

de las obligaciones previstas en el tratado, ya que, en las relaciones bilaterales, se puede formular una disposición retroactiva.

38. El Sr. Reuter se pregunta, por otra parte, si en el caso de un tratado multilateral, un Estado tendría derecho a consentir la violación de ese tratado y si, al consentirla, no cometería un acto delictuoso.

*Se levanta la sesión a las 12.55 horas.*

## 1538.<sup>a</sup> SESIÓN

*Jueves 24 de mayo de 1979, a las 10.10 horas*

*Presidente:* Sr. Milan ŠAHOVIĆ

*Miembros presentes:* Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Njenga, Sr. Pinto, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Schwebel, Sr. Tabibi, Sr. Thiam, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Francis Vallat, Sr. Verosta.

*También presente:* Sr. Ago.

### Responsabilidad de los Estados (*continuación*) (A/CN.4/318 y Add.1 a 3)

[Tema 2 del programa]

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

#### ARTÍCULO 29 (Consentimiento del Estado lesionado)<sup>1</sup> (*continuación*)

1. El Sr. USHAKOV deplora los ejemplos dados en los párrafos 60 a 62 del informe (A/CN.4/318 y Add.1 a 3), que, a su juicio, son ejemplos de situaciones políticas que la Comisión no está en condiciones de interpretar y que es inútil mencionar a propósito del artículo 29.

2. El Sr. Ushakov estima que la cuestión de las circunstancias que excluyen la ilicitud se ha planteado mal en el proyecto de artículo 29. En su opinión, un hecho ilícito no puede interpretarse por el Estado lesionado como un hecho lícito, pues el hecho ilícito existe objetivamente desde el momento en que se reúnen las dos condiciones de la ilicitud: la existencia de una obligación internacional y la existencia de un hecho del Estado contrario a esa obligación. El Estado lesionado puede renunciar a invocar la responsabilidad que se deriva del hecho ilícito y a pedir reparación por el daño que ha sufrido, pero el hecho en sí mismo sigue siendo ilícito, ya que no está en conformidad con la obligación del Estado autor del mismo.

3. Por el contrario, cuando desaparece uno de los dos elementos de la ilicitud —por ejemplo cuando la obligación ya no existe— deja de haber hecho ilícito. Así, si un Estado libera a otro Estado de una obligación con respecto a él, la obligación desaparece y ya no hay hecho

ilícito. Por ejemplo, si un Estado acepta la presencia de tropas de otro Estado en su territorio, suprime, en este caso preciso, la obligación que incumbe al otro Estado de no enviar tropas al territorio de un Estado extranjero. Al no existir ya la obligación, la presencia de las tropas extranjeras en el territorio del primer Estado no es un hecho ilícito. Si el Estado no ha autorizado la presencia de tropas extranjeras en su territorio más que por un período determinado, la obligación queda sólo suspendida: después de este período, la obligación vuelve a existir y el mantenimiento de las tropas extranjeras en el territorio del Estado se convierte en un hecho ilícito.

4. En el caso de un tratado multilateral, evocado por el Sr. Reuter en la sesión anterior, cabe preguntarse si un Estado parte puede liberar a otro Estado parte de las obligaciones que para él se derivan del tratado. El Sr. Ushakov no lo cree así. El párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena<sup>2</sup> dice, en efecto, a propósito de las reservas, que

Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes.

Así pues, en el caso de un tratado multilateral reducido un Estado parte no puede eximir unilateralmente a otro Estado parte de sus obligaciones en virtud del tratado: sólo puede hacerlo con el consentimiento de todas las partes en el tratado.

5. Aparte de los tratados multilaterales, hay otros casos en que un Estado no puede eximir a otro Estado de sus obligaciones internacionales: así es cuando se trata de obligaciones de *jus cogens*.

6. Por tanto, el problema que se plantea en el artículo 29 es en realidad el de la existencia de la obligación y no el de la responsabilidad.

7. El Sr. AGO desea disipar inmediatamente todo equívoco en cuanto a su actitud: está totalmente de acuerdo con el Sr. Ushakov sobre el hecho de que no se trata, en el artículo 29, de excluir la responsabilidad que se deriva de un hecho ilícito, sino de excluir la ilicitud de ese hecho, pues el consentimiento determina que la obligación en el caso considerado sea definitiva o temporalmente inoperante.

8. Es evidente que, en algunos casos, el Estado no puede prestar su consentimiento a que la obligación no sea respetada con respecto a él, pues se trata de una obligación *erga omnes* que no se puede eludir. Es el caso de las obligaciones que plantean las normas de *jus cogens*. Podría también ser el caso de las obligaciones previstas por ciertos tratados multilaterales restringidos.

9. Así pues, en el caso de la invasión de Austria por las tropas alemanas en marzo de 1938, Austria estaba ligada, por los tratados de Versalles y de Saint-Germain-en-Laye, con las Potencias aliadas de la primera guerra mundial. Si hubiera dado su consentimiento a la entrada de las tropas alemanas en su territorio, la ocupación de Austria por Alemania podría no haber sido un hecho ilícito para con Austria, sino que el hecho ilícito habría

<sup>1</sup> Véase el texto en la 1537.<sup>a</sup> sesión, párr. 25.

<sup>2</sup> Véase 1533.<sup>a</sup> sesión, nota 2.

sido el consentimiento mismo de Austria, ya que habría constituido una violación de las obligaciones de Austria con respecto a los aliados. Por consiguiente, Alemania no habría cometido un hecho ilícito respecto a Austria, sino respecto de las Potencias signatarias de los tratados de Versalles y de Saint-Germain-en-Laye.

10. Si el consentimiento debe ser previo para excluir la ilicitud, es precisamente porque, si se da después, el hecho sigue siendo ilícito puesto que la obligación estaba todavía vigente en el momento en que se cometió el hecho. El Estado no puede suprimir la ilicitud del hecho *ex post facto*: puede entonces solamente renunciar a invocar la responsabilidad que de él se deriva.

11. El Sr. RIPHAGEN teme que las disposiciones del capítulo V del proyecto rompan el vínculo lógico entre la violación de una obligación, la responsabilidad y el contenido de la responsabilidad, pues no le parece posible afirmar que la violación de una obligación solamente constituye un acto internacionalmente ilícito en los casos en que otra norma primaria predomine sobre la norma que es la base de la obligación internacional violada. En otras palabras, todas las normas primarias de derecho internacional están relacionadas entre sí, por lo que existe siempre un riesgo de conflicto entre las normas abstractas aplicables a un caso especial. Tal conflicto puede surgir de un conjunto de circunstancias fortuitas, y el ejemplo clásico, aunque algo hipotético, es el del conflicto entre la obligación de no violar la propiedad ajena y la obligación de ayudar a una persona en peligro. Puede también surgir conflicto del hecho de que diversas normas primarias respondan a finalidades diferentes que será menester armonizar. Es innegable que algunas normas abstractas predominan, de hecho, sobre todas las demás. Así, por ejemplo, el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas prevé que una obligación impuesta por la Carta prevalecerá sobre cualquier otra obligación. Incluso puede surgir conflicto respecto a un derecho extremadamente abstracto, tal como el derecho de un Estado a una existencia efectiva ininterrumpida.

12. El Sr. Riphagen estima que la elección entre normas contradictorias se debe hacer siempre en consideración a las consecuencias jurídicas de la violación de la norma. Se puede, por ejemplo, imaginar una situación en la que el consentimiento de la víctima de la violación de una obligación internacional, que es también una obligación *erga omnes*, no anula el carácter ilícito del hecho, pero libera sin embargo al Estado que lo ha cometido de su obligación de indemnizar a la víctima. No obstante, esta situación no parece prevista en la segunda frase del proyecto de artículo 29. En todo caso, el Sr. Riphagen no está seguro de que sea correcto afirmar que el consentimiento prestado en las circunstancias previstas por esa disposición queda desprovisto de todo efecto. En realidad podría producir efecto entre el Estado que ha dado su consentimiento y el Estado autor de la violación, sin tener ningún efecto jurídico entre los otros Estados ligados por la obligación *erga omnes*. A este respecto, convendría que la Comisión examinara los problemas planteados por el Sr. Reuter que se refieren especialmente a las relaciones entre las normas primarias de derecho internacional.

13. Estas reflexiones preliminares relativas al proyecto de artículo 29 llevan al Sr. Riphagen a pensar que la

Comisión sale adelante de muchas dificultades procurando dar cuenta de la relación existente entre las diversas normas primarias relativas a las obligaciones y los derechos en la esfera de la responsabilidad y de sus consecuencias, lo que constituye, en su opinión, el marco en el cual se sitúan las cuestiones tratadas en el capítulo V.

14. El Sr. PINTO dice que el proyecto de artículo 29 tiene la ventaja de ser lógico y de fundarse sólidamente en nociones de derecho privado. Admite sin restricciones que el consentimiento, entendido no solamente en el sentido de conocimiento sino también en el sentido de aceptación del riesgo que implica, es necesario para excluir la ilicitud. Admite asimismo que ese consentimiento debe expresarse válidamente, que puede ser tácito, siempre que no sea equívoco, que debe darse por una persona o una autoridad habilitada para expresar la voluntad del Estado, y que puede estar tachado de error, de dolo, de corrupción o de coacción. Paralelamente, el Sr. Pinto manifiesta su incertidumbre sobre la aplicación práctica del artículo 29, incertidumbre que se debe al artículo 28<sup>3</sup>. Esta última disposición prevé el caso de un Estado que sea responsable del hecho de otro Estado. Si en el ejercicio de los derechos que le han sido así conferidos, el Estado dominante causa un daño al Estado subordinado, cabe preguntarse si este último ha consentido el daño. A juicio del Sr. Pinto, ello no es posible, como tampoco se puede mantener que las naciones colonizadas han consentido los estragos de la colonización, incluso si se puede invocar que su consentimiento estaba tachado de vicios tales como la coacción y la corrupción. Para el Sr. Pinto, no basta prever en el proyecto de artículo 29 que no existe un verdadero consentimiento ante tales restricciones, pues no por ello deja de haber un consentimiento efectivamente prestado.

15. A fin de eliminar todas las dudas que pudieran surgir sobre este punto, cree pues deseable, *ex abundanti cautela*, aportar en el proyecto de artículo, después de las palabras «el consentimiento prestado», una precisión como «libre y voluntariamente».

16. El Sr. REUTER cree que el proyecto de artículo 29 origina tres categorías de problemas. En primer lugar se plantean dos cuestiones de redacción. La primera concierne al título del artículo: «Consentimiento del Estado lesionado». En realidad, el Estado no ha sido lesionado, puesto que ya ha prestado su consentimiento. La segunda concierne a las excepciones a la norma enunciada en la primera frase del artículo 29. Las obligaciones derivadas de una norma de *jus cogens*, a que se refiere la segunda frase del artículo, constituyen indudablemente una excepción importante, pero hay otras excepciones. Así pues, se podría hablar de consentimiento «lícito», lo que tendría en cuenta todas las excepciones y permitiría suprimir la segunda frase del proyecto de artículo.

17. El proyecto de artículo 29 suscita también una cuestión de mera oportunidad. El Sr. Ago está de acuerdo con el Sr. Ushakov sobre el hecho de que no es la existencia de la responsabilidad, sino la existencia —o más bien la eficacia— de la obligación lo que es objeto del artículo 29. Cabe pues preguntarse si este artículo así como los otros artículos previstos en el capítulo V (que

<sup>3</sup> Véase 1532.ª sesión, párr. 6.

tratarán cuestiones como la fuerza mayor y la legítima defensa) tienen cabida en un proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, pero el Sr. Reuter estima que no hay que adoptar a este respecto una actitud demasiado formalista. Recuerda que la Comisión renunció a tratar cuestiones como la fuerza mayor en el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados porque juzgó preferible examinar ese tipo de cuestiones en el marco de un proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. La parecería pues lamentable que la Comisión decidiera de nuevo dejar para más adelante el examen de esos temas.

18. El proyecto de artículo 29 presenta finalmente problemas de fondo. El Sr. Ago ha empleado en varias ocasiones el término «acuerdo» para calificar la forma adoptada por el consentimiento. Pero el consentimiento o la renuncia no es siempre un acto convencional. Puede tratarse de un acto unilateral, como en el *Asunto de los ensayos nucleares* llevado ante la Corte Internacional de Justicia, o incluso de un mero comportamiento. Así pues, no es posible respaldarse en la Convención de Viena, que se aplica sólo a los acuerdos internacionales celebrados por escrito, aunque el artículo 3 de esa Convención reconoce un valor jurídico a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito. Hay que prever el caso de actos unilaterales y preguntarse si, más allá de los acuerdos y de los actos unilaterales, no hay ciertos comportamientos susceptibles de tener efectos jurídicos.

19. El Sr. Reuter cree, por su parte, que un Estado puede prestar un consentimiento lícito en muchas formas, y a veces por vías que no están previstas en la Convención de Viena. Estima que el artículo 29 es necesario pero que su texto se podría simplificar si se hablase de «consentimiento lícito».

20. El Sr. NJENGA comprueba que el Sr. Ago ha citado en su informe numerosos ejemplos, entre ellos algunos casos de fuerza mayor en que el carácter ilícito debe sin duda alguna ser eliminado. Teniendo en cuenta el principio *volenti non fit injuria*, conviene sin embargo abstenerse de establecer una analogía demasiado estricta entre la situación de un particular, sujeto de derecho interno, y la de un Estado, sujeto de derecho internacional: mientras que un particular no puede consentir más que respecto a un daño del que será él mismo la víctima, cuando se trata de un Estado, el gobierno, el jefe de Estado o la autoridad regional consienten el daño en nombre ajeno.

21. Para el Sr. Njenga, la Comisión no tendría razón, respecto al desarrollo progresivo del derecho internacional, en prever que el consentimiento de un Estado puede exonerar a otro Estado de toda responsabilidad. La hipótesis prevista es especialmente la de un envío de tropas por un Estado al territorio de otro Estado y los diversos ejemplos mencionados en el informe del Sr. Ago no hacen más que aumentar las dudas sobre este punto. En los casos de la ocupación de Austria por Alemania en 1938, del envío de tropas británicas a Mascate y Omán, de tropas de los Estados Unidos de América al Líbano y de tropas belgas al Congo, e incluso en el caso más reciente del envío de tropas francesas a la provincia de Shaba en el Zaire, se ha invocado el consentimiento para justificar una burda injerencia en los asuntos internos de

otro Estado. Además, todas esas situaciones estaban caracterizadas por la presencia de un Estado dominante y de un Estado subordinado o cliente, lo que significa que el consentimiento era evidente. Por supuesto existen casos en los que un Estado puede consentir la presencia de tropas extranjeras en su territorio, puesto que la misma Carta de las Naciones Unidas prevé la legítima defensa colectiva, así como numerosos acuerdos bilaterales y multilaterales. Sin embargo, el envío de tropas para sostener el régimen de otro país o para asegurar su colonización —una colonización fundada a menudo sobre un pretendido consentimiento obtenido de jefes que no comprendían lo que firmaban— está totalmente injustificado. Existen también casos en los que la cuestión de la responsabilidad del Estado no se plantea tampoco. En Africa, por ejemplo, los Estados vecinos celebran a menudo acuerdos que autorizan a sus nacionales respectivos a cruzar la frontera, por ejemplo, para atrapar a ladrones de ganado y someterlos a la justicia. Cuando la entrada en el territorio de otro Estado está permitida, no es necesaria ninguna norma; cuando no lo está, una norma como la que se prevé no podría más que ofrecer una justificación en caso de daño.

22. En tales circunstancias, el Sr. Njenga se opone resueltamente a mantener el proyecto de artículo 29, que constituiría ciertamente un obstáculo a la aceptación del proyecto de artículos en su conjunto por la Sexta Comisión de la Asamblea General y por la totalidad de la comunidad internacional. Así pues, invita a la Comisión a pasar al examen de los otros artículos relativos a las circunstancias que excluyen la ilicitud y están en conformidad con la lógica, el derecho y la situación de las relaciones internacionales contemporáneas.

23. El Sr. VEROSTA desea aportar una precisión en cuanto a la ocupación de Austria por las tropas alemanas en marzo de 1938. Fue la defensa de los acusados, en el proceso de Nuremberg, la que pretendió que Austria había dado su consentimiento a la entrada de las tropas alemanas, pero el Tribunal de Nuremberg no pudo determinar que se hubiera dado tal consentimiento. Antes de la entrada de las tropas alemanas, Austria ya era objeto de amenazas, lo que determinó que el Canciller dimitiera y dejara prácticamente solo al Presidente de la República, impidiéndole, por falta de tiempo, convocar al Parlamento, que entonces estaba en receso. Bajo la presión de los alemanes, un nazi austriaco, Seyss-Inquart, sustituyó al canciller dimisionario; más tarde llegaría a ser uno de los grandes jefes de las SS, condenado a la pena de muerte por el Tribunal de Nuremberg y ejecutado. Seyss-Inquart debería haber dado su consentimiento para la entrada de las tropas alemanas en Austria, pero, por la desorganización de las comunicaciones telefónicas entre Berlín y Viena aquel día, no lo dio.

24. El Sr. JAGOTA opina que el consentimiento puede considerarse como una circunstancia que excluye la ilicitud. Como lo señala en su informe (A/CN.4/318/Add.1 a 3, párr. 50), el Sr. Ago trata en el capítulo V de las circunstancias que excluyen la ilicitud, y no de las circunstancias que excluyen la responsabilidad: en ello se distingue el capítulo IV del capítulo V y es por ese motivo que el tenor de los artículos 27 y 28 no puede tratarse en el

marco de las circunstancias que excluyen la ilicitud, ya que entonces no habría más responsabilidad.

25. La exposición sumamente interesante que ha hecho el Sr. Ago ha planteado algunas cuestiones que es indispensable clarificar antes de que se pueda adoptar una posición definitiva sobre el texto del artículo 29. En realidad, hay que abordar con prudencia el tema que se examina, pues, como el propio Sr. Ago lo ha comprendido correctamente, siempre es posible hacer mal uso o abusar del consentimiento e invocarlo con otros fines, tales como los que ha indicado el Sr. Njenga. El consentimiento puede sin duda justificar plenamente una excepción en los que se podrían denominar casos menores, pero no hay que olvidar que el concepto de consentimiento puede intervenir en situaciones políticas muy graves, como las que entrañan el recurso a la fuerza o actos de soberanía ejecutados por un Estado en el territorio de otro Estado. El Sr. Ago no sólo ha tenido presente el consentimiento, sino también la renuncia, que son dos conceptos completamente diferentes. En el actual contexto, ¿el concepto de consentimiento comprende el de renuncia? Hay fundamento para sostener que el consentimiento constituye una de las principales circunstancias que excluyen la ilicitud de un hecho, mientras que la renuncia es una decisión perfectamente clara —que puede adoptar todo Estado soberano— de renunciar al ejercicio de determinados derechos.

26. Como ha señalado el Sr. Ago, el consentimiento puede asimilarse a un acuerdo y el efecto del acuerdo puede, ya sea excluir definitivamente, ya sea suspender la ilicitud del hecho. A este respecto, es necesario distinguir entre exclusión y suspensión. Hay razones para presumir que la ilicitud de un hecho puede suspenderse cuando el consentimiento es condicional o se ha prestado con la reserva de su retiro, por ejemplo cuando un Estado consiente en que tropas extranjeras se estacionen durante un período de un año en su territorio. En ese caso, la permanencia de esas tropas después del transcurso de dicho plazo o después del retiro del consentimiento pasará a ser ilícita. Por consiguiente, el artículo 29 debería expresar el hecho de que el consentimiento puede ser condicional o incondicional. El consentimiento podría darse a título incondicional en presencia de un *ultimátum* y, en semejante caso, el riesgo consiste en que un hecho que no se consideraría como ilícito nunca pasaría a serlo posteriormente.

27. Se ha subrayado acertadamente que el consentimiento debe prestarse libremente —como, por otra parte, lo ha señalado el Sr. Ago en su informe—, pero el proyecto de artículo 29, en su actual formulación, no menciona esa condición. Además, el consentimiento debe expresarse válidamente, lo que supone que la persona que lo expresa tiene competencia para hacerlo en derecho internacional. Por consiguiente, hay que poder determinar quién tiene competencia para expresar el consentimiento de un Estado en derecho internacional. Felizmente, ese aspecto de la cuestión ya está previsto por la Convención de Viena, y basta pues perfeccionar una formulación relativa a la competencia del órgano o de la persona que expresa el consentimiento del Estado. Se plantea otra cuestión con respecto a la validez del consentimiento: la de saber si un Estado tiene competencia para

prestar su consentimiento cuando, al hacerlo, incumpliría una obligación de carácter superior o infringiría normas de orden superior que no permiten a un Estado eludir una obligación y afectar, en consecuencia, los derechos y obligaciones de otras partes.

28. El Sr. Jagota también está convencido de que es inaceptable el consentimiento presunto y que conviene tratar separadamente el consentimiento expreso y el consentimiento tácito. Sin embargo, hay que examinar más adelante la cuestión de saber si el consentimiento tácito debe considerarse en todos los casos como una circunstancia que excluye la ilicitud de un hecho. En los casos graves, en que se pueden cometer abusos, como en los que ha citado el Sr. Njenga, no debería admitirse el consentimiento tácito y, por consiguiente, se ha de prever la exigencia de un consentimiento expreso. Huelga decir que un consentimiento expreso no es necesariamente un consentimiento dado por escrito. Sin duda el consentimiento debe expresarse antes de la comisión del hecho, si no se trataría de una renuncia. Por supuesto, el Sr. Jagota adhiere sin reservas a la segunda frase del artículo, que prevé el caso de una obligación que dimana de una norma imperativa de derecho internacional general.

29. Todos esos aspectos deben precisarse y expresarse en el proyecto de artículo 29 para que la Sexta Comisión esté en condiciones de aceptar ese texto. El artículo debe redactarse de tal modo que su ámbito de aplicación se encuentre perfectamente delimitado, puesto que es obligatorio que las excepciones se interpreten y apliquen en forma restrictiva.

30. El Sr. THIAM considera que sería difícil negarse a aprobar el principio enunciado en el proyecto de artículo 29, según el cual el consentimiento excluye la ilicitud, toda vez que se ha previsto una excepción para las normas de *jus cogens*. En cuanto a la forma, convendría, si fuera posible, reemplazar la expresión «Estado lesionado» por una expresión más adecuada.

31. Por lo que respecta a la oportunidad de adoptar en el proyecto un artículo como el artículo 29, se han invocado dos argumentos. Por una parte, se ha observado que esa disposición corresponde tanto al tema de los tratados como al de la responsabilidad. Para el Sr. Thiam, esa discusión podría proseguirse indefinidamente, pero, como el artículo que se examina está en relación con la indemnización de un perjuicio, corresponde más bien al tema de la responsabilidad. Por otra parte, el Sr. Njenga ha observado que el consentimiento puede prestarse en condiciones tales que habría que concluir en que no se ha expresado libremente y que, habida consideración de las dificultades que la cuestión podría plantear, más vale no abordarla, por temor de injerirse, por ejemplo, en los asuntos de un Estado que, por razones estrictamente internas, desearía obtener el apoyo de otro Estado. El Sr. Thiam estima que esa razón no es suficiente para renunciar al artículo que se examina y que debería poderse encontrar una formulación que prescindiera de esas formas de injerencia. A este respecto, hay que observar que, si las intervenciones de Bélgica en el Congo han provocado vivas reacciones en Africa, los países africanos no han planteado objeciones contra el envío de tropas marroquíes a Shaba, junto a tropas francesas,

envío que se consideró destinado a prevenir una subversión exterior.

32. A juicio del Sr. Thiam, el principio enunciado en el proyecto de artículo 29 debe, por consiguiente, mantenerse, pero unido a las salvaguardias que pueda proporcionar la teoría de los vicios del consentimiento.

33. El Sr. SCHWEBEL dice que el artículo parece estar sólidamente fundado, ser acertado en derecho y necesario para el conjunto del proyecto de artículos. Quizás planteará dificultades de redacción, pero ya se han formulado propuestas útiles, como las del Sr. Jagota, que ha sugerido una cuestión que se presta, sin embargo, a debate: la de saber si el artículo se refiere al consentimiento o a la renuncia. Esta cuestión se aborda en forma convincente en el párrafo 72 del informe, que examina el momento en que se presta el consentimiento. El artículo no puede reducirse al concepto de renuncia, puesto que daría a pensar que ha habido inicialmente un perjuicio respecto del cual el Estado lesionado ha decidido no exigir indemnización. En muchos casos, si el Estado ha expresado válidamente su consentimiento a la comisión del respectivo hecho, no ha habido en ello perjuicio. Así, como el Sr. Ago lo subraya en su informe, si ha habido un perjuicio y si la víctima de ese perjuicio decide posteriormente no hacer valer sus derechos, el caso puede considerarse entonces como un caso de renuncia. A este respecto, el Sr. Ago ha dado el ejemplo del desembarco de la infantería de marina de los Estados Unidos en Cuba en 1912, circunstancia en la que, al parecer, el consentimiento del Gobierno cubano se prestó después de haberse realizado el hecho. Otro ejemplo a ese respecto es el de la invasión de Checoslovaquia en 1968, en que el consentimiento a la invasión, suponiendo que se haya prestado, sólo se prestó después del hecho, como lo reflejan perfectamente los debates del Parlamento checoslovaco y los del Consejo de Seguridad. En realidad, al parecer jamás se prestó un consentimiento válido.

34. Como ha demostrado muy acertadamente el Sr. Njenga, la validez del consentimiento es evidentemente fundamental, aunque la cuestión no sea inherente a las situaciones coloniales. El Sr. Schwebel no excluye la posibilidad de precisar que debe tratarse de un «consentimiento verdadero» o de un «consentimiento válidamente expresado» o de emplear cualquier otra formulación similar, pero es muy escéptico en cuanto a su eficacia jurídica. La Comisión volverá probablemente al principio fundamental según el cual el consentimiento debe entenderse como un consentimiento verdadero y válidamente expresado, y no un consentimiento arrancado por extorsión o dado por títeres.

35. El Sr. PINTO dice que el Sr. Ago, en la presentación de su proyecto de artículos, ha establecido una neta distinción entre la ilicitud internacional y la responsabilidad internacional. A tenor del artículo 1 del proyecto, todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste, pero de la lectura del capítulo V se desprende que el Sr. Ago prevé circunstancias en las que la responsabilidad internacional puede emanar de hechos que no sean hechos internacionalmente ilícitos. Dado el título del capítulo V: «Las circunstancias que excluyen la ilicitud», y el hecho de que la Comisión trabaje en un proyecto sobre la responsabili-

dad de los Estados, el Sr. Pinto desearía saber si el Sr. Ago tiene el propósito de ligar ulteriormente esos dos aspectos y de señalar en qué casos las circunstancias que excluyen la ilicitud excluirán también la responsabilidad internacional.

36. Sir Francis VALLAT abriga dudas respecto al proyecto de artículo 29, pero, como en el caso del artículo 28, es probable que logre una visión más exacta de la cuestión durante el transcurso del debate. Al leer la parte del informe que se examina (A/CN.4/318 y Add.1 a 3, párrs. 56 a 77), el propio título del capítulo V le ha dado la impresión de que la Comisión entraba en una materia nueva. Hasta ahora, había examinado la responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito y había razonado a partir de la hipótesis de un hecho concreto internacionalmente ilícito. La Comisión pasó bruscamente a tratar una cosa que, en el plano jurídico, es completamente diferente. De nuevo, se trata de excepciones, pero esta vez bajo la forma de circunstancias que excluyen la ilicitud. Sin embargo, la Comisión no ha examinado las circunstancias que generan la ilicitud, ni la cuestión de lo que es lícito y de lo que es ilícito según el derecho. Sir Francis se observó felizmente que en el párrafo 56 del informe se considera el principio *volenti non fit injuria*, cuya contrapartida en el *common law* es *damnum sine injuria*. Sin embargo, se ha desconcertado al ver que el informe no trata del resultado del acto, sino de la naturaleza del mismo, de su ilicitud. En un sentido, la Comisión ha adoptado posición sobre la cuestión de saber si el consentimiento excluye la ilicitud, pero Sir Francis sigue dudando acerca de si la Comisión debe proceder sobre la base de ese tipo de clasificación.

37. En los sistemas de *common law* el principio *damnum sine injuria* se expresa sin que se refiera a la ilicitud del hecho. Por ejemplo, una persona que sufre un perjuicio por el hecho de otra persona no tiene derecho a una indemnización por ese perjuicio si ha consentido la perpetración del hecho. Por su parte, Sir Francis se pregunta si no es posible adoptar una posición similar en derecho internacional. Hasta ahora, la Comisión ha estudiado la cuestión sobre la base de lo que se podría denominar un análisis inspirado en la tradición romanista y en virtud de la ilicitud del acto, lo que, en un estado ulterior, podría provocar grandes dificultades para los países de *common law*. Si, en el plano de la redacción, fuera posible abordar el problema desde un punto de vista menos teórico, el proyecto de artículo sería sin duda mucho más fácilmente aceptable para esos países.

38. La dificultad se puede explicar por la excepción relativa al *jus cogens*. Sir Francis acepta plenamente el principio según el cual un Estado no está autorizado para cometer una violación de una norma imperativa de derecho internacional. Sin embargo, también es necesario examinar el contenido de la norma. El empleo ilícito de la fuerza es uno de los ejemplos más flagrantes de violación de una norma de *jus cogens*, norma que se enuncia en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Si fuerzas armadas penetran en el territorio de otro Estado, la calificación de ese acto como una violación de una norma imperativa debe depender necesariamente de las circunstancias, entre las cuales figura la cuestión del consentimiento del Estado interesado. Pero

la excepción que figura en la segunda frase del proyecto de artículo 29 precisa que el acto conservará su carácter ilícito si la obligación de que se trata dimana de una norma imperativa de derecho internacional general. Sir Francis duda mucho de que el consentimiento del Estado pueda, en semejante caso, considerarse como desprovisto de efecto. Se podrían contemplar casos en los que, en efecto, el consentimiento prestado por el Estado podría estar desprovisto de resultado. Constituye una manifestación de simple sentido común decir que un Estado no puede consentir en que sus nacionales sean torturados por otro Estado y admitir así que la tortura sea lícita. No obstante, en muchos casos, el consentimiento (o la falta de consentimiento) forma parte integrante de la naturaleza del acto y de la propia obligación. Es evidente que un Estado no puede normalmente reclamar la indemnización del perjuicio cuando ha dado su consentimiento a la comisión del acto, pero es menester que se considere muy atentamente la excepción a la norma enunciada en el artículo 29 y que se examine la forma en que se ha expresado el consentimiento.

39. El Sr. AGO, respondiendo a las observaciones de Sir Francis, dice que todos los artículos precedentes del proyecto tienen precisamente por finalidad la de establecer en qué condiciones hay hecho internacionalmente ilícito. De conformidad con el artículo 3, debe existir un comportamiento atribuible según el derecho internacional a un Estado y ese comportamiento debe constituir una violación de una obligación internacional de ese Estado. Los capítulos II y III del proyecto determinan, respectivamente, cuándo hay hecho internacional del Estado y cuándo hay violación de una obligación internacional. Se trata de saber ahora si, en los casos en que se reúnen todas las condiciones para que haya hecho internacionalmente ilícito, puede que no haya ilicitud en razón de la siguiente circunstancia particular: en presencia de una obligación internacional y del derecho de un Estado a que se respete esa obligación, tal Estado presta su consentimiento para que se formule una norma especial respecto del caso excepcional y a fin de que la respectiva obligación no se aplique en ese caso. Este enfoque aparentemente es mucho más general que el que consiste en considerar que en caso de consentimiento no hay derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos y, por tanto, no hay hecho ilícito.

*Se levanta la sesión a las 12.55 horas.*

### 1539.ª SESIÓN

*Viernes 25 de mayo de 1979, a las 11.40 horas*

*Presidente: Sr. Milan ŠAHOVIĆ*

*Miembros presentes: Sr. Dadzie, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Njenga, Sr. Pinto, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Schwebel, Sr. Tabibi, Sr. Thiam, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Francis Vallat, Sr. Verosta.*

### Organización de los trabajos (*continuación\**)

1. El PRESIDENTE dice que la Mesa Ampliada ha propuesto las fechas aproximadas siguientes para el examen de los temas que figuran en el programa:

- |  |  |
|--|--|
| 1. Responsabilidad de los Estados [tema 2]   | 16 de mayo a 5 de junio<br>13 a 19 de julio<br>(4 semanas)     |
| 2. Elección para cubrir vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del Estatuto) [tema 1]  | 29 de mayo   |
| 3. Cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales [tema 4]  | 6 a 12 de junio<br>27 de junio a<br>10 de julio<br>(3 semanas) |
| 4. Sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados [tema 3]  | 13 a 26 de junio<br>(2 semanas)                                |
| 5. Examen del procedimiento de elaboración de tratados multilaterales (párr. 2 de la resolución 32/48 de la Asamblea General) [tema 6]   | 11 y 12 de julio   |
| 6. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación [tema 5]   | 20 a 26 de julio<br>(1 semana)                                 |
| 7. Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (párr. 5 de la parte I de la resolución 33/139 de la Asamblea General y párr. 5 de la resolución 33/140 de la Asamblea General) [tema 7] | 27 de julio  |
| 8. Informe de la Comisión y cuestiones conexas   | 30 de julio<br>a 3 de agosto<br>(1 semana)                     |

2. Al no formularse ninguna objeción, entiende que la Comisión aprueba el programa de trabajo *supra*.

*Así queda acordado.*

*Se levanta la sesión a las 11.45 horas.*

\* Reanudación de los trabajos de la 1531.ª sesión.

### 1540.ª SESIÓN

*Lunes 28 de mayo de 1979, a las 15.10 horas*

*Presidente: Sr. Milan ŠAHOVIĆ*

*Miembros presentes: Sr. Dadzie, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Njenga, Sr. Pinto, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Riphagen, Sr. Schwebel, Sr. Sucharitul, Sr. Tabibi, Sr. Thiam, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Francis Vallat, Sr. Verosta.*

*También presente: Sr. Ago.*

### Responsabilidad de los Estados (*continuación\**)

(A/CN.4/318 y Add.1 a 3, A/CN.4/L.291)

[Tema 2 del programa]

\* Reanudación de los trabajos de la 1538.ª sesión.