2588.ª SESIÓN

Miércoles 16 de junio de 1999, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Zdzislaw GALICKI

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, 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. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, 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)*

ARTICULO 29 *(conclusión)*

1. El Sr. KABATSI dice que la cuestión que se plantea a la Comisión es la de saber si conviene conservar el artículo 29 (Consentimiento) del capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud) de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. En favor de mantenerlo, cabe señalar que no ha suscitado oposición formal de parte de los gobiernos que formularon observaciones al capítulo V, en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos (A/CN.4/492)[4]. Como acertadamente ha señalado el Sr. Gaja (2587.ª sesión), quizá no sea oportuno en la fase de segunda lectura suprimir una disposición que no había suscitado objeciones en primera lectura, ya que ello podría reactivar el debate de fondo.

2. No obstante, si este artículo se conserva y se remite al Comité de Redacción, éste evidentemente deberá dedicarle mucho tiempo y esfuerzos, habida cuenta de la diversidad de los problemas planteados, por ejemplo, por la validez de los límites del consentimiento, la calidad de las personas físicas o morales facultadas para dar ese consentimiento y, también, el valor del consentimiento frente a las normas imperativas.

3. Otro aspecto que el Relator Especial ha destacado es la cuestión de saber si el artículo 29 debe verdaderamente figurar en el capítulo V. A diferencia de la fuerza mayor, del peligro extremo y del estado de necesidad, que pueden ser invocados por el Estado autor de un hecho ilícito para justificarlo, el consentimiento no es en modo alguno una «circunstancia» y menos aún una «circunstancia que excluye la ilicitud», ya que, como acertadamente ha señalado el Relator Especial, el hecho de que el consentimiento se haya dado válidamente significa que el comportamiento de que se trate es perfectamente lícito en el momento en que se produce.

4. Este problema de pertinencia en el capítulo V, junto con los demás problemas anexos ya mencionados, hace que la remodelación del artículo 29 exigiría del Comité de Redacción un esfuerzo desproporcionado con relación al interés que este artículo ofrece. Por tanto, el Sr. Kabatsi es partidario de suprimirlo.

5. El Sr. TOMKA observa que el Relator Especial reexamina el artículo 29 no sólo a la luz de los comentarios y las observaciones recibidos de los gobiernos sino también de la jurisprudencia reciente.

6. Le ha sorprendido un poco su proposición de suprimir pura y simplemente ese artículo, en tanto que los gobiernos que formularon observaciones al respecto se interrogaron menos sobre el contenido del artículo que sobre su formulación ¿Quiere esto decir que en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados no hay lugar para el principio *volenti non fit injuria*, que está reconocido en numerosos sistemas jurídicos?

7. Parece que, para el Relator Especial, al tratar el consentimiento previo como una circunstancia que excluye la ilicitud, se confunde el contenido de la obligación de fondo con la aplicación de las normas secundarias relativas a la responsabilidad y, por tanto, el orador se pregunta si no sería mejor incluir el elemento del consentimiento en las normas primarias. Los ejemplos que da en apoyo de su argumentación no parecen, sin embargo, muy pertinentes. A juicio del Sr. Tomka, las comisiones de investigación que trabajan en el territorio de otro Estado, o incluso la jurisdicción ejercida sobre las fuerzas estacionadas en el extranjero, son más bien ejemplos de la derogación de la norma de derecho internacional según la cual cada Estado ejerce una jurisdicción exclusiva sobre su propio territorio. Las normas que se derogan no forman parte del *jus cogens* y es posible descartar su aplicación de común acuerdo. La Comisión, en el párrafo 2 de su comentario al artículo 29 aprobado en primera lectura[5], ha subrayado que evidentemente no pensaba en el caso de «un tratado o de un acuerdo que tengan por objeto suspender en general la norma que establece la obligación, y mucho menos de un tratado o un acuerdo dirigidos a modificar o derogar la norma de que se trate». El hecho de que haya habido consentimiento no significa que la norma de que dimana la obligación deje de existir ni que quede suspendida. La Comisión ha insistido en el hecho de que el Estado beneficiario de la obligación no consiente en la suspensión general de la regla ni en su derogación, sino en la no aplicación de la obligación prevista por la regla en un caso concreto determinado. En realidad, esta es toda la cues-

---

[1] Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión 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] Ibíd.

[4] Véase 2567.ª sesión, nota 5.

[5] Véase 2587.ª sesión, nota 8.

tión. Hay que distinguir claramente entre el caso en que un consentimiento dado en una situación particular excluye la ilicitud o permite aceptar de antemano un comportamiento que, sin ese consentimiento, habría sido ilícito por ser contrario a la obligación existente, y los casos de la suspensión de un tratado en virtud de los artículos 57 y 65 de la Convención de Viena de 1969 o también de derogación, convenida de común acuerdo, de una norma de derecho internacional general (derecho consuetudinario).

8. El Relator Especial se refiere repetidas veces a los trabajos del Relator Especial sobre el derecho de los tratados, Sir Gerald Fitzmaurice, y, en particular, sobre los límites a las obligaciones convencionales y sobre las circunstancias que justifican la no ejecución de los tratados[6]. Pero el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad de los Estados son dos cosas muy diferentes y bajo la influencia del antiguo Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, Sr. Roberto Ago, la Comisión renunció a utilizar los trabajos de Fitzmaurice en su reflexión sobre la responsabilidad de los Estados. El Sr. Tomka estima, por su parte, que es preferible no volver a ello o, en cualquier caso, hacerlo con la máxima prudencia. La distinción hecha entre justificación o excusa «intrínseca» y «extrínseca» le parece, en particular, de un interés discutible en el plano práctico.

9. En cambio, lo mismo que el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969 saca las consecuencias del principio *rebus sic stantibus*, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados debería ahondar en el principio del consentimiento como circunstancia que excluye la ilicitud. Algunos oradores se han detenido sobre los problemas relacionados con la formulación de ese principio, como la definición del consentimiento válidamente expresado o también la calidad de las personas facultadas para dar el consentimiento, pero estos aspectos podría resolverlos el Comité de Redacción o podrían explicitarse en el comentario. A propósito de la calidad de las personas facultadas para dar el consentimiento, el Sr. Tomka se pregunta, por lo demás, sobre la pertinencia del ejemplo dado en el apartado *c* del párrafo 240 del segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/498 y Add.1 a 4) relativo al Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Este Convenio no tiene nada que ver con la cuestión prevista en el artículo 29. En este caso se trata de un consentimiento en el arbitraje para resolver controversias surgidas entre un Estado Parte y sociedades o personas privadas de otro Estado Parte. En ningún momento este consentimiento es una circunstancia que excluya la ilicitud en el sentido del artículo 29 ni un factor que permita exonerarse de una responsabilidad.

10. Los miembros de la Comisión que se pronunciaron contra el mantenimiento del artículo 29 (2587.ª sesión) han hecho valer también que podría ser fuente de abusos. Pero el Sr. Tomka se pregunta si su supresión garantizaría a los Estados, y en particular a los más pequeños y a los más débiles, una protección mejor. Suprimiéndolo, se desplazaría simplemente el problema, obligando a los Estados a preguntarse sobre la existencia de un eventual consentimiento implícito y a entregarse a una labor de interpretación, por falta de normas claras como la enunciada en el párrafo 2 del artículo 29. Este artículo permite, en realidad, resolver muchos problemas y es la razón por la que el Sr. Tomka es totalmente partidario de mantenerlo.

11. El Sr. SIMMA dice que el informe en examen demuestra la progresión del pensamiento sobre el tema de la responsabilidad de los Estados y muestra que la *lex posterior* es siempre mejor que la *lex prior*.

12. En cuanto al artículo 29, es de una opinión radicalmente opuesta a la del orador precedente. Para responder a la cuestión de saber si el consentimiento es verdaderamente una circunstancia que excluye la licitud, hay que referirse a las premisas sentadas a la vez por el Relator Especial y por sus predecesores. Estas premisas le parecen ser las siguientes: cuando intervienen circunstancias que excluyen la ilicitud, la obligación primaria no por ello deja de seguir existiendo; solamente desaparece la ilicitud de su no observancia. Esta premisa nunca ha sido cuestionada por los gobiernos o los especialistas de derecho internacional y, como lo ha demostrado el Relator Especial en su segundo informe, está corroborada por la jurisprudencia. Si uno se atiene a este razonamiento, la conclusión del Relator Especial, según la cual el consentimiento no puede figurar entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, es inatacable. En efecto, el consentimiento dado de antemano tiene por consecuencia suprimir o suspender la aplicación de la obligación primaria. La cuestión no consiste en saber si el principio *volenti non fit injuria* debe figurar o no en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Lo cierto es que no debe figurar entre las circunstancias que excluyen la ilicitud tal como las definió el Sr. Ago.

13. Si la Comisión, pese a estas consideraciones, decide conservar el consentimiento entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, el párrafo 240 del segundo informe le indica por adelantado las circunstancias que encontrará. La cuestión de saber si el consentimiento se ha dado válidamente plantea por sí misma todo un conjunto de problemas. La calidad de las personas a las que se permite dar ese consentimiento plantea otros. En cuanto a la relación entre el consentimiento y las normas imperativas, el Relator Especial ha invocado acertadamente algunas normas imperativas que contienen un elemento de consentimiento «intrínseco». Si se compara el párrafo 2 del artículo 29 adoptado en primera lectura con el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, se advierte que este problema jamás se ha explorado. Este párrafo 2 dice que el párrafo 1 (el hecho de que el consentimiento pueda ser una circunstancia que excluye la ilicitud) no se aplica si la obligación dimana de una norma imperativa de derecho internacional general. Ahora bien, el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta constituye ciertamente una norma imperativa. Y, sin embargo, todo el mundo reconoce que si un Estado consiente en que las fuerzas militares de otro Estado atraviesen su territorio, esta «autorización» constituirá una derogación de las disposiciones del párrafo 4.

14. Si la Comisión decide conservar el artículo 29, el párrafo 2 de la versión adoptada en primera lectura es evidentemente muy insuficiente. Los argumentos invocados en el segundo informe no abogan tampoco en favor de

[6] Ibíd., párr. 3.

mantener este artículo. Los problemas que encontraría la Comisión si optara por conservarlo serían demasiado numerosos y delicados para confiarlos a un Comité de Redacción.

15. El único argumento válido que se ha invocado en favor de mantener el artículo 29 es que no ha sido cuestionado por los gobiernos. Pero ¿es pertinente y suficiente este argumento? Los argumentos que propugnan su supresión son más convincentes y el primero de ellos es que el consentimiento no debe figurar entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, ya que no corresponde a la definición que la Comisión dio de esas circunstancias. Por otra parte, como ha señalado el Sr. Kateka (2587.ª sesión), este artículo puede dar lugar a abusos, lo que constituye una razón de más para abandonarlo. Por tanto, el Sr. Simma es partidario de suprimirlo.

16. El Sr. ELARABY dice que el análisis que el Relator Especial ha hecho de los problemas planteados por el artículo 29 es muy convincente, pero no piensa que esos problemas sean una razón suficiente para suprimir ese artículo. Una reflexión profunda y un trabajo delicado de redacción evidentemente serán necesarios sobre los diferentes aspectos mencionado en el párrafo 240 del segundo informe, pero, a su juicio, no cabe dejar de hablar del consentimiento en el proyecto de artículos, ya que varias cuestiones planteadas por los gobiernos merecen precisarse.

17. Por ejemplo, cuando se lee el párrafo 20 del comentario al artículo 29 adoptado en primera lectura, aparece claramente que el consentimiento dado por un Estado no es en realidad más que un elemento de un acuerdo que se realiza entre dos partes: el sujeto titular de la obligación y el sujeto titular del derecho subjetivo correspondiente, que renuncia a él. El acuerdo, evidentemente, no produce efecto más que entre las partes involucradas y la obligación sigue existiendo respecto de todas las demás partes. Este aspecto debería subrayarse. No obstante las dificultades de redacción, es también importante decir en el proyecto de artículos que el consentimiento debe darse de forma válida, es decir, en particular, que debe haber sido explícito y no debe haber sido arrancado bajo coacción. Como señaló el Sr. Kateka (ibíd.), los Estados pueden ejercer coacción sobre las otras partes para forzarlas a dar su consentimiento y hay que mencionar en algún lugar que eso no está autorizado.

18. Por último, el párrafo 17 del comentario al artículo 29 adoptado en primera lectura subraya que el consentimiento tiene un alcance y duración limitados. Esta limitación debe también definirse en el proyecto de artículos. La Comisión debe guiar a los Estados.

19. Aunque sólo sea por esas razones prácticas, el Sr. Elaraby estima que el artículo 29 debe conservarse, aunque está de acuerdo con el Sr. Hafner en el hecho de que habría que modificar el título y sustituirlo por «Consentimiento previo».

20. El Sr. ECONOMIDES dice que sus observaciones se referirán a la vez al artículo 29 y al artículo 29 *bis* [Cumplimiento de una norma imperativa *(jus cogens)*] propuesto por el Relator Especial en su segundo informe porque, a su juicio, estas dos disposiciones están íntimamente relacionadas.

21. En cuanto al artículo 29, comparte en gran medida las conclusiones del Relator Especial, ya que siempre ha considerado este artículo, o más exactamente su párrafo 1, poco ortodoxo: hay algo incómodo en el hecho de que un Estado pueda dar su consentimiento para que se cometan a sus expensas actos ilícitos. Tal disposición no debe figurar en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados ya que, cuando se trata de pequeñas limitaciones de soberanía, es superfluo, en tanto que para las grandes limitaciones de soberanía, plantea problemas y es claramente indeseable. Por tanto, el Sr. Economides no tiene objeciones a que se suprima el párrafo 1.

22. En cambio, el párrafo 2, hábilmente remodelado, podría completar útilmente el artículo 29 *bis* propuesto por el Relator Especial. Al fin de este artículo 29 *bis*, cabría decir, por ejemplo, que un Estado «no puede, por su consentimiento, hacer lícito respecto de él el hecho de otro Estado que no sea conforme a una obligación internacional dimanante de una norma imperativa del derecho internacional». Esto permitiría a la vez insistir en el poder jurídico de la norma imperativa y, *a contrario*, trazar los límites del consentimiento.

23. El artículo 29 *bis* parece absolutamente necesario ya que, sin él, el capítulo V no estaría completo. Si hay conflicto entre una obligación internacional imperativa y una obligación internacional ordinaria para juzgar el carácter lícito o ilícito de un hecho del Estado, es evidentemente la norma imperativa únicamente la que debe tenerse en cuenta. No obstante, la redacción de este artículo 29 *bis* suscita dos observaciones: la palabra «necesario» parece inapropiada. En cuanto a la fórmula «en las circunstancias», obscurece las cosas en vez de aclararlas. Este artículo podría formularse como sigue: «La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si tal hecho es conforme a una norma imperativa del derecho internacional general».

24. O también, haciendo hincapié en el conflicto de obligaciones, cabría decir que «La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si esa obligación está en conflicto con una norma imperativa del derecho internacional general». Esta formulación se inspira en la del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969.

25. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) señala que el debate actual no se refiere al artículo 29 *bis* y que convendría agotar el debate sobre el artículo 29 en cuanto al fondo antes de examinar la proposición que acaba de hacer el Sr. Economides respecto del párrafo 2 del artículo 29.

26. El Sr. SIMMA señala que la noción de consentimiento está presente en el artículo 29 *bis* y plantea el mismo problema de lógica que el que han señalado a la atención algunos miembros. Decir en el artículo 29 *bis*, en un nuevo párrafo 2, que el consentimiento no excluye la ilicitud respecto del *jus cogens* podría significar, *a contrario*, que el consentimiento sería naturalmente válido en otras circunstancias. Si la condición del consentimiento no se manifiesta de manera expresa, no se puede rodear de ciertos límites («válidamente dado», «realmente expre-

sado») en un nuevo párrafo 2 del artículo 29 *bis*, ya que sería absurdo declarar que el consentimiento, incluso dado válidamente, resultaría caduco si el hecho es contrario a las normas de *jus cogens*.

27. El Sr. ECONOMIDES precisa que se ha pronunciado en contra de incluir en el proyecto de artículos el párrafo 1 del artículo 29, pero es partidario de incluir el párrafo 2 a continuación de la disposición del artículo 29 *bis*. Es exacto que el consentimiento no puede hacer lícito un hecho del Estado que sea contrario a una obligación de *jus cogens* y, *a contrario*, se supone que en los demás casos el consentimiento puede hacer lícito tal hecho. En realidad, todos los demás casos dependerán de la interpretación de la norma primaria.

28. El Sr. KAMTO se inclina por suprimir el artículo 29. En efecto, un consentimiento dado antes de que sobrevenga el hecho puede generar dos situaciones. O bien ese consentimiento no es contrario a una norma imperativa o a una obligación objetiva *erga omnes*, y en ese caso no hay dificultad, ya que el hecho entra en el marco de las relaciones normales entre los dos Estados, o bien el consentimiento es contrario al *jus cogens*, y en ese caso puede darse una situación en que dos Estados se sustraigan a obligaciones multilaterales. Si no se suprime este artículo, por lo menos habría que remodelarlo. Pero la proposición del Sr. Economides no parece resolver totalmente el problema, ya que su formulación estaría simplemente encaminada a dar una explicación del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y no a crear verdaderamente un sistema de exoneración de la ilicitud. Decir que la ilicitud quedaría excluida porque el hecho ilícito sería conforme con una obligación de *jus cogens* no aporta nada nuevo. Si el hecho no es ilícito porque es conforme a una obligación de *jus cogens*, la obligación de partida no debe existir, ya que, en cualquier caso, es contraria al *jus cogens*. Por tanto, no son solamente los argumentos de orden práctico (es decir, la confusión entre el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad) sino también los argumentos jurídicos los que abogan en favor de suprimir este artículo.

29. El Sr. HE dice que se desprende del segundo informe que, en numerosos casos, el consentimiento del Estado dado antes de que se produzca el hecho equivale a legalizar ese hecho en el derecho internacional, en tanto que el consentimiento dado después de la comisión del hecho al que se refiere equivale a una renuncia, sin que ello impida el nacimiento de la responsabilidad en el momento en que se produzca el hecho. Ni uno ni otro de estos casos constituye una circunstancia que excluya la ilicitud. Sin embargo, una tercera posibilidad puede ser la existencia de casos en los que el consentimiento podría prestarse válidamente por anticipado pero no está implícito en la definición de la obligación. En tal caso, el consentimiento en el artículo 29 adoptado en primera lectura todavía podría aplicarse. Se pregunta si tal posibilidad podría excluirse. El ejemplo citado en la primera nota del párrafo 238 del segundo informe, que se aproxima a la idea de Fitzmaurice de la «aceptación del incumplimiento», podría bien caer en el ámbito de aplicación del antiguo artículo 29, ya que este artículo podría exonerar al Estado A de su responsabilidad. A este respecto, el artículo 29 podría ser útil después de haber sido remodelado según las opiniones expresadas en el debate.

30. El Sr. LUKASHUK ve en el debate sobre el artículo 29 un debate puramente teórico. No se trata aquí del desarrollo progresivo del derecho, sino de la codificación de disposiciones existentes conforme a la Convención de Viena de 1969. El consentimiento representa un acuerdo en el marco del cual puede ponerse fin a otras partes del acuerdo. Se mantenga o no el artículo 29, la situación quedará inalterada, ya que este artículo es una concretización de una disposición general aplicable a los artículos sobre la responsabilidad. Se han planteado diferentes cuestiones, en particular en cuanto a la relación entre las normas imperativas de *jus cogens* —sobre la coacción, por ejemplo—, pero estas cuestiones las resuelve la Convención y no cabe ligar cada artículo a esas disposiciones generales. Si se suprime el artículo, la situación no cambiará, pero sufrirá la lógica misma del proyecto. Por tanto, para preservar la sistemática —es decir la lógica general de proyecto— el Sr. Lukashuk estima necesario mantener el artículo 29.

31. Para el Sr. BROWNLIE sería catastrófico suprimir el artículo 29. En primer lugar, tal supresión podría ir en contradicción total con la experiencia. En segundo lugar, sería totalmente ineficaz, ya que el consentimiento sería una justificación en derecho internacional, y que la Comisión diga lo contrario no cambiaría nada al respecto. En tercer lugar, se consideraría algo excéntrico y atentaría a la reputación de la Comisión. En cuarto lugar, por último, sería ilógico: el consentimiento puede generar una situación en la que la norma primaria deje de ser obligatoria y la cuestión del consentimiento en cuanto justificación pierda toda consistencia. Este análisis no vale, sin embargo, en el contexto de los debates judiciales ante un tribunal arbitral internacional. En tal marco, el argumento según el cual el consentimiento contrarresta las obligaciones primarias es posible, pero cabría decir a la inversa, si no fuera así, que las circunstancias habían generado un consentimiento con el riesgo particular de daño incluso si la obligación primaria siguiera vigente. Se trata de dos situaciones que pueden estar íntimamente relacionadas, como lo están las situaciones fácticas, pero que, sin embargo, no son similares. Por tanto, es ilógico hablar de validez o de no validez de una obligación primaria. En cuanto al argumento según el cual se tropieza con difíciles problemas de redacción y que hay que hacer referencia al *jus cogens*, no parece demasiado convincente. En la mayoría de sus trabajos, la Comisión encuentra dificultades de redacción en cuanto al *jus cogens*.

32. El Sr. ADDO dice que, en el derecho internacional, muchas violaciones de los derechos de un Estado pueden ser legitimadas por el consentimiento de éste. Pero este consentimiento debe darse antes o en el mismo momento de la violación. Un consentimiento retrospectivo constituiría una renuncia al derecho de pedir reparación, pero ello no repararía la violación del derecho internacional cometida. Naturalmente todo consentimiento estaría viciado por el error, la coacción o el fraude, por analogía con las normas que se aplican a los tratados. La cuestión de saber si el consentimiento se ha dado libremente por adelantado es en realidad crucial y plantea numerosas dificultades, ya que frecuentemente ha sido invocada por los Estados para tratar de justificar lo que constituían actos flagrantes de intervención. Así, la entrada de tropas extranjeras en el territorio de un Estado, que habría sido

normalmente ilícita, se convierte en lícita, por regla general, si se produce con el consentimiento de ese Estado. Tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General han tenido que examinar numerosos asuntos de ese tipo. El principio fundamental del consentimiento como factor legitimador no se ha cuestionado en esos casos. En cambio, han surgido siempre divergencias de opinión sobre las cuestiones de si el consentimiento se había dado válidamente, si se habían violado los derechos de otros Estados y si se habían infringido normas imperativas. Según el párrafo 11 del comentario al artículo 29 adoptado en primera lectura, el consentimiento, para ser válido, debe expresarse realmente, pero esta expresión puede adoptar o bien la forma de un comportamiento o bien la de una expresión verbal. Por tanto, cabe preguntarse si hay consentimiento cuando está presente un elemento de coacción; si amenazas implícitas de invasión o amenazas de represalias económicas invalidan el consentimiento; si, para ser válido, el consentimiento supone el apoyo del pueblo de un Estado; si el derecho interno es pertinente y decisivo; y si las normas del derecho internacional se aplican para determinar la «voluntad» del Estado. Estas cuestiones se plantean en varios asuntos de intervención militar. El consentimiento no excluye la ilicitud de un hecho más que respecto del Estado que da su consentimiento. Pero un hecho en el que ha consentido un Estado puede constituir una infracción para otro. Por ejemplo, los daños causados a los nacionales de un Estado que consienta en la violación de una convención internacional pueden constituir también una infracción respecto de otras partes en esa convención. Conviene señalar que el proyecto de la Comisión considera que incluso un consentimiento libremente dado no exoneraría a un Estado de su responsabilidad cuando la obligación pertenezca al *jus cogens*. ¿Significa esto una extensión del principio de *jus cogens* más allá de lo enunciado en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969? El Sr. Ago y la Comisión se basan en «principios lógicos» y no en la práctica. Por tanto, se plantea las cuestiones de saber si un gobierno tendría libertad para consentir en abandonar su soberanía para convertirse en un protectorado o en una provincia de otro Estado; si cabe afirmar que la autodeterminación es un principio de *jus cogens*; y si la organización de un referéndum puede exigirse como condición del consentimiento de un Estado en abandonar sus derechos soberanos en beneficio de otro. Estas son las inmensas cuestiones sobre las que deberían reflexionar los miembros de la Comisión antes de tomar la decisión de mantener el artículo 29. El Sr. Addo, por su parte, se inclina por su supresión, ya que plantea más problemas de los que resuelve. La experiencia es preferible a la lógica.

33. El Sr. PELLET advierte a la Comisión en contra del peligro que habría en iniciar a la ligera un cuestionamiento de las disposiciones de un proyecto adoptado en primera lectura y generalmente bien acogido. Naturalmente, nada impide a la Comisión volver a examinar un artículo, incluso suprimirlo o agregar otros, sobre todo si se considera que algunas disposiciones del proyecto están en examen desde hace 20 ó 30 años. El Sr. Pellet no reprocha al Relator Especial que desee suprimir tal o cual disposición si estima que hay razones imperativas para hacerlo. Pero eso no sucede en el caso en examen. Como el Sr. Brownlie, el Sr. Pellet cree que, en cierto modo, la Comisión se ridiculizaría suprimiendo el artículo 29. El Sr. Addo ha dicho que la experiencia debía primar sobre la lógica. Ahora bien, precisamente, la experiencia, la práctica en la materia, es que el consentimiento válidamente dado constituye una circunstancia que excluye la ilicitud. Al Sr. Pellet le cuesta entender los razonamientos alambicados de algunos miembros que parecen dudar de lo que parece una evidencia que corresponde a una práctica constante y firmemente establecida: cuando un Estado da su consentimiento a un hecho, éste es válido incluso si de entrada existiera una norma contraria. Igualmente dificilísima de entender es la afirmación según la cual cuando el consentimiento actúa como circunstancia que excluye la ilicitud, se incluye en la norma primaria. Esto no corresponde a la realidad del derecho. Hay, por una parte, normas primarias que excluyen o no la posibilidad de dar un consentimiento y, por otra parte, una norma general que es que cuando un Estado expresa su consentimiento en no aplicar una norma de derecho positivo, no compromete su responsabilidad porque la propia ilicitud queda eliminada. La norma expresada en el párrafo 1 del artículo 29 del proyecto adoptado en primera lectura desempeña en cierto modo el papel del principio *rebus sic stantibus* en el derecho de los tratados. Es cierto que algunos autores afirman que este principio es una cláusula implícitamente incluida en los tratados. Pero se trata de un análisis artificial, porque en realidad es una norma general del derecho internacional. La idea que cabe darse de su consentimiento en la no observancia de una norma *a priori* en general parece ser igualmente una norma de derecho internacional. Las normas primarias no tienen nada que ver con el sujeto, algunas pueden excluir o incluir la posibilidad del consentimiento, pero es un problema totalmente diferente. Sería de lamentar que la Comisión propusiera suprimir una disposición que parece pertenecer a lo evidente.

34. Por lo demás, el Sr. Pellet se suma a los miembros de la Comisión que han indicado que el consentimiento sólo constituye una circunstancia que excluye la ilicitud si es previo. Si el consentimiento se da *ex post facto*, nos encontramos en el ámbito de la aplicación de la responsabilidad, y por tanto, en el ámbito de la segunda parte del proyecto. Si, como espera, el consentimiento se mantiene entre las circunstancias que excluyen la ilicitud, las palabras «válidamente dado» no plantean un problema particular, ya que es totalmente cierto que cualquier consentimiento no es válido y los ejemplos citados por el Sr. Addo son pertinentes y convincentes. Para el Sr. Pellet, sin embargo, el momento no es oportuno para preguntarse cuándo un consentimiento se ha dado válidamente o no. Si algunos miembros de la Comisión consideran que la validez del consentimiento constituye una cuestión decisiva habría que decirlo en el programa, pero no le parece que pueda reescribirse todo el derecho internacional a propósito de cada disposición de un proyecto.

35. Estas observaciones le llevan a ser muy escéptico sobre el fundamento del párrafo 2 del artículo 29 adoptado en primera lectura. Aun siendo perfectamente consciente de que el *jus cogens* es una barrera indispensable a la expresión del consentimiento y que el consentimiento contrario al *jus cogens* no puede producir efectos, el Sr. Pellet piensa que no se trata más que de un ejemplo entre otros del «consentimiento válidamente dado» y de una de las advertencias, entre otras, que el Relator Especial debe

hacer enérgicamente y de una manera muy detallada para explicar lo que significan las palabras «validamente dado». Por ello es partidario de mantener el párrafo 1 del artículo 29 y prescindir del párrafo 2, a condición de desarrollar esta hipótesis en el comentario.

36. El Sr. Sreenivasa RAO se suma totalmente a las opiniones expresadas por el Sr. Pellet y estima como él que, dado que el proyecto de artículos se encuentra en la fase de segunda lectura y que algunas de sus disposiciones ya se han puesto en aplicación, habría que evitar suprimir un artículo durante su examen, a menos que existan razones fundamentales para hacerlo.

37. Comparte también las preocupaciones expresadas por el Sr. Kamto y el Sr. Kateka (2587.ª sesión) y por el Sr. Addo, pero subraya que los casos mencionados no pueden considerarse más que como ejemplos de consentimiento válidamente dado con un fin determinado y no podrían extenderse para servir de base a la violación de otras normas. Por ende, es partidario de mantener el artículo 29 con todos los ejemplos y aclaraciones eventualmente necesarios, tanto más cuanto que suprimirlo no resolvería en absoluto los problemas planteados por esta cuestión.

38. El Sr. MELESCANU desea que el Relator Especial dé un ejemplo de la aplicación de la norma pronunciada en el párrafo 1 del artículo 29 o bien que presente una hipótesis de una aplicación parecida. Como a su juicio el derecho se basa esencialmente en la experiencia, habría que determinar si la experiencia proporciona efectivamente una base para pronunciarse en favor del mantenimiento del párrafo 1 del artículo 29. En efecto, los ejemplos propuestos por otros miembros no parecen convincentes, en particular el ejemplo del derecho de sobrevuelo. Porque, si bien es cierto que en derecho internacional está prohibido sobrevolar el territorio de un país sin autorización previa, a partir del momento en que se da el acuerdo previo hay aplicación de la norma y ya no puede tratarse de un hecho ilícito.

39. El Sr. CRAWFORD observa que el debate en curso se refiere al fondo mismo de la cuestión de las circunstancias que excluyen la ilicitud y que los miembros del Comité que no creen en la distinción entre normas primarias y normas secundarias tienden a manifestar a veces cierta impaciencia respecto de aquellos que aceptan esta distinción. El orador ha procurado situar la noción del consentimiento en el marco de esta distinción, adoptada en el capítulo V. Esta actitud no plantea problemas en lo que concierne a una buena parte de las circunstancias contempladas en este capítulo. Si las dificultades planteadas por la noción de consentimiento pueden ser resueltas por el Comité de Redacción, habría que proceder de esa suerte.

40. El Sr. Brownlie y el Sr. Gaja, seguidos por el Sr. Sreenivasa Rao, no han inscrito esta noción de consentimiento en el contexto del consentimiento previo dado en un tratado, que, a su juicio, no constituye una circunstancia que excluye la ilicitud en el sentido del capítulo V, sino que pertenece a la *lex specialis*. A su modo de ver, cabe concebir algunos casos que se inscriban en el marco del sistema aceptado por todos pero que presenten excepciones importantes, aun cuando en este sistema se reserva un amplio espacio al consentimiento. El principio *volenti non fit injuria* podría muy bien ser un principio general por lo que respecta a los derechos del Estado que da su consentimiento. Evidentemente se trata de un matiz importante y esto debe dimanar claramente de la norma y explicarse en el comentario. No obstante, cabe concebir algunas situaciones en las que la sola excusa o justificación a un comportamiento haya sido un consentimiento siempre efectivo en el momento del hecho. Esto es particularmente cierto en el caso del uso de la fuerza. En efecto, si un Estado consiente por adelantado el uso de la fuerza en su territorio y luego retira su consentimiento, el recurso a la fuerza pasa entonces a ser ilícito aun cuando el Estado haya retirado ese consentimiento con aviesa intención. Pero el Sr. Crawford no piensa que un Estado pueda renunciar a su derecho a retirar su consentimiento al uso de la fuerza en su territorio por otro Estado. Se trata de un caso intermedio que no ha previsto en su informe. En respuesta al Sr. Melescanu, indica que, que él sepa, el párrafo 1 del artículo 29 no ha sido expresamente invocado en la jurisprudencia, pero todo el mundo acepta el principio del consentimiento efectivo como un elemento importante. No obstante, cabría contemplar los casos intermedios en los que el consentimiento no se ha retirado después del hecho sino antes.

41. El Sr. GOCO recuerda, dirigiéndose al Sr. Melescanu, el asunto *Savarkar*, revolucionario indio que se había evadido del buque en que le había embarcado el Gobierno británico para repatriarlo en la India y juzgarlo allí, durante la escala en un puerto francés. Terminó por ser detenido en territorio francés con el consentimiento de un gendarme francés. Se planteaba la cuestión de saber si había o no consentimiento en ese caso, ya que ulteriormente el Gobierno francés había desautorizado a ese agente, lo que plantea el problema de la identificación de la autoridad facultada para dar su consentimiento.

42. En cuanto a la cuestión planteada por el Sr. Addo, se refiere a tres puntos delicados, ya que hay que determinar si el consentimiento se ha dado efectivamente y, a continuación, si está limitado por otros factores. A juicio del Sr. Goco, no habría que dedicar demasiado tiempo a estos elementos y hay cierta lógica en las conclusiones sacadas por el Relator Especial. El consentimiento previo dado debidamente conlleva la licitud, pero dedicarse a determinar si ese consentimiento se ha dado en condiciones válidas significa tomar un camino lleno de trampas. El derecho, ya sea cuestión de lógica o de experiencia, es también el reflejo de la época y debe evolucionar en consecuencia.

43. El Sr. TOMKA estima que determinar si el artículo 29 se ha invocado expresamente no es esencial. Volviendo a la cuestión planteada por el Sr. Melescanu, observa que sucede que una persona considerada peligrosa sea detenida por las fuerzas de un Estado en el territorio de otro Estado, habiendo dado previamente este último su consentimiento para esa detención. Al dar su consentimiento, ese Estado acepta la congelación de la obligación del otro Estado, pero no queda excluida la ilicitud más que en el caso particular a que se refiere y no hay suspensión general de la regla que establece la obligación.

44. El Sr. PELLET observa que, en el asunto *Savarkar*, cabe hacer valer que el consentimiento no se había dado

de forma lícita y que, por tanto, no se había expresado válidamente, pero que al menos si lo hubiera sido, se habría aplicado la norma establecida en el artículo 29, consideración que aboga también en favor de mantener el párrafo 1 del artículo 29.

45. El Sr. ROSENSTOCK dice que es partidario de suprimir el artículo 29, pero observa que no hay una mayoría en favor de mantenerlo o suprimirlo. Por tanto, habría que pensar en pedir al Comité de Redacción que aportara al texto unas modificaciones que sean aceptables para los partidarios de la supresión. El propio Relator Especial parece comenzar a dar marcha atrás y no parece conveniente dedicar demasiado tiempo a este debate.

46. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) suscribe la proposición del Sr. Rosenstock. Resumiendo el debate, observa que efectivamente los gobiernos no criticaron la inserción del artículo 29 en cuanto tal, pero se contentaron con expresar preocupaciones respecto de su formulación, aun cuando esa formulación parece plantear cuestiones que van mucho más allá de lo que algunos comentarios harían pensar. Además, cabe concebir casos intermedios, como se prevé en la nota al final del párrafo 238 del segundo informe. Por último, el Relator Especial es sensible al argumento según el cual la supresión de este artículo podría hacer pensar que encierra otras implicaciones además de las preocupaciones suscitadas por distinciones, que en muchos aspectos son sumamente manipulables. La cuestión que se plantea consiste en saber dónde se sitúa exactamente el límite entre la norma primaria y la norma secundaria. Si, en fin de cuentas, se decide —como parece probable— mantener en el proyecto la noción de consentimiento, habría que extenderse sobre fórmulas satisfactorias que respondan a las preocupaciones expresadas por varios miembros de la Comisión.

47. El Sr. DUGARD señala que el segundo informe del Relator Especial se caracteriza por su claridad en el plano de la jurisprudencia y por la voluntad de establecer una distinción entre normas primarias y normas secundarias. Ya sea que el derecho es cuestión de experiencia o cuestión de lógica, el único elemento eventualmente susceptible de justificar el mantenimiento del artículo 29 le parece ser que el principio a que se refiere forma parte integrante de la experiencia, ya se trate del derecho interno o del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

48. En el debate en curso, apenas se ha hecho referencia a la analogía con el derecho interno, aun cuando el principio *volenti non fit injuria* está tomado del derecho interno. Es un principio general que se encuentra en muchos sistemas jurídicos y que, en particular, es ampliamente aceptado en derecho penal. Sin embargo, no hay que atenerse estrictamente a los preceptos del derecho interno, ya que el derecho interno no se basa en una distinción tajante entre normas primarias y normas secundarias, y que los sistemas de derecho interno son muy anteriores al establecimiento de esta distinción. Por tanto, si se considera la noción de lesiones, hay que señalar que, en derecho interno, suele definirse como la invasión de la integridad corporal de una persona por otra sin su consentimiento; por tanto, la noción de consentimiento forma parte de la norma primaria. En cambio, en la mayoría de los sistemas de derecho interno se admite que el consentimiento dado excluye la ilicitud. Por tanto, las concepciones no son claras y ello se debe a la manera en que se ha formado el derecho interno. Por tanto, la cuestión que se plantea es la de saber si la Comisión desea atenerse a las aguas turbias del derecho interno u optar por la lógica preconizada por el Relator Especial en su segundo informe.

49. Otra razón que aboga en favor de la supresión del artículo 29 es la dificultad de determinar cuál es la autoridad facultada para dar su consentimiento. En el caso de derecho interno la cosa es fácil, pero en derecho internacional suele ser una tarea ardua y, por lo demás, Ago, en su época, sintió bien este problema, estableciendo que el consentimiento debía de haberse dado válidamente. Un asunto reciente, la detención del Sr. Öcalan en Kenya, ilustra bien esta dificultad, porque aún no está claramente comprobado si el consentimiento a su detención en el territorio keniano fue dado por una persona facultada para hacerlo. En caso negativo esa detención resultaría ilícita.

50. Por esta razón, el Sr. Dugard considera preferible optar por la claridad de la jurisprudencia y considerar que la ausencia de consentimiento es una condición intrínseca de la ilicitud y que dar su consentimiento no excluye la ilicitud. Su decisión de oponerse al mantenimiento del artículo 29 viene corroborada por la imposibilidad de dar un buen ejemplo de caso en el que el consentimiento habría excluido la ilicitud. El Sr. Tomka ha mencionado la hipótesis del secuestro, pero en ese caso la norma primaria sigue siendo que no debe haber intrusión en el territorio de un Estado por un agente de otro Estado. En el asunto Eichmann[7], por ejemplo, el secuestro se efectuó en territorio argentino por agentes israelíes sin el acuerdo previo del Gobierno argentino; por tanto, se trataba de un hecho ilícito aun cuando a continuación el Estado argentino renunciara a su derecho a pedir una reparación al Estado israelí. Igualmente, en el caso de sobrevuelo de un territorio, si un Estado da su consentimiento después del hecho, hay renuncia al derecho a pedir reparación.

51. Todas estas consideraciones conducen a pronunciarse en contra de mantener el artículo 29 y, por tanto, a preguntarse por qué algunos desean conservarlo. Algunos afirman que la lógica iba en el sentido de mantener el artículo 29, pero, para el Sr. Dugard, es en efecto la experiencia —de años de aceptación del artículo 29— lo que les empuja a querer conservarlo. Por tanto, cabe preguntarse cuál es el objeto del debate: ¿se trata simplemente de corroborar artículos aprobados anteriormente o bien de someterlos a un examen atento? Sería ciertamente difícil modificar disposiciones que ha suscrito, por ejemplo, la CIJ —como el artículo 33 (Estado de necesidad)— pero cuando no ha habido confirmación por la jurisprudencia —como sucede con el artículo 29— y cuando la práctica de los Estados es insignificante en la esfera de que se trate; parece prudente echar de nuevo un vistazo sobre la cuestión y en este caso la lógica exige suprimir el artículo 29.

52. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se declara, de entrada, partidario de mantener el artículo en examen. Invita a la Comisión a la máxima circunspección cuando

[7] Véase la resolución 138 (1960) del Consejo de Seguridad, de 23 de junio de 1960.

contempla la posibilidad de hacer desaparecer una disposición de un proyecto ya antiguo. En efecto, algunas de estas disposiciones han recibido ya un principio de confirmación judicial, como sucede con el artículo 33. Nada hace suponer que en el futuro no se presentará una situación en la que el juez aprobará el principio de un artículo que se haya suprimido. No cabe prejuzgar de la suerte que correrá el proyecto de artículos, algunas de cuyas partes, aprobadas en primera lectura, pueden ya considerarse parte del acervo jurídico.

53. No obstante, el artículo 29 necesita tres observaciones. En primer lugar, su redacción plantea algún problema, ya que, tal como está construido, da la impresión de que la relación de responsabilidad entre el Estado autor del hecho ilícito y el Estado lesionado debe contemplarse en el marco de un sistema de obligaciones exclusivamente convencional, sin que se sepa muy bien, por otra parte, si se trata de tratados bilaterales o de tratados multilaterales. Así, la noción de «consentimiento» y la de «norma imperativa del derecho internacional» remiten a la Convención de Viena de 1969, que está totalmente dedicada a las normas primarias del derecho de los tratados. Esto es considerar el tema a través de un prisma deformante.

54. En segundo lugar, las obligaciones cuya violación constituye el hecho internacionalmente ilícito pueden ser obligaciones de derecho internacional consuetudinario, de derecho internacional general, de derecho imperativo, de derecho objetivo, etc., y todos estos aspectos hay que tenerlos presentes al analizar el artículo 29.

55. En tercer lugar, el gran defecto de este artículo es que singulariza el papel del comportamiento del Estado lesionado en la producción del hecho ilícito, reduciéndolo al consentimiento que ese Estado se supone que ha dado en determinadas condiciones, que por lo demás quedan a la vez indeterminadas y precisas. Por tanto, si se quiere ser riguroso en cuanto a la importancia del comportamiento del Estado lesionado en la producción del hecho ilícito como circunstancia que excluye la ilicitud de ese hecho, hay que adoptar el mismo criterio y ser lo mismo de exigente para las demás circunstancias que excluyen la ilicitud (peligro extremo, fuerza mayor, etc.).

56. Por tanto, habría que responder a la cuestión de la forma (escrita, declarativa u otra) que pueda revestir el consentimiento de que se trate. El artículo 29 guarda silencio sobre este punto. Además, todos los Estados son susceptibles de encontrarse en la situación a que se refiere esta disposición y cabe preguntarse si deben preverla en su constitución o en algún otro código. Sin contar con que hay que prever esa forma paradójica que es el silencio, que puede producir un consentimiento implícito. La ausencia de la reacción del Estado puede considerarse tras cierto tiempo un asentimiento. Consideraciones de orden político hacen que, en la organización de sus relaciones jurídicas, los Estados no exponen necesariamente sus intenciones. Sólo cuando hay un litigio hay que preguntarse sobre lo que se ha convenido entre ellos. El realismo obliga a comprobar que hay formas de consentimiento tácito en un hecho ilícito y que ese consentimiento tácito es una causa de exclusión de la ilicitud.

57. Por tanto, si bien el Sr. Pambou-Tchivounda está de acuerdo en que se mantenga el artículo 29, lo está con dos condiciones. En el párrafo 1 habría que hacer desaparecer todas las fórmulas que pueden hacer confusa la realidad jurídica y que no tienen más que interés teórico, como sucede con el adverbio «válidamente». En el párrafo 2, dado que cuesta entender para qué sirve retomar palabra por palabra el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, cita que en este caso puede suscitar un malentendido, habría que conservar la primera frase solamente y agregar una referencia a las obligaciones de carácter objetivo, a las obligaciones *erga omnes*. Sobre este punto existe jurisprudencia y no cabe desconocer este tipo de obligación. Si se habla, por tanto, de «una norma *jus cogens* o una norma *erga omnes*», podría prescindirse del artículo 29 *bis*.

58. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) observa que el problema que plantea el artículo 29 se debe en parte a que la situación a que se refiere es la menos probable de todas las circunstancias susceptibles de excluir la ilicitud de un hecho internacional. Además, como acaba de recordarse, este artículo entraña una inversión completa de la obligación. El análisis de Fitzmaurice, hecho hace ya 40 años, es totalmente pertinente a este respecto.

59. Dos cosas son igualmente claras. Por una parte, si bien ningún gobierno que ha presentado comentarios a esta disposición la ha aceptado expresamente, tampoco ninguno ha propuesto hacerla desaparecer. Por otra parte, la mayoría de los miembros de la Comisión parecen inclinarse por mantenerla.

60. No obstante, hay que recordar que aquí no se trata de una situación en la que la ilicitud haya quedado excluida por adelantado mediante convenio anterior entre dos Estados, en forma de tratado o de cualquier otro instrumento asimilable a un tratado, sino de una situación en la que el consentimiento se da en el momento mismo en que se produce el hecho ilícito. Este caso, que cabría llamar intermedio, existe ciertamente y, por lo mismo, el principio general según el cual un Estado es dueño de sus propios derechos debe consagrarse expresamente en el capítulo V. El artículo 29 es precisamente el reflejo de estas situaciones intermedias.

61. El Relator Especial no se opone a que el artículo 29 se remita al Comité de Redacción, quedando entendido que éste deberá dar una versión modificada del principio que consagra.

62. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea remitir el artículo 29 al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

ARTÍCULO 29 *BIS*

63. El Sr. GAJA recuerda que los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 disponen que todo tratado que se encuentre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional general es nulo y sin validez. El procedimiento previsto en el artículo 65 de la misma Convención fija el procedimiento de anulación y extinción de un tratado que esté en conflicto con el *jus cogens*. Esto significa que un tratado queda en vigor en lo que con-

cierne a la obligación de causa mientras no haya concluido ese procedimiento. Por tanto, cabe imaginar que una obligación prevista por el tratado subsista y coexista con otra obligación impuesta por una norma imperativa. Ahora bien, el término mismo de norma imperativa significa que cuando un acto es incompatible con esta norma, es considerado ilícito. Así sucede, por ejemplo, con el uso de la fuerza en el territorio de otro Estado, que sigue siendo ilícita aunque exista un tratado que la apruebe. Como ha recordado el Sr. Economides, la obligación de la norma imperativa prevalece sobre la de la norma convencional. Es igualmente evidente que la obligación convencional es una obligación que los Estados partes son libres de no respetar. Pero esto no pertenece al derecho de los tratados sino al derecho de la responsabilidad de los Estados.

64. El artículo 29 *bis* quizás no sea absolutamente necesario, pero no puede hacer daño. Plantea la cuestión de saber qué disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas priman sobre las obligaciones que los Estados Miembros convienen entre ellos. ¿Se trata de todas las disposiciones o únicamente de aquellas que corresponden a una norma imperativa del derecho internacional?

65. El Sr. PELLET dice que la precisión aportada por el artículo 29 *bis* no solamente no perjudica sino que es muy útil. Como señala el Relator Especial, más vale no diluirla demasiado explicando que un comportamiento contrario a una norma de *jus cogens* no es lícito. Es una norma de derecho internacional general que no pertenece al derecho de la responsabilidad de los Estados. Mejor sería dejar el artículo 29 *bis* tal como está.

66. El Relator Especial afirma, por otra parte, que no es necesario retomar la definición de «norma imperativa». Ahora bien, esto ya se ha hecho en el párrafo 2 del artículo 29 del proyecto adoptado en primera lectura. Esta definición, que sigue siendo cuestionada, debe aparecer en algún lugar del proyecto —contrariamente a lo que dice el Relator Especial de manera un poco categórica— pero no necesariamente en su lugar actual. Tampoco debe calcarse forzosamente de la que da el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, que tiene un alcance exclusivamente funcional, ya que está adaptada al derecho de los tratados. Desprendiéndose de ese contexto, cabría pensar en una definición más amplia.

67. El Sr. TOMKA dice que le cuesta imaginar una situación en la que el principio establecido en el artículo en examen tendría que aplicarse. En derecho internacional consuetudinario, ese principio significa que existe una norma consuetudinaria que obliga a un Estado a un determinado comportamiento al mismo tiempo que hay una norma imperativa que se lo prohíbe. Tendría que haber un conflicto entre obligaciones de derecho internacional general para que el artículo 29 *bis* tuviera una utilidad práctica.

68. En derecho de los tratados, si un tratado está en conflicto con una norma imperativa, queda invalidado *ab initio* y de él no dimana ninguna obligación. Si a continuación aparece una nueva norma imperativa que el tratado en vigor infringe y si un Estado invoca ese conflicto para denunciar el tratado, éste es nulo a partir del momento en que ese Estado invoque esa circunstancia. A partir de ese instante, ese Estado queda exonerado de su obligación de comportamiento y no se ve qué conflicto puede aparecer.

69. Por tanto, el Sr. Tomka no está en contra del principio expresado en el artículo 29 *bis*, pero no ve cómo un Estado puede estar obligado por una norma imperativa a adoptar un comportamiento determinado al mismo tiempo que otra se lo impide.

70. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) piensa como el Sr. Pellet que la concepción del *jus cogens* está demasiado influenciada por las condiciones en las que se le dio la primera definición formal en el contexto del derecho de los tratados. Considera sugestiva la idea de reconsiderarla desde el punto de vista de la responsabilidad de los Estados, a condición de que esto no se haga solamente en el contexto del artículo 29 *bis*, ya que el término *jus cogens* aparece en otras partes en el proyecto. Aún no se ha decidido que éste contenga esa definición, pero si la Comisión optara por prever una, tendría que interrogarse sobre su ubicación en el texto.

71. Como ha dicho el Sr. Gaja, a nivel general, si hay conflicto entre las exigencias de una norma imperativa y las de una norma que no lo es, son las primeras las que prevalecen. Pero esto se sitúa fuera del ámbito del derecho de la responsabilidad, que no hace más que reflejar las consecuencias de ello. Dicho esto, la Comisión tiene que ocuparse de los conflictos de fondo y no de los conflictos *litteris verbis* que se refieren a la redacción misma de los tratados. La Comisión debe contemplar, en primer lugar, los conflictos con normas que no son normas convencionales y, a continuación, los conflictos que no nacen del tratado en cuanto tal sino de circunstancias particulares.

72. Si no se adopta una actitud un poco menos estricta respecto de lo que constituye una causa de exclusión de la ilicitud de un hecho de un Estado, se aprobará una concepción particularmente restringida del *jus cogens*, habida cuenta sobre todo de la posición ya adoptada con respecto al consentimiento. Éste no tiene efecto más que a nivel de las obligaciones expresas y de su extinción después de un procedimiento relativamente extraordinario, en tanto que el efecto real del *jus cogens* es mucho más fundamental.

73. Desde un punto de vista más pragmático, según la Convención de Viena de 1969, un conflicto entre un tratado y el *jus cogens* invalida ese tratado *in toto*, incluidas, por tanto, las disposiciones que podrían ser benéficas. No interesa al derecho internacional anular un tratado porque accesoriamente esté en conflicto con ciertas normas imperativas. Es evidente que si un tratado prevé, por ejemplo, la reducción a la esclavitud de la población de un Estado por otro Estado, ese tratado es nulo y sin validez, pero es una hipótesis puramente académica. En la mayoría de las situaciones reales, un conflicto entre el tratado y el *jus cogens* surgiría de manera accesoria. Por tanto, interesa ampliar la aplicación de la noción de *jus cogens*.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.