

CAPÍTULO III ESTADO DE NECESIDAD

I. Concepto	61
II. Justificación	63
III. Diferencia con “fuerza mayor”.....	65
IV. Reconocimiento.....	68
1. Doctrina.....	68
2. Jurisprudencia.....	71
A. Arreglo judicial.....	71
a. Entre estados	71
b. Entre estados y sociedades.....	73
c. Entre estados y ciudadanos extranjeros	81
B. Arbitraje.....	84
a. Entre estados	84
b. Entre estados y sociedades.....	86
C. Prácticas estatales.....	88
a. Entre estados	88
b. Entre estados y extranjeros	96
3. Comisión de Derecho Internacional.....	97
A. Antecedentes. Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930).....	97
B. Comisión de Derecho Internacional.....	99
V. Conclusiones	109

CAPÍTULO III

ESTADO DE NECESIDAD

I. CONCEPTO

Por **estado de necesidad** se entiende —de acuerdo con la CDI— la situación en que se encuentra un estado que no tiene absolutamente más medio de preservar un interés esencial, amenazado por un peligro grave e inminente, que el de adoptar un comportamiento que no está de conformidad con lo que de él exige una obligación internacional para con otro estado.

La necesidad de que se habla —subraya Roberto Ago— es una necesidad de estado.

El peligro extremo que se invoca, no está “...representado por un riesgo para la vida de las personas físicas cuyo comportamiento se atribuye al estado, sino constituido por un peligro grave para la existencia del estado mismo, para su supervivencia política o económica, para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales, para la conservación de la paz interior, para la supervivencia de una parte de su territorio”. Es decir —explica Ago—, se trata de ejemplos que a menudo se hacen valer, en este contexto, como intereses «esenciales» o «particularmente importantes» del estado.¹²²

Por consiguiente, los órganos estatales a los que les corresponde decidir sobre la conducta que debe adoptar el estado, gozan de una completa y total libertad de decisión, pues, como indica la Comisión:

...en modo alguno se encuentran en condiciones que puedan anular su propia voluntad. Son ellos, es cierto, los que deciden el comportamiento que hay que observar ante condiciones anormales de peligro en las que se en-

¹²² Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5, p. 3.

cuentra el estado del cual son órganos, pero su libre arbitrio personal en modo alguno está afectado.¹²³

De donde, la conducta que sigue el estado es la consecuencia de "...una elección deliberada, plenamente consciente y voluntaria en todos sus aspectos".

Para precisar los lineamientos fundamentales del concepto, cabe recordar el Asunto de la caza de focas cerca de las costas rusas. En esta oportunidad, el gobierno ruso, para evitar el exterminio de la focas que se encontraban sujetas a una caza incontrolada por pescadores norteamericanos y británicos, dictó un decreto, en 1893, por el cual se prohibía su captura en un límite de 10 millas a partir de las costas del país y en un radio de 30 millas alrededor de las islas Komandorsky y Tulénw, zonas, por consiguiente, que en ese momento, correspondían en parte a la Alta Mar.

La justificación de la decisión del gobierno ruso, la explicó su ministro de relaciones exteriores, Chickline —en carta dirigida al embajador británico, Morier—, por la "...necesidad absoluta de tomar medidas provisionales inmediatas" ante la inminente proximidad de la estación de caza. Igualmente, enfatizó su carácter provisional y excepcional, así:

... creo útil insistir en el carácter esencialmente provisional de las medidas anteriormente mencionadas, impuestas por las presentes circunstancias excepcionales....¹²⁴

En la carta, el canciller ruso indicaba la disposición de su gobierno para adelantar negociaciones con sus similares de los dos países afectados para llegar a un acuerdo que reglamentara la caza de las focas.

El interés doctrinal de esta comunicación rusa se encuentra en el hecho de que enuncia los principales elementos del concepto, a saber: la naturaleza absolutamente "excepcional" de la situación alegada; el carácter "inminente" del peligro que pesa sobre un interés importante del estado; la imposibilidad de evitar tal peligro por otros medios, y el carácter necesariamente temporal de esa "justificación", ligada a la persistencia del peligro temido.¹²⁵

¹²³ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32 período de sesiones*, ob. cit., p. 73.

¹²⁴ Naciones Unidas, A/CN.4/315, p. 112.

¹²⁵ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32 período de sesiones*, p. 87.

En esta circunstancia excluyente de ilicitud, el concepto de “necesidad” se incorpora de hecho a la propia obligación como límite de su alcance. Por consiguiente, el estado que, al encontrarse en tal situación anormal, siga “...un comportamiento diferente del que la obligación prevee para circunstancias normales, no viola en absoluto la obligación, no comete ningún acto «no conforme» a lo que esa obligación exige. En consecuencia, no existe, por su parte, ilicitud que haya que excluir”.¹²⁶

En los dos puntos siguientes trataremos lo relacionado con la justificación de la existencia de esta circunstancia, así como su diferenciación del concepto de fuerza mayor, con el que se le confunde por tener alguna similitud. Después, analizaremos varios ejemplos que, además de demostrar que son reconocidos por los estados, corroborarán los elementos del concepto estudiado. Volveremos sobre tales elementos cuando se analice el artículo 33 del Proyecto sobre responsabilidad internacional del estado.

II. JUSTIFICACIÓN

Durante el siglo XIX se desarrolló la teoría de los derechos fundamentales de los estados, los cuales eran considerados, por una gran mayoría de autores, “... como inherentes a la verdadera naturaleza del estado, como la condición esencial de su existencia”; derivados —observa Ch. Fenwick— por inferencia directa, si es que puede decirse que derivaban de algo, de esa soberanía e independencia que constituía la piedra fundamental de todo el edificio del derecho internacional.¹²⁷

Carlos Calvo comenta:

Algunos publicistas han dividido en dos grandes grupos los derechos de los estados. Esta división se funda en el carácter especial de la soberanía e independencia de las naciones, y en el de algunas relaciones internacionales pasajeras y transitorias. La denominación que se ha dado a estos dos grupos ha sido la de derechos absolutos o primitivos o téticos, y relativos o condicionales o hipotéticos.¹²⁸

¹²⁶ Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5, p. 16.

¹²⁷ Fenwick, Charles G., *Derecho internacional*, trad. María E. de Fischman, Buenos Aires, OMEBA, 1963, p. 242.

¹²⁸ Calvo, Carlos, ob. cit., p. 134.

Los derechos absolutos son aquellos que “...existen a consecuencia de la vida misma del estado, y sin los cuales no podrían tampoco ser”. Estos derechos, explica el jurista Rivière,

...de autoconservación, respeto, independencia y comercio mutuo, que podrían implicarse, en su totalidad, dentro del derecho único de autoconservación, se basan en el concepto de que un estado es una persona del derecho de las naciones; forman la base legal del derecho de las naciones, y también de nuestra civilización política. El reconocimiento de que un estado es un sujeto del derecho de las naciones implica el reconocimiento *ipso jure* de su posesión legal de estos derechos. Estos son considerados esenciales o fundamentales, absolutos, primordiales y permanentes, en oposición a los que surgen de convenciones tácitas, que suelen ser mencionados como derechos hipotéticos, condicionales, relativos o accidentales.¹²⁹

Dentro de este orden de ideas, es perfectamente comprensible que un estado pudiese alegar la necesidad de salvaguardar un derecho fundamental con el fin de no cumplir una obligación internacional, pues es evidente que un derecho de tal naturaleza primaría sobre cualquier interés o derecho de otro estado.

Si bien esta concepción ha sufrido actualmente importantes modificaciones, queda aún el recuerdo de dos cuestiones: 1. La vinculación entre los conceptos de necesidad y de autoconservación, y 2. La idea de que una situación de necesidad se caracteriza por la “supuesta oposición de dos derechos subjetivos internacionales”.

En cuanto a la primera cuestión, cabe tener presente —como lo indica el relator Ago— que los conceptos de autoconservación y de estado de necesidad, no son idénticos en modo alguno ni están indisolublemente asociados, en el sentido de que uno constituya el fundamento y la justificación del otro. La idea predominante hoy en día, sostiene que “...el concepto de estado de necesidad podría sobre todo invocarse para excluir la ilicitud de comportamientos adoptados en ciertas condiciones a fin de salvaguardar un interés esencial del estado sin que la existencia de este último se hallase en modo alguno en peligro”. Y agrega: la idea de autoconservación —que en realidad no corresponde ni a un “derecho subjetivo” ni a un principio que ocupe un puesto en la esfera del derecho— puede, pues, descartarse definitivamente de nuestro contexto actual porque carece de utilidad alguna a fines de la definición del concepto

129 Rivière, A., *Principes du droit des gens*, t.I, p. 257, cit en Charles G. Fenwick, ob. cit., p. 242.

jurídico de estado de necesidad, como circunstancia capaz de excluir la ilicitud de un hecho del estado.¹³⁰

Respecto a la segunda cuestión planteada, es decir, concebir el estado de necesidad como la oposición o conflicto entre dos derechos subjetivos, la mayoría de los autores —observó la CDI— consideran que es inexacto hablar de un derecho subjetivo del estado que invoque el estado de necesidad. Para Alfred Verdross, por ejemplo, el estado de necesidad se caracteriza “... por el hecho de que un estado, al encontrarse en un conflicto entre, por una parte, la protección de sus intereses vitales y, por otra, el respeto al derecho ajeno, viola, por salvarse, el derecho de un estado inocente”.¹³¹ Si bien la Comisión optó por no tomar posición en esta polémica, terminó por explicar esa orientación doctrinal; así:

La expresión “derecho subjetivo” denota la posibilidad de exigir en derecho de otro sujeto una prestación o un comportamiento determinados. Ahora bien, el que invoca como justificación del hecho que ha realizado una situación de necesidad no aduce respecto de otro ninguna “pretensión” a una prestación o a un comportamiento. Así, pues, la situación debe describirse más bien como la de un conflicto entre un interés, tan esencial como se requiera, por un lado, y un derecho subjetivo por el otro.¹³²

III. DIFERENCIA CON “FUERZA MAYOR”

La necesidad —sostiene Charles de Visscher— tiende a confundirse con la fuerza mayor o bien con la legítima defensa,¹³³ lo cual se explica, principalmente, como consecuencia de la controversia doctrinal 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 ya toda idea de culpa subjetiva. En consecuencia, es común que quienes siguen la primera orientación, se refieran más a la fuerza mayor, en tanto que quienes son partidarios de la segunda, se inclinan por el estado de necesidad.

Las dudas de los tratadistas a este respecto —comenta el estudio de la Secretaría de las Naciones Unidas— van más allá de la simple cuestión del empleo de expresiones. En cierta medida, ellas apun-

¹³⁰ Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5, p. 8.

¹³¹ *Idem*.

¹³² *Idem*.

¹³³ Visscher, Charles de, *Teorías y realidades en derecho internacional público*, trad. Pablo Sancho, Barcelona, Bosch, 1962, p. 296.

tan 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 de estado de necesidad perdió nitidez en muchos casos. Una cierta falta de precisión en la redacción de la jurisprudencia, la práctica de los estados y las decisiones judiciales internacionales pertinentes tampoco han ayudado a la doctrina a establecer de forma más clara esa distinción conceptual.¹³⁴

No obstante lo anterior, algunos autores, como Eduardo Jiménez de Aréchaga, sostienen la necesidad de establecer una distinción entre los dos conceptos, lo cual no sólo ha sido aceptado, sino puesto en práctica. Sobre este tema se han preparado interesantes estudios por la Secretaría de las Naciones Unidas, por el relator de la CDI y por la propia Comisión. Avancemos algunas explicaciones sobre las diferencias entre los dos conceptos.

Según el citado jurista uruguayo, en el estado de necesidad, la conducta ilícita del estado dimana de una decisión voluntaria adoptada como único medio para proteger un interés vital amenazado, en tanto que la fuerza mayor es una fuerza externa e irresistible que actúa independientemente de la voluntad del agente, pues, como se señala en el artículo 19 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la transgresión se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del estado.

Para K. Strupp, el estado de necesidad es la situación que se presenta cuando un estado se ve amenazado por un peligro actual e inminente que puede poner en duda su existencia, su estatuto territorial o personal, su gobierno o su estructura misma; y su independencia o su capacidad de actuar, quedan limitadas o desaparecen. Y esta situación sólo puede superarse mediante la trasgresión de ciertos intereses de otros estados, protegidos por el derecho de gentes.¹³⁵

Al parecer —señala la Secretaría de las Naciones Unidas—, las condiciones mínimas para que exista estado de necesidad, indica-

¹³⁴ Naciones Unidas, A/CN.4/315, p. 76.

¹³⁵ Strupp, K., “Les règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours*, 1934-I, París, Sirey, 1934, t. 47, p. 568.

das por muchos tratadistas que lo reconocen como circunstancia excluyente de ilicitud, en derecho internacional, son: 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 medio.¹³⁶

El estudio citado llama la atención respecto al hecho de que el estado de necesidad, lo mismo que la fuerza mayor, 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*). Más bien, el hecho de precaver 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 aire 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 necesidad, tal como interpretan hoy este concepto la mayor parte de los autores que lo reconocen en el derecho internacional. Sin embargo, esos requisitos no tiene el mismo carácter objetivo que el suceso o acontecimiento externo que entraña el concepto de fuerza mayor.¹³⁷

Finalmente, destaca el hecho de que en el estado de necesidad la conducta que sigue el estado es totalmente voluntaria, a diferencia de lo que sucede en una situación de fuerza mayor, en donde 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 volunta-

¹³⁶ Naciones Unidas, A/CN.4/315, p. 78.

¹³⁷ *Idem*.

ria que, a diferencia de la legítima defensa, se adopta para salvaguardar los propios derechos o intereses mediante la trasgresión de los derechos de otro estado cuya conducta es jurídicamente irreprochable. Y la CDI agrega: los intereses de las dos partes en conflicto son legítimos y se ajustan al derecho. Además, la apreciación del peligro y de la inevitabilidad de los medios empleados para impedirlo está sujeta, en el *modus operandi* de la excepción de estado de necesidad, al menos en principio, a la interpretación subjetiva del estado que actúa.

IV. RECONOCIMIENTO

1. *Doctrina*

Para el estudio detallado de este tema, hemos considerado prudente seguir la síntesis que presenta la CDI en el informe correspondiente a sus sesiones de 1980, y que encuentra su fundamento en el octavo informe del relator Roberto Ago.

La Comisión sostiene haber comprobado, en primer lugar, que la idea de que la necesidad pueda justificar excepcionalmente un comportamiento del estado contrario a una obligación internacional; está explícitamente admitida —en el marco de una investigación en que el análisis del derecho interno se encuentra mezclado con el del derecho internacional— por los autores clásicos de esta disciplina, tales como B. de Ayala, A. Gentili y, sobre todo, H. Grocio, en los siglos XVI y XVII, y S. Pufendorf, C. Wolff y E. de Vattel, en el siglo XVIII.

En efecto, Vattel, por ejemplo, se refiere en su obra al derecho de necesidad, diciendo que es el “... derecho que solamente da la necesidad a ciertos actos, ilícitos por otra parte, cuando sin ellos es imposible cumplir una obligación indispensable”. Es preciso, añade, tener mucho cuidado en que la obligación debe ser verdaderamente indispensable en aquel caso, y el acto de que tratamos, el único medio de cumplirla, porque si falta alguna de estas dos condiciones, ya no hay derecho de necesidad. Y al referirse concretamente a la aplicación de este principio a una nación, indica:

... si una nación tiene una necesidad urgente de embarcaciones, carros, caballerías, o aun del mismo trabajo de los extranjeros, puede servirse de ellos de grado o fuerza, con tal que los propietarios no se hallen en la misma necesidad. Pero como no tiene más derecho a estas cosas que el de la necesidad, debe pagar el uso que haga de ellas si tiene con qué. La práctica de

Europa se conforma con esta máxima, porque se retienen en caso de necesidad las embarcaciones que se hallan en el puerto, pero se paga el servicio que se saca de ellas.¹³⁸

Es en el curso del siglo XIX cuando aparecen, tanto los autores que intentan dar una justificación al estado de necesidad (J. L. Klüber, W.H. Hall, H. Wheaton, A. G. Heffter, A. Rivière y T. Twiss) como sus primeros opositores (P. Fiore, P. Praider-Fodéré y J. Westlake). De de los primeros, Klüber afirma que:

... siendo superior a todas la obligación de conservarse a sí mismo, debe excusarse la lesión de cualquier derecho, si en un caso de necesidad evidente y absoluta, hay un estado que, colocado entre una obligación para con otro y la que le impone su propia conservación, da la preferencia a la última y se dispensa por la necesidad de la estricta observación de la justicia.¹³⁹

Y dentro de los opositores —que realmente no lo son en forma radical, pues fundamentalmente lo que hacen es condicionar el reconocimiento y aplicación del estado de necesidad—, Pascual Fiore sostiene:

Aun concediendo que el derecho a la propia conservación pueda excusar la violación de la ley, cuando sin esta violación sería inevitable nuestra destrucción, no puede tampoco aceptarse la teoría de aquellos publicistas que quisieron fundar sobre el caso de extrema necesidad un pretendido derecho que llamaron *jus necessitatis*, como si la necesidad pudiese hacer justo lo que por su naturaleza no lo es. Lo que nosotros podemos admitir es que, cuando un estado no tenga otros medios para salvar sus derechos naturales que violar el derecho de otro, puede prevalerse del argumento de la urgente necesidad para justificar su conducta. La necesidad no puede, por tanto, dar origen a un derecho, sino solamente servir como excusa y, así, no sólo debería ser demostrado, queriendo encerrarla en sus justos límites, que la necesidad se reconozca como actual, urgente y verdadera, sino que es necesario, además, que el estado que se prevalga de la necesidad, tome sus medidas para no abusar del favor, y que se halle dispuesto, en cuanto sea posible, a indemnizar el daño hecho al que lo experimente.¹⁴⁰

138 Vattel, E. de, *Derecho de gentes o principios de la ley natural, aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, Trad. Lucas Miguel Otarena, t: II, París, Casa de Masson e Hijo, 1824, p. 103.

139 Klüber, J. L., *Droit de gens*, 1861, p. 64, cit en Fiore, Pascual, *Tratado de derecho internacional público*, trad. Alejo García, t:I, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1894, p. 144.

140 Fiore, Pascual, ob. cit., p. 145.

De la transcripción anterior, se llega a la misma conclusión que el relator y la Comisión, en cuanto que los “...argumentos invocados por esos primeros adversarios —que recogieron casi todos los que adoptaron la misma postura—, no llevan realmente a un auténtico repudio de la idea misma de la ‘necesidad’ como excusa excepcionalmente aceptable de algunos comportamientos estatales”. En efecto, tales argumentos, así se indica en los estudios citados, representan más bien una doble reacción: a. en el plano teórico, al voluminoso bagaje de fundamentos y justificaciones con que los preconizadores de la idea de la necesidad querían ahora enriquecerla, y b. en el plano práctico, a la aplicación enteramente abusiva que algunos gobiernos hacían de ella.

Respecto al primer punto, los profesores españoles Julio D. González Campos y Luis I. Sánchez Rodríguez, lo corroboran, así:

... no goza de un general reconocimiento por la doctrina, principalmente en atención al hecho de que, en el pasado, la lesión de un derecho ajeno por un estado trató de apoyarse en la existencia de un supuesto derecho fundamental de autoconservación, hoy rechazado doctrinalmente, con el cual se conectaba la idea del estado de necesidad.¹⁴¹

No obstante, todo parece indicar que durante el siglo XIX, si bien el número de tratadistas que adoptaron una posición contraria al reconocimiento del estado de necesidad se incrementó, también es cierto que quienes lo defendieron integraron un grupo mayoritario, e igual fenómeno ha sucedido durante lo que va del presente siglo.¹⁴²

La CDI concluyó así su estudio —que compartimos— acerca de la doctrina internacional:

En último análisis la postura “negativa” en relación con el estado de necesidad viene a significar: estamos en contra del reconocimiento de la excusa de la necesidad como principio de derecho internacional general, porque los estados usan y abusan de ese supuesto principio para fines inadmisibles y a menudo inconfesables. Pero estamos finalmente dispuestos a atribuirle una función limitada en algunas esferas particulares del derecho internacional, menos delicadas que las que son habitualmente la escena de los abusos deplorados. Por otra parte, reducida a lo esencial la postura “positiva”, se traduce del modo siguiente: aceptamos la justificación de necesidad como constitutiva de un principio admitido por el derecho internacional general

141 González Campos, Julio D. y Sánchez Rodríguez, Luis I., *Curso de derecho internacional público*, v.I, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1980, p. 475.

142 Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5, p. 71 y ss.

en vigor; no podemos desdeñar la función que este concepto desempeña en las relaciones jurídicas interestatales, lo mismo que en los demás sistemas de derecho. Pero estamos dispuestos a fijar condiciones muy restrictivas a la aplicación de este principio a fin de evitar que esta "causa de justificación" termine por facilitar una ocasión demasiado fácil de violar impunemente el derecho internacional. Quisiéramos sobre todo impedir que se pueda utilizar en las esferas más clásicas en que se han venido produciendo tradicionalmente los abusos. Así, pues, es fácil advertir que la distancia que separa las posturas más "razonadas" de los dos campos es pequeña. Por consiguiente, la Comisión no ve en divergencias doctrinales, cuya importancia se ha exagerado con frecuencia, un obstáculo grave al cumplimiento de la tarea que se le ha encomendado.¹⁴³

2. *Jurisprudencia*

A continuación expondremos varias decisiones de organismos jurisdiccionales internacionales, que no sólo demuestran el reconocimiento del estado de necesidad, sino su aplicación a situaciones de deuda externa.

A. *Arreglo judicial*

a. Entre Estados

– *Asunto relativo a los derechos de los naturales de Estados Unidos de América en Marruecos*

El 28 de octubre de 1950 Francia acudió ante la Corte Internacional de Justicia (CJ), con base en la jurisdicción obligatoria, para que este organismo jurisdiccional definiera los derechos de los súbditos norteamericanos en Marruecos. Ello, en razón, principalmente, del conflicto originado por el decreto promulgado en 1948 por el Residente General de la República Francesa en Marruecos, respecto de la regulación de las importaciones en la antigua zona francesa de Marruecos. Los Estados Unidos de América recordaron su tratado de 1836 con Marruecos, en el cual se le concedía el trato de la nación más favorecida, y sostuvieron que, en virtud de ese tratado, habían y seguían teniendo derecho a un régimen de libre cambio.

El gobierno francés adujo para justificar su no cumplimiento de las obligaciones internacionales emanadas de los tratados vigen-

¹⁴³ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32 período de sesiones*, p. 109 y ss.

tes entre estados Unidos de América y Marruecos, la fuerza mayor y el orden público, conceptos que en el fondo se identifican realmente más con el de “estado de necesidad” —como ha sido aceptado en el estudio de la Secretaría de las Naciones Unidas y por Roberto Ago—, razón por la cual citamos este caso como ejemplo de su reconocimiento.

En esta ocasión, se afirmó que el gobierno francés había procedido así con el fin de evitar “...un peligro grave para un interés esencial del estado, es decir, salvaguardar su equilibrio económico fundamental”: las restricciones a las importaciones previstas en el decreto eran necesarias para asegurar el equilibrio económico del país, al igual que el control de cambios. Se fundamentó dicha aseveración en el informe del Director Ejecutivo del Fondo Monetario Internacional, en ocasión de la primera reunión del Consejo de Administración, en el que se lee:

En muchos países hay una seria escasez de bienes de todo tipo que deben ser obtenidos en el extranjero. En tales países, las restricciones de los cambios son durante cierto tiempo inevitables 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 del 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.¹⁴⁴

Respecto al orden público, el gobierno francés sostuvo 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 de comercio en tiempo de guerra.

El representante del gobierno estadounidense —observa atinadamente R. Ago— negó la existencia del peligro que temía el gobierno francés, pero se abstuvo de “poner en duda el valor de la excusa, cuyas características había descrito el gobierno de Francia y su posible aplicabilidad a situaciones diferentes a las del caso”.

¹⁴⁴ Naciones Unidas, A/CN.4/315, p. 156.

b. Entre estados y sociedades

– Asunto de la sociedad comercial de Bélgica

En este proceso, que enfrentó en la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) a los gobiernos de Grecia y de Bélgica, se discutió el cumplimiento de dos laudos proferidos en 1936, de acuerdo con los cuales el gobierno de Grecia debía realizar un pago a la Sociedad Comercial de Bélgica. Dicho proceso presenta la particularidad que no se trata de una deuda entre estados, sino entre un estado y una sociedad extranjera.

Este caso es muy interesante para la investigación que nos ocupa, pues si bien es cierto que en él no hubo un pronunciamiento explícito de la Corte sobre el estado de necesidad, es indudable que sí hubo un reconocimiento de él, siendo, además, muy importante, por las opiniones que se emitieron acerca de dicha circunstancia excluyente de ilicitud.

Cabe anotar, al igual que lo hicimos en el caso anterior y se hará en el Asunto de las indemnizaciones rusas, que aquí se habla de “fuerza mayor”, pero como lo observó el consejero del gobierno griego —quien precisamente la enunció con el fin de quitar toda posible ilicitud al no cumplimiento de los laudos—: “se sabe que hay escuelas y autores que expresan la misma idea por medio de la expresión: estado de necesidad”.¹⁴⁵ De ahí que consideremos este caso como otro de los ejemplos que deben ser estudiados.

El gobierno belga, en la solicitud y memoria que presentó a la CPJI, solicitó que declarase que el gobierno griego había violado sus obligaciones internacionales al haberse negado a ejecutar los precitados laudos.

Este último gobierno, a su vez, pidió que la “solicitud” de Bélgica fuera “rechazada pura y simplemente”, y que la Corte dispusiese 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”.

En la contramemoria del gobierno griego, del 14 de septiembre de 1938, la argumentación relativa a la “fuerza mayor” o, según nuestro entender, estado de necesidad, dice:

... 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

¹⁴⁵ Naciones Unidas, A/CN.4/315, p. 143.

su valor ni en 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 dependían 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 ésta 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, respecto de la capacidad de Grecia, conserva su validez en el 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 1.270.000.000 de dracmas, o, con los intereses devengados hasta el 1 de agosto de 1938, de 1.400.000.000 de dracmas, es absolutamente imposible.

En efecto, el pago total de tal cantidad inmediatamente, sobrepasa las posibilidades financieras del país, un país de recursos limitados. Esta suma constituye una cuantía 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 esa suma implica la transferencia de divisas extranjeras en una cantidad tal en relación con la reserva de oro, reserva que asegura la estabilidad monetaria nacional, que dicha transferencia sin lugar a duda 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, so pena de ver derribarse 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 por el 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.

.....

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...¹⁴⁶

Interesa observar cómo el gobierno belga, en su réplica, en ningún momento contravirtió la existencia y reconocimiento dentro del derecho internacional del estado de necesidad, llamado en el anterior documento "fuerza mayor", pues su objeción estuvo dirigida al hecho de que "no consideraba que los debates ante la Corte deban involucrar el examen de la capacidad de pago de Grecia".

La tesis griega se repitió en la réplica que el gobierno helénico presentó el 15 de diciembre de 1938, pues en dicho documento se enfatiza la grave situación presupuestaria y monetaria del país, al afirmar:

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, sin comprometer la existencia económica del país y el funcionamiento normal de los servicios públicos.¹⁴⁷

Donde, sin duda, se expusieron mejor las características de una situación constitutiva de un estado de necesidad fue dentro de este mismo proceso, en la exposición verbal que el consejero del gobierno griego, Youpis, hizo ante la Corte los días 16 y 17 de mayo de 1939, pues si bien reiteró algunas de las consideraciones ya transcritas, acudió a importantes criterios de autoridad, mediante los cuales se pueden precisar, aún más, los elementos constitutivos del concepto.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 138 y ss.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 140.

Por tal razón, y considerando que ello contribuye a una mayor claridad de nuestra investigación, transcribimos, pese a su extensión, algunas de las partes más importantes de su intervención; a saber:

Es materia de principio que las obligaciones contractuales y los fallos deben ejecutarse de buena fe. Es un principio que no sólo es 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, y 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?"

El consejero Youpis contesta la interrogante planteada en los siguientes términos:

La doctrina y la jurisprudencia han tenido ocasión de ocuparse de la cuestión...

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 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.

Youpis, para reforzar su argumentación, cita al profesor Gaston Jèze, quien en varias oportunidades se refirió al tema que nos ocupa, así:

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.

(Curso dictado en el Instituto Carnegie en 1927-1928.)

En el *Journal des Finances* de 2 de agosto de 1927, el eminente profesor Jèze desarrolla la misma idea. Afirma 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 —Jèze—, agrega:

Es una norma de derecho internacional positivo el que un estado se encuentre 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, p. 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 insolvencia 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.

El consejero Youpis alude a continuación a los profesores de la Pradelle y Politis, quienes al analizar dos laudos pronunciados para resolver algunas cuestiones que estaban pendientes entre Venezuela y Gran Bretaña, el 1 y el 8 de octubre de 1869, respectivamente, hicieron las siguientes afirmaciones:

De la circunstancia de que la deuda sea cierta y no controvertida no se concluye que el deudor debía 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. si el pago de la deuda pondría en peligro el buen funcionamiento de los servicios públicos, y 2. cuáles serían las economías que habría que realizar y cuáles serían los impuestos que cabría establecer. La doctrina y la práctica de los estados reconoce 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. 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. 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.

El último día de la intervención de Youpis, es decir el 17 de mayo, el consejero del gobierno belga, Sand, al exponer oralmente las conclusiones modificadas de su gobierno, reconoció la existencia y vigencia del estado de necesidad, junto con las limitaciones que tendría su aplicación, aunque lo rechazó para el caso controvertido con Grecia, por considerar que no se daban los requisitos exigidos. Se expresó así:

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.

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 en saber si el estado helénico repudia 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 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.

.....
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 a las épocas en que el pago pueda hacerse efectivo.

Por otra parte, para que la abstención total del 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 hicieran peligrar los servicios públicos del estado, su economía o sus finanzas.¹⁴⁸

La Corte, en sentencia del 15 de junio de 1939, se abstuvo de declarar, como lo solicitaba el gobierno griego, la existencia de una “fuerza mayor” que hubiese impedido a dicho gobierno cumplir con los laudos, pues consideró que “...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”. Es decir: reconoció la existencia de la denominada por ellos “fuerza mayor”, pero que, como hemos advertido anteriormente, corresponde al concepto de estado de necesidad.

– *Asunto del vapor Wimbledon*

Las autoridades alemanas negaron, el 19 de marzo de 1921, al vapor británico *Wimbledon*, que había sido fletado por una empresa francesa, el acceso y el libre paso por el canal de Kiel, por considerar “...que el cargamento consistía en material de guerra destinado a Polonia, que el tratado de paz entre Polonia y Rusia no se había ratificado todavía, existiendo entre estos dos países un estado de guerra, y que los reglamentos alemanes sobre neutralidad prohi-

148 *Idem*.

bían el tránsito por territorios alemanes de material de guerra destinado a cualquiera de esos dos beligerantes”.

Los gobiernos británico, francés, italiano y japonés demandaron al Imperio alemán, con fundamento en el art. 380 del Tratado de paz de Versalles de 28 de junio de 1919, de acuerdo con cuyos términos, el canal de Kiel y sus accesos estarían siempre libres y abiertos en pie de perfecta igualdad a los buques de guerra y mercantes de todas las naciones en paz con Alemania y que, por consiguiente, el gobierno alemán estaba obligado a la reparación del perjuicio causado al vapor y a sus fletadores.¹⁴⁹

Es cierto que la Corte no se refirió a una posible “excusa de necesidad” que Alemania hubiera podido invocar para justificar su decisión, pero en los debates orales sí fue planteada dicha cuestión por los representantes de ambas partes. Así, el representante del gobierno francés, Basdevant, afirmó:

¿Acaso los principios del derecho internacional, las normas generales del derecho de gentes, no dan motivos para poner en entredicho la norma de libre tránsito por el canal de Kiel en el caso de un navío que transporta material de guerra con destino a un estado neutral? En primer lugar, señalo, sin detenerme en ello, que no se han invocado contra la aplicación de la norma de libre tránsito, objeciones derivadas de la imposibilidad de la ejecución, ni del peligro que la ejecución de nuestra cláusula podría significar para Alemania, ni se ha recurrido a la excusa de la necesidad en forma alguna. En efecto, tales objeciones parecen inconcebibles en este caso. No insisto más en ello.

Como puede observarse, Basdevant aceptó la existencia dentro del derecho internacional, tanto del estado de necesidad como de la “fuerza mayor” —al mencionar la imposibilidad de ejecución—, para colocar en “entredicho” el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

El representante del gobierno italiano, Pilotti, expresó:

... es inconcebible que el sujeto obligado intente sustraerse a su deber de prestar el servicio; esto sólo se comprende en la medida en que los conceptos del derecho privado, respecto a la ejecución de las obligaciones, puedan aplicarse al derecho internacional.

¹⁴⁹ Sánchez de Bustamante, Antonio, *El tribunal permanente de justicia internacional*, Madrid, Edit. Reus, 1925, p. 262.

Tampoco habría lugar a aducir motivos de fuerza mayor o, más concretamente, de recurrir a ese concepto que se sanciona expresamente en el primer libro del Código Civil alemán relativo al ejercicio de los derechos en general (No. 227), que, por otra parte, se presta a discusión, a saber, el *status necessitatis*.

En efecto, no existe prueba alguna de que la guerra entre Polonia y Rusia, por las acciones de las dos partes beligerantes, constituyera para Alemania ese peligro inmediato y actual contra el cual dicho país no habría tenido otro medio de defensa que la interdicción general del tránsito de armas por su territorio, y sobre todo que existiera peligro semejante en el momento en el que el *Wimbledon* se presentó a la entrada del Canal....

...toda la discusión conduce nuevamente al terreno más simple y más seguro de la búsqueda de una razón jurídica que justifique la no ejecución voluntaria por Alemania, razón que no podría ser otra que la imposibilidad de ejecución o el *status necessitatis*...

Y el representante del gobierno alemán, reconoció igualmente la existencia del estado de necesidad al afirmar que “Alemania está muy lejos de querer reivindicar el *jus necessitatis*; no reivindica en ninguna forma ese derecho”.¹⁵⁰

Este ejemplo contribuye, indudablemente, a establecer el hecho de que todas las partes que intervinieron en el proceso adelantado ante la CPJI, estuvieron de acuerdo en reconocer el estado de necesidad como una “...razón jurídica que justifique la no ejecución voluntaria” de una obligación internacional.

c. Entre estados y ciudadanos extranjeros

— *Asunto concerniente al pago de diversos empréstitos serbios emitidos en Francia.*

La controversia se suscitó entre el gobierno del Reino de los serbios, croatas y eslovenos y los tenedores franceses de ciertos empréstitos, por cuanto estos últimos exigían se les pagaran las sumas adecuadas sobre “la base del valor del franco oro”, en tanto que el gobierno consideraba que estaba facultado “para pagar el servicio de la deuda en francos papel”.

Francia planteó también esta controversia ante la CPJI, en representación de los tenedores de bonos franceses. Y fue en el alegato presentado por el gobierno servocroata-esloveno donde se

150 CPJI, *Actes et documents*...serie C, No. 3, vol. I, p. 78 y ss.

hizo referencia a la “ fuerza mayor”, para justificar su rechazo a la tesis de los tenedores de bonos y del gobierno francés, pues consideraba que se encontraba afrontando “ graves crisis y trastornos económicos ocurridos como consecuencia de la primera guerra mundial”, lo que le obligaba a seguir el ejemplo de la misma Francia, quien por razones semejantes, había optado por una solución similar. Si el gobierno francés, se afirmó,

...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 países.¹⁵¹

La Corte falló este asunto el 29 de julio de 1927, al decidir que “... 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 los dispuesto en el artículo II del compromiso”.

Pese a lo anterior, la misma Corte pareció admitir perfectamente en principio, como con gran acierto observa el relator especial, Roberto Ago, “...que en ciertos casos pueda invocarse un estado verdadero de necesidad para excluir la ilicitud de un comportamiento no conforme a una obligación financiera internacional”.¹⁵²

– Asunto Oscar Chinn

El británico O. Chinn consideró que le perjudicaban las disposiciones dictadas por el gobierno de Bélgica para ser aplicadas en el Congo Belga, con el fin de favorecer a UNATRA, empresa de ese país, por lo cual su gobierno llevó la cuestión, igualmente, ante la CPJI, pues consideró que las precitadas medidas “... habían creado un monopolio de hecho de los transportes fluviales en el Congo, lo que, según su parecer, era contrario a los principios de la libertad de navegación, la libertad de comercio y la igualdad de tratamiento, previstas en los artículos 1 a 5 de la Convención de St. Germain-en-Laye, del 1 de septiembre de 1919”.

¹⁵¹ Naciones Unidas, A/CN.4/315, p. 135.

¹⁵² Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5, p. 24.

Si bien la Corte no entró a estudiar el posible estado de necesidad que condujo al gobierno de Bélgica a tomar las medidas comentadas, toda vez que consideró que la Convención de 1919 no establecía la prohibición para establecer un “monopolio de hecho”, el juez Dionisio Anzilotti, en su opinión individual, sí lo hizo, considerando que era la única forma como el gobierno belga hubiese podido justificar las medidas adoptadas, al afirmar:

Si, suponiendo que se han probado debidamente los hechos alegados por el gobierno del Reino Unido, las medidas adoptadas por el gobierno de Bélgica eran contrarias a la Convención de St. Germain, no puede tomarse en consideración la circunstancia de que dichas medidas se adoptaron para hacer frente a los peligros de una crisis económica. Es evidente que el derecho internacional no sería más que una palabra vana si bastara que un estado invocara el interés público para sustraerse al deber de cumplir las obligaciones contraídas....

La situación sería distinta en el caso en que el gobierno de Bélgica se hubiera encontrado en estado de necesidad, pues la necesidad puede excusar el incumplimiento de las obligaciones internacionales....

...se puede observar que hay hechos seguros y que parecen imposibles de conciliar con la excusa de la necesidad.

En primer lugar, el hecho de que el gobierno de Bélgica adoptara la decisión del 20 de junio de 1931, escogiendo entre varias medidas posibles —y, además contrariamente a la opinión de la Cámara de Comercio de Leopoldville— la que consideraba más apropiada a las circunstancias. Nadie podría poner en duda, ni lo hace, que correspondía al gobierno de Bélgica decir cuáles eran las medidas más apropiadas para enfrentar la crisis. Esto, sin embargo, a condición de que las medidas escogidas no se opusieran a sus obligaciones internacionales: la libertad de escoger estaba limitada indiscutiblemente por el deber de respetar dichas obligaciones. En cambio, dicha libertad excluye la excusa de la necesidad que, por definición, supone la imposibilidad de actuar de ninguna otra manera que no sea la contraria al derecho.

Otro hecho seguro, y que parece imposible de conciliar con la excusa de la necesidad, es la oferta que hizo el gobierno, el 3 de octubre de 1932, a otros transportistas distintos de la UNATRA. Cualquiera haya sido su valor práctico, dicha oferta demuestra que era posible conceder a todas las empresas ventajas análogas a las concedidas a la UNATRA y, por tanto, evitar ese monopolio de hecho que, según la opinión del gobierno del Reino Unido, era la consecuencia necesaria de la decisión del 20 de junio de 1931.¹⁵³

¹⁵³ CPJI, *Arrêts*...Serie A/B, núm.63, p. 89, cit. en Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5, p. 37.

Obsérvese que en esta afirmación de Anzilotti vuelve a destacarse el hecho de que si bien se reconoce el estado de necesidad, su aplicación se encuentra evidentemente restringida, pues se exige, muy claramente, que exista un peligro para un interés esencial al estado y que la conducta adoptada, en este caso la contraria a la obligación internacional, sea la única que pueda adoptar el estado, para “salvaguardar el interés esencial amenazado”.

B. Arbitraje

a. Entre estados

– *Asunto de las indemnizaciones rusas*

Los antecedentes de esta controversia se encuentran en el Protocolo firmado entre Rusia y Turquía en Adrianópolis, el 19 de enero (31 de enero)* de 1878, con el objeto de poner fin a la guerra entre ellas, mediante un armisticio.

En dicho instrumento, el gobierno turco aceptó pagar indemnizaciones por concepto de los costos de la guerra y de las pérdidas sufridas. El monto de tales indemnizaciones se fijó en el artículo 19 del tratado Preliminares de Paz, suscrito en San Estéfano, el 19 de febrero (3 de marzo) del mismo año, en la suma 1.400 millones de rublos.

Por no estar el gobierno otomano en condiciones de pagar de forma inmediata el total de la deuda, lo hizo en cuotas, que comenzó a cubrir en 1884 y terminó en 1902.

No obstante haber cubierto el total de lo adeudado, el gobierno ruso reclamó el pago de intereses por mora, lo que ocasionó una nueva controversia, que, al no haber podido solucionarse mediante negociaciones directas, resolvieron llevar a la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, según acuerdo suscrito el 22 de julio (4 de agosto) de 1910.

El gobierno otomano sostuvo ante la Corte, entre otras argumentaciones, la excepción de fuerza mayor para justificar la demora en el cumplimiento del pago de su deuda.

Cabe advertir, una vez más, que, de acuerdo con el concepto que de estado de necesidad hemos adoptado, sus características se identifican plenamente con el ya expuesto de fuerza mayor, por lo cual, tanto el relator especial de la CDI como la propia Comisión,

* Diferencia de 13 días menos entre el calendario juliano, de Rusia, y el gregoriano, occidental. La URSS adoptó este último a partir de 1918.

han considerado que es un caso típico de estado de necesidad, opinión que compartimos íntegramente.¹⁵⁴

La Corte terminó absolviendo a Turquía, en laudo del 11 de noviembre de 1912, por considerar que "...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 indemnizaciones".

En cuanto a la excepción alegada por el gobierno de Turquía, la Corte afirmó en su mencionada decisión:

La excepción de fuerza mayor —léase estado de necesidad— 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 peligra, 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 en parte de sus finanzas, a acordar 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.

Y agregó:

Pero ha quedado verificado, por otra parte, que durante ese mismo periodo 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, evaluada 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 debida a los titulares rusos por indemnizaciones, habría puesto en peligro la existencia del imperio otomano o comprometido gravemente su situación inter-

154 Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32 período de sesiones*, Nueva York, 1980, p. 79 y Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5, p. 19.

na o externa. Por consiguiente, la excepción de fuerza mayor no habría sido acogida.¹⁵⁵

Por tanto, en este caso concreto, la Corte Permanente de Arbitraje rechazó la excepción interpuesta por el gobierno otomano, al considerar que no se daban los requisitos necesarios para la aplicabilidad de la excluyente de ilicitud, pese a lo cual, es indudable, como lo reconoce la CDI, que ella admitió "la existencia en derecho internacional de una "excusa de necesidad", aunque sólo dentro de límites muy rígidos. El respeto de la obligación internacional debe ser *self-destructive* para que pueda excluirse la ilicitud del comportamiento no conforme con la obligación".¹⁵⁶

b. Entre estados y sociedades

– Asunto de las reclamaciones francesas contra Perú

En 1910, los ministros de relaciones de Perú y Francia —Meliton Porras y J. Guillemín, respectivamente— suscribieron un acuerdo mediante el cual el gobierno de Perú aceptaba deducir 25 millones de francos del monto total de un empréstito que se proponía negociar, con el fin de pagar con esa suma a los acreedores franceses.

El gobierno peruano no llegó a concretar el empréstito por no haberlo autorizado su congreso, no obstante lo cual el gobierno de Francia le exigió el cumplimiento del pago de la deuda que había reconocido en el tratado de 1910. Ante la negativa de Perú —por considerar que el pago estaba condicionado al préstamo— y la ausencia de acuerdo, los gobiernos acudieron al Tribunal Arbitral de La Haya, quien, por laudo del 11 de octubre de 1920, condenó al estado peruano al pago de los 25 millones de francos.

La situación objeto de decisión arbitral era jurídicamente compleja, por lo cual debe destacarse —según indica Antonio Fernández Tomás, de quien tomamos este caso—, en primer lugar, la existencia de una diferencia *privada* (la de las sociedades francesas, posteriormente representadas por el Banco de París y de los Países Bajos, con el gobierno peruano) a la que se superpone otra *pública*, a partir del momento en que el gobierno francés interviene en apoyo de sus nacionales; en segundo lugar, un reconocimiento público y oficial, en 1880, de la existencia y cuantía de la deuda por parte

¹⁵⁵ Naciones Unidas, A/CN.4/315, p. 178.

¹⁵⁶ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32 período de sesiones*, p. 80.

del gobierno de Perú, mediante decisión de Nicolás de Piérola, dictador peruano; y, en tercero, la existencia de una ley peruana posterior, de 1886, que anuló la decisión del gobernante, pues, como señaló el tribunal esa ley no podía ser "...oponible a extranjeros que han contratado de buena fe".¹⁵⁷

– *Asunto de la Compañía Francesa de Ferrocarriles Venezolanos*

Esta empresa fue creada por el ciudadano de nacionalidad francesa, Duque de Morny, en 1888, a quien el gobierno de Venezuela había otorgado una concesión para "...construir un ferrocarril, canalizar ríos y explotar y disfrutar de los ingresos de la empresa por un periodo de 99 años".

Terminada la construcción del ferrocarril, en el país se presentaron varias insurrecciones y revoluciones que causaron graves pérdidas a la empresa, por lo que ella comunicó al gobierno venezolano que "... se veía forzada a suspender la explotación de su línea y los servicios de sus buques de vapor debido a causas de fuerza mayor".

Más adelante, la compañía francesa presentó a Venezuela una reclamación por los perjuicios sufridos, la cual se tramitó ante la Comisión Mixta de Reclamaciones Franco-Venezolana, creada por el Protocolo del 27 de febrero de 1903.

El árbitro, en laudo del 31 de julio de 1905, exoneró al gobierno venezolano, con fundamento, principalmente, en la siguiente argumentación:

... no puede ser responsabilizado —el gobierno venezolano— 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 estas 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 vió obligada por fuerza mayor a 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

¹⁵⁷ Fernández Tomás, Antonio, *Deuda externa, nuevo orden económico y ordenamiento jurídico internacional*, ob cit., p. 148 y ss.

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 conservación. 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...¹⁵⁸

C. *Prácticas estatales*

a. Entre estados

– *Asunto de los bosques de Rhodopia central* *

Bulgaria había sido condenada a pagar a Grecia, mediante el laudo arbitral dictado por O. Unden, el 29 de marzo de 1933, la suma de 475.000 leva (*sic*) oro, más un interés de 5%, a contar de la fecha del citado laudo.

Al no cumplir el gobierno búlgaro, Grecia planteó el asunto ante el Consejo de la Sociedad de las Naciones, el 6 de septiembre de 1934, con el fin de que dicho organismo aplicase a Bulgaria las sanciones contempladas en el párrafo 4 del artículo 13 del Pacto, el cual establecía que “...los miembros de la sociedad se comprometen a cumplir de buena fe las sentencias dictadas y a no recurrir a la guerra contra un miembro de la sociedad que a ellas se someta. En caso de incumplimiento de la sentencia, el Consejo propondrá las medidas que hayan de asegurar su efecto”.¹⁵⁹

El representante del gobierno búlgaro, en la exposición que realizó ante el Consejo, afirmó, en primer lugar, la decisión de su país de cumplir con el laudo y, en segundo, explicó su falta de cumplimiento por la difícil situación financiera en que se hallaba el gobierno. Sus palabras fueron:

... el gobierno de Bulgaria no tenía la intención —que tal vez pudiese inferirse de la actitud del gobierno de Grecia de pedir que se incluyese la cuestión en el orden del día del Consejo (anexo 1516)— de eludir la obligación que le había impuesto el laudo arbitral en cuestión. Por tanto, confirmó la declaración que su gobierno estaba dispuesto a hacer efectivo a Grecia el pago

* Macizo montañoso entre Grecia y Bulgaria.

¹⁵⁸ Naciones Unidas, A/CN.4/315, p. 177.

¹⁵⁹ García Arias, Luis, *Corpus iuris gentium*, Zaragoza, Ed. Octavio y Férrez, S.L., 1968, p. 16.

estipulado en el laudo. Sin embargo, la situación actual de las finanzas nacionales impedía que el gobierno de Bulgaria contemplara la posibilidad de hacer un pago en efectivo. No obstante, su gobierno estaba dispuesto a examinar inmediatamente, con el gobierno de Grecia, cualquier otro método de pago aceptable para éste. En particular, el gobierno de Bulgaria estaría en condiciones de satisfacer su deuda mediante entregas en especie.¹⁶⁰

El representante del gobierno griego aceptó la propuesta búlgara, con lo cual se hace evidente, una vez más, que la gravísima situación económica de un país, constitutiva de un estado de necesidad, puede aducirse para justificar plenamente el incumplimiento de sus obligaciones de pago, con lo cual se elimina todo viso de ilicitud en su comportamiento. En efecto, el representante griego manifestó:

El gobierno de Grecia, tomando en consideración las dificultades financieras de Bulgaria, dió su asentimiento a esa propuesta y estuvo (*sic*) dispuesto a arreglar inmediatamente, de acuerdo con el gobierno de Bulgaria, la naturaleza y la cantidad de las entregas que podría aceptar convenientemente en pago de su pretensión.¹⁶¹

– *Asunto de los inmuebles de las minorías búlgaras en Grecia*

Por el Tratado de Sèvres, entre los aliados y Turquía, firmado el 10 de agosto de 1920, se estableció que las minorías que estuviesen radicadas en los territorios que fueron cedidos a Grecia, que pertenecieron hasta ese momento al Imperio Otomano, podían optar por la nacionalidad búlgara, lo que les permitía, no obstante, conservar sus bienes inmuebles, pese a tener que abandonar el territorio griego (arts. 3 y 4)

Al regresar a Grecia una inmensa cantidad de refugiados de esa nacionalidad que se encontraban en Turquía, el gobierno helénico, para instalarlos, no tuvo más alternativa que alojarlos en los inmuebles de los búlgaros, lo que generó numerosos incidentes en la frontera. Esta situación fue investigada por una Comisión de la Sociedad de las Naciones, en cuyo informe se lee:

...en un caso de fuerza mayor, el gobierno de Grecia utilizó esas tierras (el antiguo distrito búlgaro) para asentar refugiados de Turquía. Sería imposi-

¹⁶⁰ Sociedad de las Naciones, *Journal Officiel*, 15 año, núm 11 (primera parte), noviembre de 1934, p. 1423, cit. en Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5, p. 20.

¹⁶¹ *Idem*.

ble desalojar ahora a esos refugiados a fin de permitir el regreso de los antiguos propietarios.

Tanto el relator especial como los miembros de la CDI, estuvieron de acuerdo en que en este caso, si bien la Comisión de la SDN habla en su informe de “fuerza mayor”, realmente de lo que se trataba era de un estado de necesidad, por cuanto el gobierno griego se hallaba “... en una situación de imposibilidad material de dar cumplimiento a la obligación relativa al respeto de las propiedades búlgaras en su territorio”.¹⁶²

– *Deudas de guerra alemanas por reparación*

Por el Tratado de Versalles, firmado el 28 de junio de 1919, los gobiernos aliados y asociados declararon, y Alemania reconoció, que este estado y sus aliados, “... son responsables, por haberlos causado, de todos los daños y pérdidas inflingidos a los gobiernos aliados y asociados y sus súbditos a consecuencia de la guerra que les fue impuesta por la agresión de Alemania y de sus aliados” (art. 231).

Y como consecuencia de esa responsabilidad, se estableció para Alemania, entre otras cosas, la obligación de reparar “... todos los daños causados a la población civil de cada una de las potencias aliadas y asociadas, o a sus bienes, mientras cada una haya sido beligerante con Alemania, en virtud de dicha agresión” (art. 232).¹⁶³

Al no determinar el tratado las sumas adeudadas, creó una Comisión de Reparaciones encargada de tal función, la cual determinó, el 1 de mayo de 1921, el monto a pagar por Alemania en 132.000 millones de marcos oro, equivalente a 33.000 millones de dólares de los Estados Unidos de América.

Como la situación financiera de Alemania no era la más apropiada para poder cumplir con sus obligaciones, se formularon dos planes: el Dawes y el Young. El primero se basó en la consideración de que un país sólo puede pagar sus deudas “... si dispone en su presupuesto de un exceso suficiente de ingresos sobre gastos y, a su vez, en su comercio exterior, de un exceso en las exportaciones sobre la importaciones”. Este plan no entró en vigor y fue reemplazado por el Young, que fijó una reprogramación para el pago de la deuda alemana, pero “...subordinado al mejoramiento de la economía” de ese país.

¹⁶² Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32 periodo de sesiones*, p. 85 y ss.

¹⁶³ Scara Vázquez, Modesto, *La paz precaria*, México, UNAM, 1970, p. 42.

Ni este plan, ni la moratoria dispuesta por el presidente estadounidense el 20 de junio de 1931, lograron que Alemania pagara su deuda ni, mucho menos, que los aliados lo hicieran respecto de Estados Unidos de América, tal como lo veremos en el punto siguiente, pues, no obstante el deseo del gobierno estadounidense de mantener los pagos separados e independientes, finalmente se vincularon y corrieron la misma suerte: nunca se pagaron.

– *Deudas de guerra de los estados europeos*

Bajo esta denominación se comprende a las deudas que los aliados europeos contrajeron con los Estados Unidos de América, con motivo de la primera guerra mundial y, posteriormente, para su rehabilitación. Estaban representadas en los llamados *Liberty Bonds*, que el gobierno estadounidense puso a la venta y fueron adquiridos por sus nacionales. El 15 de noviembre de 1922, capital e intereses acumulados, e impagos, alcanzaban la suma de 11.600 millones de dólares.¹⁶⁴

Los gobiernos acreedores fueron paulatinamente experimentando numerosas dificultades de orden económico que les impidieron dar cumplimiento a sus obligaciones, y quisieron tratar su problema, primero colectivamente y, luego en una conferencia internacional, pero Estados Unidos de América se opuso, manteniendo su tesis de manejar “caso por caso”.

Sin embargo, la situación fue agravándose, y la primera excepción a la exigencia estadounidense del pago total de la deuda se hizo con Gran Bretaña: se le aceptó la condonación de los intereses que debía cubrir en el ejercicio fiscal de 1920. La fundamentación de esta solicitud se basó en consideraciones financieras y económicas íntegramente nacionales: “...la debilidad de la libra esterlina, y la necesidad de utilizar los dólares para la compra de trigo y productos porcinos para el alimento de su población”.

El hecho de que la petición fuera aceptada de inmediato —observa Gonzalo Biggs— conllevó un reconocimiento del principal acreedor de que las prioridades nacionales de Gran Bretaña tenían precedencia sobre sus obligaciones externas con los Estados Unidos de América. Esta comprensiva reacción estadounidense hacia la solicitud británica —agrega Biggs— debe ser comparada con la hostilidad con la que los actuales acreedores han respondido a la solicitud bastante similar del presidente de Perú, Alan García, de limitar

¹⁶⁴ Biggs, Gonzalo, ob. cit., p. 122.

el pago de la deuda externa al diez por ciento de los ingresos, en divisas de su país.

Como la situación de los deudores europeos continuaba empeorando, no obstante las medidas de "...ajuste y alivio, que en cada caso representaron una reducción importante del monto original de la deuda", se estableció la Comisión de Deudas de Guerra, con facultades para "...refinanciar o prorrogar el pago del capital y los intereses, o de sustituir el monto de las obligaciones adeudadas mediante bonos".

La labor de la Comisión para el estudio de la situación de los créditos pendientes y los convenios de reprogramación de las deudas se basó en el "principio de la capacidad de pago del deudor", ampliamente aceptado y defendido por Andrew Mellon, Secretario del Tesoro, para quien "...la insistencia en el cumplimiento de un convenio que supere la capacidad de pago de una nación le serviría de justificación para negarse a cualquier arreglo. Nadie puede hacer lo imposible. Para que el deudor pueda tener la posibilidad de pagar y el acreedor pueda recibir algo, es indispensable un arreglo que sea justo para los dos países".

Como indicamos en el punto anterior, la deuda de Alemania, lo mismo que la de los estados aliados con los Estados Unidos de América, terminaron, para 1930, "completamente concatenadas". Los hechos que sobrevinieron y sus consecuencias, que culminaron con el no pago de ninguna de las deudas, son descritos por Gonzalo Biggs, en una forma tan precisa y clara, que hemos deseado hacer su exposición a través de él:

... la fragilidad del sistema financiero internacional quedaría muy pronto de manifiesto al producirse la quiebra del *Credit Anstalt*, en Viena, en la primavera de 1931. Esta quiebra fue el detonante que precipitó la salida masiva de capitales de Alemania, que un autor calificó de "torrente enloquecido" y que rápidamente produjo el caos financiero en el resto de Europa. Esta rápida sucesión de acontecimientos culminó en la moratoria que el presidente Hoover debía declarar el 20 de junio de 1931.

La propuesta unilateral de Hoover de aplazar por un año el pago de todas las deudas de otros países con los Estados Unidos fue subordinada a la condición de que las potencias aliadas procedieran a aplazar en la misma forma el pago de las reparaciones adeudadas por Alemania. La vinculación existente entre ambos pagos, que había sido persistentemente rechazada desde la época de Wilson, era finalmente reconocida por los Estados Unidos. El presidente declaró en su mensaje:

Como la base para el cumplimiento de estas obligaciones era la capacidad de pago del deudor en condiciones normales, debemos ahora ser coherentes con nuestra propia política y nuestros propios principios y tomar en cuenta la situación anormal que impera actualmente en el mundo. Estoy seguro de que el pueblo norteamericano no tiene deseo alguno de tratar de extraer sumas que excedan de la capacidad de pago de algún deudor y es nuestra opinión de que una visión amplia de este problema exige que nuestro gobierno reconozca la situación tal como ella existe.

La moratoria impidió, por algún tiempo, una cesación de pagos inminente y masiva y sentó las condiciones para un arreglo general. Sin embargo, resultaba evidente que ni las reparaciones ni deudas de guerra serían pagadas por más que Estados Unidos continuara afirmando que no las condonaría. Y Gonzalo Biggs concluye con la constatación de unos hechos que, nos preguntamos, si no podrían volver a ocurrir:

Sin perjuicio del clamor público por la cesación de pagos colectiva de los países europeos, en la opinión norteamericana no se registró en ese momento, ni después, reacción vindicativa alguna, sino, más bien, un reconocimiento tácito de la inevitabilidad de lo ocurrido. Desde un punto de vista formal, esta deuda junto con aquella de la Unión Soviética....figura, oficialmente, en incumplimiento, desde 1934 y, según el informe más reciente del Departamento del Tesoro, el total adeudado por concepto de capital e intereses por los aliados europeos y la Unión Soviética por sus obligaciones de guerra, al 30 de junio de 1986, ascendía a 28.200 millones de dólares".¹⁶⁵

— Bonos latinoamericanos

La región —explica Biggs, a quien seguiremos muy de cerca en su detenida investigación de este caso— recibió en préstamo de Estados Unidos de América un total de 2.400 millones de dólares en el periodo comprendido de 1920 a 1931. Este endeudamiento coincidió con la transformación de ese país en el mayor acreedor del mundo, y el aumento espectacular de la inversión privada directa de ese estado en América Latina. 85% de la deuda pública del periodo estaba representada por bonos denominados en dólares, vendidos por intermedio de bancos y agentes privados y que habían sido emitidos por los gobiernos y sus dependencias políticas, pro-

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 136 y ss.

vinciales, municipales y departamentales; el saldo correspondía a la deuda de las empresas privadas.

Mas la crisis económica a que fueron llegando los países de Latinoamérica, iniciada con Bolivia el 1 de enero de 1931, hizo que, para 1935, más del 75 % de los estados deudores hubiesen cesado en el pago de la deuda pública, con lo que se inició un difícil proceso de negociaciones que culminó luego de 26 años, con el convenio de arreglo con Bolivia, el 11 de junio de 1957.

Las causas de la crisis fueron sustancialmente externas: el *crash* de Wall Street, de 1929, "... produjo el aumento de las tasas de interés y una dramática contracción del crédito internacional que, a su vez, precipitó la caída de los precios de las principales materias primas de América Latina; las medidas proteccionistas y, fundamentalmente, 'la negativa de los bancos a proporcionar créditos a corto plazo durante el periodo crítico de falta de liquidez que precedió a la cesación de pagos', constituyó el factor detonante de la insolvencia que sobrevino después".¹⁶⁶

Para efectos de nuestro estudio, interesa destacar el hecho de que los gobiernos latinoamericanos en ningún momento repudiaron la deuda, tal como ha ocurrido actualmente. En efecto, las declaraciones formuladas sobre esta cuestión, "... junto con reconocer la validez de la deuda, anunciaron la suspensión del pago de intereses con cargo a la misma". Además, como los deudores fueron los que tomaron la iniciativa, también fueron ellos los que condujeron las negociaciones y "... los acreedores, muy a su pesar, no tuvieron, en la mayoría de los casos, otra alternativa que aceptar o ajustarse a esos planteamientos de los deudores".

La reacción de los acreedores, por tanto, no fue perjudicial para los estados latinoamericanos, pues al decir de G. Biggs:

Las declaraciones públicas y acciones adoptadas por los países deudores no fueron objeto de protestas, reclamos diplomáticos o represalias por parte de la comunidad financiera internacional o de los gobiernos acreedores. Lo que es más importante, no hubo litigios, embargos o incautaciones de cuentas bancarias, naves, aeronaves u otros bienes, como se ha anticipado que ocurriría si se adoptaran acciones similares por los países deudores en la situación actual.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 141 y ss.

Una de las razones determinantes —según Biggs— para que no se procediese judicialmente contra los gobiernos, tuvo carácter jurídico:

...de conformidad con la doctrina prevaleciente de la inmunidad absoluta de los estados, los acreedores no disponían de recursos eficaces en contra de los gobiernos deudores. La doctrina vigente estaba todavía influenciada por un fallo de 1877, de los tribunales ingleses, que declinó aceptar jurisdicción en una demanda por el no pago de los bonos del gobierno peruano. Se señaló entonces, que “estos bonos no son otra cosa que compromisos de honor...” y los contratos respectivos no pueden ejecutarse ante los tribunales de un país extranjero o aun ante aquellos del país que emitió los bonos, al menos que sea con el consentimiento del gobierno de este último país.

El presidente Roosevelt, al desarrollar de la política del Buen Vecino, modificó la seguida por su antecesor en cuanto a esta cuestión; por lo cual propició la creación del Consejo de Tenedores de Bonos, organismo eminentemente privado, que tuvo a su cargo la negociación con los deudores de la reanudación de la cancelación de los títulos.

Los arreglos convenidos en esa oportunidad incluyeron, tanto planes provisionales como permanentes de ajuste, con el doble propósito de aliviar a los deudores del gravamen excesivo del servicio de la deuda y, proporcionar, igualmente, ingresos a los tenedores de bonos. Por lo general, estos planes incluyeron la suspensión parcial, y, en algunos casos, total, del pago de los intereses en efectivo.¹⁶⁷

— Controversia anglo-portuguesa de 1832

Entre Portugal y la Gran Bretaña existió un tratado internacional por el cual el primero se obligaba a “respetar los bienes de los nacionales británicos que residieran en el país”.

No obstante dicha obligación, las autoridades portuguesas confiscaron los bienes que pertenecían a los nacionales británicos, justificando tal determinación por la necesidad que tenía el gobierno de proveer fondos para el mantenimiento de “determinados contingentes utilizados para reprimir disturbios internos”.

El gobierno británico consultó la situación con sus asesores legales, y obtuvo la siguiente respuesta:

Siguiendo instrucciones de Vuestra Excelencia, tengo el honor de informarle que concuerdo con el Sr. Hoppner en que cualquiera que sea el punto de

¹⁶⁷ Para mayor detalle de estos programas de ajuste, recomendamos la consulta de la obra de G. Biggs, a quien, como se advirtió, hemos seguido en la exposición de este punto.

vista desde el cual se considere el actual conflicto en Portugal, éste no puede menoscabar la inmunidad de los súbditos británicos que residen en dicho reino ni privarlos de los privilegios que les han sido otorgados en virtud de un tratado. Sin embargo, la cuestión que en realidad se plantea es si los privilegios e inmunidades otorgados de ese modo han de respetarse en toda circunstancia, cualquiera sea el riesgo que ello entrañe; en mi humilde opinión, entiendo que no es posible sostener dicha tesis hasta ese extremo. Resulta fácil imaginar casos en que la estricta observancia del tratado sería totalmente incompatible con el deber supremo que una nación tiene para consigo misma. Cuando se plantea un caso de esa índole, Vattel (libro 2, cap. 12, secc. 170) observa que éste queda “exceptuado tácita y necesariamente del tratado”.

Por tanto, en caso de necesidad apremiante, considero que el gobierno portugués estaría facultado para confiscar para su utilización por el ejército las provisiones, etc., que fueran necesarias para la subsistencia de éste, aun en contra de la voluntad de los propietarios, británicos o portugueses, ya que, según tengo entendido, los tratados concertados entre este país y Portugal no son tan rígidos ni inflexibles que no puedan modificarse en circunstancia alguna o que sus cláusulas deban ser acatadas tan estrictamente que se prive al gobierno de Portugal del derecho a utilizar medios que pueden ser absoluta e indispensablemente necesarios para la seguridad, e incluso, la existencia misma del estado.

El alcance de la necesidad que justifique una confiscación de esa índole de los bienes de súbditos británicos dependerá de las circunstancias particulares del caso, pero la necesidad debe ser inminente y urgente.¹⁶⁸

Como puede apreciarse, ambas partes reconocen el estado de necesidad, estableciendo como requisito la existencia de un peligro “inminente y urgente”.

b. Entre estados y extranjeros

El Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930, en su petición de informe a los gobiernos, planteó la cuestión de si un estado incurriría en responsabilidad internacional cuando por un acto del poder legislativo o ejecutivo, repudiara una deuda contraída con extranjeros.

El gobierno de Sudáfrica consideró viable esa posibilidad, por cuanto expresó que:

¹⁶⁸ Mc Nair, Alistair, *International Law Opinions*, vol: II, p. 231 y ss., cit. en Naciones Unidas, A/CN.4/318/ADD.5, p. 35.

...no estimaba absolutamente imposible que pueda justificarse el repudio de deudas. Los extranjeros que prestan dinero a un estado determinado no pueden esperar en modo alguno no verse jamás afectados por las vicisitudes de dicho estado. Si, a consecuencia de circunstancias desfavorables que escapen a su control, un estado se encuentra efectivamente en una situación tal que no pueda hacer frente a todos sus compromisos ni a todas sus obligaciones, se encuentra virtualmente en situación de dificultad grave. Entonces deberá clasificar sus obligaciones por orden de importancia y ocuparse en primer término de las que presenten un interés más esencial. Por ejemplo, un estado no podría cerrar sus escuelas, sus universidades y sus tribunales, suprimir su policía ni descuidar sus servicios públicos hasta el punto de exponer a su población al desorden y a la anarquía, simplemente con el fin de disponer de los fondos necesarios para hacer frente a sus obligaciones respecto de sus prestamistas extranjeros o nacionales. Lo mismo que para un particular, para un estado hay límites a lo que razonablemente puede esperarse de él. Si, en un caso de este tipo, los efectos de la mala fortuna se reparten equitativamente entre nacionales y extranjeros, sin que éstos sean objeto especial de un trato desfavorable, no sería razonable quejarse.¹⁶⁹

Atendiendo estas consideraciones, y las que en un sentido similar enviara el gobierno de Austria, el Comité Preparatorio redactó la base de discusión núm. 4, que veremos a continuación.

3. *Comisión de Derecho Internacional*

A. *Antecedentes. Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930)*

Uno de los más importantes esfuerzos para la codificación del derecho internacional se llevó a cabo bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones, para lo cual se creó un Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación, a celebrarse en La Haya en 1930.

El Comité no aludió en la petición de informe dirigida a los gobiernos, si procedía considerar al estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud. Pese a esto, dos gobiernos, en sus respuestas se refirieron a ella, aunque con cierta vaguedad.

Según Dinamarca:

...la legítima defensa y el estado de necesidad deberían ser invocados, por principio, en el derecho internacional; pero, tanto aquí como en el derecho privado, deberían estar sometidos a ciertos límites que, sin embargo, no están suficientemente fijados...

De acuerdo con gobierno suizo:

...algunos pretenden que el acto cometido por un estado dentro de los límites de su derecho e inspirado por el interés de su propia defensa, no constituye un delito internacional, aunque pueda lesionar a otro estado. Evidentemente, tal regla sería demasiado absoluta; crearía una inseguridad jurídica próxima al régimen del capricho. Sin embargo, corresponde tener en cuenta el derecho de conservación del estado, reconociendo a éste el derecho de legítima defensa, derecho que debe interpretarse estrictamente y cuya condición esencial es la existencia de una agresión injusta, contraria a derecho. Por tanto, es importante distinguirlo claramente del derecho de necesidad que, por su parte, es la puerta abierta a la injusticia y a la arbitrariedad.¹⁷⁰

Como puede apreciarse, aquí surge no sólo el reconocimiento del principio, unido al derecho de conservación que por ese entonces trataban algunos autores, a los cuales ya nos hemos referido, sino también la necesidad de limitar su aplicación, aunado a justos temores porque se pudiese abusar de dicha circunstancia.

Otros gobiernos enfatizaron que la aceptación del estado de necesidad, dependería de las circunstancias imperantes, con lo cual, indudablemente, hacían referencia a la necesidad de establecer límites para su aplicación. Así, el de Sudáfrica. Recuérdese su exposición desarrollada en el punto anterior ("Entre estados y extranjeros", *vid supra*, p. 81).

El Comité Preparatorio, con fundamento en la información de los gobiernos elaboró, en 1929, las llamadas "bases de discusión", que servirían a los efectos de las deliberaciones que se realizarían en la conferencia del año siguiente. En el punto B. *Deudas*, en la base de discusión no. 4, se lee:

El estado incurre en responsabilidad internacional si, mediante una disposición legislativa, desconoce o pretende dar por anuladas deudas que lo obligan.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 17 y ss.

El estado incurre en responsabilidad si, aun sin desconocer una deuda, mediante una disposición legislativa, suspende o modifica su servicio en todo o en parte, salvo que se vea forzado a ello por necesidades financieras.¹⁷¹

Es decir, se acepta el estado de necesidad, para cuando el estado se encuentra enfrentando muy difíciles problemas financieros, que sólo no pueden solucionarse con la modificación o suspensión del servicio de la deuda. Lo que ocurre actualmente a los estados latinoamericanos!

B. Comisión de Derecho Internacional

Desde su primer periodo de sesiones, este organismo de la Organización de las Naciones Unidas incluyó dentro de la lista de 14 materias escogidas para su codificación, el tema de la “responsabilidad del estado”. No obstante, y por diversas circunstancias que no es el caso en este trabajo estudiar, si bien analizó accidentalmente el tema entre 1956 y 1961 —principalmente en relación con los ocho informes que había presentado F. V. García Amador, quien había sido designado como relator especial del asunto en 1955—, sólo hasta 1963, puede decirse, volvió a tratar sistemáticamente el tema, para lo cual nombró como relator especial al profesor italiano Roberto Ago.

Y fue precisamente con base en los informes que él preparó, que la Comisión ha ido elaborando un proyecto sobre la responsabilidad internacional del estado, en donde se reconoce la existencia del estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho del estado, que no esté en conformidad con una obligación internacional que debe cumplir. Pasamos a continuación a analizar su texto.

Artículo 33 del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional del estado. (Texto).

Artículo 33.- Estado de necesidad

1. Ningún estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud de un hecho de ese estado que no

¹⁷¹ Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, v:II, Nueva York, 1956, p. 220.

esté en conformidad con una obligación internacional del estado a menos que:

a) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del estado contra un peligro grave e inminente; y

b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial del estado para con el que existía la obligación.

2. En todo caso, ningún estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud:

a) si la obligación con la que el hecho del estado no esté en conformidad dimana de una norma imperativa de derecho internacional general; o

b) si la obligación internacional con la que el hecho del estado no esté en conformidad ha sido establecida por un tratado que, explícita o implícitamente, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad con respecto a esa obligación; o

c) si el estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

– Comentarios

El haber reconocido la existencia del estado de necesidad, se debió —como explica la propia Comisión— al hecho de que su concepto se encuentra arraigado demasiado profundamente en la teoría del derecho para que el silencio que se guardara respecto a ella pudiera, por sí sólo, interpretarse como una exclusión absoluta de la aplicabilidad de esa noción al derecho internacional, exclusión que, por otra parte, si verdaderamente fuera total, no estaría justificada: el temor a los abusos —abusos que pueden evitarse mediante la adopción de disposiciones prudentes y circunstanciadas— no es razón suficiente para suprimir el funcionamiento legítimo de una causa de exclusión de la ilicitud del comportamiento del estado en los casos en que la utilidad de esta causa está generalmente reconocida. En otras palabras, la gran mayoría de la Comisión adoptó el punto de vista de que se había de eliminar, ciertamente, toda aplicabilidad de la noción de estado de necesidad allí donde fuera realmente peligrosa, pero no donde había sido y seguía siendo útil como válvula de escape que permite aliviar las consecuencias, inevitablemente enojosas, del deseo de ajustarse a toda costa a las prescripciones de la norma de derecho. Hay que evitar, en efecto, que la exigencia esencial del respeto del derecho acabe por llevar a esas situaciones que tan acertadamente describe el adagio *summum jus, summa injuria*.¹⁷² Es decir, derecho estricto, injusticia suprema.

Por tanto, al aceptarse el estado de necesidad, se hace, como indica R. Ago, "...a condición de que sea de carácter absolutamente excepcional", tal como la doctrina contemporánea lo ha concebido.

Precisamente, con el fin de hacer destacar esta condición, varios miembros de la Comisión pidieron que se "...expresara el principio en forma negativa" (Barboza); sugiriéndose, igualmente, que se procediese sobre la base del artículo 62 de la Convención de Viena de 1969, relativa al derecho de los tratados (Sir Francis Vallat). Esta disposición se refiere al cambio fundamental de las circunstancias. Y así lo hizo el Comité de Redacción.¹⁷³

El hecho del estado debe reunir, de forma simultánea, los siguientes requisitos: 1. Ser el "único medio" que podía emplear el estado para "salvaguardar un interés"; 2. El interés objeto de protección debe ser "esencial" para el estado; 3. El interés debe estar amenazado por un "peligro grave e inminente", y 4. El hecho no puede afectar "un interés esencial" del otro estado.

No está por demás reiterar la exigencia de coexistencia y simultaneidad que debe darse en los elementos indicados, recordando lo expresado por la CDI a este respecto. En efecto, al referirse a las condiciones o requisitos enumerados, indicó de forma muy clara y terminante: que a ellos "... en todos los casos, y al mismo tiempo, debe responder la situación invocada, para que un estado pueda pretender, sobre esa base, la exclusión de la ilicitud del hecho realizado". Veamos cada uno de estos requisitos.

1. Ser el único medio que podía emplear el estado para salvaguardar un interés.

Con ello se quiere indicar que el peligro no ha podido "...evitarse por ningún otro medio, incluso mucho más oneroso, que hubiera podido adoptarse manteniendo el respeto de las obligaciones internacionales". Jagota —miembro de la Comisión— fue categórico: "el estado debe haber agotado todos los medios jurídicos posibles antes de verse obligado a obrar como lo hace".¹⁷⁴

Además —como lo indica la Comisión—, el comportamiento de que se trata tiene que haber resultado indispensable en su totalidad, y no sólo en parte, para preservar el interés esencial amenazado, pues todo lo que rebase los límites de lo estrictamente necesario "... no puede dejar de constituir en sí mismo un hecho ilícito, aun

¹⁷² Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32 período de sesiones*, p. 111.

¹⁷³ Naciones Unidas, A/CN.4/SER.A/1980, pp. 153, 176, 179 y 272.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 174.

cuando, por lo demás, la justificación de la necesidad haya sido admitida”.

Consecuentemente con lo anterior —continúa la Comisión—, “una vez eliminado el peligro merced a la adopción del comportamiento no conforme con la obligación internacional, cualquier persistencia ulterior de ese comportamiento recupera su carácter ilícito, aun cuando esa ilicitud haya estado excluida en el periodo anterior. La observancia de la obligación internacional en entredicho debe restablecerse sin demora, siempre que sea materialmente posible”.

2. El interés objeto de protección debe ser esencial para el estado.

Si bien es cierto que el interés objeto de protección debe ser “esencial” para el estado, ello no quiere decir que sólo aquellos que se refieren a su existencia pueden ser alegados. Y ello debe ser aceptado así, pues, como lo ha destacado el relator especial, los casos en que se ha invocado el estado de necesidad, alegando un interés del estado distinto a la preservación de su propia existencia, han terminado por ser más frecuentes y menos discutidos que los otros. Recordemos los ejemplos anteriormente citados, dentro de los cuales es imposible olvidar los referentes a las dificultades financieras del estado, o a la necesidad de preservar al estado contra cualquier peligro que comprometa “gravemente su situación interna o externa” (Corte Permanente de Arbitraje).

El relator y algunos de los miembros de la Comisión aludieron a la identificación de los “intereses esenciales” así: “... los intereses esenciales que deben tenerse en cuenta pueden referirse a esferas tan diversas como la economía, la ecología u otras” (R. Ago); “... un peligro grave para la existencia del estado, para su supervivencia política o económica, para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales, para la conservación de la paz interior o para la conservación ecológica de su territorio” (Barboza).

Riphaugen comenta:

... es conveniente no olvidar que en el derecho internacional moderno se está preparando, en las nuevas normas que imponen obligaciones a otros estados, el reconocimiento de ciertos intereses fundamentales de los estados, en particular sus intereses económicos. El derecho internacional “nuevo” difiere en ese punto de modo fundamental del derecho internacional “antiguo”, que considera a los estados como “potencias”. El único interés vital de una potencia es engrandecerse o, por lo menos, no disminuir. Así,

pues, no es de sorprender que los juristas internacionales hayan considerado el derecho de propia conservación con mucha desconfianza.¹⁷⁵

Cabe observar que la Comisión no quiso avanzar más en la precisión de lo que debe entenderse por “intereses esenciales”, pues consideró que sería inútil tratar de enunciarlos más claramente y de establecer categorías a ese respecto, toda vez que ese carácter “...está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un estado en las diversas situaciones concretas. Es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto”.¹⁷⁶

3. *El interés debe estar amenazado por un peligro grave e inminente.*

El peligro que amenaza un “interés esencial” del estado, debe ser “grave e inminente”. La amenaza, ante todo “ha de ser sumamente grave y actual” (Ago).

Si nos atenemos al tenor de las palabras, entonces el peligro que amenaza deber ser grave, es decir, “grande, de mucha entidad o importante”; y en cuanto que sea “inminente”, significa que “está por suceder prontamente”.¹⁷⁷

4. *El hecho no puede afectar un interés esencial del otro estado.*

De acuerdo con lo expuesto por el relator, el interés protegido por el derecho subjetivo atribuido al estado extranjero, que se sacrificaría por la salvaguardia de un “interés esencial” del estado obligado, debe ser inferior a ese otro interés; es decir “...no puede tratarse de un interés comparable e igualmente esencial para el estado extranjero en cuestión”.

La Comisión, por su parte, afirma en su informe que ha querido señalar que el interés sacrificado en aras de la “necesidad” debe, evidentemente, ser menos importante que el interés que con ello se quiere preservar. Esta precisión es muy importante, desde el momento en que se “...descartó la posibilidad de invocar el estado de necesidad, únicamente para la salvaguardia del interés del estado en su propia existencia”.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 155, 175 y 160.

¹⁷⁶ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32 período de sesiones*, p. 112.

¹⁷⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 20 ed., ts. I y II, Ed. Espasa-Calpe, 1984, pp. 701 y 774, respectivamente.

Importa tener presente, que en ningún momento se entiende que la decisión final sobre la viabilidad de la exoneración de ilicitud constituida por el “estado de necesidad”, queda solamente en manos del estado que la alega, pues, si bien ello ocurre inicialmente, el estado afectado puede no aceptarla, lo que originará una controversia que debe solucionarse de acuerdo con los medios pacíficos de que trata la Carta de la ONU, en su artículo 33.

Esta cuestión de la calificación del estado de necesidad fue tema de gran preocupación para los miembros de la Comisión: la apreciación de un estado de necesidad entraña, forzosamente, un importante elemento subjetivo, lo que hace que la aplicación del artículo 33 del proyecto sea más difícil que la de la mayoría de los artículos relativos a otras circunstancias que excluyen la ilicitud (Sir F. Vallat).

Esta situación condujo a que se hiciese especial énfasis en la necesidad de buscar un sistema adecuado de solución de controversias, toda vez que “...es justo decir que el estado que pretendiera liberarse del respeto de una obligación internacional”, atribuyéndose el derecho de calificar unilateralmente lo que para él constituye su interés esencial, “...fracasaría inevitablemente, so pena de reducir a la nada todo el sistema de las relaciones jurídicas internacionales” (Yankov).

Para Schwebel,

...si se considera, en virtud de la Convención de Viena, que la incompatibilidad con una norma de *jus cogens* aducida como causa de nulidad exige que el caso se someta al juicio de un tercero, lo mismo debe ocurrir ciertamente en el caso de una excusa tan delicada como la del estado de necesidad, pues, como ha señalado el Sr. Ushakov (1615 sesión) son demasiado grandes los peligros de una apreciación por el estado que invoca la necesidad.¹⁷⁸

– *Excepciones del estado de necesidad*

Analizados los requisitos para que opere el estado de necesidad, resta referirnos a sus excepciones; es decir, a los tres supuestos en los cuales no procede, y que se contemplan en el numeral 2 del mismo artículo 33 del proyecto de la CDI:

¹⁷⁸ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32 período de sesiones*, pp. 168, 173 y 170.

1. *Norma imperativa de derecho internacional general.* No podrá alegarse la causal constituida por el “estado de necesidad”, cuando esté de por medio el cumplimiento de una obligación de *jus cogens*.

La norma de *jus cogens* —de acuerdo con la definición de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, artículo 53— es aquella aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Esta exclusión se consagró, por considerar la Comisión que no es permitido hacer ninguna excepción a las normas imperativas por acuerdo entre las partes interesadas y que, por consiguiente, como se dice en el artículo 29 del Proyecto de Responsabilidad Internacional, el consentimiento del estado perjudicado no puede en ningún caso excluir la ilicitud de un hecho del estado, incompatible con una obligación prevista en una de esas normas. Y dicho organismo agregó:

Esto significa evidentemente que esas normas son tan esenciales para la vida de la comunidad internacional que es todavía más inconcebible admitir que un estado pueda decidir unilateralmente la inobservancia de las obligaciones que le incumben, por extremo que sea el estado de necesidad en que se encuentra. Por otra parte, los estados han invocado abusivamente y con mayor frecuencia en el pasado el estado de necesidad precisamente para tratar de justificar el incumplimiento de obligaciones de esta naturaleza.¹⁷⁹

De esta forma, una de las cuestiones más delicadas es determinar si en un caso concreto se viola o no una norma de *jus cogens*. Tal determinación, según la propia Comisión, deberá hacerse remitiéndose a las normas de derecho internacional vigentes en el momento en que se plantee el conflicto. La Comisión menciona como normas indiscutibles de *jus cogens*, las que prohíben el uso de la fuerza armada o menoscaban la integridad territorial o la independencia política de otro estado.¹⁸⁰

2. *Renuncia a invocar el estado de necesidad.* Esta excepción no presenta ningún problema cuando está expresamente contemplada en el tratado.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 114.

¹⁸⁰ Moyano Bonilla, César, “Objeto lícito y *jus cogens*”. d) Contenido, en *El Archipiélago de San Andrés y Providencia*, ob. cit., p. 373 y ss.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en caso de silencio. La Comisión consideró importante observar que en estos casos, el silencio del tratado no debe interpretarse automáticamente como una admisión de la posibilidad de invocar el estado de necesidad: existen obligaciones convencionales que se han concebido especialmente como aplicables asimismo, o incluso muy particularmente, en situaciones anormales de peligro para el estado obligado y para los intereses fundamentales de éste y que, sin embargo, no contienen ninguna cláusula relativa a la renuncia de invocar el estado de necesidad.

A juicio de la Comisión —se lee en su informe—, la exclusión de la posibilidad de invocar el estado de necesidad se deriva de forma implícita, pero indudable, del objeto y fin de la norma, lo mismo que, en algunos casos, de las circunstancias de su elaboración y de su aprobación.

3. *Prohibición de alegar el estado de necesidad al estado que ha contribuido a que surja.* Ha sido criticada la forma como se encuentra redactado este último literal, por pensarse, con razón, que conduce a caer en una patente ambigüedad, ya que, en primer lugar, podría interpretarse en el sentido de que un estado se ve imposibilitado de invocar el estado de necesidad siempre que pueda establecerse una relación de causalidad objetiva —sin intervención de dolo, ni de falta de diligencia del estado— entre la aparición de un peligro grave e inminente y un comportamiento cualquiera del estado; y, en segundo lugar, también sería posible entenderlo en el sentido de que no podría aducirse cuando el estado que lo pretende invocar ha creado deliberadamente la situación de necesidad.¹⁸¹

Roberto Ago reconoció, durante los debates de la Comisión, que el verbo “contribuir”, si bien ofrece la ventaja de haber sido empleado en otros artículos del proyecto, en la presente disposición conllevaba el riesgo de dar a dicha norma un carácter algo estricto. Y se preguntó: ¿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?”¹⁸²

181 Gutiérrez Espada, Cesáreo, *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, ob. cit., p. 51.

182 Naciones Unidas, A/CN.4/SER.A/1980, p. 180.

El concepto de “contribución” se aceptó para mantener, de esa forma, la conformidad con el concepto análogo utilizado en el párrafo 2 del artículo 31,¹⁸³ en el párrafo 2 del artículo 32,¹⁸⁴ según lo explicó Verosta, presidente del Comité de Redacción, en la sesión 1635.

Conviene recordar, para efectos de nuestro estudio, que, en esta misma sesión, un miembro de la Comisión preguntó si una norma como la contemplada no iría a ser perjudicial para los países en desarrollo, porque podrían sentirse inclinados a invocar una excusa de necesidad para no pagar sus deudas, a lo cual Ago respondió 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”.¹⁸⁵

La ambigüedad de la fórmula elegida para esta excepción, encuentra su explicación, quizás, en el hecho de que la práctica internacional conocida no aporta dato alguno de valor que permita profundizar y aclarar este punto.

Sin embargo, es bueno recordar que la Comisión, en su informe, observa, respecto a esta excepción, que alude con ella “...a los casos en que el estado que invoca el estado de necesidad ha contribuido, en una forma u otra, intencionalmente o también por negligencia, al nacimiento de la situación de la que pretende valerse para justificar su incumplimiento de una obligación internacional”.¹⁸⁶

Esta conclusión a que llegó la Comisión es, sin duda, el resultado de la evaluación de las opiniones emitidas por sus miembros durante la discusión de este tema, dentro de las cuales cabe recordar, entre otras, la de Riphagen, para quien “... no cabe suponer que en la práctica se dé un caso en el que un estado cree deliberadamente un peligro grave e inminente que ponga en peligro sus intereses esenciales. Además, el elemento de carácter fortuito inherente a la excusa de necesidad supone que el comportamiento del estado no es la única causa de la situación”.¹⁸⁷

Riphagen admite, por consiguiente, que en los casos donde sea factible sostener un estado de necesidad, puede existir una respon-

183 Art 31. Fuerza mayor y caso fortuito....“2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material”.

184 Art 32. Peligro extremo....“2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de peligro extremo o si era probable que el comportamiento de que se trata originara un peligro comparable o mayor”.

185 Naciones Unidas, A/CN.4/SER.A/1980, p. 180.

186 Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32 periodo de sesiones*, p. 117.

187 Naciones Unidas, A/CN.4/SER.A/1980, p. 160.

sabilidad compartida, tanto del estado que lo alega como del estado respecto del cual se aduce, siempre que la conducta del primero no sea dolosa:

... aunque fortuita desde el punto de vista de las normas de derecho aplicables, la situación de conflicto puede no ser fortuita, de hecho, en el sentido de que puede ser consecuencia del comportamiento anterior del estado o de los estados interesados. Muchas veces se habría podido prever y evitar una situación en la que un interés esencial de un estado se ve amenazado por un peligro grave e inminente.

Y a continuación, se refiere a la cuestión probatoria, cuya finalidad primordial es demostrar que no puede reprocharse al estado “la situación en que se encuentra”; así:

En los casos de ese tipo debe aplicarse en primer lugar el elemento internacional de apreciación. Inevitablemente, ello supone una evaluación de las medidas internas que un estado ha tomado, o no ha tomado, y que han llevado a la situación de peligro o han contribuido a que tenga lugar esa situación. Un estado que quiera alegar el estado de necesidad como excusa en caso de faltar a sus obligaciones internacionales no puede al mismo tiempo invocar su propia competencia interna para negarse a que se someta su conducta anterior a una prueba internacional a fin de determinar lo que en derecho podía esperarse razonablemente que hiciera para evitar el peligro grave e inminente. Si esa prueba lleva a la conclusión de que no se puede reprochar al estado la situación en la que se encuentra, cabe entonces pasar al nivel de comparación siguiente, que es aquel en que los intereses de ese estado se miden con relación a los del otro estado.¹⁸⁸

Jagota consideró importante que se dijese que “... el estado ha contribuido a que se produzca esa situación”, a fin de imponerle la obligación de “...hacer cuanto esté en su poder para evitar que se llegue a la situación de necesidad”.¹⁸⁹

Cesáreo Gutiérrez, profesor de derecho internacional público de la Universidad de Murcia, en su documentado estudio citado, llega a unas conclusiones que favorecen la segunda interpretación, es decir que solamente podrá aducirse esta causal cuando no haya existido dolo ni negligencia en el estado que la alega, respecto de la creación de la situación de necesidad. Dichas conclusiones son:

¹⁸⁸ *Idem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 174.

Teniendo en cuenta que la CDI ha considerado que no podría invocarse la eximente en caso de contribución dolosa o negligente a su nacimiento, podría constituir un factor compensador el entender que la contribución culposa de un estado se refiere no ya al propio nacimiento del peligro en sí sino al nacimiento del estado de necesidad mismo; por otra vía podría llegarse a una solución análoga: se debería exigir rigurosamente, para excluir la invocación de la eximente, la prueba de una estrecha relación de causalidad entre el comportamiento doloso del estado y, en su caso, el peligro grave e inminente que da pie al nacimiento de una situación de necesidad.¹⁹⁰

De ahí que, según nuestro entender, el estado de necesidad, como circunstancia excluyente de la ilicitud del hecho del estado contrario a una obligación suya de derecho internacional, no podrá ser alegado en los casos en que el propio estado intencionalmente o por negligencia haya contribuido al nacimiento de la situación que pretenda aducir. Es decir, que el solo hecho de haber tenido una conducta que haya contribuido a que se produzca el estado de necesidad, no implica necesariamente el que no pueda alegar esta eximente de ilicitud; se requiere, además, la intención de producir la situación o una conducta de descuido que haya conducido a ella.

V. CONCLUSIONES

Al estudiar la doctrina internacional en relación con la aceptación del estado de necesidad como circunstancia que exonera de ilicitud un hecho del estado contrario a sus obligaciones internacionales, observamos que no existe una total unanimidad dentro de los tratadistas de derecho internacional, pese a lo cual una gran mayoría se inclina por ella, tal como ocurrió en la misma CDI. Por ejemplo, Sir Francis Vallat, como lo reconoció expresamente, abrigaba serias dudas —igual que Schwebel— acerca de la conveniencia de considerar el estado de necesidad como circunstancia excluyente de la ilicitud y de incluir una disposición en tal sentido en el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional, debido a los grandes abusos que de dicho concepto se ha hecho en el pasado. No obstante, terminó reconociendo que,

...los posibles abusos de la excusa de necesidad no debieron preocuparle tanto, pues ofrece salvaguardias contra ellos —y, en consecuencia, una justi-

190 Gutiérrez Espada, Cesáreo, ob. cit., p. 54.

ficación del proyecto de artículo 33—, el marco jurídico general constituido por la Carta de las Naciones Unidas (en particular el párrafo 4 de su artículo 2) y por la jurisprudencia de la Organización, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo), la Definición de agresión (resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo) y los artículos 53 y 74 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.¹⁹¹

De donde primó, finalmente, la consideración de acuerdo con la cual 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”. Por ello, no es extraño que, como afirmara R. Ago, en la práctica internacional, los casos que se han presentado y que ya estudiamos, pueden dividirse en dos grupos: en el primero, si bien no se ha reconocido expresamente el estado de necesidad, los jueces o las partes han admitido la validez del principio; en el segundo, se estuvo de acuerdo en su aplicación, por reunirse las condiciones necesarias para ella. Incluso se alegó con éxito, en los casos de deudas contraídas por un estado con un banco o una sociedad financiera extranjeros. Piénsese, por ejemplo, en el Asunto de las indemnizaciones rusas y en el Asunto de la Sociedad Comercial de Bélgica; sin olvidar el párrafo 3 del artículo 142, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que autoriza a los estados ribereños a adoptar las medidas que “...sean necesarias para prevenir, mitigar o eliminar un peligro grave e inminente para sus costas o intereses conexos”. En esta norma, el relator especial advierte la existencia de algo más que una disposición convencional que reconoce el principio: es un recordatorio y una confirmación de la existencia del principio del estado de necesidad en el derecho internacional general.

Por ello no es exagerada la conclusión a que llegó Ago, en el sentido de que el derecho internacional conoce —y debe conocer— la noción de estado de necesidad, y que para efectos del desarrollo progresivo de esta disciplina, conviene observar que “... no existe ni un solo ordenamiento jurídico en que se excluya por entero el concepto de estado de necesidad”. Además, se debe recordar que el Tribunal de las Comunidades Europeas, en repetidas oportunidades, ha conocido de alegatos en donde las partes han afirmado

191 Naciones Unidas, A/CN.4/SER.A/1980, p. 169.

DEUDA EXTERNA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

111

el estado de necesidad, junto con la fuerza mayor, para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.¹⁹²

En conclusión, es totalmente en forma razonada y fundamentada como la CDI ha incorporado a su proyecto sobre responsabilidad internacional, el principio del estado de necesidad, ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia internacionales y aplicado por los estados.