DIRECTRIZ 1.1.7

52. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, en aras de la franqueza, se ve obligado a señalar a los miembros de la Comisión que ha cambiado el texto del proyecto de directriz 1.1.7 (Reservas de no reconocimiento) como consecuencia de las críticas que los miembros expresaron durante el examen del texto en el 50.° período de sesiones. En los párrafos 44 a 54 de su cuarto informe (A/CN.4/499 y A/CN.4/478/Rev.1) explica las razones y en particular los argumentos prácticos que le condujeron a efectuar esos cambios.

53. El nuevo texto de la directriz 1.1.7 dice lo siguiente:

«Declaraciones de no reconocimiento

»Una declaración unilateral por la que un Estado indica que su participación en un tratado no supone el reconocimiento de una entidad que no reconoce como Estado no constituye una reserva ni una declaración interpretativa, aun cuando tenga por objeto excluir la aplicación del tratado entre el Estado declarante y la entidad no reconocida.»

54. Aunque el texto es nuevo, podría considerarse que ya se ha remitido al Comité de Redacción, puesto que el debate ya ha tenido lugar y los cambios se han introducido en consonancia con la opinión de la mayoría de los miembros de la Comisión.

Se levanta la sesión a las 13 05 horas.

2587.ª SESIÓN

Martes 15 de junio de 1999, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Zdzislaw GALICKI

Miembros presentes. Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Gaja, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Responsabilidad de los Estados[1] *(continuación*)* (A/CN.4/492[2], A/CN.4/496, secc. D, A/CN.4/498 y Add.1 a 4[3], A/CN.4/L.574 y Corr.3 y 4)

[Tema 3 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación*)*

1. El PRESIDENTE da la bienvenida a los miembros del Seminario de derecho internacional e invita a la Comisión a reanudar su examen del tema de la responsabilidad de los Estados.

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) presenta la sección C del capítulo I de su segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/498 y Add.1 a 4), que aborda el capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud) de la primera parte del proyecto, y dice que lo que se discute son las «excusas» generales —a falta de un término mejor— que pueden invocar los Estados en el caso de un comportamiento que, de otra manera, constituiría una violación de una obligación internacional. En consecuencia, el capítulo V se debe poner en relación con el capítulo III (Violación de una obligación internacional).

3. En el informe se reseña la evolución de la materia del capítulo V tomando como punto de partida 1930 hasta la muy importante lista de «excusas» elaborada por el Relator Especial, Sir Gerald Fitzmaurice, en su obra sobre el derecho de los tratados[4], fuente no reconocida de la lista posterior del Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, Sr. Roberto Ago[5], aunque la lista de Fitzmaurice difiere de la de Ago en que algunos elementos de la misma no figuran en el capítulo V, muy en particular la cuestión del incumplimiento previo por otro Estado. La lista de Fitzmaurice, transcrita en la sección C del capítulo I de su segundo informe, se refiere a dos circunstancias distintas del incumplimiento previo por la otra parte (n.os 1 y 6) así como a la incompatibilidad con una norma imperativa (n.° 8). En último término, se llega así a la lista de Ago de seis circunstancias que excluyen la ilicitud.

4. Al formular sus observaciones sobre el capítulo V, en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos (A/CN.4/492)[6], ningún gobierno ha puesto en tela de juicio su necesidad. Francia ha propuesto reunir todo el capítulo V en un solo artículo, pero ha reconocido que existen distinciones importantes entre condiciones diferentes que se confundirían de aceptarse la propuesta. El capítulo ha sido objeto de múltiples referencias en la doctrina y en las decisiones judiciales y ha servido de base, por ejemplo, en el arbitraje del asunto *Rainbow Warrior* y en el asunto relativo al *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Además de las diversas sugerencias individuales formuladas en su informe, el capítulo V es una de las aportaciones permanentes del proyecto de artículos y una importante contribución al derecho internacional. Las cuestiones que plantea son, en lo fundamental, de formulación, mejora-

* Reanudación de los trabajos de la 2578.ª sesión.

[1] Vease el texto del proyecto de articulos aprobado provisionalmente por la Comision en primera lectura en *Anuario 1996*, vol II (segunda parte), doc A/51/10, cap III, secc D

[2] Reproducido en *Anuario 1999*, vol II (primera parte)

[3] Ibid

[4] Véanse el cuarto informe del Relator Especial, *Anuario 1959*, vol. II, pags 48 a 52, y el comentario a los articulos en págs. 69 a 79, doc A/CN.4/120.

[5] Veanse el octavo informe del Relator Especial, *Anuario 1979*, vol II (primera parte), pags 26 a 66, doc A/CN 4/318 y Add 1 a 4, y *Anuario 1980*, vol II (primera parte), pags 16 a 74, doc A/CN 4/318/Add 5 a 7

[6] Vease 2567 ª sesion, nota 5

miento y aclaración en algunos aspectos y no se propugna ciertamente un cambio radical.

5. Un elemento general que conviene tener presente es el concepto mismo de las circunstancias que excluyen la ilicitud. La tesis inicial era que el proyecto de artículos no tenía por objeto formular el contenido de las normas primarias, sino el marco de las normas secundarias de responsabilidad, aunque por supuesto la ilicitud debía determinarse en función de las normas primarias. Por consiguiente, puede surgir una dificultad cuando se trate de distinguir entre el contenido propio de las normas primarias y el concepto de las circunstancias que excluyen la ilicitud. En el comentario sobre esta cuestión se llega a decir que las circunstancias que excluyen la ilicitud dan lugar de hecho al desplazamiento provisional o incluso definitivo de la obligación. Este concepto es de difícil encaje con la idea de normas secundarias o con la distinción entre una excusa con respecto al cumplimiento de una obligación y el mantenimiento de la obligación. En este sentido, la CIJ se ha pronunciado con extrema claridad en el asunto relativo al *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Hungría se basó en la necesidad como motivo de terminación del Tratado sobre la construcción y el funcionamiento del sistema de la presa de Gabčíkovo-Nagymaros, firmado en Budapest el 16 de septiembre de 1977; la Corte excluyó dicha posibilidad y declaró que, aunque Hungría tuviera derecho a aducir la necesidad como motivo para excusar su incumplimiento del tratado, ello no era óbice para que el tratado siguiera existiendo. La invocación de la necesidad, aun justificada, no puso fin al tratado. Tan pronto como cesa el estado de necesidad se restablece el deber de cumplir con el tratado. Esto parece ser de absoluta certeza.

6. Lo que aparentemente ocurre es que, con la excusa de la necesidad y probablemente con muchas otras, el efecto de la excusa no es desplazar la obligación, y ciertamente no de modo definitivo; la obligación sigue existiendo, sencillamente hay una excusa para no cumplir por el momento con la obligación. Éste es un factor importante, puesto que la obligación sigue teniendo cierto peso y es una consideración de rigor en la aplicación de la excusa, porque representa la norma, es decir, lo que debía haber ocurrido. En consecuencia, al examinar si se debe aplicar la excusa de necesidad, fuerza mayor o alguna otra, es importante tener presente la obligación en sí. En este sentido no es exacto decir que la obligación haya sido desplazada. Más aún, si la obligación ha sido desplazada, puede muy bien ocurrir que las circunstancias que excluyen la ilicitud sean, por así decir, las condiciones de la obligación primaria. Claro es que media una diferencia entre una excusa por el incumplimiento de una obligación y un motivo para su terminación. Se hace esa distinción en la Convención de Viena de 1969, como señaló la Corte en el asunto relativo al *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. El argumento de la imposibilidad del cumplimiento fue considerado más como una excusa del incumplimiento que como un motivo para la terminación de un tratado.

7. Otra diferencia importante entre la cuestión de la continua validez de una obligación y la cuestión de la excusa por incumplimiento estriba en que, por lo general, la primera requiere la adopción de medidas por una de las partes para poner fin al tratado o a la obligación. En otras palabras, el Estado interesado debe optar por la adopción de medidas. Sin embargo, las circunstancias que excluyen la ilicitud se aplican más o menos automáticamente con respecto a hechos que pueden ser imprevistos, que ocurren en un determinado momento y en los cuales hay que basarse a partir de ese momento. En consecuencia, esta diferencia es una de las razones que justifican la inclusión propuesta de una circunstancia suplementaria relativa al *jus cogens*. Invocar el *jus cogens* en relación con un tratado equivale a dar fin al tratado en su totalidad en adelante a todos los efectos; en cambio, invocar el *jus cogens* con respecto a un determinado hecho en particular tiene consecuencias e implicaciones totalmente distintas en cuanto al régimen jurídico.

8. En resumen, el concepto de las circunstancias que excluyen la ilicitud, por lo menos en la forma conceptualizada en el comentario, parece demasiado amplio y, en realidad, lo que está en juego es un conjunto general de normas de derecho internacional general con respecto a las obligaciones que brindan excusas temporales para el incumplimiento de una obligación existente.

9. Una tercera diferencia entre las circunstancias que excluyen la ilicitud y la terminación de las obligaciones es que las circunstancias que excluyen la ilicitud se aplican con respecto a las obligaciones no contractuales, así como a las contractuales, y es muy difícil para un Estado dar por terminada una obligación no contractual, por ejemplo, una obligación con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Pueden existir circunstancias en que sea posible suspenderlas, aunque existe muy escasa práctica de los Estados incluso al respecto. En general, persistirá la situación según el derecho internacional general, con lo cual las circunstancias que excluyen la ilicitud como excusa del incumplimiento serían incluso más importantes en el ámbito del derecho internacional general que en el ámbito del derecho de los tratados.

10. Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha dicho en sus observaciones[7] que parece haber una diferencia entre algunas de las circunstancias que excluyen la ilicitud. Algunas parecen tener como resultado que el comportamiento sea lícito, por así decir, pero no es seguro que otras lo hagan. Por ejemplo, una medida adoptada en estado de emergencia o necesidad puede tener excusa pero, en relación con la necesidad en particular, es evidente que la medida se ha adoptado a falta de otra mejor, que la situación es inconveniente y que procede ponerle fin lo antes posible. Ello difiere de la situación creada en los casos de consentimiento o legítima defensa. Se trata en otras palabras de la antigua distinción filosófica entre justificación y excusa. Una persona que mata en un ataque de locura puede estar exenta de responsabilidad penal, pero eso no significa que el acto sea lícito, mientras que si se mata a alguien en legítima defensa, esto es lícito. Esta idea existe implícitamente en el capítulo V y en el artículo 34 (Legítima defensa). Cabe preguntar si puede y debe distinguirse expresamente entre las circunstancias que excluyen la ilicitud y las que excluyen la responsabilidad. Puede afirmarse que la necesidad excluye la responsabilidad de determinado acto sin que, en cierto sentido, excluya su ilicitud, mientras que la legítima defensa sí excluye la ilici-

[7] Ibíd.

tud. Tal vez no sea necesario que la Comisión introduzca esta distinción en el propio capítulo V, pero es obligado examinar la cuestión en el comentario.

11. Se desprende claramente del comentario al artículo 29 (Consentimiento)[8] que el artículo se refiere de manera exclusiva al consentimiento previo al hecho. El consentimiento posterior a la comisión de un hecho ilícito que podría no haberlo sido si aquél se hubiera otorgado de antemano es un claro ejemplo de renuncia, tema tratado en la tercera parte (Solución de controversias) del proyecto y no en la primera (Origen de la responsabilidad internacional). Algunos Estados han cuestionado la formulación del artículo 29, concretamente acerca de la noción de consentimiento válidamente otorgado, porque da a entender que existe un conjunto de normas sobre el momento en que se otorga el consentimiento, por quién se otorga, en relación con qué se otorga, etc. Ahora bien, se plantea un problema más importante, que es el de saber si el consentimiento es una circunstancia que excluye la ilicitud en todo caso.

12. Es un principio reconocido en derecho internacional que un avión civil no puede sobrevolar el territorio de otro Estado sin su consentimiento y que, si lo hace, el Estado tiene derecho a tomar medidas que lo impidan, aunque no necesariamente la de derribar el avión. El proyecto de artículos parece concebir el consentimiento en este caso como una circunstancia que excluye la ilicitud, como si el hecho del sobrevuelo fuera en cierto modo potencialmente ilícito. ¿Es esto así en realidad? Se parte sin duda de una norma primaria bien formulada: los aviones de un Estado no pueden volar en el espacio aéreo de otro sin el consentimiento de éste. Por lo tanto, el consentimiento exigido forma parte de la misma obligación primaria. Cuando el consentimiento se da, lo que se plantea no es el incumplimiento de la obligación, sino simplemente la aplicación de la norma primaria.

13. Si este análisis es acertado, cabe plantearse seriamente si el consentimiento puede ser en algún caso una circunstancia que excluya la ilicitud. Nadie discute que ciertas obligaciones son ineludibles y deben cumplirse independientemente de todo consentimiento y, desde luego, del consentimiento de otros Estados. Un Estado no puede dispensar a otro de su obligación de respetar los derechos humanos. Lo mismo cabe decir de las normas de *jus cogens*, aunque a veces éstas pueden dejarse sin efecto. Por ejemplo, normalmente es lícito el consentimiento para el uso de la fuerza armada en el territorio del Estado que lo otorga, aunque siga siendo válida la norma básica de *jus cogens*.

14. Por las razones que explica en el informe, el orador considera que la formulación del artículo 29 plantea problemas de consideración. ¿Es esto inevitable? Sería mejor conceptualizar el consentimiento previo como algo permitido por la norma primaria. La naturaleza del consentimiento y quién pueda otorgarlo dependen de la norma primaria correctamente aplicable. En consecuencia, parece preferible considerar el consentimiento como un elemento específico de cada norma primaria en los casos en que pueda otorgarse. Esta solución tiene además la ventaja considerable de evitar los problemas de formulación del artículo 29. En suma, el orador recomienda que se suprima el artículo 29, pero que se explique la supresión en el comentario al capítulo V.

15. El análisis que acaba de hacer es el de Fitzmaurice, que propuso otra circunstancia que excluía la ilicitud, a saber, la aceptación del hecho contrario a la obligación en el momento de su comisión. Podía darse el caso de que un Estado esperase que otro aceptase lo que se proponía hacer y lo hiciera sin obtener formalmente la autorización previa. Podría decirse que en tal caso no había consentimiento previo del hecho ni renuncia posterior a éste sino, en realidad, una situación intermedia de aceptación del incumplimiento que excluía la ilicitud. Esta afirmación puede ser cierta técnicamente, pero contribuye a confundir la cuestión. Debe distinguirse claramente entre el consentimiento previo, que a veces habrá que deducir de las circunstancias y que convierte en lícito el hecho cometido, por un lado, y, por otro, la renuncia ante el incumplimiento, aunque sea inmediata. Hablar de aceptación tácita en el momento de la comisión del hecho ilícito es dar vía libre a los abusos. Por consiguiente, el concepto específico de aceptación del incumplimiento no debe incluirse entre las circunstancias que excluyen la ilicitud.

16. El artículo 30 (Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito) se refiere a las contramedidas, a las que se dedica un capítulo muy polémico (cap. III) en la segunda parte del proyecto de artículos. Francia y el Japón, entre otros Estados, han señalado en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos la necesidad de vincular el artículo 30 a las normas sobre las contramedidas de la segunda parte, redactadas mucho más tarde. Es evidente que si estas últimas van a mantenerse habrá que establecer este vínculo. También se ha dicho que es necesario distinguir entre las contramedidas adoptadas por uno o varios Estados en respuesta a un hecho ilícito, pero esencialmente de manera descentralizada, y las medidas lícitamente adoptadas al amparo de una organización internacional de acuerdo con sus normas, cuyo exponente extremo son, desde luego, las sanciones que se adoptan en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Las respuestas colectivas de esta clase no son contramedidas. Son medidas autorizadas por una organización internacional competente y son ajenas al ámbito del artículo 30. En lo que a la Carta se refiere se rigen expresamente por el artículo 39 (Relación con la Carta de las Naciones Unidas) y, en otros aspectos, por el principio de la primacía de la ley especial o por las normas primarias correspondientes y las relaciones entre ellas.

17. Parece que nadie discute que, cuando las contramedidas se adoptan lícitamente, el Estado contra el que se adoptan no puede considerarlas hechos ilícitos y, por ello, es obvio que el capítulo V debería regularlas o al menos hacer referencia a ellas. Por lo demás, en la actual estructura del proyecto de artículos, las contramedidas se tratan con detalle en la segunda parte, como consecuencia del hecho ilícito de otro Estado. Por eso, en cierto sentido el artículo 30 es la norma subsidiaria, no la primaria, de las contramedidas. La Comisión podría optar por no tratar las contramedidas en la segunda parte y mantener no obstante la referencia a ellas en el capítulo V. En tal caso, el orador considera indispensable mencionar las condiciones y

[8] Véanse los comentarios a los artículos 28 a 32 en *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 112 y ss.

prescripciones previstas en el derecho internacional como base para las contramedidas lícitas. Su propuesta consiste en dejar por el momento al artículo 30 entre corchetes, advirtiendo que la Comisión no duda en absoluto de que las contramedidas lícitamente adoptadas son circunstancias que excluyen la ilicitud. Si la Comisión mantiene la regulación de las contramedidas en la segunda parte, la redacción del artículo 30 será muy sencilla. Bastará que mencione las contramedidas y remita su regulación a la segunda parte. Si las contramedidas se suprimieran de la segunda parte, la situación sería muy distinta y tendría mucho más sentido tratar de las contramedidas con mayor detenimiento en el artículo 30.

18. El artículo 31 trata conjuntamente de la fuerza mayor y el caso fortuito. La fuerza mayor no es exactamente lo mismo que el caso fortuito, que se acerca más bien a la imposibilidad de cumplimiento. Hay fuerza mayor cuando, por circunstancias externas, incluida la coacción, como se dijo en relación con el capítulo IV, no puede hacerse algo. Según jurisprudencia bien asentada, la excepción de fuerza mayor está reconocida en derecho internacional. Por ejemplo, la mencionó incidentalmente el tribunal arbitral del asunto del *Rainbow Warrior*[9] y también la CIJ en el asunto relativo al *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, así como en varios tratados internacionales. Antes de la primera lectura del proyecto de artículos la Secretaría había publicado un utilísimo y amplio estudio[10] muy práctico de la jurisprudencia en materia de fuerza mayor, y ningún Estado propuso que se suprimiera la excepción de fuerza mayor. Sin embargo, la redacción del artículo suscitó problemas. En primer lugar, la referencia un tanto extraña que se hace en el párrafo 1 al conocimiento de la ilicitud, pues en derecho internacional no existe la obligación general de que un Estado sepa que su conducta no está en conformidad con una obligación. Puede ocurrir que un Estado deba tener conocimiento de determinados hechos. Era necesario que Albania supiera que la zona norte del canal de Corfú estaba minada. Ahora bien, no era necesario tener conciencia de que no advertirlo fuera ilícito: esta es una obligación impuesta a los Estados por el derecho internacional y la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. Por esto, la referencia al conocimiento de la ilicitud es equívoca y subjetiva y debe suprimirse. El orador ha propuesto una versión del artículo 31 que trata del problema en las conclusiones en relación con el capítulo V del proyecto incluidas en la sección C del capítulo I del segundo informe. En las notas que acompañan a esta propuesta se pone como ejemplo un avión que penetra por extravío en el espacio aéreo de otro Estado a causa del fallo imprevisible del equipo de navegación. Suponiendo que ésta sea una circunstancia que excluya la ilicitud, la solución podría hallarse en la redacción del artículo 31.

19. En segundo lugar, según el artículo 31 no existe fuerza mayor cuando un Estado ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material. El problema es que a menudo los Estados contribuyen a esta imposibilidad material como parte de una simple cadena de acontecimientos y sin que su actuación sea necesariamente ilícita. La exclusión era, por lo tanto, excesivamente amplia, y el orador ha redactado una versión más restrictiva basada en el artículo 61 de la Convención de Viena de 1969.

20. En tercero y más importante lugar, en el artículo 31 no se tenía en cuenta la asunción voluntaria del riesgo, aunque es absolutamente claro que, cuando un Estado asume voluntariamente el riesgo de una situación de fuerza mayor, la materialización de ésta no excluye la ilicitud del hecho. Por ello, el orador ha establecido la excepción correspondiente.

21. El orador comparte la opinión de Francia, expresada en las observaciones y comentarios recibidos de los gobiernos, de que no era necesaria la referencia al caso fortuito. Si éste equivale a fuerza mayor, se excluye la ilicitud; si no, no es necesario tratarlo en el capítulo V. En el estudio de la Secretaría no hay ni un solo ejemplo de caso fortuito que excluya la ilicitud que no esté comprendido en el concepto de fuerza mayor.

22. En cuanto al artículo 32 (Peligro extremo), es importante observar la diferencia entre el peligro extremo, por un lado, y la fuerza mayor y el estado de necesidad, por otro. El peligro extremo comprende las situaciones en que una persona responde de las vidas de otras que están a su cuidado, por ejemplo, el capitán de una aeronave que se ve obligado a efectuar un aterrizaje forzoso en territorio extranjero. Es una situación prevista en muchos instrumentos internacionales, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y al respecto forma parte de las normas primarias relativas a la jurisdicción sobre los buques. Con todo, la cuestión del peligro extremo también puede plantearse en el marco de las normas secundarias de responsabilidad de los Estados, a pesar del argumento de que las normas primarias han abarcado estas situaciones. En la práctica, aunque pueden brindar una defensa al capitán del buque o impedir que el Estado receptor ejerza su jurisdicción, las normas primarias no son aplicables a la cuestión de la responsabilidad. Si el capitán es funcionario del Estado, su conducta es atribuible a éste y suscita la cuestión de la responsabilidad. De ahí la necesidad de agregar un proyecto de artículo sobre las situaciones de peligro extremo.

23. La novedad del artículo 32 es que se ha ampliado su alcance más allá del marco históricamente estrecho de la navegación a fin de abarcar todas las situaciones en que una persona responsable de la vida de otras adopte medidas urgentes para salvarlas. Esto se ha admitido comúnmente como desarrollo progresivo del artículo 32. Así lo hizo, por ejemplo, el tribunal de arbitraje del asunto del *Rainbow Warrior*, en el que los interesados se enfrentaban con posibles complicaciones médicas. En consecuencia, conviene mantener la mayor amplitud del artículo.

24. El orador propone varios cambios de redacción del artículo en las conclusiones en relación con el capítulo V incluidas en la sección C del capítulo I del segundo informe. Como las situaciones de peligro extremo son necesariamente situaciones de urgencia, el peligro extremo debe considerarse en buena lógica como circunstancia que excluye la ilicitud siempre que la persona que obra en situación de peligro extremo crea fundadamente

[9] Véase 2567.ª sesión, nota 7.

[10] «La "fuerza mayor" y el "caso fortuito" como circunstancias que excluyen la ilicitud. práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina», Estudio preparado por la Secretaría [*Anuario. . 1978*, vol. II (primera parte), pág 65, doc. A/CN 4/315].

que hay vidas en peligro. Incluso si se revela ulteriormente que la alarma resultó falsa, la razonable evaluación de la situación por el agente en el momento debería ser una base suficiente para su actuación.

25. El Reino Unido ha planteado, en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos, la cuestión de saber si el concepto de peligro extremo debe hacerse extensivo a las intervenciones humanitarias cuya finalidad es proteger vidas humanas incluso cuando el Estado que intervenga no tenga ninguna responsabilidad particular por las personas interesadas. Ha puesto como ejemplo el caso de los agentes de policía que cruzan una frontera para rescatar a una persona acosada por una multitud. En opinión del orador, éste no es un caso de peligro extremo tal como ha quedado normalmente concebido y debe considerarse en cambio como un estado de necesidad.

26. El artículo 33 (Estado de necesidad), quizá el más controvertido del proyecto, versa sobre el estado de necesidad, que Fitzmaurice no tuvo en cuenta y que la doctrina ha criticado. Sin embargo, el orador lo considera un claro ejemplo de formación del derecho internacional mediante su desarrollo progresivo. Según se define en el artículo 33, el estado de necesidad sólo puede invocarse en casos extremos y, como tal, es comparable al concepto de «mutación fundamental de las circunstancias» recogido en el derecho de los tratados. No se han materializado los pronósticos aciagos de gran inestabilidad jurídica por efecto de este último concepto. Siempre que se han aducido argumentos basados en una mutación fundamental de las circunstancias, los tribunales han sido muy cautelosos y la mayoría de las veces los han rechazado. No obstante, algunas veces han considerado que una mutación fundamental de las circunstancias ha sido reconocida como motivo para dar por terminado un tratado. Análogamente, ha habido casos en que la necesidad de actuar era tan apremiante que justificaba una conducta determinada, por ejemplo, en relación con la protección urgente de una especie en el asunto relativo a la pesca de focas de peletería frente a la costa de Rusia[11], que fue un argumento esgrimido por cada una de las partes en el asunto relativo al *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La CIJ podía haber decidido en este último asunto que, reflejara o no el artículo 33 un precepto de derecho internacional consuetudinario, Hungría no había probado que se encontraba en estado de necesidad. Pero la Corte fue más lejos y confirmó expresamente que el artículo 33 era una norma de derecho internacional general. En opinión del orador, la Corte había obrado con acierto y también lo había hecho al aplicar la doctrina con cautela a nivel del principio. Dada la confirmación de la Corte, sería un error que la Comisión suprimiera el artículo 33, sobre todo teniendo en cuenta que el Reino Unido es el único Estado que lo pide con un argumento que parece estar en pugna con su alegato en favor de una doctrina más elaborada de intervención humanitaria en situaciones de peligro extremo. Pese a las dudas manifestadas en el arbitraje del asunto del *Rainbow Warrior*, el principio del estado de necesidad es un principio comúnmente admitido en el que se apoyan los Estados de vez en cuando y es una útil válvula de escape. El orador propone, por consiguiente, su mantenimiento.

27. No obstante, hay dos importantes cuestiones que conviene resolver en relación con el estado de necesidad. La primera es saber si el estado de necesidad tal como se define en el artículo 33 es el instrumento adecuado para resolver el problema de la intervención humanitaria con el empleo de la fuerza, es decir, la intervención en el territorio de otro Estado en pugna con lo dispuesto en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Es obvio que la excepción del estado de necesidad no puede invocarse nunca para justificar una infracción de una norma de *jus cogens*, y el artículo 33 así lo dispone. Ahora bien, se está generalmente de acuerdo en que las normas que rigen el uso de la fuerza en la Carta son *jus cogens*, de suerte que el artículo 33, en su forma actual, no comprende la intervención humanitaria que consista en utilizar la fuerza en el territorio de otro Estado. Sin embargo, en el comentario al artículo 33[12] se defiende una versión afinada de *jus cogens* que permite esta intervención, por lo que, en opinión del orador, el comentario es incompatible con el texto del artículo. Las normas de la intervención humanitaria son normas primarias que forman parte del régimen del uso de la fuerza, al que se hace referencia, aunque no exhaustivamente, en la Carta. No forman parte de las normas secundarias de la responsabilidad de los Estados. Se sigue que no corresponde a las normas secundarias resolver el problema y que el artículo 33 debe ser mantenido sin cambios al respecto.

28. La segunda cuestión, la de la inseguridad científica, se plantea cuando se invoca el estado de necesidad para justificar las medidas para la conservación de una especie o la destrucción de una gran estructura, por ejemplo, una presa que supuestamente amenaza ruina. Antes de que sobrevenga la catástrofe, no es posible hacer un pronóstico infalible. La cuestión es saber si el artículo 33 regula de modo suficiente las situaciones de inseguridad científica y el principio de precaución enunciado, por ejemplo, en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)[13] y en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias[14]. En el asunto relativo al *Projet Gabčíkovo-Nagymaros,* ambas partes reconocieron la existencia de elementos de inseguridad científica, pero discreparon en cuanto a su gravedad. La CIJ ha declarado con acierto que la mera existencia de inseguridad no basta para crear un estado de necesidad. El Órgano de Apelación de la OMC ha mantenido una posición análoga en el asunto de las hormonas[15], al afirmar que el principio de precaución y el concepto afín de inseguridad no bastan para invocar la excepción del estado de

[11] Véase el fallo del Tribunal Arbitral de París, conforme al tratado entre los Estados Unidos y Gran Bretaña concluido en Washington el 29 de febrero de 1892; el texto puede consultarse en H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale, 1794-1900*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997, pág. 426.

[12] Véanse los comentarios a los artículos 33 a 35 en *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 33 y ss.

[13] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y corrección), vol. I: *Resoluciones adoptadas por la Conferencia,* resolución 1, anexo I.

[14] Véase 2570.ª sesión, nota 4.

[15] Organización Mundial del Comercio, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, Informe del Órgano de Apelación, 16 de enero de 1998 (WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R), párr. 194.

necesidad. Por otra parte, la formulación del artículo 33 no debe ser tan estricta que la parte que lo invoque tenga que demostrar más allá de toda duda que se realizará la temida eventualidad.

29. Después de algunas vacilaciones, el orador ha decidido, en definitiva, no enunciar expresamente en el artículo el principio de precaución, en primer lugar, porque la CIJ ha aceptado el artículo 33 y, en segundo lugar, porque el estado de necesidad sobrepasa el lindero de la tolerancia del derecho internacional para con un comportamiento ilícito. No obstante, el Comité de Redacción tal vez desee examinar si el artículo 33 puede responder mejor a los graves problemas que plantea la inseguridad científica.

30. El orador propone una pequeña modificación del artículo 33 para abarcar las situaciones en las que el equilibrio de intereses no es meramente bilateral sino que guarda relación con el cumplimiento de una obligación *erga omnes*. Por ejemplo, en los asuntos relativos al *Sud-Ouest africain*, la afirmación implícita de que la adopción de la política de *apartheid* en el África sudoccidental era necesaria para su buen gobierno no afectaba a los intereses individuales de Etiopía o Liberia sino a los intereses de la población del África sudoccidental. Esta idea debe reflejarse en el artículo 33. Con estas salvedades, el orador propone mantener el artículo 33 en su forma actual.

31. La legítima defensa, objeto del artículo 34, nunca ha faltado en las listas de las circunstancias que excluyen la ilicitud. En los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos, la única observación de carácter crítico del artículo 34 se refiere a la formulación exacta mediante referencia a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. A juicio del orador, el concepto de legítima defensa en derecho internacional es el que se afirma pero no se define cabalmente en el Artículo 51 de la Carta. Escoger los términos exactos en que la Comisión se remita a éste compete al Comité de Redacción.

32. Sin embargo, en el artículo 34 no se menciona que algunas obligaciones, entre ellas las derivadas del derecho humanitario internacional o los derechos humanos inderogables, son inexcusables incluso en legítima defensa. Conviene hacer esta consideración en un apartado suplementario del artículo. Por fortuna, la CIJ se ha ocupado de la cuestión en su opinión consultiva en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Se ha afirmado que las armas nucleares no pueden utilizarse si tienen como efecto violar obligaciones ambientales. La Corte ha trazado una distinción entre las obligaciones ambientales en general y las obligaciones ambientales consideradas como condición de prohibición absoluta en tiempo de conflicto armado. La imposibilidad de invocar la excepción de legítima defensa se da exclusivamente en el segundo caso. Por ello el orador ha propuesto un párrafo (párrafo 2 del artículo 29 *ter*) en el que se recoge esta idea.

33. Cabe preguntarse si el artículo 34 debe versar específicamente sobre los daños a terceros Estados. La supuesta base del artículo es que se refiere a las circunstancias que excluyen la ilicitud en relación con Estados que actúan en legítima defensa y Estados agresores. Sin embargo, un Estado que actúa en legítima defensa puede tener derecho a tomar medidas en perjuicio de terceros Estados. El orador considera que no es necesario que en el artículo se haga referencia expresa a esta circunstancia, que queda regulada adecuadamente por las normas primarias correspondientes.

34. Una circunstancia no regulada en el proyecto de artículos es la del cumplimiento en pugna con una norma imperativa. El tema había sido propuesto expresamente por Fitzmaurice en su cuarto informe[16] y había sido mencionado por la doctrina. El problema se debe en parte al modo de funcionamiento del régimen establecido en la Convención de Viena de 1969 en relación con las normas del *jus cogens*. La invocación del *jus cogens* invalida el trato en su conjunto. Se dio este caso en relación con el tratado de 1938 entre el Tercer Reich y Checoslovaquia[17], pero estos casos son extremadamente raros. Por lo común las infracciones del *jus cogens* se producen durante la aplicación de un tratado absolutamente normal en el caso, por ejemplo, de proyectar una agresión deliberada o de suministrar ayuda a un régimen que llega a ser genocida. Respecto a la aplicación normal del tratado, estas infracciones son ocasionales o incidentales.

35. Otra particularidad del régimen de la Convención de Viena es que corresponde a las propias partes invocar la incompatibilidad del tratado con el *jus cogens*, lo que da por supuesto que las partes tienen la posibilidad de pronunciarse en favor del tratado y en contra de la norma. Este problema puede plantearse también en relación con las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional general. Por ejemplo, la obligación de permitir el paso en tránsito por un estrecho puede ser incompatible en determinadas circunstancias excepcionales con una norma de *jus cogens*. Si no se reconocen estos casos de incompatibilidad ocasional, los posibles efectos invalidantes del *jus cogens* sobre la obligación fundamental parecen excesivos. El orador propone una disposición al efecto (artículo 29 *bis*). Al abordar el tema en relación con el párrafo 2 del artículo 18 (Obligación internacional en vigencia respecto del Estado), en el capítulo III, la Comisión ha reconocido que será necesario volver sobre la cuestión de la nueva norma de *jus cogens* si la cuestión no queda resuelta satisfactoriamente en el capítulo V. Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 18 sólo se refiere al caso inhabitual de que surja una nueva norma de *jus cogens*. Es más probable que surja un conflicto nuevo e imprevisto que una nueva norma imperativa. El capítulo V es el marco natural del artículo y presenta además la ventaja de que resuelve el problema planteado en el párrafo 2 del artículo 18.

36. Otra nueva propuesta guarda relación con la máxima *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, a la que el orador se referirá como «la excepción». La máxima es un principio reconocido en las fuentes tradicionales del derecho internacional. La CPJI falló en el asunto *Usine de Chorzów* que «una Parte no puede valerse de que la otra no haya cumplido una obligación [...] si la primera ha impedido a la segunda, por medio de un acto ilegal, cum-

[16] Véase la nota 4 *supra*.

[17] *Accord concernant la cession à l'Allemagne des territoires des Allemands des Sudètes* (Munich, 29 de septiembre de 1938), H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international — Continuation du grand recueil de G. F. de Martens*, 3.ª serie, Leipzig, Hans Buske, 1939, vol. XXXVI, pág. 24.

plir la obligación referida» [véase pág. 31]. El principio se ha aplicado en diversas situaciones. La Corte se abstuvo de aplicarlo en el *Affaire des prises d'eau à la Meuse*, pero su abstención fue debida precisamente al respeto del principio, pues se incorporó como un principio de interpretación. La CIJ lo ha aplicado en el asunto relativo al *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, en relación con la pérdida del derecho a invocar un motivo de terminación de un tratado.

37. La excepción goza de bastante apoyo en derecho comparado y ha sido ampliamente aceptada por Fitzmaurice como excusa para el incumplimiento de un tratado. El Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, Sr. Willem Riphagen, ha propuesto incluirla en el marco de lo que denomina contramedidas recíprocas[18]. Distingue entre las contramedidas generales, adoptadas en respuesta a un hecho ilícito y sin relación con él, y las contramedidas recíprocas. Cabe citar como ejemplo de las primeras la decisión por el Estado A de bloquear las cuentas bancarias del Estado B en su territorio como contramedida por la vulneración por el Estado B de los derechos humanos. A título de ejemplo, sería una contramedida recíproca la adopción por el Estado A de la decisión de situar al embajador del Estado B en confinamiento riguroso como contramedida por una acción idéntica contra su embajador en el Estado B. Se contemple o no el caso particular, hay evidentemente casos en los que las contramedidas recíprocas son una reacción razonable al incumplimiento de una obligación sinalagmática. Estos casos deben tener cabida en el proyecto de artículos.

38. Hay que distinguir claramente entre la forma amplia y la restrictiva de la excepción. Fitzmaurice la formuló en términos amplios respecto de toda obligación sinalagmática. Sin embargo, la formulación en el asunto *Usine de Chorzów* es mucho más restrictiva: hay un nexo causal entre el incumplimiento de la obligación por el Estado A y la infracción por parte del Estado B. En el artículo 80 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, se enuncia también la fórmula restrictiva: «Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla». La fórmula amplia puede verse en los informes de Fitzmaurice y en el artículo 7.1.3. de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT[19], donde se dice que cuando las partes tienen que cumplir sus obligaciones simultáneamente, cada una de ellas puede negarse a cumplir sus obligaciones si la otra no está dispuesta y puede hacerlo. Se prescinde pues del nexo causal. Por las razones indicadas en la sección C del capítulo I de su segundo informe, la fórmula restrictiva de la excepción debe reconocerse por separado. No basta remitirse al régimen de suspensión de los tratados, pues en éste se requiere una infracción material que se define en términos estrictos. En segundo lugar, la fórmula restrictiva de la excepción se aplica automáticamente por efecto de la ley. Es una excusa si se da la circunstancia porque es una forma aislada de imposibilidad que debe reconocerse. En su forma genérica, la excepción está suficientemente regulada en el derecho de los tratados por lo que respecta a las obligaciones contractuales y en el régimen de las contramedidas por lo que respecta a todas las obligaciones No es necesario dar cabida a las contramedidas recíprocas de Riphagen en el régimen de las contramedidas, pero sí lo es reconocer el principio de *inadimplenti* formulado en el asunto de la fábrica de Chorzów como excusa automática y temporal para el incumplimiento de una obligación. El orador ha formulado una propuesta con este fin.

39. La denominada doctrina de «manos limpias», de existir, pertenece, en opinión del orador, a la teoría de la inadmisibilidad en juicio y no es una circunstancia que excluya la ilicitud.

40. Entre las cuestiones procesales y otras accesorias relacionadas con las circunstancias que excluyen la ilicitud se encuentra la cuestión objeto del artículo 35 (Reserva relativa a la indemnización de los daños). Algunos Estados han criticado el artículo 35 por prever una responsabilidad sin culpa. En realidad, esto sería exacto solamente si en él se dijera que no hay ningún elemento de culpa en una situación en la que se excusa a un Estado del cumplimiento de una obligación, cosa que, *a priori*, es improbable. En ausencia de toda culpa, como en el supuesto de legítima defensa, no puede haber más indemnización que la que se establezca en las normas primarias por daño incidental a terceros. Ahora bien, en casos de necesidad, sí parece conveniente prever la indemnización. Por definición, los casos de necesidad no son culpa de nadie. ¿Por qué se dejará entonces que sufra la pérdida la parte cuyas expectativas de cumplimiento se han frustrado? Si en una situación de peligro extremo el representante de un Estado dirige un buque a puerto y, como consecuencia de dicha situación, lo contamina, el Estado que lo acoge no debería asumir las consecuencias del perjuicio. No hay ninguna justificación que permita sostener esta afirmación. Más aún, hacerlo llevaría a los Estados a desentenderse de prestar asistencia para salvar vidas en situaciones de peligro extremo.

41. En las condiciones del estado de necesidad, los argumentos son todavía más evidentes porque, por definición, en tales situaciones el Estado actúa en interés propio o en interés de terceros conexos y debe, por lo tanto, asumir las consecuencias financieras, por lo menos en un grado equitativo o apropiado. Por ello el orador es firme partidario de que, al menos en los casos en que las circunstancias que excluyen la ilicitud son una excusa más que una justificación, es decir, aquellos que podrían clasificarse como circunstancias que excluyen la responsabilidad, el proyecto de artículos debe prever expresamente la posibilidad de indemnización. En el asunto relativo al *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Hungría había previsto expresamente que su invocación del estado de necesidad conllevaba la obligación de indemnizar a Checoslovaquia. En opinión del orador, habría sido inaceptable que Hungría se hubiera declarado incapaz de hacer frente a los costes medioambientales y otros costes del Proyecto y al mismo tiempo hubiera impuesto cuantiosos gastos a la otra parte como consecuencia de su propio incumplimiento. Así lo hizo constar la Corte en su sentencia. Personalmente, el orador es partidario de que la norma del artículo 35 se formule en términos claramente explícitos en relación con las circunstancias que excluyen la respon-

[18] Véase el sexto informe del Relator Especial en *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 11, doc. A/CN.4/389.

[19] Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, UNIDROIT, 1995.

sabilidad. Corresponde al Comité de Redacción decidir, teniendo en cuenta el debate general, hasta qué punto esta formulación debe ser explícita.

42. Es obvio que, cuando un Estado invoca una circunstancia que excluye la ilicitud, esta invocación sólo tiene un efecto temporal. Así lo indicó claramente la Corte en el asunto relativo al *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*; también debería quedar claro en el proyecto de artículos y en el comentario. En definitiva, el orador considera que ello queda suficientemente claro en las versiones propuestas para los artículos 34 y 35 (Consecuencias de hacer valer una circunstancia que excluye la ilicitud) propuesto en las conclusiones en relación con el capítulo V del proyecto incluidas en la sección C del capítulo I de su segundo informe. Sin embargo, propone un nuevo artículo 34 *bis* (Procedimiento para hacer valer una circunstancia que excluya la ilicitud) en el que se aborda someramente el procedimiento para hacer valer las circunstancias que excluyen la ilicitud. Lo esencial es señalar que, en general, las circunstancias que excluyen la ilicitud se hacen sentir automáticamente: una situación de peligro extremo o de fuerza mayor surge en relación con una obligación que debe cumplirse en ese momento. Por ello, no existe necesariamente el deber de notificar la circunstancia, aunque la notificación debe darse si es posible. El artículo 34 *bis* se ha redactado teniendo en cuenta esta limitación.

43. El artículo 34 *bis* propuesto también comprende, en su párrafo 2, una disposición un tanto rudimentaria sobre la solución de controversias que sirve de mero recordatorio y que figura entre corchetes. Al tratar la cuestión de los motivos por los que se puede invocar la nulidad o la terminación de un tratado, los Estados han insistido en que se haga referencia a la solución de controversias. Por consiguiente, debe haber por lo menos cierta conexión entre la solución de controversias y la alegación de una circunstancia que excluye la ilicitud. Los elementos de esta conexión pueden encontrarse en el arbitraje del asunto del *Rainbow Warrior*, en relación con el peligro extremo. Por otra parte, la Comisión no debe examinar a fondo el párrafo 2 del artículo 34 *bis* hasta que se ocupe de la cuestión de la solución de controversias en general y determine el estatuto del proyecto de artículos en su conjunto. A los efectos presentes, en la disposición principal del artículo 34 *bis*, es decir, en su párrafo 1, se propone un procedimiento de información y consulta en virtud del cual el Estado que invoca una circunstancia que excluye la ilicitud está obligado como mínimo a informar de ello al otro Estado.

44. En el nuevo artículo 35 propuesto, además de la indemnización financiera en los casos de peligro extremo y de estado de necesidad, el orador ha incluido en el apartado *a* una disposición expresa sobre la cesación, de conformidad con las conclusiones de la Corte sobre el particular en el asunto relativo al *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Sin embargo, no ha previsto una indemnización en los casos de fuerza mayor y menos todavía en los de consentimiento. Parece un tanto anómalo afirmar que el consentimiento confiere carácter lícito al acto pero que ello no obstante hay que pagar una indemnización. Por supuesto, los Estados pueden condicionar el consentimiento al pago anticipado de una indemnización y tendrán libertad para hacerlo. Sin embargo, sería extraño que el artículo 35 se inmiscuya en las negociaciones destinadas a conseguir este objetivo incluso si se mantiene el consentimiento en el capítulo V.

45. Por último, procede señalar a la Comisión un ligero cambio en el orden en que se exponen en el capítulo V las circunstancias que excluyen la ilicitud. A causa de su importancia, el capítulo comienza ahora con el artículo 29 *bis* [Cumplimiento de una norma imperativa *(jus cogens)*]. Figura a continuación el artículo 29 *ter* (Legítima defensa), cuyo párrafo 1 era el antiguo artículo 34, del que puede decirse que guarda relación con el *jus cogens*. Siguen a continuación el artículo 30, relativo a las contramedidas, y el artículo 30 *bis* (Incumplimiento debido al anterior incumplimiento de otro Estado), sobre la excepción de incumplimiento, que es cuando menos análoga a las contramedidas. Figuran en último término los tres casos especiales de fuerza mayor, peligro extremo y estado de necesidad, que él considera como más relacionados con las circunstancias que excluyen la responsabilidad, y las dos disposiciones de procedimiento.

46. Podría parecer en una lectura superficial que el capítulo V ha experimentado una reestructuración fundamental, pero en realidad el Relator Especial ha tratado simplemente de resolver algunos problemas concretos y reorganizar el capítulo para poner más claramente de manifiesto su estructura conceptual básica. También el capítulo V es, en su opinión, una aportación permanente al derecho internacional general.

47. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a participar en el debate general sobre el capítulo V.

48. El Sr. ROSENSTOCK dice que está en general de acuerdo con casi todo lo expuesto en la sección C del capítulo I del segundo informe sobre el capítulo V y en la presentación del Relator Especial. La propuesta de suprimir el artículo 29 es aceptable por las razones expuestas por el Relator Especial, entre otras, la de que el consentimiento otorgado de antemano puede considerarse una norma primaria, mientras que el otorgado *a posteriori* es una renuncia. Por supuesto, excluir el consentimiento porque es una norma primaria es adoptar una visión muy amplia de las normas primarias. Ahora bien, este criterio podría ser de utilidad.

49. No obstante, le preocupa mucho la propuesta de no ocuparse en el presente período de sesiones del artículo 30. La Comisión lleva ya un año de retraso en el examen de este tema. A juzgar por el grado de aceptación que el artículo 30 ha merecido en primera lectura, tal vez no fuera sobremanera difícil conseguir un grado análogo de aceptación en la segunda lectura. Además, la tarea de resolver las dificultades pendientes en relación con la segunda parte en el subsiguiente período de sesiones no será en absoluto más fácil si la Comisión tiene que examinar a la vez el artículo 30. Por descontado, las cosas serían más sencillas si el Relator Especial se sumara a la opinión del Reino Unido de que el consentimiento, las contramedidas y, tal vez, la legítima defensa forman una categoría distinta. Ahora bien, está claro que no es ésta la intención del Relator Especial.

50. El orador no va a pedir de nuevo que se celebre un debate sobre el artículo 30 en la presente ocasión. No obstante, si la Comisión trata de examinar las demás disposiciones del capítulo V, de modo tan rápido como sea posi-

ble, podrá destinar el tiempo que así se gane a adelantar el examen del artículo 30 en el presente período de sesiones, con lo que tendrá muchas más posibilidades de concluir puntualmente la labor relacionada con el tema.

51. El Sr. KATEKA dice que tenía la impresión de que el Presidente preveía examinar el capítulo V por grupos de proyectos de artículos. Observa, no obstante, que el Presidente acaba de dar la palabra al Sr. Rosenstock para abrir el debate general sobre el capítulo V. Otra opción sería examinar el capítulo artículo por artículo.

52. Tras un debate de procedimiento en el que intervienen el Sr. CRAWFORD (Relator Especial), el Sr. KATEKA, el Sr. SIMMA y el Sr. TOMKA, el PRESIDENTE dice que, de no haber objeción, entenderá que la Comisión desea examinar el capítulo V artículo por artículo en el orden propuesto por el Relator Especial en las conclusiones en relación con el capítulo V incluidas en la sección C del capítulo I de su segundo informe.

Así queda acordado.

ARTÍCULO 29

53. El Sr. GAJA es partidario de mantener el artículo 29. El derecho internacional permite muchas de las actividades que un Estado desee emprender en el territorio de otro Estado únicamente si éste da su consentimiento. Basta citar como ejemplos el establecimiento de bases militares y el ejercicio de funciones extrajudiciales consulares o de investigación. La mayoría de estas actividades sólo se realiza después de que el consentimiento revista la forma de un acuerdo entre los dos Estados interesados. Cuando se ha concertado un acuerdo, éste vendría a reemplazar las normas de derecho internacional que prohíben la actividad prevista, lo que elimina la necesidad de regular estas situaciones en el proyecto de artículos.

54. Sin embargo, puede suceder que no se haya concertado un acuerdo general, con lo que regiría el principio que nos ocupa, según el cual el Estado podría dar su consentimiento con carácter excepcional para una actividad determinada. En los casos de esta índole su ilicitud quedaría seguramente excluida. Siguiendo el ejemplo del sobrevuelo escogido por el Relator Especial, conviene advertir que el Convenio sobre Aviación Civil Internacional confiere a todos los Estados Partes el derecho de que sus aviones civiles sobrevuelen el territorio de otros Estados Partes en los vuelos regulares. Queda así sin efecto la norma de derecho internacional general que prohíbe el sobrevuelo. Ahora bien, en relación con los aviones militares no hay ninguna derogación general, aunque existe la excepción a la prohibición cuando se da el consentimiento referido a uno o varios casos. En el párrafo 20 de su comentario al artículo 29 aprobado en primera lectura, la Comisión ha considerado el consentimiento específico como un acuerdo. El orador considera, como muchos comentaristas, que ello no siempre es así: el consentimiento se otorga a menudo por medio de un acto unilateral del Estado. Por lo tanto, no cabe presumir que en todos los casos hay un acuerdo especial que se aparta de la norma prohibitiva en un caso concreto. Sin duda, se puede estar de acuerdo con el Relator Especial en que la norma de derecho internacional que prohíbe los sobrevuelos es una norma que los prohíbe salvo con consentimiento. Igualmente podría decirse, aunque el Relator Especial probablemente discrepará, que una norma prohíbe los sobrevuelos salvo en los casos de peligro extremo o de legítima defensa, circunstancias ambas que excluyen la ilicitud en general.

55. En la sección C del capítulo I de su segundo informe, en su examen del artículo 31, el Relator Especial distingue entre estos casos, porque en muchos se exige una explicación o justificación que, en cambio, no es necesaria en el caso del consentimiento. Sin embargo, esto no significa que las circunstancias sean intrínsecamente diferentes. Obviamente, cuando un Estado ha dado su consentimiento, no necesita que lo persuadan, pero en otros casos la persuasión es necesaria.

56. Como señala el Relator Especial en el párrafo 235 de su segundo informe, ningún Estado ha formulado una objeción al principio enunciado en el artículo 29. Ésta debería ser una razón de más para mantenerlo. Por último, en cuanto a la validez del consentimiento, tema delicado al que se han referido algunos Estados, cuando el consentimiento especial adopta la forma de un acuerdo, no hay necesidad de analizar la validez del consentimiento, ya que se aplica lo dispuesto en la Convención de Viena de 1969. El orador no alcanza a comprender por qué la Comisión no puede adoptar una solución análoga en el caso de los actos unilaterales y remitirse sencillamente en su comentario a las disposiciones que apruebe cuando se ocupe del tema de los actos unilaterales de los Estados.

57. El Sr. KATEKA se inclina por apoyar la propuesta del Relator Especial de que se suprima el artículo 29. Se han cometido demasiados abusos, en Europa durante la segunda guerra mundial o en el Congo en 1960, al amparo del consentimiento previo válidamente otorgado. Todo el mundo reconoce la necesidad de proteger a los Estados más débiles de los abusos de los más poderosos. No puede aceptarse que el principio maquiavélico de que el fin justifica los medios sirva de excusa para injerirse en los asuntos internos de los Estados o para infringir normas imperativas como la que reconoce el derecho a la libre determinación. Por estas razones, así como a la luz de los argumentos aducidos por el Relator Especial al presentar el capítulo V, el orador es partidario de eliminar el consentimiento (art. 29) del proyecto de artículos.

58. El Sr. LUKASHUK, después de elogiar la excelente calidad técnica de la sección del informe que actualmente se examina, dice que la distinción que hace el Relator Especial entre dos clases distintas del consentimiento a la infracción de un tratado, a saber, el consentimiento previo y el posterior a la infracción, es totalmente correcta, pero las consecuencias son diferentes en cada caso. Por lo que se refiere al consentimiento previo, el derecho de los tratados faculta a las partes para suspender, de mutuo acuerdo, la aplicación del tratado en su conjunto o de algunas de sus disposiciones. Por lo tanto, en la medida en que se refiere al consentimiento previo, el artículo pertenece claramente al ámbito del régimen de las circunstancias que excluyen la ilicitud y conviene mantenerlo en el proyecto de artículos. En cuanto al consentimiento posterior al hecho, el orador comparte plenamente la opinión del Relator Especial. El Comité de Redacción podría considerar la posibilidad de cambiar el título actual del artí-

culo 29 por el de «Consentimiento previo» y modificar su texto en consecuencia.

59. El Sr. HAFNER comparte la mayoría de las observaciones del Sr. Gaja. Aunque no se opone a la tendencia general de reducir el número de disposiciones relativas a la responsabilidad de los Estados, no cree que la tendencia deba hacerse extensiva al artículo objeto de examen. Eliminar la idea del consentimiento de la lista de las circunstancias que excluyen la ilicitud podría interpretarse como la abrogación de un importante principio. Además, no está convencido de que en todas las normas primarias se establezca la posibilidad de dar un consentimiento válido para un acto que no está en armonía con una obligación. Hay dos formas posibles de evaluar un acto ilícito. Desde el punto de vista de la víctima, es obvio que el acto no es ilícito cuando el consentimiento es válido; pero desde el punto de vista de terceros Estados, el acto puede ser ilícito hasta que se demuestre que hubo consentimiento. Este aspecto del problema tiene que tomarse en consideración habida cuenta de la importancia cada vez mayor del carácter multilateral de las normas internacionales. Al respecto, sorprende al orador el comentario del artículo 29. No está convencido de que, como se afirma en el párrafo 20 del comentario, el acto ilícito por el que un Estado neutral «víctima» da su consentimiento para que tropas extranjeras entren en su territorio siga siendo efectivamente ilícito con relación a terceros Estados. En conclusión, el orador comparte la propuesta del Sr. Lukashuk de que el título del artículo 29 se cambie por el de «Consentimiento previo».

60. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial), en respuesta a las observaciones del Sr. Hafner, dice que el ejemplo de la neutralidad demuestra que, por deducción lógica, es preferible interpretar el consentimiento como parte de la norma primaria. El Estado que, en interés propio, se proclama unilateralmente neutral puede renunciar a su neutralidad en un caso determinado y, si lo hace, su renuncia surte efecto con respecto a los demás Estados. Ahora bien, cuando en realidad la neutralidad se ha impuesto a un Estado o ha sido aceptada por éste en interés general —cabe evocar, por ejemplo, el caso de la Antártida—, los efectos del consentimiento son por supuesto muy diferentes. Por consiguiente, es preferible considerar el tema como un aspecto de la norma primaria concreta y no como un intento de establecer una norma general. Cuando propone suprimir la norma, no trata de abolir un importante principio, sino solamente de definir las circunstancias que excluyen la ilicitud en términos algo más estrictos.

61. El Sr. KAMTO dice que, antes de decidir si suprime o mantiene el artículo, la Comisión debe examinar detenidamente la cuestión de la validez del consentimiento otorgado. En algunos casos dos gobiernos rivales dentro de un mismo Estado pueden afirmar que han tomado una decisión válida, tal vez con efectos opuestos. ¿Quién va a decidir cuál de las dos decisiones es válida? La norma del artículo 29 puede servir para injerirse de modo inaceptable en los asuntos internos de los Estados. De manera más general, ¿no es posible que el concepto de consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud permita que dos Estados infrinjan de mutuo acuerdo una norma de derecho internacional y eviten la responsabilidad correspondiente? ¿No prejuzgaría esta posibilidad el conjunto de las obligaciones de derecho internacional, sean objetivas o *erga omnes*? El Sr. Kamto dice que le parece que el consentimiento previo del Estado A anula la ilicitud de un acto del Estado B que de otro modo hubiera sido ilícito; en cierta forma «legaliza» el acto y lo inscribe así en el marco normal de la cooperación entre Estados. Por estas razones, el orador propone que el artículo 29 sea reformulado por el Comité de Redacción o suprimido en su integridad.

62. El Sr. MELESCANU se suma a las felicitaciones de otros miembros al Relator Especial por su excelente informe y, en particular, aplaude la claridad de las propuestas y las notas que las completan en las conclusiones de cada capítulo del proyecto de artículos. Duda mucho de que el artículo 29 deba figurar en el capítulo V o que deba ocupar cualquier otro lugar del proyecto. El consentimiento no es una circunstancia que excluya la ilicitud; hace que una obligación sea inexistente o, en los términos del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, la anula. Totalmente consciente del valor de los argumentos expuestos por el Sr. Gaja y el Sr. Hafner, el orador considera que pueden ser objeto de las explicaciones apropiadas en algún lugar del comentario.

63. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que hay casos de suspensión de obligaciones, pero también de aplicación de la norma primaria. Según el párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, los agentes del Estado que la acoge no pueden penetrar en los locales de una misión sin el consentimiento del jefe de ésta. Con dicho consentimiento, el hecho de su entrada en la misión no es ni siquiera potencialmente ilícito.

64. El Sr. SIMMA hace notar que debe distinguirse entre obligaciones de carácter perentorio, que siguen vinculando a los Estados hayan consentido o no en renunciar a su cumplimiento, y las obligaciones de la clase a que se refiere el Sr. Melescanu, que resultan anuladas por el consentimiento.

65. El Sr. Sreenivasa RAO aprecia en su justo valor los argumentos expuestos por el Sr. Kamto y el Sr. Kateka, pero está de acuerdo con el Sr. Gaja y el Sr. Hafner en que debe mantenerse el artículo con algunos cambios. Debe aclararse en el comentario que el consentimiento no puede servir de base para hechos ilícitos o accesorios. El objeto y el propósito específicos del consentimiento otorgado para anular una obligación deben exponerse con precisión en cada caso.

66. El Sr. GOCO acepta la recomendación del Relator Especial en favor de la supresión del artículo 29, pero se pregunta si puede haber casos en que el consentimiento tenga efectos retroactivos.

67. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) dice que, efectivamente, pueden surgir casos de consentimiento retroactivo válido que no sea una simple renuncia. No obstante, opina que procede ocuparse de estos casos en la tercera parte del proyecto, en la que piensa proponer que figure un artículo sobre la cuestión de la renuncia y la eliminación de la infracción.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.