Sr. Schwebel²³ advirtió que era menester establecer un equilibrio razonable entre los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales y la jurisdicción de los Estados huéspedes.

23. El Sr. Quentin-Baxter²⁴, aunque no se oponía a que se prosiguieran los trabajos sobre el tema de las relaciones sobre los Estados y las organizaciones internacionales, insistió en que se obrara con prudencia, ya que

el tema debía necesariamente abordarse con la máxima cautela. A su juicio, lo mejor era proceder gradualmente, y si la Comisión efectuaba sus indagaciones sin apremio, probablemente vería sus esfuerzos recompensados.

24. El Sr. Tsuruoka²⁵ manifestó que, a su entender, la Comisión tenía el propósito de elaborar un instrumento jurídico internacional destinado a promover las actividades de las organizaciones internacionales, que prestaban servicios cada vez más valiosos para la paz y la prosperidad de los Estados y el bienestar de los pueblos en muchas esferas. Subrayó la necesidad de elaborar normas generales simples y equilibradas y de evitar los escollos del detallismo y la rigidez.

25. El Sr. Ushakov²⁶ opinó que había llegado el momento de codificar la cuestión de la condición jurídica de las organizaciones internacionales y que la Comisión podría encontrar una base general para sus trabajos entre las normas consuetudinarias y convencionales existentes. Señaló que había casi 300 organizaciones internacionales, que comprendían organizaciones de carácter universal y organizaciones regionales. Esas organizaciones tenían su sede en el territorio de un Estado miembro o de un Estado no miembro, y algunas de ellas tenían incluso órganos permanentes en el territorio de otros Estados. En consecuencia, el tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales era sumamente importante para toda la comunidad internacional, pues más de la mitad de los Estados del mundo eran Estados huéspedes.

26. Sir Francis Vallat²⁷ compartió la opinión de que debía pedirse al Relator Especial que continuara su estudio de la segunda parte del tema. Mencionó algunos de los riesgos que entrañaban las tentativas de la Comisión por codificar una materia como la condición jurídica de las organizaciones internacionales. Señaló que la uniformidad inspiraba cierto temor, pues se pensaba que, una vez conseguida, las organizaciones internacionales podrían obtener privilegios e inmunidades máximos y no mínimos. La posibilidad de que las normas que formulase la Comisión constituyeran una especie de pauta mínima, como habían señalado algunos miembros de la Comisión, también entrañaría, a juicio de Sir Francis Vallat, un riesgo, puesto que una pauta mínima podría alentar a las organizaciones internacionales que se constituyesen en el futuro a pedir primero lo mínimo y luego más. Por consiguiente, opinó que sería acertado que la Comisión no tratara de codificar todos los aspectos de la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales.

B.—Alcance del tema

27. Sir Francis Vallat²⁸, en su calidad de Presidente de la Comisión, manifestó al comienzo del debate sobre el informe preliminar del Relator Especial que no estaba seguro de si el Relator Especial tenía la intención

¹⁷ *Ibid.*, pág. 220, párr. 40.

¹⁸ *Ibid.*, pág. 221, párr. 45.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 48.

²⁰ *Ibid.*, párr. 50.

²¹ *Ibid.*, pág. 224, 1453.ª sesión, párr. 13.

²² *Ibid.*, párr. 14.

²³ *Ibid.*, pág. 225, párr. 19.

²⁴ *Ibid.*, párrs. 23 y 26.

²⁵ *Ibid.*, párr. 28.

²⁶ *Ibid.*, págs. 226 y 227, párrs. 32 y 35.

²⁷ *Ibid.*, pág. 227, párrs. 38 y 39.

²⁸ *Ibid.*, pág. 219, 1452.ª sesión, párr. 30.

de limitar su estudio de la segunda parte del tema a las organizaciones internacionales de carácter universal. La aclaración de este punto facilitarí la labor de las organizaciones internacionales, los organismos especializados y los Estados huéspedes a los que se solicitara información sobre la práctica seguida acerca de la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios.

28. El Sr. Calle y Calle²⁹ estimó que la labor de la Comisión debía comprender todas las organizaciones internacionales y no únicamente las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas.

29. El Sr. Dadzie³⁰ opinó que la labor de desarrollo progresivo del derecho internacional exigía que las normas que formulara la Comisión fuesen aplicables a todas las organizaciones internacionales y no sólo a las de carácter universal.

30. El Sr. Verosta³¹ manifestó que, antes de seguir adelante, la Comisión quizá debería insistir en que el Relator Especial decidiese si el proyecto de artículos estaría limitado a las organizaciones internacionales de carácter universal o comprendería también las organizaciones regionales.

31. El Sr. Sucharitkul³² estimó también que la Comisión debía considerar los privilegios e inmunidades de todas las organizaciones internacionales.

32. El Sr. Reuter³³ advirtió a la Comisión que, al definir el alcance de la segunda parte del tema, no debía dejarse influir excesivamente por la decisión adoptada de ampliar el alcance del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, para el que había sido designado Relator Especial, y hacer extensiva su aplicación a todas las organizaciones internacionales de carácter universal o regional. La redacción de artículos relativos a tratados en los que eran partes organizaciones internacionales debía circunscribirse necesariamente a la esfera del derecho internacional general. En efecto, esos tratados existían y estaban sometidos a normas que no podían ser las normas de ninguna organización internacional; una organización internacional, por definición, no aceptaría celebrar un tratado con otra organización internacional si tuviera que someterse a las normas de esa otra organización. La Convención de Viena de 1975 tenía un objeto enteramente distinto. En esa esfera existían normas especiales de derecho internacional para cada organización, por lo que no se trataba de redactar normas que habían sido originalmente normas de derecho internacional general, sino de unificar normas de derecho internacional especial. Por segunda vez, la Comisión se disponía a realizar esa labor de unificación del derecho internacional público cuyos resultados corresponderían al derecho uniforme en materia de derecho internacional privado. El Sr. Reuter concluyó que, en estas condi-

ciones, se sentía inclinado a afirmar que cuanto más amplio fuera el círculo de organizaciones internacionales que se tomaran en consideración, mayor sería el número de derechos especiales unificados y más completa, por consiguiente, la labor de la Comisión. Desde el punto de vista de la unificación del derecho únicamente, tal debería ciertamente ser el objetivo de la Comisión; pero, por otra parte, ésta debía proceder con moderación y buen sentido. No podía esperarse desde un principio unificar el derecho de cada una de las organizaciones internacionales existentes. Convenía, por supuesto, que la Comisión llegara a hacerlo, pero esto parecía improbable. Pudiera ser que hubiera que llegar a conclusiones análogas a las que la Comisión se vio obligada a aceptar en sus trabajos anteriores y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales (Viena, 1975).

33. El Sr. Quentin-Baxter³⁴ manifestó que todavía no se podía determinar el alcance definitivo de la labor futura sobre el tema y que compartía plenamente el punto de vista de que la Comisión debía considerar primero las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas. No obstante, creía que la utilidad del proyecto dependería en gran parte de que otras organizaciones más pequeñas —las organizaciones regionales— pudiesen relacionar ese proyecto con las condiciones que les eran propias; en otras palabras: de que fuera un proyecto que les ayudara a comprender las leyes esenciales de su propia existencia y de sus relaciones con los Estados.

34. El Sr. Tsuruoka³⁵ se declaró partidario de limitar el alcance del estudio, aunque sólo fuera porque la Comisión no dispondría del tiempo necesario para elaborar normas aplicables a todas las organizaciones internacionales. La normas que regían en las organizaciones internacionales eran muchas y muy diversas. Para superar los inconvenientes que implicaba la limitación del tema, la Comisión podría elaborar un artículo análogo al artículo 3 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados³⁶, en que se reservaba la posibilidad de una aplicación más amplia del instrumento.

35. El Sr. Ushakov³⁷ dijo que era demasiado pronto para decidir si el estudio debía limitarse a las organizaciones internacionales de carácter universal. Antes de adoptar esa decisión, la Comisión debería celebrar consultas con las Naciones Unidas, los organismos especializados y los Estados, para conocer sus opiniones y obtener información.

36. Sir Francis Vallat³⁸ hizo observar que se había suscitado la cuestión de si el estudio debía limitarse a las

²⁹ *Ibid.*, pág. 225, párr. 25.

³⁰ *Ibid.*, pág. 226, párr. 31.

³¹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.70.V.5), pág. 311. Denominada en adelante «Convención de Viena».

³² *Anuario...* 1977, vol. I, págs. 226 y 227, 1453.ª sesión, párr. 35.

³³ *Ibid.*, pág. 227, párr. 39.

²⁹ *Ibid.*, pág. 220, párr. 41.

³⁰ *Ibid.*, pág. 221, párr. 46.

³¹ *Ibid.*, párr. 48.

³² *Ibid.*, pág. 222, párr. 53.

³³ *Ibid.*, pág. 223, párrs. 9 y 10.

relaciones entre Estados y organizaciones internacionales de carácter universal. No se había respondido a esta cuestión durante el debate y opinaba, por su parte, que no se trataba de una cuestión a la que la Comisión pudiera responder actualmente; se requerían ulteriores investigaciones y el asesoramiento y la orientación del Relator Especial.

C.—Contenido del estudio previsto

37. En su informe preliminar, el Relator Especial mencionó tres clases de privilegios e inmunidades que podrían constituir la materia objeto del estudio previsto: a) los de la organización; b) los de los funcionarios de la organización, y c) los de los expertos enviados en misión por cuenta de la organización y de las personas que tienen relaciones oficiales con la organización y que no son representantes de Estados³⁹. Mencionó también a los representantes residentes y los observadores, que pueden representar a una organización internacional o ser enviados por una organización internacional ante otra organización internacional⁴⁰.

38. Varios miembros de la Comisión apoyaron la sugerencia provisional del Relator Especial en lo que concierne a la definición del contenido del estudio. Algunos miembros de la Comisión ampliaron la sugerencia del Relator Especial y formularon diversas aclaraciones y observaciones complementarias.

39. El Sr. Calle y Calle⁴¹ dijo que la Comisión debía adoptar un criterio amplio y no debía empantanarse en el problema de la definición de las organizaciones internacionales. Por el momento, la Comisión avanzaba en su labor basándose en la definición más simple, a saber: que una organización internacional era una organización intergubernamental. La Comisión tampoco debía adentrarse más en el problema de la capacidad jurídica de las organizaciones internacionales, aunque ambas cuestiones se aclaraban cada vez más como consecuencia de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y de la existencia misma de las organizaciones internacionales.

40. El Sr. Dadzie⁴² dijo que había tomado nota con particular interés de los comentarios del Relator Especial sobre los expertos que cumplían misiones para las organizaciones internacionales. El Sr. Dadzie, que había sido representante de un Estado y, en los últimos años, representante de una organización internacional ante organismos tan importantes como la OUA, apoyaba plenamente los comentarios del Relator Especial en el sentido de que era fundamental estudiar la cuestión de la representación de una organización internacional en sus relaciones con otra organización internacional.

41. El Sr. Reuter⁴³ hizo observar que la cuestión de los privilegios e inmunidades de una organización inter-

nacional estaba relacionada con la de los privilegios e inmunidades de los funcionarios internacionales, pero que estos últimos planteaban delicados problemas, en particular problemas fiscales, que los Estados estaban poco dispuestos a discutir. En efecto, algunos Estados negaban a sus propios nacionales que eran funcionarios de organizaciones internacionales los privilegios e inmunidades que concedían a funcionarios internacionales de otras nacionalidades. Esta situación había conducido a muchas fórmulas de transacción en las Naciones Unidas. Por eso el Sr. Reuter consideraba que debían seleccionarse unos pocos problemas para su examen en la primera fase, tales como los relativos a las organizaciones internacionales, y dejar para más adelante los problemas mucho más delicados relativos a los funcionarios internacionales.

42. El Sr. Tsuruoka⁴⁴ manifestó que era necesario determinar no sólo las organizaciones internacionales que debían quedar comprendidas dentro del alcance del futuro proyecto de artículos, sino también los funcionarios de las organizaciones internacionales a que debía referirse ese proyecto. Añadió que una cuestión que había mencionado el Relator Especial y que en algún momento debería aclararse era la de la condición jurídica precisa de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional.

43. El Sr. Ushakov⁴⁵ señaló que, además de las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales, era también necesario estudiar el problema de las relaciones entre organizaciones internacionales, pues muchas de ellas tenían representantes asignados a otras organizaciones internacionales. Por ejemplo, el CAEM tenía un observador permanente en la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York. La cuestión que se planteaba en ambos casos, y que todavía no se había resuelto, era la de la condición jurídica y los privilegios e inmunidades de los representantes de organizaciones internacionales.

44. Sir Francis Vallat⁴⁶ hizo observar, con respecto a la materia objeto del estudio, que la mayoría de los miembros de la Comisión suponían que en él se trataría de la existencia y el funcionamiento de organizaciones internacionales en el territorio de Estados; en otras palabras: de los efectos o la falta de efectos del derecho interno sobre las organizaciones internacionales, y no de las relaciones internacionales de las organizaciones y los Estados ni de las relaciones internacionales de las organizaciones *inter se*. Señaló a la atención de la Comisión esta hipótesis para subrayar que, en la actualidad, no sería procedente que la Comisión restringiera innecesariamente la materia objeto del estudio. Más aún, si esa hipótesis era válida, significaría que el estudio debería ocuparse de tres cuestiones básicas, a saber: la capacidad o condición jurídica de las organizaciones internacionales en el derecho interno, los privilegios de las organizaciones internacionales y las inmunidades de las organizaciones internacionales.

³⁹ *Anuario...* 1977, vol. II (primera parte), págs. 162 y 163, documento A/CN.4/304, párrs. 70 a 73.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 164, párr. 78.

⁴¹ *Anuario...* 1977, vol. I, págs. 220 y 221, 1452.ª sesión, párr. 42.

⁴² *Ibid.*, pág. 221, párr. 44.

⁴³ *Ibid.*, pág. 224, 1453.ª sesión, párr. 13.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 226, párr. 31.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 33.

⁴⁶ *Ibid.*, págs. 227 y 228, párrs. 41 a 43.

45. Había mencionado especialmente esa capacidad por considerar que una de las cuestiones básicas a las que debía responderse en el estudio era la de si una organización internacional tenía capacidad jurídica para celebrar contratos, dentro del sistema de derecho interno, y para actuar como persona jurídica simplemente en virtud de su creación y existencia. Sir Francis Vallat tenía muy en cuenta la importancia de esta cuestión porque, en el Reino Unido, se había tenido que decidir si un consejo de un producto básico, al que el acuerdo pertinente sólo había concedido la capacidad de persona jurídica, pero no privilegios e inmunidades, estaba regido por la legislación del Reino Unido, que se ocupaba fundamentalmente de la capacidad en el contexto de los privilegios e inmunidades. Aunque este problema se resolvió mediante la adopción en Consejo de Ministros de una orden al efecto, quedó claramente demostrado que la cuestión de la capacidad o condición jurídica de una organización internacional era distinta de la cuestión de sus privilegios e inmunidades.

46. A este respecto, Sir Francis Vallat consideró que el estudio debía ocuparse del alcance y contenido de los Artículos 104 y 105 de la Carta de las Naciones Unidas, que establecían también una distinción entre la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de las funciones de la Organización y los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus fines. Sin embargo, debía tener presente asimismo que el estudio, si se ocupaba de la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de la propia organización internacional, a diferencia de los de sus funcionarios y expertos, se apartaría del derecho diplomático y entraría en el tema de la inmunidad de los Estados, que la Comisión no había examinado todavía, pero que podría abordar como tema de la inmunidad de los Estados, que la Comisión no había examinado todavía, pero que podría abordar como tema paralelo al que estaba estudiando el Relator Especial. Si bien era cierto que existía, en cierto sentido, un paralelo entre la inmunidad del Estado y la inmunidad de una organización internacional, no era menos cierto que existía también una diferencia muy fundamental entre ambos conceptos, ya que la inmunidad del Estado se basaba en la idea de la soberanía del Estado y su inmunidad absoluta frente a la jurisdicción extranjera, mientras que la inmunidad de una organización internacional derivaba de sus instrumentos constitutivos y de cualquier acuerdo pertinente que le confiriere los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, podía advertirse el paralelo entre ambos conceptos en los casos en que, por ejemplo, tribunales nacionales se ocupaban de cuestiones de inmunidad y de renuncia a ella de modo muy parecido respecto de las organizaciones internacionales y respecto de los Estados.

D.—Fundamento teórico de las inmunidades de las organizaciones internacionales

47. El Sr. Sette Câmara⁴⁷ dijo que, al emprender la labor codificadora de las normas internacionales relati-

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 218, 1452.ª sesión, párr. 24.

vas a la condición jurídica y las inmunidades de las organizaciones internacionales, la Comisión no debía adoptar el punto de vista de que los funcionarios de las organizaciones internacionales gozaban de ciertos privilegios e inmunidades gracias a la generosidad de los países huéspedes, sino que debía partir de la idea de que esos funcionarios necesitaban de tales privilegios e inmunidades para cumplir las funciones que les incumbían. Hasta la fecha, los privilegios e inmunidades se regían en cada caso por acuerdos cuyas disposiciones variaban considerablemente. Correspondía ahora a la Comisión sistematizar todas esas disposiciones en un protocolo adicional, un código o una declaración, de modo que, aunque constituyeran normas supletorias, fuesen aplicables en general al mayor número de organizaciones internacionales posible. Al formular tales normas, la Comisión debía tener especialmente en cuenta las disposiciones de los Artículos 104 y 105 de la Carta de las Naciones Unidas y los artículos correspondientes de los instrumentos constitutivos de los organismos especializados.

48. El Sr. Tabibi⁴⁸ expresó la opinión de que las normas que formulara la Comisión, fuera cual fuese la forma que adoptasen, debían proteger tanto los intereses de los Estados huéspedes, para quienes la seguridad era de importancia capital, como los intereses de las organizaciones internacionales, que debían estar en condiciones de continuar su labor destinada a promover la paz y la cooperación internacionales.

49. El Sr. Šahović⁴⁹ señaló que, en su informe preliminar, el Relator Especial había indicado la evolución general del derecho en la materia, pero que debía proceder seguidamente a un análisis mucho más concreto de la situación, tomando en cuenta la evolución más reciente. Debía, en primer lugar, asegurarse del valor de las normas convencionales existentes, sobre las que pensaba basar su trabajo. A tal efecto, tenía que efectuar un estudio global de la práctica. El Sr. Šahović hizo hincapié en que los futuros informes debían basarse en un análisis sistemático de las normas jurídicas y la práctica existentes.

50. El Sr. Calle y Calle⁵⁰ dijo que, al formular las normas que regían las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, había que tener presente que se trataba de relaciones entre Estados y los órganos que éstos habían establecido para llevar a cabo funciones que no podían ser realizadas por ellos mismos. Si bien era cierto que, para algunas cuestiones, se podían encontrar antiguos antecedentes históricos, el verdadero punto de partida era la Carta firmada en San Francisco en 1945. En 1946 le siguió la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas⁵¹ y, en 1947, la Convención sobre prerrogativas e inmuni-

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 219, párr. 28.

⁴⁹ *Ibid.*, págs. 219 y 220, párrs. 32 y 34.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 220, párr. 39.

⁵¹ Denominada en adelante «Convención de 1946». Para el texto, véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1, pág. 15 [el texto español figura en anexo a la resolución 22 A (I) de la Asamblea General].

dades de los organismos especializados⁵². La Convención de 1946 estaba en vigor respecto de 112 Estados. Por consiguiente, podía considerarse que tenía un alcance verdaderamente universal.

51. El Sr. Sucharitkul⁵³ declaró que el fundamento jurídico que determinaba la condición de las organizaciones internacionales, así como los privilegios e inmunidades concedidos a esas organizaciones o a sus funcionarios, se encontraba en los diversos tipos de convenciones de carácter general (por ejemplo, la Convención de 1946 y la Convención de 1947) y también en los diversos acuerdos bilaterales, acuerdos especiales y acuerdos de sede. Además, una lectura cuidadosa del *Anuario Jurídico* de las Naciones Unidas, por ejemplo, mostraba claramente que algunas legislaciones nacionales conferirían efectividad a las diversas convenciones y convenios. Los privilegios y las inmunidades de una organización internacional, de cualquier tipo, necesariamente estaban calificados y limitados por las funciones de la organización y de sus funcionarios. Estaban limitados por cuanto la organización y sus funcionarios no tenían inmunidad frente al derecho sustantivo, sino únicamente frente a la jurisdicción.

52. El Sr. Reuter⁵⁴ señaló que la concesión de los privilegios de un funcionario internacional dependía de las funciones de la organización internacional. Podía considerarse que existía una regla consuetudinaria según la cual los privilegios e inmunidades de un funcionario internacional se basaban en las necesidades de sus funciones y estaban limitados por éstas. Sin embargo, se trataba de una regla muy general y era necesario determinar, por ejemplo, si la organización estaba obligada a dejar en suspenso esos privilegios e inmunidades cuando no se ejercían las funciones.

53. El Sr. Francis⁵⁵ dijo que el desarrollo de la condición jurídica de las organizaciones internacionales y de los privilegios e inmunidades que se les otorgaban y que se otorgaban a sus funcionarios se debía a la interacción bien entendida de las necesidades previsibles de las organizaciones internacionales y de las exigencias fundamentales del derecho interno de los Estados. Con el correr del tiempo había ido apareciendo toda una serie de normas consuetudinarias y hoy era innegable la existencia de un importante cuerpo de tales normas aplicable a las organizaciones internacionales y a sus funcionarios acreditados.

54. El Sr. Schwebel⁵⁶ manifestó que las organizaciones internacionales debían disfrutar de los privilegios e inmunidades necesarios para el desempeño de sus funciones. Sin embargo, advirtió que era menester establecer un equilibrio razonable entre los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales y la jurisdicción de los Estados huéspedes. Era muy importante

no perder de vista el carácter limitado de los privilegios e inmunidades, habida cuenta de la reacción popular frente a lo que se solía considerar como una extensión indebida de tales privilegios e inmunidades. A su juicio, el verdadero problema guardaba relación con los privilegios e inmunidades diplomáticos y no con los que se otorgaban a las secretarías de las organizaciones internacionales.

55. El Sr. Quentin-Baxter⁵⁷ dijo que, en el plano de la doctrina, la naturaleza de la costumbre en su aplicación a las organizaciones internacionales era indudablemente una cuestión muy difícil y compleja. Sin embargo, desde el punto de vista del sentido común, era evidente que los Estados habían elaborado algunas normas consuetudinarias o conceptos comunes aplicables a las organizaciones y a los funcionarios internacionales.

56. El Sr. Tsuruoka⁵⁸ señaló que en la esfera de los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales las normas estaban en plena evolución y era difícil prever qué tendencia predominaría. Era menester tomar en consideración tanto los intereses de quienes se beneficiaban de los privilegios e inmunidades como los de quienes los otorgaban.

57. El Sr. Ushakov⁵⁹ manifestó que las normas vigentes de derecho diplomático de las organizaciones internacionales se basaban en el principio común de que una organización internacional, para existir, debía gozar de una condición jurídica especial en el Estado, ya fuera miembro o no miembro, en cuyo territorio tenía su sede. En efecto, sin un acuerdo relativo a la sede que estableciera tal condición, una organización internacional no podía existir ni funcionar en cuanto tal. Los privilegios e inmunidades de los funcionarios de una organización internacional eran también indispensables para su existencia y funcionamiento. Se trataba de una norma general en la que se basaban todas las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales.

58. Sir Francis Vallat⁶⁰ comentó el párrafo 59 del informe del Relator Especial, en el que se hacía referencia a las opiniones expresadas en el Parlamento por el Ministro de Estado durante la presentación de la *British Diplomatic Privileges (Extension) Act, 1944*⁶¹. Señaló,

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 24.

⁵⁸ *Ibid.*, pág. 226, párr. 30.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 34.

⁶⁰ *Ibid.*, pág. 227, párr. 37.

⁶¹ «[...] a fines de 1944, al someterse al Parlamento la *British Diplomatic Privileges (Extension) Act, 1944*, por la que se concedían inmunidades, privilegios y capacidad jurídica a las organizaciones internacionales, a sus funcionarios y a los representantes de los gobiernos miembros, el Ministro de Estado explicó que cuando varios gobiernos decidían crear una organización internacional para realizar objetivos de carácter público, esa organización debía gozar de la misma condición jurídica y de las mismas inmunidades y privilegios de que gozaban los gobiernos extranjeros miembros de ella en virtud del derecho ordinario. El Ministro de Estado amplió su explicación diciendo que, en principio, gozaban de esa condición en virtud del derecho internacional que los tribunales ingleses considerarían como parte del "common law". Sin embargo, se consideraba conveniente aprobar medidas legislativas a fin de evitar controversias acerca de la condición jurídica y de definir exactamente la amplitud de las prerrogativas» [*Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 160, documento A/CN.4/304, párr. 59].

⁵² Denominada en adelante «Convención de 1947». *Ibid.*, vol. 33, pág. 329.

⁵³ *Anuario... 1977*, vol. I, págs. 221 y 222, 1452.ª sesión, párrs. 51 y 52.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 224, 1453.ª sesión, párr. 12.

⁵⁵ *Ibid.*, párrs. 14 y 15.

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 225, párrs. 19 y 20.

sin embargo, que esas opiniones se habían expresado en una fase muy temprana del desarrollo del pensamiento sobre la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales, y que desde entonces había evolucionado mucho la legislación. En la actualidad, apenas si existía duda de que la opinión predominante en los círculos oficiales del Reino Unido era la de que el criterio funcional era el adecuado y de que la fuente de los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales se hallaba en los acuerdos pertinentes. Los tratados y leyes que con tanta abundancia habían aparecido desde 1944 habían hecho sentir marcadamente sus efectos sobre la teoría básica de la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales, y hoy estaba generalmente aceptado que las organizaciones disfrutaban de privilegios e inmunidades para ejercer las funciones que tenían encomendadas.

E.—Forma de la posible codificación

59. El Sr. Sette Câmara⁶² opinó que correspondía a la Comisión sistematizar las disposiciones de los acuerdos relativos a los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales y sus funcionarios, a cuya reglamentación se había procedido hasta entonces sin método, en un protocolo adicional, un código o una declaración, de modo que, aunque constituyeran normas supletorias, fuesen aplicables en general al mayor número de organizaciones internacionales posible.

60. El Sr. Tabibi⁶³ expresó la opinión de que las normas que formulara la Comisión, fuera cual fuese la forma que adoptasen, contribuirían a la codificación y la armonización de las normas relativas a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales, que eran de vital importancia, sobre todo porque las organizaciones internacionales tenían ya oficinas en todo el mundo, que se beneficiarían muchísimo de una serie de normas aplicables a escala mundial.

61. El Sr. Calle y Calle⁶⁴ dijo que la labor de la Comisión, si adoptara la forma de un protocolo adicional, complementaría las disposiciones de la Convención de Viena de 1975.

62. El Sr. Verosta⁶⁵ señaló que, por el momento, la Comisión no podía estar segura del resultado de su labor, que podía concretarse en una convención, en un protocolo adicional a la Convención de Viena de 1975 o quizá en un instrumento de menor rango.

63. El Sr. Tsuruoka⁶⁶ dijo que, a su entender, la Comisión tenía el propósito de elaborar un instrumento jurídico internacional destinado a promover las actividades de las organizaciones internacionales, que prestaban servicio cada vez más valiosos para la paz y la pros-

peridad de los Estados y el bienestar de los pueblos en muchas esferas.

F.—Metodología y análisis de los datos

64. El Sr. Sette Câmara⁶⁷ señaló que, si bien la actividad diplomática era tan antigua como la sociedad misma, la cuestión de la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales, que correspondía al capítulo de la diplomacia multilateral, era relativamente nueva, en el sentido de que no hacía más que unos cincuenta o sesenta años que había adquirido interés. Además, no se había hecho todavía ningún intento de codificar las normas internacionales relativas a la condición jurídica y las inmunidades de las organizaciones internacionales. Al tratar de formular tales normas, la Comisión debía tener especialmente en cuenta las disposiciones de los artículos 104 y 105 de la Carta de las Naciones Unidas y los artículos correspondientes de los instrumentos constitutivos de los organismos especializados.

65. El Sr. Tabibi⁶⁸ subrayó que la Comisión había decidido tratar de los aspectos prácticos de la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales. En su labor de codificación de la segunda parte de ese tema, la Comisión podría sacar muchísimo provecho de la experiencia obtenida al estudiar la primera parte del tema y la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales. Podría también basarse en la experiencia que habían obtenido en el curso de los años el gran número de gobiernos que eran a la sazón huéspedes de organizaciones internacionales. Manifestó que tal vez convendría pedir a los gobiernos huéspedes, tales como los de los Estados Unidos de América, Francia, Italia, Suiza y Austria, que proporcionasen información sobre las principales cuestiones que les preocupaban en relación con el tema objeto de examen. Podría pedirse al Comité del Programa y de la Coordinación del Consejo Económico y Social que sugiriese a esos gobiernos huéspedes la conveniencia de proporcionar información al Relator Especial.

66. El Sr. Šahović⁶⁹ sugirió que se hiciese un esfuerzo para proponer soluciones a los problemas planteados por la codificación de las normas jurídicas relativas a la condición jurídica y a los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales. Señaló que, en su informe preliminar, el Relator Especial había indicado la evolución general del derecho en la materia, pero que debía proceder seguidamente a un análisis mucho más concreto de la situación, tomando en cuenta la evolución más reciente. Debía, en primer lugar, asegurarse del valor de las normas convencionales existentes sobre las que pensaba basar su trabajo. A tal efecto, tenía que efectuar un estudio global de la práctica.

⁶² *Anuario...* 1977, vol. I, pág. 218, 1452.^a sesión, párr. 24.

⁶³ *Ibid.*, pág. 219, párrs. 27 y 28.

⁶⁴ *Ibid.*, págs. 220 y 221, párr. 42.

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 221, párr. 48.

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 226, 1453.^a sesión, párr. 29.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 218, 1452.^a sesión, párr. 24.

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 219, párrs. 27 a 29.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 32.

67. El Sr. Calle y Calle⁷⁰ declaró que la Comisión debía adoptar un criterio amplio y no debía empantañarse en el problema de la definición de las organizaciones internacionales. Por el momento, la Comisión avanzaba en su labor basándose en la definición más simple, a saber: que una organización internacional era una organización intergubernamental. La Comisión tampoco debía adentrarse más en el problema de la capacidad jurídica de las organizaciones internacionales, aunque ambas cuestiones se aclaraban cada vez más como consecuencia de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y de la existencia misma de las organizaciones internacionales. A su juicio, la tarea principal era orientar el desarrollo del derecho relacionado con las organizaciones internacionales y asegurar que ese desarrollo fuera ordenado y armonioso. Era indispensable impedir que surgiesen entidades extrañas o híbridas que reivindicaran un régimen especial. En resumen, la Comisión debía esforzarse por encauzar, planificar y sistematizar lo que constituía una rama dinámica del derecho actual.

68. El Sr. Verosta⁷¹ indicó que se podían incluir varias otras organizaciones regionales en la lista consignada en el párrafo 31 del informe preliminar del Relator Especial⁷², como, por ejemplo, la Comisión del Danubio o la OPEP. El tratado entre los Estados de la OPEP era breve, pero el acuerdo de sede entre la OPEP y Austria era bastante complejo. Dijo que se había enterado con agrado de que el Relator Especial procuraría obtener información de las organizaciones regionales, pues sin esa documentación no sería posible ampliar posteriormente el alcance de los artículos, si ello se consideraba oportuno. En todo caso, en su opinión, sería un error emprender en este momento una codificación completa, pues cualquier norma que se estableciese ahora o en un futuro inmediato podía ser contraproducente, en particular en el caso de las organizaciones regionales.

69. El Sr. Sucharitkul⁷³ señaló que una lectura cuidadosa del *Anuario Jurídico* de las Naciones Unidas, por ejemplo, mostraba claramente que algunas legislaciones nacionales conferían efectividad a diversas convenciones y convenios relativos a las inmunidades de las organizaciones internacionales. La condición jurídica de una organización internacional sólo tenía trascendencia si estaba reconocida en dos niveles: el internacional y el nacional. En otras palabras: una organización internacional debía estar dotada de plena capacidad jurídica con arreglo al derecho internacional público y tenía que estar reconocida conforme al derecho interno de los países miembros de ella, en particular del país en el que tuviera su sede. Generalmente, una organización internacional concertaba contratos y poseía bienes muebles e inmuebles; de ahí que fuera absolutamente esencial

que se reconociese su personalidad jurídica conforme al derecho interno. Dijo que el Gobierno del Japón había concedido ciertos privilegios e inmunidades a la Universidad de las Naciones Unidas, pero la Universidad era lo que podía denominarse un órgano inferior y no podía compararse su Director con el Secretario General de las Naciones Unidas; el ámbito de sus inmunidades estaba restringido por la naturaleza de sus funciones. Evidentemente, la práctica de los Estados revestía gran importancia. Los tribunales nacionales aplicaban en ocasiones los principios relativos a las inmunidades como principios de derecho internacional, aunque los tribunales del Reino Unido consideraban que esos principios estaban ya incorporados en el derecho interno. Las dificultades prácticas suscitadas en los Estados Unidos de América por la legislación reciente relativa a los litigios contra gobiernos extranjeros probablemente tendrían ciertos efectos en los litigios contra organizaciones internacionales. Hizo observar que el grupo de Estados que formaban la ASEAN había adoptado lo que el Relator Especial calificaba apropiadamente de práctica consuetudinaria. Se había concedido a las reuniones de la ASEAN, a diversos niveles, los privilegios e inmunidades tradicionales o consuetudinarios que se concedían a «organizaciones similares», aunque era indudable que lo que quería decirse exactamente con esa expresión se prestaba a diferentes interpretaciones. Su propio país, Tailandia, proporcionaba un ejemplo de experiencia particularmente rica, como lo muestran los preparativos realizados para la CESPAP, la Secretaría de Ministros de Educación del Sudeste Asiático y la OTASE, organización que se había disuelto recientemente, pero que, no obstante, a los efectos de estudios jurídicos, ofrecía un cuadro completo de la formación de acuerdos de sede y arreglos bilaterales.

70. El Sr. Reuter⁷⁴ señaló que la distinción que habría que hacer no era tanto entre el carácter universal o regional de las organizaciones internacionales, sino entre las grandes organizaciones administrativas y políticas, como las Naciones Unidas y sus organismos especializados, y las organizaciones, cada día más numerosas, de carácter más o menos operacional, que ejercían funciones bancarias o comerciales. En su calidad de Relator Especial encargado del estudio de los tratados en que eran partes organizaciones internacionales, el Sr. Reuter había examinado la recopilación en cinco volúmenes de la UNCTAD titulada «Cooperación e integración económica entre países en desarrollo: recopilación de los principales instrumentos jurídicos»⁷⁵. Había observado que se examinaba en ella la cuestión de los privilegios e inmunidades de los órganos interesados y que podían trazarse ciertas analogías con los principales organismos especializados, aunque, a primera vista, la situación de una organización como la OMS, por ejemplo, no fuera del todo análoga a la de un órgano como el Banco Africano de Desarrollo. Por ello era importante que no se fijaran límites a la labor del Relator Especial. Sin embargo, podía estimarse conveniente, por lo menos como punto de partida, limitar esa labor a organizaciones del

⁷⁰ *Ibid.*, págs. 220 y 221, párrs. 42 y 43.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 221, párrs. 48 y 49.

⁷² En el párrafo 31 de su informe preliminar [*Anuario...* 1977, vol. II (primera parte), pág. 154, documento A/CN.4/304], el Relator Especial mencionó las organizaciones regionales siguientes: Liga de los Estados Arabes, OEA, Consejo de Europa, CECA, CEE, CAEM, AELI y OUA.

⁷³ *Anuario...* 1977, vol. I, pág. 221, 1452.ª sesión, párr. 51, y pág. 222, 1453.ª sesión, párrs. 4 y 5.

⁷⁴ *Ibid.*, págs. 223 y 224, 1453.ª sesión, párr. 11.

⁷⁵ TD/B/609/Add.1, vols. I, II, III (y Corr.1), IV y V.

sistema de las Naciones Unidas, dado que la propia Comisión formaba parte de ellas. Por supuesto, las Naciones Unidas habían establecido organizaciones regionales que realizaban ciertas actividades operacionales, pero correspondía al Relator Especial delimitar el ámbito de su materia.

71. El Sr. Reuter⁷⁶ declaró también que podía considerarse que existía una regla consuetudinaria según la cual los privilegios e inmunidades de un funcionario internacional se basaban en las necesidades de sus funciones y estaban limitados por éstas. Sin embargo, se trataba de una regla muy general y era necesario determinar, por ejemplo, si la organización estaba obligada a dejar en suspenso esos privilegios e inmunidades cuando no se ejercían las funciones. En caso afirmativo, ¿mediante qué criterio se reconocería que ya no se ejercían las funciones? Existía una abundante jurisprudencia sobre la responsabilidad de los funcionarios internacionales implicados en accidentes de tráfico, y los trabajos de la Comisión solamente serían útiles si ésta consiguiera elaborar fórmulas bastante más concretas que las que se utilizaban generalmente.

72. El Sr. Francis⁷⁷ comentó que, unos años antes, cuando era asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de su país, había llegado a Jamaica un representante de la OEA para establecer allí una oficina regional. En aquella época, no cabía duda de que, aunque no existiese acuerdo alguno, el representante de la organización tenía derecho a ciertos privilegios básicos. El derecho consuetudinario desempeñaba indiscutiblemente una función importante en este contexto y, añadió, había sido estudiado por el Relator Especial en forma sumamente constructiva.

73. El Sr. Francis⁷⁸ se refirió a un pasaje del informe preliminar del Relator Especial⁷⁹ que ponía de manifiesto la falta de uniformidad del régimen aplicable a los expertos enviados en misión por cuenta de organizaciones internacionales y señaló que esa falta de uniformidad se manifestaba asimismo en el régimen aplicable a las personas que tenían relaciones oficiales con organizaciones internacionales, a las que se solía otorgar el derecho de tránsito. A este respecto, la cuestión importante era la de si, habida cuenta de las necesidades funcionales de las organizaciones internacionales, el derecho de tránsito era suficiente. A su juicio, debía concederse a las personas que se encontraban en esa situación una protección más amplia que el simple derecho de tránsito. El Sr. Francis subrayó también que la función de los expertos era ya muy diferente de la que se había previsto al celebrarse las Convenciones de 1946 y de 1947 sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas y de los organismos especializados, respectivamente. Manifestó además que sería útil obtener de los organismos especializados información más completa y actual. No cabía prácticamente duda alguna de que se podría llegar a conclusiones aceptables para todos

los miembros de la Comisión, a base de las cuales se podría formular un cuerpo de normas que no estuvieran exclusivamente limitadas a las organizaciones internacionales de carácter universal.

74. El Sr. Schwebel⁸⁰ dijo que era especialmente importante tener presente el carácter limitado de los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales, a causa de la reacción popular frente a lo que se solía considerar como una extensión indebida de los mismos. Era menester establecer un equilibrio razonable entre esos privilegios e inmunidades y la jurisdicción de los Estados huéspedes no sólo por razones de equidad, sino también para mejorar la idea que se hacía el pueblo de las organizaciones internacionales, cuestión cuya importancia no cabía desconocer.

75. El Sr. Quentin-Baxter⁸¹ dijo que, en el plano de la doctrina, la naturaleza de la costumbre en su aplicación a las organizaciones internacionales era indudablemente una cuestión muy difícil y compleja. Sin embargo, desde el punto de vista del sentido común, era evidente que los Estados habían elaborado algunas normas consuetudinarias o conceptos comunes aplicables a las organizaciones y a los funcionarios internacionales. A su juicio, la Comisión haría bien en proceder por tanteos, dejando transcurrir el tiempo necesario para que se fuera creando una práctica de los Estados, y en preservar un sentido de las prioridades en que las inmunidades soberanas estarían por encima de los problemas igualmente difíciles relativos a las inmunidades de los funcionarios de las organizaciones internacionales. El Relator Especial había subrayado que la Comisión prefería seguir un método empírico y ocuparse de problemas de interés práctico inmediato para los Estados respecto de los cuales existía por lo menos una posibilidad razonable de llegar a una solución de común acuerdo. Señaló que se había sostenido con razón que el tema correspondía a la esfera del derecho diplomático y no planteaba los enormes problemas teóricos suscitados en torno a la cuestión de la personalidad, la capacidad y la función de las organizaciones internacionales.

76. El Sr. Tsuruoka⁸² declaró que las normas elaboradas por la Comisión no tenían un carácter totalmente supletorio. El difunto Sr. Bartoš, que fue Relator Especial encargado del tema de las misiones especiales, señaló, al presentar su proyecto de artículos, que, aunque se dejara un gran margen de libertad a los sujetos de derecho internacional interesados, había un mínimo de normas que eran imperativas. Por lo que respecta a la condición jurídica y los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales, la Comisión no iba a dejar el campo enteramente libre a la autonomía de la voluntad de los interesados. Ello constituía una razón más para formular normas simples y buscar soluciones de transacción. Tales soluciones también venían impuestas por el hecho de que, en esta esfera, las normas estaban en plena evolución y era difícil prever qué tendencia predominaría. Además, era menester tomar en

⁷⁶ *Anuario...* 1977, vol. I, pág. 224, 1453.ª sesión, párr. 12.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 15.

⁷⁸ *Ibid.*, págs. 224 y 225, párrs. 16 a 18.

⁷⁹ *Anuario...* 1977, vol. II (primera parte), págs. 162 y 163, documento A/CN.4/304, párr. 72.

⁸⁰ *Anuario...* 1977, vol. I, pág. 225, 1453.ª sesión, párrs. 19 a 21.

⁸¹ *Ibid.*, párrs. 24 y 25.

⁸² *Ibid.*, pág. 226, párr. 30.

consideración tanto los intereses de quienes se beneficiaban de los privilegios e inmunidades como los de quienes los otorgaban. A este respecto señaló que la cuestión de los privilegios e inmunidades que habían de otorgarse a la Universidad de las Naciones Unidas en Tokio y a los miembros de su personal había sido objeto de un debate apasionado en el Gobierno japonés. Era necesario encontrar soluciones de transacción entre la teoría y el pragmatismo, y en ciertos casos la Comisión no debía vacilar en inclinarse a favor del desarrollo progresivo del derecho internacional.

77. El Sr. Ushakov⁸³ señaló que el tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales era muy importante para toda la comunidad internacional, pues más de la mitad de los Estados del mundo eran Estados huéspedes. La sede del CAEM se encontraba en Moscú, y casi todos los países socialistas tenían en su territorio la sede de una organización internacional. Existía ya una práctica abundante y reglas consuetudinarias y convencionales arraigadas en esta materia, que derivaban de los acuerdos de sede concertados entre Estados y organizaciones internacionales. Pero las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales diferían considerablemente según los distintos acuerdos de sede, y las normas que regulaban esos acuerdos debían unificarse.

78. Manifestó asimismo⁸⁴ que las normas vigentes de derecho diplomático no eran normas imperativas, sino subsidiarias o supletorias. De este modo, no existía el peligro de que fueran demasiado rígidas o demasiado flexibles, puesto que las organizaciones internacionales y los Estados podían hacer excepciones a ellas. No pensaba que se tratara siempre de normas especiales, pues se basaban en el principio común de que una organización internacional, para existir, debía gozar de una condición jurídica especial en el Estado, ya fuera miembro o no miembro, en cuyo territorio tenía su sede. En efecto, sin un acuerdo relativo a la sede que estableciera tal condición, una organización internacional no podía existir ni funcionar en cuanto tal. Los privilegios e inmunidades de los funcionarios de una organización in-

ternacional eran también indispensables para su existencia y funcionamiento. Se trataba de una norma general en la que se basaban todas las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales.

79. Sir Francis Vallat⁸⁵ expresó la opinión de que debía concederse al Relator Especial la libertad más completa para examinar todo elemento que considerase útil, tanto si se refería a organizaciones de carácter universal, a organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, a organizaciones regionales o a otros tipos de organización. El Relator Especial debía examinar numerosas legislaciones nacionales para llegar a unas conclusiones acerca de la relación entre las organizaciones internacionales y el ejercicio de la jurisdicción del Estado, pues era precisamente mediante un estudio de la influencia recíproca entre los tratados internacionales y la legislación nacional que la Comisión conseguiría determinar las normas que debían figurar en un instrumento de codificación.

80. Sir Francis había mencionado especialmente⁸⁶ la capacidad o condición jurídica de las organizaciones internacionales en el derecho interno por considerar que una de las cuestiones básicas a las que debía responderse en el estudio era la de si una organización internacional tenía capacidad jurídica para celebrar contratos, dentro del sistema de derecho interno, y para actuar como persona jurídica simplemente en virtud de su creación y existencia. Tenía muy en cuenta la importancia de esta cuestión porque, en el Reino Unido, se había tenido que decidir si un consejo de un producto básico, al que el acuerdo pertinente sólo había concedido la capacidad de persona jurídica, pero no privilegios e inmunidades, estaba regido por la legislación del Reino Unido, que se ocupaba fundamentalmente de la capacidad en el contexto de los privilegios e inmunidades. Aunque este problema se resolvió mediante la adopción en Consejo de Ministros de una orden al efecto, quedó claramente mostrado que la cuestión de la capacidad o condición jurídica de una organización internacional era distinta de la cuestión de sus privilegios e inmunidades.

⁸³ *Ibid.*, párrs. 32 y 33.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 34.

⁸⁵ *Ibid.*, pág. 227, párr. 40.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 42.

CAPÍTULO III

Resumen de los debates de la Sexta Comisión en el trigésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General

81. En el trigésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, las intervenciones de los representantes en la Sexta Comisión, con ocasión del examen del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 29.º período de sesiones⁸⁷, versaron esencialmente sobre los temas principales que figuran actualmente en el programa de la Comisión y acerca de los cuales ésta preparara proyectos de artícu-

los con comentarios. Esos temas son: la responsabilidad de los Estados, la sucesión de los Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados y la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales. La labor realizada por la Comisión en su 29.º período de sesiones sobre la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales se expuso en el capítulo V de su informe, titulado «Otras decisiones y conclusiones de la Comisión», en el que se reseñaban los trabajos y

⁸⁷ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 1, documento A/32/10.

las decisiones preliminares de la Comisión sobre varios temas respecto de los cuales cabe decir que su labor se encuentra aún en sus etapas iniciales. Esos temas son: el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático y la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales. Como el capítulo V tenía el carácter de un informe preliminar, las materias mencionadas en ese capítulo, incluida la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, no suscitaron en la Sexta Comisión el debate pormenorizado que suele dedicarse a los temas principales acerca de los cuales la Comisión somete a la Asamblea General proyectos de artículos con comentarios.

82. Prescindiendo de ciertas reservas expresadas por algunas delegaciones en la Sexta Comisión acerca de la conveniencia de atribuir un alto grado de prioridad a la labor sobre el tema o de las consecuencias de esa labor en lo que concierne a las Convenciones sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas y de los organismos especializados y a los acuerdos de sede, la Sexta Comisión aprobó la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de reanudar sus trabajos sobre la segunda parte del tema.

83. Al presentar el informe de la Comisión de Derecho Internacional ante la Sexta Comisión, el Presidente de la Comisión en su 29.º período de sesiones (Sir Francis Vallat)⁸⁸ señaló que, por el momento, la Comisión no había tratado de resolver la cuestión fundamental de si la segunda parte del tema, al igual que la primera, debía limitarse a las organizaciones de carácter universal o hacerse extensiva a otras organizaciones internacionales. Esa cuestión, que requería un estudio más detenido, guardaba relación con el doble peligro que entrañaba el tema, a saber: la duplicación de las Convenciones sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas y de los organismos especializados, o la incompatibilidad con éstas, y la adopción de normas que tendieran a maximizar los privilegios y las inmunidades en vez de limitarlos a lo que necesitaba cada organización internacional con arreglo a sus funciones.

84. El representante del Brasil⁸⁹ manifestó que, al emprender la tarea de estudiar la segunda parte del tema relativo a las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, la Comisión debía tomar como base el principio del funcionalismo; los privilegios e inmunidades de los funcionarios de las organizaciones internacionales no eran el resultado de una concesión graciosa de los Estados huéspedes, sino que eran indispensables para el cumplimiento de su misión. Esos privilegios e inmunidades se habían establecido hasta entonces de manera fragmentaria, y la tarea de la Co-

misión era unificarlos en un instrumento que, aunque integrado por normas subsidiarias, pudiera aplicarse al mayor número de organizaciones internacionales posible. A juicio de su delegación, el tema de la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios estaba maduro para su codificación, que completaría la serie de instrumentos relativos al derecho diplomático.

85. El representante de Rumania⁹⁰ dijo que la Comisión había adoptado decisiones pertinentes y fundadas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático y la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales.

86. El representante de Israel⁹¹ puso en tela de juicio la utilidad de los trabajos que la Comisión se proponía realizar en la esfera de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, dado que esas relaciones ya estaban reguladas de manera satisfactoria por convenciones, por la práctica y por el Artículo 105 de la Carta. La Sexta Comisión debía evitar dar aliento a una nueva tentativa de codificación que podía fácilmente resultar vana, como la que culminó en la Convención de Viena de 1975.

87. El representante de España⁹² declaró que su delegación no estaba convencida de la conveniencia de reanudar el estudio de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales mientras la Convención de Viena de 1975 no hubiera sido generalmente aceptada.

88. El representante de Tailandia⁹³ dijo que su delegación aprobaba con satisfacción las decisiones y conclusiones de la Comisión, en particular las referentes al proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, a la continuación del estudio del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y del estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático y al nuevo estudio de la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales.

89. El representante de Francia⁹⁴ dijo que su delegación era partidaria de proseguir los trabajos sobre los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales. Sin embargo, lamentaba que la Comisión hubiese optado por subdividir sus trabajos sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales.

⁸⁸ *Ibid.*, 32.ª sesión, párr. 33; e *ibid.*, *Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones*, corrección.

⁸⁹ *Ibid.*, 36.ª sesión, párr. 44; e *ibid.*, *Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones*, corrección.

⁹⁰ *Ibid.*, 39.ª sesión, párr. 16; e *ibid.*, *Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones*, corrección.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 27; e *ibid.*, *Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones*, corrección.

⁹² *Ibid.*, 42.ª sesión, párr. 27; e *ibid.*, *Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones*, corrección.

⁸⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 25.ª sesión, párr. 16; e *ibid.*, *Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones*, corrección.

⁸⁹ *Ibid.*, 30.ª sesión, párr. 40; e *ibid.*, *Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones*, corrección.

90. El representante de Burundi⁹⁵ dijo que, en cuanto a las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, los debates de la Comisión, consignados en los párrafos 94 y 95 de su informe⁹⁶, parecían indicar la manera más adecuada de abordar los trabajos sobre este tema.

91. El representante de Nueva Zelandia⁹⁷ declaró que su delegación había leído el capítulo V del informe de la Comisión de Derecho Internacional con gran interés. Como las diversas cuestiones que la Comisión se proponía estudiar eran todas interesantes, debía incluirlas en su programa de trabajo lo antes posible y emprender inmediatamente los estudios preparatorios al respecto.

92. El representante de Egipto⁹⁸ dijo que su delegación tomaba nota con satisfacción de los progresos realizados por la Comisión en su 29.º período de sesiones con respecto a la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales.

93. El representante de la India⁹⁹ manifestó, en relación con el capítulo V del informe de la Comisión, que apoyaba las decisiones adoptadas por ésta con respecto a su futuro programa de trabajo.

94. El representante de los Estados Unidos de América¹⁰⁰ puso en duda la conveniencia de atribuir un alto grado de prioridad a los trabajos sobre la segunda parte de la cuestión de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales.

95. El representante de Venezuela¹⁰¹ manifestó que su delegación estaba de acuerdo con las decisiones mencionadas en el capítulo V del informe de la Comisión.

96. El representante de Somalia¹⁰² expresó su satisfacción por el hecho de que la Comisión tuviera en estudio una cuestión importante, es decir, la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales.

97. La posición de la Sexta Comisión sobre las decisiones adoptadas por la Comisión de Derecho Internacional con respecto a la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales figura resumida en su informe a la Asamblea General sobre el tema 112 del programa («Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 29.º período de sesiones») de la manera siguiente:

197. Varios representantes expresaron satisfacción de que la Comisión hubiera abordado el estudio de la segunda parte del tema relativo a las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales sobre la base del informe preliminar presentado por el Relator Especial, Sr. A. El-Erian. Se señaló que el debate de la CDI sobre el tema parecía indicar que ahora podía considerarse que parte del tema estaba maduro para la codificación, completando de esta manera su trabajo de codificación del derecho diplomático. Se expresó la opinión de que, al realizar esa tarea, la CDI debería basar su enfoque en el principio del funcionalismo; los privilegios e inmunidades de los oficiales de las organizaciones internacionales eran indispensables para que pudieran llevar a cabo las tareas que se les confiaban. Hasta ahora esos privilegios e inmunidades se habían establecido de forma fragmentaria, y la tarea de la Comisión era formular normas generales que fuese dable incorporar en un instrumento que, no obstante ser de carácter suplementario, pudiera ayudar a unificar las prácticas actuales y ser aplicado por las organizaciones internacionales en casos de lagunas en las convenciones especiales vigentes.

198. Por otra parte, algunos representantes dudaron de la conveniencia de dar un alto grado de prioridad a los trabajos sobre la cuestión. Además, algunos representantes cuestionaron la utilidad del trabajo que la CDI se proponía realizar en la esfera de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales. Se expresó la opinión de que esos trabajos no resultarían útiles mientras no hubiera sido generalmente aceptada la Convención de Viena de 1975. Se dijo que esas relaciones estaban suficientemente reguladas por convenciones especiales, la práctica y el Artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas, y que la Sexta Comisión debería evitar promover otro esfuerzo de codificación que podría muy bien fracasar¹⁰³.

¹⁰² *Ibid.*, 45.ª sesión, párr. 22; e *ibid.*, Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁰³ *Ibid.*, Anexos, tema 112 del programa, documento A/32/433, párrs. 197 y 198.

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 57; e *ibid.*, Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones, corrección.

⁹⁶ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 128, documento A/32/10.

⁹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión*, 42.ª sesión, párr. 79; e *ibid.*, Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones, corrección.

⁹⁸ *Ibid.*, 43.ª sesión, párr. 18; e *ibid.*, Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones, corrección.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 41; e *ibid.*, Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 44.ª sesión, párr. 22; e *ibid.*, Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones, corrección.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 47; e *ibid.*, Sexta Comisión, Fascículo del período de sesiones, corrección.

CAPÍTULO IV

Examen de las cuestiones generales a la luz de los debates de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión

98. Como se ha indicado ya en el presente informe¹⁰⁴, el capítulo IV del informe preliminar presentado por el Relator Especial en 1977¹⁰⁵ versaba sobre varias cues-

tiones generales de carácter preliminar. Entre éstas figuraban: el lugar de la costumbre en el derecho relativo a las inmunidades internacionales; las diferencias entre las relaciones diplomáticas entre Estados y las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales; la capacidad jurídica de las organizaciones internacionales, y el alcance de las prerrogativas e inmunidades

¹⁰⁴ Véase párr. 3 *supra*.

¹⁰⁵ *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 160, documento A/CN.4/304.

y la uniformidad o adaptación de las inmunidades internacionales. Como se desprende del resumen de los debates sobre el informe preliminar celebrados en el 29.º período de sesiones de la Comisión en 1977¹⁰⁶, los miembros de la Comisión plantearon varias cuestiones generales. Entre éstas figuraban: la necesidad de un análisis de la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de inmunidades internacionales y sus repercusiones en el sistema de las Naciones Unidas; la necesidad de estudiar las disposiciones del derecho interno de los Estados que rigen las inmunidades internacionales; la posibilidad de ampliar el alcance del estudio a todas las organizaciones internacionales, independientemente de su carácter universal o regional; la necesidad de tener en cuenta las particularidades del derecho diplomático en su aplicación a las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, y la necesidad de conciliar las necesidades funcionales de las organizaciones internacionales y los intereses de los Estados huéspedes en materia de seguridad. Por lo que respecta al debate en la Sexta Comisión¹⁰⁷, varios representantes plantearon las cuestiones generales siguientes: la relación entre la segunda parte del tema y la aceptación general de la Convención de Viena de 1975; el hecho de que esta materia estaba suficientemente regulada por la práctica y las convenciones especiales existentes, y la procedencia de una nueva codificación, en la esfera del derecho diplomático, de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales.

99. Al examinar las cuestiones generales planteadas en los debates celebrados en la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión, el Relator Especial ha considerado procedente clasificarlas en las categorías fundamentales siguientes: consecuencias de la evolución institucional y la expansión funcional en la esfera de las organizaciones internacionales; contribución del derecho nacional a las fuentes legislativas de las inmunidades internacionales; justificación de la codificación del derecho de las inmunidades internacionales, y lugar de las organizaciones regionales en el régimen de inmunidades internacionales.

A.—Consecuencias de la evolución institucional y la expansión funcional en la esfera de las organizaciones internacionales

100. Desde la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de las Convenciones de 1946 y de 1947, se han producido varios hechos nuevos, que han tenido repercusiones en el sistema de las Naciones Unidas. Entre esos hechos nuevos destacan dos fenómenos que son especialmente pertinentes por lo que respecta a la condición jurídica de las organizaciones internacionales, a saber: la evolución institucional y la expansión funcional. Ahora bien, esos dos fenómenos característicos del ordenamiento jurídico internacional moderno presentan una relación orgánica y una interdependencia

operacional que han dado lugar a una renovación cuantitativa y cualitativa de la cooperación interestatal institucionalizada. La aparición, a raíz de la creación de las Naciones Unidas en 1945, de instituciones como las misiones permanentes y las misiones permanentes de observación ante organizaciones internacionales es un ejemplo de la influencia recíproca entre evolución institucional y expansión funcional. Por una parte, la costumbre de establecer una representación permanente en la sede de las organizaciones internacionales fue el medio utilizado para seguir más de cerca las actividades de una organización en los intervalos entre los períodos de sesiones de sus distintos órganos. La función de enlace vino así a sumarse a las funciones de los representantes de los Estados ante las organizaciones internacionales. Por otra parte, la ampliación de las funciones de la organización internacional y la adquisición por ésta de un carácter universal indujo a los Estados que no eran miembros de las Naciones Unidas a enviar misiones permanentes de observación para poder mantenerse mejor informados de la labor de esa organización universal.

101. La finalidad y los límites del presente informe impiden hacer la reseña de los diferentes aspectos de la evolución institucional o la expansión funcional que han experimentado en los últimos treinta años las Naciones Unidas, los organismos especializados y otras organizaciones internacionales de carácter universal o regional. Bastará, pues, con mencionar a modo de ejemplo algunos de esos aspectos para ilustrar sus repercusiones en el derecho de las inmunidades de las organizaciones internacionales. Tales ejemplos proceden de la práctica de las Naciones Unidas. Naturalmente, en la siguiente etapa de los trabajos sobre este tema será necesario estudiar la práctica de los organismos especializados y de las organizaciones regionales a la luz de las respuestas recibidas de aquéllos al cuestionario que les ha dirigido el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas¹⁰⁸ y de la información proporcionada por éstas al Relator Especial a raíz de los contactos personales que ya ha establecido con varias organizaciones regionales.

102. En el curso de sus trabajos sobre la primera parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, el Relator Especial esbozó la evolución de las instituciones de las «misiones permanentes» y las «misiones permanentes de observación» ante las organizaciones internacionales¹⁰⁹, que constituyen una de las principales características de la evolución institucional registrada después de la segunda guerra mundial en el marco del orden internacional establecido por la Carta de las Naciones Unidas. Quizá sea oportuno recordar brevemente que, aun cuando algunos miembros de la Sociedad de las Naciones mantuvieron delegados permanentes en Ginebra, que habitualmente eran miembros de las misiones diplomáticas acreditadas en Suiza, no se había aceptado generalmente la práctica

¹⁰⁸ Véanse párrs. 9 y 10 *supra*.

¹⁰⁹ Véase *Anuario... 1977*, vol. II, págs. 147 y ss., documento A/CN.4/195 y Add.1, párrs. 61 a 79, y *Anuario... 1970*, vol. II, págs. 6 y ss., documento A/CN.4/227 y Add.1 y 2, título II.

¹⁰⁶ Véase cap. II *supra*.

¹⁰⁷ Véase cap. III *supra*.

de acreditar delegaciones permanentes en la Sociedad de las Naciones¹¹⁰. En uno de los primeros comentarios sobre la Carta de las Naciones Unidas se hacía observar que, desde el nacimiento de la nueva Organización, se había convertido en práctica común de sus miembros mantener delegaciones permanentes en la sede provisional y que, en abril de 1948, 45 miembros tenían delegaciones permanentes¹¹¹ (el número total de miembros era a la sazón de 57). La Asamblea General tomó nota de esta práctica, reconoció que constituía una útil contribución al logro de los propósitos de las Naciones Unidas y, en virtud de su resolución 257 A (III), de 3 de diciembre de 1948, formuló las disposiciones que regirían el nombramiento de representantes permanentes, su acreditación y sus facultades. Los Estados no miembros han enviado observadores permanentes a la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York y a su Oficina Europea en Ginebra. El Gobierno suizo ha mantenido un observador permanente en Nueva York desde 1946 y después en Ginebra. Varios otros Estados también nombraron observadores antes de pasar a ser miembros de las Naciones Unidas. Además de Suiza, como se acaba de indicar, la República Popular Democrática de Corea, la Santa Sede, Mónaco, San Marino y la República de Corea, que aún no son miembros de la Organización, mantienen misiones permanentes de observación.

103. La práctica de enviar representantes permanentes no se limitó a la esfera de representación de los Estados ante organizaciones internacionales, sino que también se desarrolló en sentido opuesto, es decir, el de la representación de organizaciones internacionales en Estados. Actualmente existen en varios países representantes residentes de las Naciones Unidas en las oficinas de información pública y del PNUD. Las Naciones Unidas y los organismos especializados también intercambian observadores sobre una base de reciprocidad. Además, varias organizaciones regionales han designado observadores permanentes en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York y en su Oficina Europea en Ginebra.

104. La creciente expansión de las actividades de las Naciones Unidas y de otras organizaciones conexas como consecuencia de la teoría del funcionalismo ha ejercido una influencia igualmente considerable en la configuración de las inmunidades de las organizaciones internacionales y la ampliación de su alcance y ámbito de aplicación. Según un especialista de la teoría y práctica de la organización internacional:

La teoría del funcionalismo [...] es fundamentalmente una afirmación y una defensa de la idea de que el desarrollo de la cooperación económica y social internacional es un requisito previo esencial para la solución definitiva de los conflictos políticos y la eliminación de la guerra [...].

[...]

El sector «funcional» de la organización internacional es la parte del conjunto de las actividades internacionales organiza-

das directamente relacionada con cuestiones económicas, sociales, técnicas y humanitarias, es decir, con los problemas que pueden calificarse provisionalmente de no políticos.

Las actividades funcionales afectan de modo inmediato y explícito a valores como la prosperidad, el bienestar, la justicia social y la «calidad de la vida», en vez de la prevención de la guerra y la eliminación de la inseguridad nacional¹¹².

El desarrollo de este tipo de actividad, que se inició con las uniones internacionales públicas del siglo XIX y que adquiere actualmente una gran amplitud bajo los auspicios de las Naciones Unidas y los organismos especializados, constituye una orientación de gran alcance que se sitúa en el centro de gravedad de la organización internacional. Traduce en actos uno de los principios fundamentales de la Carta, a saber: la creación de condiciones de desarrollo económico y de estabilidad y progreso social conducentes al logro de la paz y la seguridad internacionales. Tiende como tal a alcanzar el objetivo enunciado en el artículo 55 de la Carta, que dice lo siguiente:

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario y de otros problemas conexos, y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y

c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

105. La ampliación y diversificación constantes de los programas funcionales de las Naciones Unidas y de sus órganos auxiliares y organismos conexos han venido a ser consideradas como una de las principales características del funcionamiento del sistema de las Naciones Unidas. Se ha prestado especial atención al fomento del progreso económico y social en los países en desarrollo. Los principales elementos del sistema organizativo han aunado esfuerzos, en especial en el marco del Programa Ampliado de Asistencia Técnica y de las actividades paralelas del Fondo Especial, que se reunieron ulteriormente en un nuevo PNUD. La Asamblea General autorizó al Secretario General de las Naciones Unidas a que completase esos programas prestando asistencia a los gobiernos para obtener temporalmente los servicios de personal calificado para la realización de funciones administrativas y ejecutivas (el programa OPEX). Las repercusiones de todos esos hechos en el alcance de las inmunidades internacionales han sido diversas. La creación en muchos países de oficinas permanentes del PNUD ha dado lugar a la institución de los «representantes residentes» de organizaciones internacionales. El envío

¹¹⁰ Véase P. B. Potter, «Permanent delegations to the League of Nations», *Geneva Special Studies*, Ginebra, League of Nations Association of the United States, 1930, vol. I, N.º 8.

¹¹¹ L. M. Goodrich y E. Hambro, *Charter of the United Nations—Commentary and Documents*, 2.ª ed. rev., Boston, World Peace Foundation, 1949, págs. 228 y 229.

¹¹² I. L. Claude, Jr., *Swords into Plowshares—The Problems and Progress of International Organization*, 3.ª ed. rev., Nueva York, Random House, 1964, págs. 344 y 345.

de grupos y misiones *ad hoc* y el nombramiento de expertos para ayudar a los gobiernos en la planificación y ejecución de los proyectos de desarrollo ha supuesto una ampliación de la labor y la categoría de los expertos y las personas contratadas al servicio de las Naciones Unidas más allá de los límites previstos en la Convención de 1946.

B.—Contribución del derecho nacional a las fuentes legislativas de las inmunidades internacionales

106. Las disposiciones básicas que rigen los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales figuran en sus instrumentos constitutivos, en los acuerdos de sede y en las convenciones generales sobre prerrogativas e inmunidades. En la actualidad, muchos países han dictado disposiciones legislativas sobre inmunidades internacionales principalmente para dar efecto a esos diversos instrumentos internacionales. La legislación del Reino Unido y de los Estados Unidos se adelantó a todos menos los primeros instrumentos internacionales actuales¹¹³. A finales de 1944 el Reino Unido promulgó la *British Diplomatic Privileges (Extension) Act*, por la que se concedían inmunidades, privilegios y capacidad jurídica a las organizaciones internacionales, a sus funcionarios y a los representantes de los gobiernos miembros. Esta ley ha sido enmendada a la luz de las disposiciones de los instrumentos internacionales anteriormente mencionados, con objeto de ajustarla a ellos, en particular con respecto a la medida en que las inmunidades son aplicables a los nacionales. El Congreso de los Estados Unidos promulgó en 1945 la *International Organizations Immunities Act*¹¹⁴. El 4 de agosto de 1947, el Presidente de los Estados Unidos aprobó una resolución conjunta del Congreso por la que se le autorizaba a dar efecto a un acuerdo concertado entre los Estados Unidos y las Naciones Unidas sobre el establecimiento de la sede permanente de la Organización en los Estados Unidos y a tomar las medidas necesarias para facilitar la ejecución de las disposiciones de ese acuerdo y para otros fines. Para completar esas medidas legislativas se promulgaron también varios decretos y varias disposiciones administrativas¹¹⁵. Dada la estructura federal de los Estados Unidos, fue necesario asimismo que el Estado de Nueva York, donde se encuentra la Sede de las Naciones Unidas, promulgara varias leyes que le permitieran conceder los necesarios privilegios, inmunidades y facilidades a las Naciones Unidas¹¹⁶. Otros países en que existe actualmente legislación pertinente son la República Federal de Alemania, Australia, Austria, el Canadá, Colombia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Ghana, Grecia, Guatemala, Hungría, Israel, Italia, el Japón, Noruega, Nueva Zelanda, los Países Bajos, el Pakistán, el Perú, Polonia, la República

de Corea, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Venezuela y Yugoslavia¹¹⁷.

107. Cabe hacer especial mención de Suiza, que no es miembro de las Naciones Unidas ni es parte en la Convención de 1946, pero que fue uno de los primeros países que promulgó legislación a este respecto. Uno de los instrumentos legislativos básicos de Suiza dice así:

El Consejo Federal suizo decide que a partir del 1.º de enero de 1948 los privilegios e inmunidades concedidos a los colaboradores diplomáticos de los jefes de misión acreditados ante la Confederación suiza serán asimismo concedidos a ciertos funcionarios de alta categoría de la Oficina Europea de las Naciones Unidas.

[...]

El Director de la Oficina Europea de las Naciones Unidas establecerá una lista de los funcionarios de alta categoría que han de tenerse en cuenta y la someterá al Departamento Político. Igual procedimiento se seguirá para designaciones ulteriores.

Los altos funcionarios a los que es ya aplicable la Sección 16 del Acuerdo provisional de 19 de abril de 1946 no estarán incluidos en esta lista, dado que ya disfrutaban de los mismos privilegios e inmunidades que los jefes de misión diplomática acreditados ante la Confederación suiza¹¹⁸.

108. En la próxima fase de la labor relativa a este tema habrá que hacer un análisis comparativo de las legislaciones nacionales que actualmente existen. En el presente informe exploratorio se examinan por encima esas legislaciones nacionales solamente para dar una idea de hasta qué punto se han establecido en el derecho nacional de los Estados y en los acuerdos internacionales disposiciones detalladas sobre las inmunidades pertinentes.

109. Una de las cuestiones de carácter jurídico respecto de las cuales el análisis comparativo de las legislaciones nacionales podría dar una orientación es la de la condición jurídica *interna* de las organizaciones internacionales. Cabe señalar que en algunas de las disposiciones legales internas que dan efecto a los privilegios de las organizaciones internacionales éstas han sido equiparadas a personas jurídicas. Contienen disposiciones de este tipo la *International Organizations (Immunities and Privileges) Act* de 1950 del Reino Unido, la *Privileges and Immunities (United Nations) Act* de 1952 del Canadá y la *Order in Council* de 1947 también del Canadá, así como la *Diplomatic Immunities and Privileges Act* de 1957 y la *Diplomatic Privileges (United Nations) Order* de 1959 de Nueva Zelanda. En cada uno de estos instrumentos legislativos se declara que las organizaciones de que en ellos se trata tendrán «la capacidad jurídica de una persona moral» («the legal capacities of a body corporate»)¹¹⁹.

110. La tendencia a considerar a las organizaciones internacionales como personas jurídicas en el derecho interno ha suscitado muchas controversias doctrinales.

¹¹³ Véase C. W. Jenks, *International Immunities*, Londres, Stevens, 1961, págs. 11 y 12.

¹¹⁴ Véase *Textes législatifs et dispositions de traités...* (op. cit.), vol. I, pág. 128.

¹¹⁵ *Ibid.*, págs. 134 a 144.

¹¹⁶ *Ibid.*, págs. 152 a 158.

¹¹⁷ Para una lista de países en que existe la legislación pertinente, véase *ibid.*, vols. I y II, y Naciones Unidas, *Anuario Jurídico*, 1963 a 1975.

¹¹⁸ *Textes législatifs et dispositions de traités...* (op. cit.), vol. I, pág. 92.

¹¹⁹ *Ibid.*, págs. 119, 11, 12, 59 y 65.

Algunos autores sostienen que entre una persona jurídica de derecho interno y una organización internacional dotada de la capacidad de una persona jurídica hay dos diferencias importantes. En primer lugar, como señala Weissberg¹²⁰, la capacidad en derecho interno de una organización internacional, que es un privilegio, lleva habitualmente aparejada la inmunidad de jurisdicción. Crosswell señala que:

Aunque la condición jurídica de las organizaciones, análoga a la personalidad de las personas morales, lleva consigo la facultad usual de adquirir los beneficios y contraer las cargas de las obligaciones jurídicas, los deberes a que una organización internacional queda sujeta en un negocio jurídico son deberes de obligación implícita más que de obligación absoluta. Existen cabalmente en el sentido jurídico, pero no pueden exigirse coercitivamente de la organización si no se ha dado el consentimiento para ello en forma de excepción expresa o tácita¹²¹.

En segundo lugar, la capacidad jurídica de una organización internacional no tiene su fundamento en el derecho interno, como en el caso de las personas jurídicas nacionales, sino en el derecho internacional.

Esta idea ha sido expresada por Jenks en estos términos:

La capacidad jurídica de las organizaciones internacionales públicas, como la de los Estados extranjeros individualmente considerados, dimana del derecho internacional público. Puede ser necesaria la legislación interna a fin de obtener el reconocimiento efectivo de esa capacidad para los efectos internos, pero la función de esta legislación es declarativa y no constitutiva... Considerar la existencia y la amplitud de la personalidad jurídica prevista en el instrumento constitutivo de una organización internacional como derivada y dependiente de la Constitución y de las leyes de cada uno de sus Estados miembros y limitada por ellas es tan contrario a la realidad como es destructivo de todo orden jurídico internacional¹²².

C.—Justificación de la codificación del derecho de las inmunidades internacionales

111. En los debates celebrados en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión, reseñados en los capítulos II y III del presente informe, se expusieron ciertas reservas y salvedades en cuanto a la conveniencia de emprender en la actualidad la tarea de codificar la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, esto es, la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales. Se manifestó preocupación en particular en cuanto a las consecuencias de tal codificación para los acuerdos de sede y las Convenciones de 1946 y de 1947. Se adujo además que en la esfera de los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales las normas estaban evolucionando tanto que la labor de codificación podía cons-

tituir un freno para la evolución en esta rama del derecho internacional. Esta dificultad no es nueva y la Comisión ha tropezado con ella en la primera parte del tema, esto es, la condición jurídica de los representantes de los Estados ante las organizaciones internacionales. Tanto la Comisión como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales tuvieron buen cuidado de preservar la posición de las convenciones sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas y los organismos especializados y las sedes de estas organizaciones. Así, el párrafo 7 del preámbulo de la Convención de Viena de 1975¹²³ dice lo siguiente:

Teniendo en cuenta la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas de 1946, la Convención sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados de 1947, así como otros acuerdos en vigor entre los Estados y entre los Estados y las organizaciones internacionales.

Las consecuencias de esta declaración del preámbulo de la Convención se enuncian y definen de una manera explícita y detallada en el artículo 4 de la Convención:

Artículo 4.—Relación entre la presente Convención y otros acuerdos internacionales

Las disposiciones de la presente Convención:

a) se entenderán sin perjuicio de otros acuerdos internacionales en vigor entre Estados o entre Estados y organizaciones internacionales de carácter universal, y

b) no excluirán la celebración de otros acuerdos internacionales concernientes a la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal o a su representación en conferencias convocadas por esas organizaciones o bajo sus auspicios.

112. El artículo 4 es particularmente significativo. Tiene un doble propósito. En primer lugar, se quiere reservar la posición de los actuales acuerdos internacionales que regulan la materia. De este modo, si bien tienen por objeto ofrecer un régimen uniforme, las normas de la Convención se entienden sin perjuicio de las diferentes normas que puedan enunciarse en tales acuerdos. En segundo lugar se reconoce que pueden surgir situaciones en el futuro en las que Estados que establezcan una nueva organización internacional se encuentren en la necesidad de adoptar normas diferentes más apropiadas para esa organización. Las normas de la Convención en modo alguno están destinadas a excluir una ulterior evolución del derecho en esta materia¹²⁴.

113. En las deliberaciones de la Sexta Comisión, algunos representantes pusieron en duda la utilidad de la labor que la Comisión de Derecho Internacional se proponía realizar en relación con la segunda parte del tema

¹²⁰ G. Weissberg, *The International Status of the United Nations*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana, 1961, pág. 147.

¹²¹ C. M. Crosswell, *Protection of International Personnel*, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana, 1952, pág. 19.

¹²² C. W. Jenks, «The legal personality of international organizations», *The British Year Book of International Law*, 1945, Londres, vol. 22, págs. 270 y 271.

¹²³ Para la referencia, véase la nota 1 *supra*.

¹²⁴ Para una exposición más completa del objeto de este artículo, véase *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), págs. 310 y 311, documento A/8410/Rev.1, cap. II, secc. D, proyecto de artículos sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales, comentarios a los artículos 3 y 4.

de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (condición jurídica, privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales). Se expresó el parecer de que esa labor no resultaría útil mientras la Convención de Viena de 1975 no hubiese sido aceptada de una manera general. El Relator Especial desea hacer a este respecto dos observaciones. En primer lugar, la Comisión de Derecho Internacional, en varias ocasiones anteriores, ha considerado posible iniciar el examen de un tema que constituía una materia relacionada estrechamente con una convención, e incluso era una derivación de ella, antes de la entrada en vigor de tal convención y de su aceptación general. Tal ha sido el proceder que ha seguido la Comisión en relación con los temas de las «misiones especiales», la «sucesión de Estados en materia de tratados» y «la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales». En segundo lugar, si bien las dos partes del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales tienen indudablemente una relación orgánica, cada una de ellas constituye una unidad autónoma capaz de ser objeto de codificación separada. Este concepto fue aceptado por la Comisión cuando en 1971 decidió «recomendar a la Asamblea General que convocara una conferencia internacional de plenipotenciarios para estudiar el proyecto de artículos de la Comisión sobre la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales y redactar una convención sobre este tema»¹²⁵. Esta recomendación fue aceptada por la Asamblea General. Conviene recordar que cuando la Asamblea General examinó en 1971 la recomendación de la Comisión, algunos representantes sugirieron que se difiriera la decisión sobre la primera parte del tema hasta que se hubiese completado la segunda parte. He aquí un resumen de las deliberaciones que se celebraron a este respecto en la Sexta Comisión, y que se reseñaron en su informe a la Asamblea General:

e) *Oportunidad de la elaboración de una convención sobre el tema*

119. Algunos representantes consideraron que sería preferible que la cuestión de la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales solamente se abordase una vez que la CDI hubiese completado su estudio sobre el tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, en el que se consideraría la representación de las organizaciones ante los Estados y en particular la cuestión de los privilegios y las inmunidades de las propias organizaciones y de sus funcionarios. La cuestión de la concesión de privilegios e inmunidades a las misiones permanentes y a las misiones permanentes de observación en el sentido del artículo 1.º así como a las delegaciones en órganos y conferencias, se relacionaba íntimamente con la condición jurídica de esas organizaciones. En consecuencia, la labor de la CDI formaría un todo y los Estados podrían expresar sus opiniones con pleno conocimiento de todos los hechos; las dos cuestiones complementarias podrían considerarse en un instrumento único.

120. Por otra parte, se consideró que este tipo de argumentos no eran sino pretextos para prolongar la existencia de situaciones que ponían en peligro la independencia de las organizaciones internacionales. La CDI estaba examinando cinco

temas, que eran objeto de los capítulos III y IV de su informe. Estos trabajos la ocuparían durante varios años, pues la CDI se reunía una vez por año durante un corto período de diez semanas. En consecuencia, el proyecto de artículos no debía dejarse de lado hasta que se hubieran estudiado todos los demás aspectos de la cuestión de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales¹²⁶.

D.—Lugar de las organizaciones regionales en el régimen de inmunidades internacionales

114. Cuando la Comisión de Derecho Internacional examinó el informe preliminar del Relator Especial en su último período de sesiones, hubo acuerdo general en que la labor de la Comisión sobre la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales debería abarcar a todas las organizaciones internacionales y no solamente a las de carácter universal. Esta actitud es distinta a la que había adoptado en relación con la primera parte del tema.

115. En el curso de las deliberaciones sobre la labor que la Comisión había de emprender acerca de la representación de los Estados en las organizaciones internacionales, el lugar que en esa labor correspondía a las organizaciones regionales suscitó divergencias de opinión entre sus miembros. En su primer informe sobre la primera parte del tema presentado a la Comisión en 1963¹²⁷, el Relator Especial sugirió que la Comisión concentrara sus trabajos sobre este tema primero en las organizaciones internacionales de carácter universal (el sistema de las Naciones Unidas) y preparara su proyecto de artículos con referencia solamente a estas organizaciones regionales tal como estaba redactado o si exigía modificaciones. Al presentar su informe, el Relator Especial explicó su sugerencia, señalando que:

El estudio de las organizaciones regionales plantea una serie de problemas, como el reconocimiento por Estados no miembros y las relaciones con éstos; tales problemas requieren la formulación de normas peculiares a esas organizaciones¹²⁸.

Algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional discreparon de esta sugerencia. Opinaron que las organizaciones regionales deberían figurar en el estudio y señalaron que las relaciones entre los Estados y las organizaciones de carácter universal no podían diferir mucho de las relaciones entre los Estados y las organizaciones regionales más pequeñas. Señalaron además que si la Comisión había de limitarse al tema de las relaciones de las organizaciones de carácter universal con los Estados, dejaría una laguna importante, y que las relaciones con los Estados podían seguir un patrón muy parecido, ya se tratase de organizaciones de carácter universal o de organizaciones de carácter regional. No obstante, algunos miembros de la Comisión se manifestaron a favor de la sugerencia del Relator Especial de excluir a las organizaciones regionales, por lo menos en

¹²⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo sexto período de sesiones, Anexos*, tema 88 del programa, documento A/8537, párrs. 119 y 120.

¹²⁷ *Anuario...* 1963, vol. II, pág. 184, documento A/CN.4/161.

¹²⁸ *Ibid.*, vol. I, pág. 313, 717.ª sesión, párr. 109.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 307, párr. 57.

la fase inicial del estudio. Señalaron que cualquier proyecto de convención que se preparase sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones intergubernamentales debería referirse a las de carácter universal y no a las organizaciones regionales, aun cuando la experiencia de estas últimas podría tenerse presente en el estudio. Adujeron que las organizaciones regionales eran tan distintas que apenas cabía formular normas uniformes aplicables a todas ellas. Por tanto, estimaron que probablemente sería más conveniente conceder a esas organizaciones regionales un gran poder discrecional para establecer sus propias relaciones con los gobiernos. Un punto interesante de carácter constitucional fue planteado por un miembro, que declaró que algunas organizaciones regionales tenían sus propios órganos de codificación y que no era conveniente que la Comisión invadiese la esfera de competencia que se les había atribuido.

116. La Comisión adoptó una solución intermedia, que quedó recogida en los párrafos 2 y 4 del artículo 2 del proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales:

Artículo 2.—Alcance de los presentes artículos

1. Los presentes artículos se aplican a la representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales de

carácter universal y a su representación en conferencias convocadas por tales organizaciones o bajo sus auspicios.

2. El hecho de que los presentes artículos no se refieran a otras organizaciones internacionales se entenderá sin perjuicio de la aplicación a la representación de Estados en sus relaciones con esas otras organizaciones de toda regla enunciada en los presentes artículos que fuere aplicable en virtud del derecho internacional independientemente de estos artículos.

3. El hecho de que los presentes artículos no se refieran a otras conferencias se entenderá sin perjuicio de la aplicación a la representación de Estados en esas otras conferencias de toda regla enunciada en los presentes artículos que fuere aplicable en virtud del derecho internacional independientemente de estos artículos.

4. Ninguna de las disposiciones de los presentes artículos excluirá que los Estados convengan en que los presentes artículos se apliquen:

a) a organizaciones internacionales que no sean de carácter universal, o

b) a conferencias que sean convocadas por esas organizaciones o bajo sus auspicios¹²⁹.

La posición adoptada por la Comisión de Derecho Internacional fue aprobada en 1975 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales.

¹²⁹ *Anuario...* 1971, vol. II (primera parte), págs. 309 y 310, documento A/8410/Rev.1.

CAPÍTULO V

Conclusiones

117. Es de celebrar que las deliberaciones, tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión de la Asamblea General, hayan puesto de manifiesto que hay un acuerdo general en cuanto a la conveniencia de que la Comisión proceda al estudio de la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales. Fuera de unas pocas reservas que se refieren a cuestiones de enfoque y metodología más que de principio, los miembros de la Comisión y las delegaciones presentes en la Sexta Comisión se mostraron favorables a un estudio de las inmunidades de las organizaciones internacionales con miras a completar el trabajo de la Comisión en materia de derecho diplomático que culminó con la aprobación de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, la Convención de 1969 sobre las misiones especiales y la Convención de Viena de 1975¹³⁰.

118. La segunda conclusión que se ha de extraer de estas deliberaciones es que los trabajos de la Comisión sobre la segunda parte del tema deben llevarse adelante con gran prudencia. Para determinar la forma que de-

bería tener el fruto de esos trabajos sería necesario examinar detenidamente los instrumentos internacionales actuales, complementados por la legislación nacional y desarrollados en la práctica. Sólo procediendo a tal investigación sería posible decidirse en favor de una convención completa o bien de un protocolo suplementario que tuviese por objeto suplir las lagunas y formular normas que abarquen las nuevas situaciones y los recientes acontecimientos que han tenido lugar desde la aprobación de las convenciones de 1946 y de 1947.

119. Varios miembros de la Comisión se manifestaron en favor de extender el ámbito del estudio previsto de modo que incluyera a todas las organizaciones internacionales, tanto las de carácter universal como las de carácter regional. Algunos miembros consideraron que la solución intermedia aprobada por la Comisión en relación con la primera parte del tema debería adoptarse también en sus trabajos sobre la segunda parte. Otros quisieron conocer el parecer del Relator Especial sobre la cuestión del lugar que correspondería a las organizaciones regionales dentro del régimen de las inmunidades internacionales.

120. El Relator Especial desea señalar que sus ideas sobre esta cuestión han cambiado considerablemente desde que en 1963, en su primer informe, recomendó a la Comisión que sus trabajos sobre el tema se concen-

¹³⁰ Para las referencias a los textos de estos instrumentos, véanse las notas 11, 12, 13 y 1, respectivamente.

traran en las organizaciones internacionales de carácter universal (sistema de las Naciones Unidas) y que preparara sus proyectos con referencia a estas organizaciones exclusivamente¹³¹. En la posición adoptada por el Relator Especial habían influido varios factores. En primer lugar, conviene recordar que el Relator Especial presentó un amplio esquema de cuestiones que habían de examinarse con respecto a las relaciones exteriores de las organizaciones internacionales y los problemas jurídicos que llevan consigo. El esquema comprendía, como primer grupo de tales problemas, los principios generales de la personalidad internacional de las organizaciones internacionales. Consideraba el Relator Especial que el estudio de esas cuestiones teóricas presentaría dificultades de carácter fundamentalmente diferentes si el estudio había de aplicarse a las organizaciones regionales. Un ejemplo de la importancia del carácter universal de una organización internacional para los efectos de que se reconozca de modo general que posee una personalidad internacional es la conclusión de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 11 de abril sobre la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, de que:

[...] cincuenta Estados, que representaban la mayoría de los miembros de la comunidad internacional, tenían facultades, en conformidad con el derecho internacional, para crear una entidad que poseyese una personalidad internacional objetiva, y no simplemente una personalidad reconocida por ellos solos [...] ¹³².

En segundo lugar, el Relator Especial tenía muy presente que, si bien dentro del marco de las organizaciones internacionales de carácter universal la institución de misiones permanentes se estaba convirtiendo en práctica establecida y la institución de las misiones permanentes de observadores se iba desarrollando sin cesar, no podía advertirse el mismo fenómeno en relación con las organizaciones internacionales de carácter regional. En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurría con respecto a las organizaciones internacionales de carácter universal, el volumen un tanto limitado de las fuentes legislativas del derecho relativo a las inmunidades y el carácter evolutivo de la práctica en relación con las organizaciones internacionales de carácter regional en la época en que la Comisión inició sus trabajos sobre el tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales en 1963, motivaron que el Relator Especial considerara que no estaría en condiciones de hacer las investigaciones necesarias para la inclusión de las organizaciones regionales.

121. Los factores antes mencionados, que durante los años iniciales del estudio de la primera parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales influyeron en las ideas del Relator Especial acerca de la cuestión de la inclusión de las organizaciones regionales dentro del ámbito de la codificación proyectadas, aparecen hoy en una perspectiva enteramente diferente cuando se examinan a la luz de los acontecimientos recientes y en relación con la segunda parte del tema. En primer lugar, la Comisión ha adop-

tado sistemáticamente el criterio, al tratar los temas relativos a las organizaciones internacionales, de no seguir un camino que la obligue a entrar en nociones teóricas tales como el concepto de organización internacional, su personalidad internacional o su capacidad para celebrar tratados. En vez de eso, la Comisión ha preferido ocuparse de los aspectos prácticos y las cuestiones concretas de las normas que rigen las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales. En segundo lugar, independientemente de que las cuestiones que puedan constituir la materia objeto de una codificación eventual de la condición jurídica y las inmunidades de las organizaciones internacionales se examinan dentro del marco de las organizaciones internacionales de carácter universal o bien de las de carácter regional, se trata, por lo general, de cuestiones análogas. En su informe preliminar, presentado en 1977 ¹³³, el Relator Especial incluyó las siguientes categorías de beneficiarios de privilegios e inmunidades: la organización; los funcionarios de la organización; los expertos enviados en misión por cuenta de la organización y las personas que tienen relaciones oficiales con ella; y los representantes residentes y observadores enviados por las organizaciones internacionales a los Estados o por una organización internacional a otra organización internacional. Todas estas instituciones existen actualmente dentro del marco de una organización internacional de carácter regional. En tercer lugar, las fuentes legislativas, ya sea en forma de instrumentos internacionales o de derecho nacional, así como la práctica en el ámbito de las organizaciones regionales se han hecho relativamente más abundantes a consecuencia de la serie cada vez mayor de organizaciones regionales y de sus órganos subsidiarios. Además, se ha hecho sentir en el ámbito de estas organizaciones la teoría del funcionalismo. La recopilación en cinco volúmenes de los principales instrumentos jurídicos preparada por la UNCTAD con el título «Cooperación e integración económica entre países en desarrollo» ¹³⁴ contiene una impresionante lista de órganos establecidos en el ámbito regional y el texto de cierto número de convenciones sobre privilegios e inmunidades. La lista comprende:

América Latina: Banco Interamericano de Desarrollo, Sistema Económico Latinoamericano, Mercado Común Centroamericano, Banco Centroamericano de Integración Económica, Comunidad del Caribe, Banco de Desarrollo del Caribe, Corporación de Inversiones del Caribe, Mercado Común del Caribe Oriental, Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, Mercado Común Andino, Corporación Andina de Fomento y Cuenca del Plata.

África: Banco Africano de Desarrollo, Organización Común Africana y Mauriciana, Comisión de la Cuenca del Lago Chad, Comisión del Río Níger, Comunidad Económica de los Estados del África Occidental, Cámara de Compensación del África Occidental, Comunidad Económica del África Occidental, Consejo de la *Entente*, Fondo de Ayuda Mutua y de Garantía de

¹³¹ Véase *Anuario...* 1963, vol. II, págs. 214 y 215, documento A/CN.4/161, párr. 179.

¹³² *C.I.J. Recueil* 1949, pág. 185.

¹³³ *Anuario...* 1977, vol. II (primera parte), pág. 147, documento A/CN.4/304.

¹³⁴ TD/B/609/Add.1, vols. I, II, III (y Corr.1), IV y V.

Préstamos, Unión del Río Mano, Organización para el Desarrollo del Río Senegal, Unión Monetaria del Africa Occidental, Banco Central de los Estados del Africa Occidental, Banco de Desarrollo del Africa Occidental, Unión Aduanera y Económica del Africa Central, Unión de Estados del Africa Central, Banco de Estados del Africa Central y Comunidad del Africa Oriental.

Países árabes, Asia y Oceanía: Comité Permanente Consultivo del Magreb, Unidad Económica Árabe, Banco Islámico de Desarrollo, Banco Árabe para el Desarrollo Económico de Africa, Fondo Árabe de Desarrollo Económico y Social, Corporación Árabe de Inversiones, Corporación Interárabe de Garantía de las Inversiones, Banco Asiático de Desarrollo, Unión Asiática de Compensación, Sistema de Cooperación establecido por el Acuerdo de Bangkok, Organización de Cooperación Regional para el Desarrollo, Asociación de Naciones del Asia Sudoriental, Comisión del Pacífico Meridional y Oficina del Pacífico Meridional para la Cooperación Económica.

122. En consecuencia, después de maduras reflexiones, el Relator Especial opina que la Comisión debería adoptar, para los efectos de su trabajo inicial sobre la segunda parte del tema, un criterio amplio y que el estudio debería incluir las organizaciones regionales. La decisión definitiva de incluir tales organizaciones en una eventual codificación sólo podrá tomarse cuando se complete el estudio.

123. El mismo criterio amplio debería adoptarse en relación con la materia objeto del estudio. Algunos miembros de la Comisión han sugerido que se seleccionen algunos problemas para su examen en la primera fase, tales como los relativos a la condición jurídica y las inmunidades de las organizaciones internacionales, y que se dejen para más adelante los problemas mucho más delicados relativos a los funcionarios internacionales. El Relator Especial ha considerado detenidamente este asunto y opina que la decisión sobre la cuestión de la prioridad debería diferirse también hasta que quede completado el estudio.

124. El Relator Especial desea referirse también a otro punto que fue planteado por algunos miembros de la Comisión en relación con la materia objeto del estudio. Se aludió al paralelismo que podía trazarse entre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y las de las organizaciones internacionales. Sin dejar de reconocer la relación que media entre las dos series de inmunidades jurisdiccionales, es de señalar que la justificación de las inmunidades de los Estados se encuentra en la soberanía, mientras que la justificación de las inmunidades de las organizaciones internacionales se halla en sus necesidades funcionales. Además, la Comisión recomendó en 1977 la selección para su estudio activo en fecha próxima del tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes¹³⁵, criterio que fue aprobado por la Asamblea General en su resolución 32/151, de 19 de diciembre de 1977. La Comisión ha cons-

tituido en su actual período de sesiones un Grupo de Trabajo sobre el tema, bajo la Presidencia del Sr. Scharitkul, para que emprenda la necesaria labor de exploración. Ese Grupo de Trabajo ha recomendado la designación de un Relator Especial para el tema y la inclusión del tema en el actual programa de trabajo de la Comisión. La Comisión tendrá, pues, ocasión de ver la orientación de su trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados cuando examine las inmunidades de las organizaciones internacionales.

125. El Relator Especial desea expresar su profundo reconocimiento al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas por el completo cuestionario que dirigió a los organismos especializados y al OIEA con objeto de recabar información relativa a la práctica de los organismos especializados y del OIEA en relación con sus privilegios e inmunidades, sus funcionarios y las demás personas que participan en sus actividades sin ser representantes de Estados¹³⁶. Confía que la documentación que proporcionen las Naciones Unidas y los organismos especializados y el OIEA basándose en el examen de sus archivos durante el período comprendido entre el 1.º de enero de 1966 y el momento actual será de gran utilidad para el Relator Especial y para la Comisión. El Relator Especial se permite además expresar la esperanza de que esa documentación será publicada ulteriormente en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* para darle una mayor difusión y hacerla más fácilmente accesible. El estudio que fue preparado por la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos y publicado en el *Anuario... 1967*¹³⁷ ha resultado una fuente de información y de investigación sumamente rica y valiosa para los interesados en el estudio, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, del derecho internacional y las organizaciones internacionales.

126. Al concluir el presente informe, el Relator Especial desea además expresar la esperanza de que se tomarán disposiciones para obtener la participación de los organismos especializados y el OIEA, así como de Suiza, en la preparación de cualquier proyecto de artículos que proponga la Comisión sobre la segunda parte del tema, de modo análogo a como se hizo en relación con la primera parte del tema. Cuando la Comisión preparó su proyecto de artículos provisional sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales decidió someterlos no sólo a los gobiernos de los Estados miembros para que formularan sus observaciones, sino también a las secretarías de las Naciones Unidas, los organismos especializados y el OIEA para que formularan también sus observaciones. Además, habida cuenta de la situación de Suiza como Estado huésped de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra y de varios organismos especializados, así como el deseo expresado por el Gobierno de ese país, la Comisión consideró oportuno transmitir el proyecto de artículos también a ese Gobierno para que presentara sus observaciones¹³⁸.

¹³⁶ Véanse párrs. 9 y 10 *supra*.

¹³⁷ Véase la nota 7 *supra*.

¹³⁸ Véase *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 298, documento A/8010/Rev.1, párr. 24.

¹³⁵ Véase *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 130 y 131, documento A/32/10, párr. 110.

**EXAMEN DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN
DE TRATADOS MULTILATERALES
(PÁRRAFO 2 DE LA RESOLUCIÓN 32/48 DE LA ASAMBLEA GENERAL)**

[Tema 8 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/310

Nota de la Secretaría

*[Original: inglés]
[3 de abril de 1978]*

1. La Asamblea General, en su trigésimo segundo período de sesiones, incluyó en el programa de ese período de sesiones un tema titulado «Examen del procedimiento de elaboración de tratados multilaterales» (tema 124) que asignó a la Sexta Comisión. La inclusión del tema en el programa provisional del trigésimo segundo período de sesiones de la Asamblea fue solicitado por los representantes de Australia, Egipto, Indonesia, Kenya, México, los Países Bajos y Sri Lanka en carta de fecha 19 de julio de 1977, acompañada de un memorando explicativo¹.

2. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones 46.^a a 50.^a, entre el 15 y el 18 de noviembre de 1977. El resumen de las opiniones expresadas por los representantes en la Comisión durante las deliberaciones sobre el tema figura en las actas de esas sesiones². La Sexta Comisión recomendó a la Asamblea General un proyecto de resolución sobre el tema³, que fue posteriormente aprobado por la Asamblea en su 97.^a sesión plenaria del 8 de diciembre de 1977 como resolución 32/48.

3. En los párrafos 1 y 2 de dicha resolución, la Asamblea General:

1. *Pide* al Secretario General que prepare un informe sobre las técnicas y los procedimientos empleados en la elaboración de tratados multilaterales, teniendo en cuenta asimismo las deliberaciones de la Asamblea General en el actual período de sesiones y las observaciones mencionadas en el párrafo 2 *infra*, con miras a presentarlo a la Asamblea en su trigésimo cuarto período de sesiones;

2. *Invita* a los gobiernos y a la Comisión de Derecho Internacional a que presenten sus observaciones sobre el particular a más tardar el 31 de julio de 1979, para que se incluyan en el antedicho informe del Secretario General.

4. En cumplimiento de la invitación hecha a la Comisión de Derecho Internacional por la Asamblea General en el párrafo 2 de la antedicha resolución, la Secretaría incluyó en el programa provisional del 30.^o período de sesiones de la Comisión (A/CN.4/306) un tema 8 titulado: «Examen del procedimiento de elaboración de tratados multilaterales (párr. 2 de la resolución 32/48 de la Asamblea General)». Se ha remitido la documentación de la Asamblea General relativa a este tema a los miembros de la Comisión.

¹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones, Anexo*, tema 124 del programa, documento A/32/143.

² *Ibid.*, trigésimo segundo período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 46.^a a 50.^a; e *ibid.*, Fascículo del período de sesiones, corrección.

³ *Ibid.*, trigésimo segundo período de sesiones, Anexos, tema 124 del programa, documento A/32/363, párr. 6.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 30.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura del documento</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/306	Programa provisional	Mimeografiado. Para el programa aprobado, véase A/33/10, párr. 12 [vol. II (segunda parte), pág. 7].
A/CN.4/307 y Add.1 y 2	Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el señor Roberto Ago.—El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional (<i>continuación</i>)	Reproducido en el presente volumen (pág. 33).
A/CN.4/308 y Add.1 y 2	Observaciones de Estados Miembros, órganos de las Naciones Unidas, organismos especializados y otras organizaciones intergubernamentales relativas al proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 28.º período de sesiones	Reproducido como anexo a A/33/10 [vol. II (segunda parte), pág. 158].
A/CN.4/309 y Add.1 y 2	Informe sobre la cláusula de la nación más favorecida, por el Sr. Nikolai Ushakov, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen (pág. 1).
A/CN.4/310	Examen del procedimiento de elaboración de tratados multilaterales (párrafo 2 de la resolución 32/48 de la Asamblea General).—Nota de la Secretaría	<i>Idem</i> (pág. 305).
A/CN.4/311 y Add.1	Segundo informe sobre la segunda parte del tema de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, por el Sr. Abdullah El-Erian, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 281).
A/CN.4/312	Séptimo informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, por el Sr. Paul Reuter, Relator Especial	<i>Idem</i> (pág. 265).
A/CN.4/313	Décimo informe sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados, por el Sr. Mohammed Bedjaoui, Relator Especial.—Proyecto de artículos, con comentarios, sobre la sucesión en las deudas de Estado (<i>continuación</i>)	<i>Idem</i> (pág. 245).
A/CN.4/314	El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.—Respuestas de los gobiernos al cuestionario de la Comisión	<i>Idem</i> (pág. 271).
A/CN.4/315	Responsabilidad de los Estados.—La «fuerza mayor» y el «caso fortuito» como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina.—Estudio preparado por la Secretaría	<i>Idem</i> (pág. 65).
A/CN.4/L.264	Proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida: artículo A propuesto por el Sr. Reuter	El texto se reproduce en A/33/10, párr. 55 [vol. II (segunda parte), pág. 14].
A/CN.4/L.265	<i>Idem</i> : artículo 21 <i>ter</i> propuesto por el Sr. Reuter	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.266	<i>Idem</i> : artículo 21 <i>bis</i> propuesto por el Sr. Njenga	El texto se reproduce en el acta de la 1494.ª sesión (vol. I), párr. 25.
A/CN.4/L.267	<i>Idem</i> : artículo 23 <i>bis</i> propuesto por Sir Francis Vallat	El texto se reproduce en A/33/10, párr. 57 [vol. II (segunda parte), pág. 14].

<i>Signatura del documento</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.268	Cláusula de la nación más favorecida: declaración hecha por el representante de la secretaría de la UNCTAD en la 1497.ª sesión, conforme a la petición formulada por la Comisión	<i>Idem</i> , anexo, secc. B [vol. II (segunda parte), pág. 172].
A/CN.4/L.269	Proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. Textos aprobados por el Comité de Redacción: artículo 2, párr. 1, ap. h, y artículos 35, 36, 36 bis, 37 y 38	Los textos se reproducen en las actas de las sesiones 1509.ª, 1510.ª y 1512.ª (vol. I).
A/CN.4/L.270	Proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida: artículo 28 propuesto por el Sr. Tsuruoka	El texto se reproduce en A/33/10, párr. 68 [vol. II (segunda parte), pág. 16].
A/CN.4/L.271	Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.—Textos aprobados por el Comité de Redacción: artículos 23 a 27 y título del capítulo IV del proyecto	Los textos se reproducen en las actas de las sesiones 1513.ª y 1524.ª (vol. I).
A/CN.4/L.272	Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados.—Textos aprobados por el Comité de Redacción: artículos 23 a 25	<i>Idem</i> : sesiones 1514.ª y 1515.ª (vol. I).
A/CN.4/L.273	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 30.º período de sesiones: cap. I	Mimeografiado. Para el texto definitivo, véase A/33/10 [vol. II (segunda parte)].
A/CN.4/L.274 y Add.1 a 6	<i>Idem</i> : cap. II	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.275 y Add.1 a 5	<i>Idem</i> : cap. III	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.276 y Corr.1	<i>Idem</i> : cap. IV	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.277	<i>Idem</i> : cap. V	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.278 y Add.1, 3 y 4	<i>Idem</i> : cap. VIII	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.279	Informe del Grupo de Trabajo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes	Reemplazado por A/CN.4/L.279/Rev.1.
A/CN.4/L.279/Rev.1	<i>Idem</i>	La sección III se reproduce en A/33/10, cap. VIII, secc. D, anexo [vol. II (segunda parte), págs. 150 a 152].
A/CN.4/L.280	Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida. Textos aprobados por el Comité de Redacción: título del proyecto de artículos y artículos 1 a 29	Los textos se reproducen en el acta de la 1521.ª sesión (vol. I).
A/CN.4/L.281	Proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida: texto del artículo 23 bis (luego art. 24) aprobado por la Comisión en su 1520.ª sesión	<i>Idem</i> , 1520.ª sesión (vol. I), párr. 43.
A/CN.4/L.282	Proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados: memorando presentado por el Sr. Tsuruoka relativo al párrafo 2 del artículo 23 aprobado por la Comisión	Reproducido en el presente volumen (pág. 261).
A/CN.4/L.283	Informe del Grupo de Trabajo sobre el examen del procedimiento de elaboración de tratados multilaterales	El texto se reproduce, según se modificó en la 1526.ª sesión (vol. I), en A/33/10, cap. VIII, secc. B [vol. II (segunda parte), pág. 145].
A/CN.4/L.284 y Corr.1	Informe del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional	La sección II se reproduce en A/33/10, cap. VIII, secc. C, anexo [vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149].

<i>Signatura del documento</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.285	Informe del Grupo de Trabajo sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático	El texto se reproduce en A/33/10, párrs. 136 a 144 [vol. II (segunda parte), páginas 135 a 141].
A/CN.4/L.286	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 30.º período de sesiones: cap. VII	Mimeografiado. Para el texto definitivo, véase A/33/10 [vol. II (segunda parte)].
A/CN.4/L.287	<i>Idem</i> : anexo	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.288	<i>Idem</i> : cap. VI	<i>Idem</i> .
A/CN.4/SR.1474 a SR.1529	Actas resumidas de las sesiones 1474.ª a 1529.ª de la Comisión de Derecho Internacional	Mimeografiado. El texto definitivo figura en el vol. I.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
