

1618.ª SESIÓN

Martes 24 de junio de 1980, a las 10.20 horas

Presidente: Sr. C. W. PINTO

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

También presente: Sr. Ago.

Responsabilidad de los Estados (continuación)
(A/CN.4/318/Add.5 a 7, A/CN.4/328 y Add.1 a 4)
[Tema 2 del programa]

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

ARTÍCULO 33 (Estado de necesidad)¹ (conclusión)

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

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

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

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

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

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

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

jetividad antes de llegar a la conclusión de que existe una situación de peligro grave e inminente.

5. Parece lógico que el estado de necesidad excluya la ilicitud de modo absoluto, y que no sea simplemente una circunstancia atenuante, pero ni que decir tiene que debe subsistir la obligación de reparar. La posición de los terceros Estados que sean lesionados por un hecho realizado en una situación de necesidad merece un examen más detenido.

6. En cuanto a la redacción del proyecto de artículo propiamente dicho, el Sr. Pinto es partidario de que se introduzca el criterio de «moderación» en el párrafo 1. Hay que precisar también el carácter excepcional de la excusa de necesidad y redactar el artículo siguiendo el modelo del artículo 62 de la Convención de Viena³, como ha sugerido Sir Francis Vallat (1615.ª sesión). Las disposiciones del párrafo 1 exigen que el Estado que invoque la excusa de necesidad pruebe que no tenía ningún otro medio de proteger uno de sus intereses esenciales. Ello representa una carga tan importante para dicho Estado que hace plantearse de nuevo el problema de la utilidad del proyecto de artículo.

7. En el párrafo 2 se utiliza la expresión «situación de necesidad» sin ninguna explicación previa, y aunque su sentido sea claro, habría que hacerla preceder de una introducción, aun cuando sólo fuera desde el punto de vista de la presentación. Además, se debe prever que el párrafo 1 se aplica no cuando la situación de necesidad se «debe» al Estado, sino cuando el Estado «ha contribuido» al surgimiento de esa situación.

8. En el apartado *b* del párrafo 3 debería ampliarse la palabra «implícitamente» para introducir la idea de una exigencia tácita válida en todas las circunstancias.

9. El Sr. AGO, reconociendo las diferentes observaciones hechas por los miembros de la Comisión respecto del proyecto de artículo 33, observa que el Sr. Riphagen ha expuesto a la Comisión (1614.ª sesión) la interesante teoría del estado de necesidad como un conflicto de normas, lo que suscitó primero la inquietud del Sr. Ago, porque en su informe había tratado de demostrar que, en los casos en que un Estado invoca el estado de necesidad, no se puede sostener que hay un conflicto entre dos derechos ni que un «derecho» prevalece finalmente sobre el otro. Pero le ha tranquilizado después que el Sr. Riphagen no se refiriera a la oposición de dos derechos, sino a la de dos normas, una de las cuales sería aquella de la cual emana el derecho subjetivo de otro sujeto, que no se respeta, y la otra, la que prepara la Comisión. En este sentido, pues, su intervención no puede por menos de contribuir a que se comprenda mejor la teoría de la noción de estado de necesidad.

10. Respecto al criterio para apreciar el valor relativo de los intereses en juego, el Sr. Riphagen ha llegado a conclusiones muy próximas a las del Sr. Ago, aunque ha partido de premisas diferentes. Además, ha señalado a la atención de la Comisión el hecho de que pueden existir diferentes normas imperativas. Con ocasión del

examen del artículo 19⁴, la Comisión había observado ya que algunos delitos internacionales pueden ser más graves que otros y algunas normas imperativas más imperativas que otras. Sin embargo, el Sr. Ago sostiene que debe excluirse todo el ámbito de las normas imperativas del campo de aplicación de la excusa de estado de necesidad.

11. El Sr. Riphagen ha insistido también válidamente en la exigencia de una redacción lo más clara posible a fin de evitar toda mala interpretación. En lo que respecta a la eventual indemnización de los daños causados, el Sr. Ago no cree que el reconocimiento de un eventual derecho de indemnización ponga en duda la exclusión del carácter ilícito de los hechos. El hecho de que se trata no es ciertamente conforme a una obligación internacional, pero no se lo podría calificar de ilícito si la exclusión de la ilicitud resulta de un estado de necesidad. Por el contrario, estima, como el Sr. Riphagen, que la razón de ser del capítulo V del proyecto de artículos no es sino la voluntad de evitar la injusticia que podría a veces engendrar la aplicación rigurosa de algunas normas de derecho.

12. Por su parte, el Sr. Reuter (1614.ª sesión) ha comprendido bien que la exclusión de la ilicitud puede dejar subsistir consecuencias de la acción excusada por razón de necesidad, que pueden dar lugar a indemnización. El argumento central de su intervención es que la Comisión ha optado, con razón, por precisar rigurosamente las nociones que son objeto de los otros proyectos de artículos del mismo capítulo V y por circunscribir claramente sus límites respectivos. Esta observación es perfectamente exacta. El propio Sr. Ago había propuesto, cuando se examinó la fuerza mayor, que se distinguieran dos nociones de imposibilidad: la «material y absoluta» y la «relativa»⁵, es decir, la que caracteriza las situaciones en las cuales la aplicación estricta de la regla entrañaría, para el que se sometiera a ella, consecuencias tan graves que cabe preguntarse si la ejecución es verdaderamente posible, desde el punto de vista «humano», ya que no desde el punto de vista material. En esa ocasión, el Sr. Ushakov había propuesto a la Comisión que limitara la aplicación de la noción de fuerza mayor a los casos de imposibilidad material y absoluta. La Comisión lo siguió en este punto, probablemente con razón, dejando, sin embargo, una falla que debe subsanarse, lo que se ha de hacer justamente en el marco del estado de necesidad.

13. Siempre con respecto a la intervención del Sr. Reuter, el Sr. Ago desea eliminar toda ambigüedad en su actitud respecto del derecho natural. Ha hablado en su informe de algunas nociones «jusnaturalistas» porque algunos autores de los siglos XVIII y XIX crearon una confusión al calificar de principios de derecho natural un conjunto de normas que correspondía más bien a sus propios criterios. Por su parte, el Sr. Ago está convencido de que existe un derecho que prefiere no calificar de natural, sino de espontáneo, derecho que se forma en la conciencia de los sujetos de derecho

⁴ Véase 1613.ª sesión, nota 2.

⁵ Véase *Anuario... 1979*, vol. I, págs. 184 y 185, 1569.ª sesión, párrs. 5 y 6.

³ Véase 1615.ª sesión, nota 3.

precediendo al derecho positivo y que, en ciertos aspectos, tiene primacía sobre él.

14. En su intervención en la 1614.ª sesión, el Sr. Ushakov ha invitado a la Comisión a actuar con la mayor prudencia en materia de estado de necesidad. El Sr. Ago está de acuerdo, pero observa que quizá fuera imprudente dejar sin definir la noción tan candente de estado de necesidad. Ha estimado el Sr. Ushakov que el estado de necesidad no puede aplicarse en materia de obligaciones financieras. Pero ha citado, en cambio, algunos ejemplos en los que se aplicaría esta noción, como el de un incendio que se produjera en un territorio despoblado en la frontera entre dos Estados y que obligase a atravesar la frontera para combatir el fuego. Pero ha insistido sobre todo en el carácter eminentemente subjetivo de la comparación de los intereses de los Estados y ha declarado que la Comisión podría aceptar quizá tratar la excusa de necesidad como circunstancia atenuante más que como una circunstancia que excluya la ilicitud. También ha imaginado (1615.ª sesión) las complicaciones que surgirían en el caso en que un Estado B, víctima de una acción de necesidad del Estado A, reaccionase con contramedidas, seguidas también de una reacción del Estado A, etc. El Sr. Ago hace observar en primer término que, a su juicio, no se podría hablar en este caso de verdaderas contramedidas si la excusa de necesidad fuese fundada con respecto a la primera acción, puesto que excluía entonces el carácter ilícito del hecho del Estado autor de la acción. Pone de relieve, además, que tales complicaciones son inherentes a la materia misma de las relaciones internacionales, y pueden surgir asimismo en situaciones de fuerza mayor o de peligro extremo y no sólo en los casos en que se invoca el estado de necesidad.

15. Comprende el Sr. Ago la protesta formulada por el Sr. Díaz González (*ibid.*) respecto de la traducción de su informe al español y estima que podría incluso extenderse al texto inglés. Sin embargo, sabe por experiencia cuán difícil puede ser reflejar exactamente el pensamiento de un autor en una lengua extranjera cuando la materia es tan delicada como la que está tratando la Comisión.

16. Ha tomado nota de la observación hecha por el Sr. Díaz González respecto de los casos en que habría que determinar si el interés vital que se ha de proteger es el del Estado que invoca en su favor el estado de necesidad o el del Estado víctima. Toma en consideración el llamamiento lanzado en pro de la mayor claridad a fin de evitar toda interpretación errónea del futuro proyecto de artículos.

17. Ha situado bien el Sr. Šahović (*ibid.*) el problema del estado de necesidad, tanto en el sistema del derecho internacional como en los sistemas de derecho interno. Estima, como el propio Sr. Ago, que se ha de delimitar con precisión la esfera de aplicación de la noción de estado de necesidad. El Sr. Šahović estima también que se impone en el proyecto de artículos la existencia de una disposición sobre el estado de necesidad. El Sr. Ago pone de relieve que el estado de necesidad no merece todas las críticas de que ha sido objeto a veces, puesto que responde a una exigencia esen-

cial de justicia, a la preocupación de no hacer demasiado rígida la aplicación de las normas de derecho. Desde luego, los abusos son criticables, pero la noción misma constituye un elemento indispensable de todo sistema de derecho para evitar rozamientos excesivos en la aplicación de las reglas. El Sr. Šahović ha estimado incluso que se trata de un complemento necesario de las otras disposiciones del proyecto de artículo y ha subrayado el interés fundamental que reviste una excepción con respecto a la prohibición del empleo de la fuerza, incluso fuera de los casos de agresión.

18. Además, el Sr. Šahović ha pedido que se refuercen los términos del proyecto de artículos y ha previsto la posibilidad de incluir en el proyecto de artículo una cláusula expresa sobre la indemnización de los daños eventuales. El Sr. Ago estima posible acceder a esa demanda, pero recuerda que, respecto de un proyecto de artículo precedente que suscitaba el mismo problema, el Sr. Riphagen había estimado preferible prever una disposición distinta de alcance general, solución que le parece más adecuada.

19. Por su parte, el Sr. Quentin-Baxter (*ibid.*) ha citado también ejemplos interesantes, en particular el cruce de fronteras en caso de urgencia. Ha puesto de relieve que el principio estudiado por la Comisión es común a todos los sistemas de derecho, y, en efecto, no podría ser eliminado. Ha observado también que la obligación de indemnizar los daños puede muy bien subsistir no obstante la exclusión de la ilicitud. El Sr. Ago está de acuerdo y hace observar que la norma que la Comisión adopte en este punto deberá poseer toda la flexibilidad necesaria.

20. Ha insistido el Sr. Quentin-Baxter en los elementos constitutivos del estado de necesidad. Ha estimado justo mantener algunas excepciones, pero se ha declarado resueltamente hostil a la supresión del proyecto de artículo 33 porque la Comisión debe, por lo menos, señalar a la atención de los gobiernos el inmenso problema del estado de necesidad a fin de recoger su opinión sobre este punto.

21. Por su parte, Sir Francis Vallat (*ibid.*) ha escogido un enfoque práctico, particularmente bien venido en la materia. Refiriéndose a la práctica de los Estados más bien que a la jurisprudencia, que es más escasa, ha observado que, en muchos casos, las partes han estado de acuerdo en reconocer la validez del principio del estado de necesidad, ya sea para aceptar o para descartar su aplicación con ocasión de su controversia concreta. Ha llegado a la conclusión de que se trata de un principio de derecho internacional generalmente aceptado.

22. Ha previsto Sir Francis Vallat situaciones [el *Asunto del «Torrey Canyon»*, por ejemplo (véase A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 35)] en las cuales sería posible invocar a la vez dos causas distintas de exclusión de ilicitud y ha sugerido que se dé al proyecto de artículo una forma negativa más bien que positiva, declarando por ejemplo: «No se podrá invocar el estado de necesidad, salvo...». Esta proposición merece amplia reflexión y el Sr. Ago se propone volver a ocuparse de ella.

23. Ha tenido también Sir Francis Vallat el mérito de insistir en que en el artículo 33 se trata de regular un problema de exclusión de la ilicitud y no de exclusión de una parte de la responsabilidad o de la obligación de reparar. No se debe olvidar, en efecto, que un hecho ilícito lleva consigo dos tipos de consecuencias posibles: sanciones y medidas reparadoras, como ha observado la Comisión respecto a las contramedidas. Sir Francis Vallat ha declarado que, incluso si se excluye la ilicitud, puede subsistir la obligación de indemnizar los daños. Pero, sin embargo, el Estado víctima no está autorizado para aplicar contramedidas precisamente porque, si bien hay en efecto daño, no hay hecho ilícito. Ha insistido también en la noción de equilibrio de los intereses y ha invitado, por último, a la Comisión a examinar los problemas planteados por el empleo de la fuerza armada.

24. Por su parte, el Sr. Francis (1616.ª sesión) ha dicho que la presentación oral del artículo 33 por el Relator Especial le ha convencido de la necesidad de esa disposición. A su juicio, el artículo 33 se justifica por consideraciones derivadas de la práctica de los Estados, de la doctrina y de la índole del orden jurídico internacional. Sin embargo, el Sr. Francis desearía que la Comisión insistiera, en el texto del artículo, en las condiciones que deben reunirse para que se pueda invocar el estado de necesidad. El Relator Especial le da toda la razón sobre este punto.

25. En cuanto al Sr. Schwebel, ha considerado en primer término (1614.ª sesión) que el estado de necesidad debería excluir la responsabilidad más bien que la ilicitud, pero luego ha abandonado esa idea. En la 1616.ª sesión ha expresado su preferencia por una formulación negativa del artículo y ha insistido en que sería conveniente prever la posibilidad de una indemnización por daños. Sobre este último punto, el Sr. Ago hace observar que en algunos casos debería haber indemnización, y ésta ser incluso íntegra, mientras que en otros podría no haber lugar a indemnización. Es una cuestión de apreciación de cada caso y la Comisión debe abstenerse de entrar en los detalles si llega a redactar una disposición sobre esta cuestión. Por otra parte, el problema de la indemnización se plantea normalmente una vez que se ha excluido la ilicitud e incumbe a un tribunal arbitral o a una comisión de conciliación fijar la cuantía de los daños que se han de indemnizar. El Sr. Schwebel propone por lo demás con razón que se excluya claramente la aplicabilidad de la excusa de necesidad en todos los casos en que el Estado de que se trate habría podido evitar el peligro por otros medios.

26. En cuanto al empleo de las palabras «ha contribuido» o «se debe», incumbirá al Comité de Redacción escoger la fórmula más apropiada. A juicio del Sr. Ago, el verbo «contribuir» presenta la ventaja de haber sido utilizado en otros artículos del proyecto, aun cuando su empleo en el artículo 33 entraña el riesgo de dar a dicha disposición un carácter algo estricto. ¿Se ha de considerar que un Estado no se encuentra en estado de necesidad si se halla en una situación que no se «debe» realmente a él, pero a la que ha contribuido, por ejemplo, siguiendo una política financiera demasiado poco

rigurosa? Si esa situación presenta para él de todos modos un peligro extremo, ¿sería justo no permitirle ninguna excusa?

27. Es en la realidad de la vida internacional donde el Sr. Calle y Calle (1616.ª sesión) encuentra la justificación del artículo que se examina. Sin embargo, le parece indispensable subordinar la excusa de necesidad a condiciones muy estrictas. A este respecto, el Sr. Ago hace observar, por otra parte, que desde que se ha convenido en que el estado de necesidad no puede justificar en caso alguno el recurso a la fuerza armada no hay razón para tratar de limitar la aplicación de esta noción a los casos en que el interés que se ha de salvaguardar es la existencia misma del Estado. Ese interés debe ser esencial, pero casi nunca tiene nada que ver con la existencia del Estado que lo invoca.

28. El Sr. Calle y Calle ha señalado también a la atención de los miembros de la Comisión la posibilidad de invocar la excusa de necesidad en apoyo de la inobservancia de normas humanitarias. En esa esfera, y contrariamente a la de *jus cogens*, puede ocurrir que no esté absolutamente excluida la posibilidad de invocar la excusa de necesidad. En realidad, las convenciones en las que se enuncian normas humanitarias tratan de modos diversos el estado de necesidad. A veces, figura una disposición en el preámbulo o en las cláusulas finales de una convención que prevé que las obligaciones enunciadas en ese instrumento se entienden dentro de los límites que se impondrían en condiciones de necesidad grave. En tal caso, se admite de modo automático la aplicabilidad del estado de necesidad y las condiciones han de establecerse según el derecho convencional más bien que según las normas del derecho internacional general. Otras veces, en cambio, figura en una convención una norma general de exclusión de toda excusa de necesidad, hasta el punto de que esa excusa no puede invocarse en ningún caso. Pero no es raro que un artículo determinado de una convención contenga una disposición específica relativa al estado de necesidad. Si esa disposición prevé que no puede invocarse la excusa de necesidad en un caso determinado, cabe deducir de ello que puede serlo en todos los demás casos previstos en la convención. Por el contrario, si esa disposición prevé que las partes pueden dejar de observar determinada obligación en caso de necesidad, cabe deducir que ninguna excusa de necesidad justificaría la inobservancia de las demás obligaciones enunciadas en la convención. En materia de disposiciones convencionales, todo es, pues, cuestión de interpretación y pueden presentarse situaciones muy complicadas.

29. Por último, el Sr. Calle y Calle ha estimado que el estado de necesidad debe estar bien «establecido». El empleo del término «establecido» podría en efecto ayudar a la Comisión a proporcionar las garantías de objetividad necesarias. Por otra parte, ese término ya se ha empleado varias veces en el proyecto para poner de relieve el carácter objetivo que debe presentar la comprobación de una situación, sobre todo de una situación que puede conducir a la exclusión de la ilicitud de un comportamiento determinado.

30. Por lo que respecta al Sr. Verosta (*ibid.*), éste ha insistido en el carácter excepcional de la excusa de necesidad y en las condiciones restrictivas de su aplicación. También ha expresado la esperanza de que se alivie la carga del Estado inocente y ha evocado la cuestión de las relaciones entre el derecho consuetudinario y el derecho convencional.

31. En cuanto al Sr. Yankov (1617.ª sesión), ha vacilado entre el deseo evidente de reconocer lo bien fundado de la norma y el temor a los inconvenientes que presenta el aspecto subjetivo inherente a ella. En definitiva, se ha pronunciado por el estado de necesidad, consagrado en efecto por la práctica de los Estados, pero ha subrayado que, a su juicio, subsiste el problema del criterio que se ha de adoptar para apreciar la gravedad de la amenaza y para medir los intereses que entran en juego, en particular para determinar cuál debe prevalecer. Como el Sr. Ago, el Sr. Yankov ha estimado indispensable excluir la excusa de necesidad en caso de obligaciones importantes, sin que la Comisión cometa por ello el error de querer establecer cuáles son, consideradas individualmente, esas obligaciones.

32. Cuando codificó el derecho de los tratados, la Comisión hizo hincapié en el carácter evolutivo de la noción de normas imperativas. Una norma imperativa en un momento dado puede no serlo después, y viceversa. Por ello, vale más referirse a ejemplos seguros que elaborar definiciones rígidas. El Sr. Yankov ha llegado incluso a preguntarse si la norma *pacta sunt servanda* no es una regla imperativa del derecho internacional general a la que no podría sustraerse un Estado invocando el estado de necesidad. No es éste el caso, a juicio del Sr. Ago, pues entonces habría que inferir que ninguna obligación convencional permitiría invocar el estado de necesidad, lo que sería excesivo.

33. El Sr. Yankov se ha extendido sobre diversos casos de obligaciones y ha dado el ejemplo interesante de un país que se viera obligado a cerrar sus fronteras, en violación de una obligación internacional, para impedir que se extienda una epidemia. Por último, el Sr. Yankov ha recomendado que se tenga en cuenta la noción de estabilidad del orden jurídico internacional, que se evite adoptar posiciones categóricas y que se muestre la mayor prudencia en la continuación de los trabajos.

34. Tras un análisis detallado de la cuestión y luego de madura reflexión, el Sr. Jagota (*ibid.*) ha aprobado el artículo que se examina. A su entender, el estado de necesidad sólo puede invocarse como circunstancia que excluye la ilicitud cuando se reúnen todas las condiciones previstas. A este respecto, el Sr. Ago alude a la intervención del Sr. Yankov, para decir que no puede compartir su opinión en cuanto a que estas condiciones son tantas que probablemente no se reunirán nunca todas ellas. En realidad, estas condiciones, que no son tantas en definitiva, son indispensables y deben concurrir no para entorpecer la aplicación de la regla, sino para evitar los abusos. En cuanto al Sr. Jagota, se ha preguntado también a qué conclusión debe llegarse cuando existe una serie de hechos que constituyen una inobservancia de la obligación de no recurrir al empleo

de la fuerza, pero que no llegan a constituir un acto de agresión o un ataque armado.

35. Por último, el Sr. Jagota se ha preguntado quiénes resolverían las controversias eventuales. Ahora bien, este problema no es nuevo, puesto que puede plantearse para la aplicación de todos los artículos del proyecto. En algunos casos, puede surgir una controversia entre Estados ligados por una cláusula de jurisdicción obligatoria. En otros, los Estados de que se trate deben simplemente atenerse a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a la solución pacífica de las controversias. Quizá se corra el peligro de que el problema se presente de un modo agudo respecto de algunos casos en que se invoque el estado de necesidad, pero nada justifica que se lo regule con ocasión del artículo 33.

36. Por una parte, el Sr. Barboza (*ibid.*) ha hablado de los abusos a los que ha dado lugar la noción de estado de necesidad y, por otra, ha insistido en los límites que la hacen aceptable. En lo concerniente al aspecto subjetivo de la norma, ha destacado que, en caso de divergencia sobre la apreciación de una situación, siempre es posible proceder a una apreciación objetiva. Por último, el Sr. Barboza ha insistido con razón en la flexibilidad que la aplicación de la noción de estado de necesidad da al derecho internacional y ha insistido en que el artículo que se examina produce el efecto de excluir la ilicitud y no de atenuar la responsabilidad.

37. Aunque el Sr. Tsuruoka (*ibid.*) aprueba el artículo 33 en sus líneas generales, ha puesto de relieve algunos aspectos subjetivos que no pueden eliminarse. Ha hecho un llamamiento a la prudencia, ha establecido un equilibrio entre los verbos «contribuir» y «deberse» y ha hablado de la cuestión de la indemnización. A este respecto, ha propuesto que se agregue al artículo 33 un párrafo 4. El Sr. Ago cree que podría introducirse esa disposición en un artículo separado en el que se estipulase que las diferentes circunstancias que excluyen la ilicitud no prejuzgan la obligación de indemnizar daños eventuales.

38. Por último, el Presidente, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, ha recordado que el derecho romano ya reconocía la noción de estado de necesidad. Por otra parte, ha mencionado el artículo 142 del proyecto de convención sobre el derecho del mar. Esta disposición tiene por objeto no excluir la aplicabilidad de la excusa de necesidad con relación a las obligaciones enunciadas en el texto. Está redactada más bien según el modelo del Artículo 51 de la Carta. En opinión del Sr. Ago, más que una disposición puramente convencional de reconocimiento del principio, es un recordatorio y una confirmación de la existencia del principio del estado de necesidad en el derecho internacional general. El Sr. Pinto ha expresado, sin embargo, ciertas dudas y temores. A este respecto, el Sr. Ago pone de relieve que la labor de la Comisión consiste precisamente en conseguir que sólo pueda invocarse la necesidad para excluir la ilicitud cuando se halla bien demostrada.

39. En términos generales, se desprende del debate que la Comisión aprueba la inclusión del artículo 33

en el proyecto. Además, parece dispuesta a pedir al Comité de Redacción que procure elaborar una fórmula aceptable para todos.

40. En cuanto a los peligros que se han mencionado, el Sr. Ago estima que no se les debe dar tampoco excesiva importancia. Desde el momento en que la excusa de necesidad está sometida a condiciones estrictas de aplicación, esos peligros no parecen temibles. Por otra parte, la Comisión ha sabido muy bien descartar los peligros similares de las demás circunstancias que excluyen la ilicitud.

41. Tampoco se deben exagerar las dificultades que puede plantear la interpretación de la noción de interés esencial. En la mayoría de los casos no hace falta siquiera determinar si un interés es esencial o no y si prevalece o no sobre otro interés menos esencial. Por ejemplo, en el *Asunto del «Torrey Canyon»* no ha sido necesario preguntarse si el interés de la Gran Bretaña en evitar una contaminación grave de sus costas prevalecía realmente sobre el interés del Estado del pabellón en que no se destruyeran los restos del buque.

42. En cuanto a la práctica, el Sr. Ago señala que en conjunto los casos que han ocurrido pueden dividirse en dos categorías. En algunos asuntos no se ha reconocido el estado de necesidad, pero las partes o los jueces han admitido la validez del principio. En otros, las partes o los jueces han observado que se reúnan las condiciones de existencia del estado de necesidad. Así, en el *Asunto de las indemnizaciones rusas (A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 22)*, ambas partes reconocieron que si la situación del Imperio otomano hubiera sido la que su gobierno describía, el estado de necesidad podría justificar la negativa del Estado deudor de cumplir su obligación de pagar determinada suma en determinado momento. En el *Asunto de la Sociedad Comercial de Bélgica (ibid., párrs. 28 y ss.)*, las partes reconocieron la existencia de condiciones de aplicabilidad del estado de necesidad.

43. Un miembro de la Comisión se ha preguntado si una norma al parecer favorable a los países en desarrollo no podría llegar a ser desventajosa para éstos, que podrían sentirse inclinados a invocar una excusa de necesidad para no pagar sus deudas, lo que restringiría después sus posibilidades de recibir préstamos. A este respecto, el Sr. Ago hace observar que no basta con no querer pagar sus deudas para poder invocar el estado de necesidad, sino que es preciso encontrarse en una situación de peligro extremo.

44. Citando el caso de otros asuntos mencionados en su informe, el Sr. Ago pone de relieve que en el asunto de la caza de focas cerca de las costas rusas (*ibid.*, párr. 33) las medidas adoptadas por el Gobierno ruso habrían sido normalmente ilícitas, pero que, en defecto de esas medidas, se habría producido una catástrofe ecológica que habría vulnerado no sólo los intereses de Rusia, sino también los de los demás Estados interesados. La exclusión de la ilicitud estaba, pues, plenamente justificada. En el asunto de los inmuebles de las minorías búlgaras en Grecia (*ibid.*, párr. 32), lo mismo que en el asunto de la Compañía General de Orinoco (*ibid.*, párr. 39), no fue necesario aplicar un criterio

previo de comparación para determinar qué interés debía prevalecer y se aceptó la aplicabilidad de la excusa de necesidad. En ninguno de estos casos intervino un aspecto subjetivo que complicase la situación. Por ello, no hay que exagerar la importancia ni la frecuencia de las dificultades que pueden suscitar algunos aspectos subjetivos.

45. En cuanto a la redacción del artículo que se examina, puede parecer que una formulación negativa daría más fuerza a la regla enunciada. Sin embargo, la formulación positiva tendría la ventaja de ser conforme a la de los otros artículos del capítulo V del proyecto; además, con esa redacción, se emplea una fórmula negativa para la excepción relativa a las obligaciones creadas por reglas imperativas. Es una cuestión que deberá examinar el Comité de Redacción a base de propuestas concretas.

46. En lo concerniente al *jus cogens*, no se ha de pensar que el único ejemplo posible sea el de la agresión. Ningún Estado podría invocar el estado de necesidad como justificación para cometer un genocidio o para aplicar una política de *apartheid*, etc. A juicio del Sr. Ago, todas las reglas de *jus cogens* excluyen la posibilidad de invocar el estado de necesidad. ¿Qué puede decirse de los casos de empleo de la fuerza armada que no sean en forma de agresión? Por supuesto, la propuesta del Sr. Ago es quizá prudente, pero ¿cabe en realidad afirmar actualmente que algunas prohibiciones mencionadas por miembros de la Comisión dependen del *jus cogens*? Sin duda, hay comportamientos que entrañan el empleo de la fuerza en el territorio de otro Estado que están comprendidos de modo manifiesto en el *jus cogens*, pero en otros casos menos evidentes, ¿se puede llegar a excluir por completo la posibilidad de invocar el estado de necesidad? Ir tan lejos impediría a un Estado penetrar en el territorio de otro Estado para conjurar un peligro de incendio en su propio territorio. La Comisión puede escoger entre la solución prudente propuesta por el Sr. Ago y una solución más prudente aún pero quizá excesiva.

47. Por último, algunos miembros de la Comisión se han preguntado qué ocurriría si la Comisión se abstuviera de mencionar el estado de necesidad. ¿Equivalentría su silencio a excluir la aplicación del estado de necesidad en derecho internacional? Como el estado de necesidad se reconoce en todos los sistemas de derecho, el silencio de la Comisión podría, por el contrario, tener por efecto que el estado de necesidad entrañase un papel peligroso, mientras que, al consagrarlo, la Comisión puede fijarle límites rigurosos. En todo caso, al no tomar explícitamente posición sobre el estado de necesidad, la Comisión no podría sino perjudicar la causa del derecho internacional.

48. El PRESIDENTE propone que se remita el proyecto de artículo 33 al Comité de Redacción.

Así queda acordado ⁶.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

⁶ Para el examen del texto presentado por el Comité de Redacción, véase la 1635.ª sesión, párrs. 42 a 52.