

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
13 a 19 de julio
(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
27 de junio a
10 de julio
(3 semanas) |
| 4. Sucesión de Estados en lo que respecta a materias distintas de los tratados [tema 3] | 13 a 26 de junio
(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
(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
a 3 de agosto
(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.

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

ARTÍCULO 29 (Consentimiento del Estado lesionado)¹
(*continuación*)

1. El Sr. TSURUOKA considera que, en la hipótesis prevista en el artículo 29, se trata en rigor de la exclusión de la ilicitud del hecho, y no de la renuncia del Estado lesionado a su derecho de hacer efectiva la responsabilidad del Estado autor del hecho ilícito. Por consiguiente, estima que el artículo 29 está bien situado en el capítulo V del proyecto de artículos.

2. Como el Sr. Ago ha expresado en su informe, no es el principio según el cual el consentimiento excluye la ilicitud el que, en la práctica, está en juego; es la existencia misma del consentimiento y la validez de su expresión. Por tanto, sería conveniente decir con claridad, en el texto mismo del artículo, que el consentimiento debe darse válida y expresamente.

3. En cambio, el Sr. Tsuruoka estima preferible no precisar en el artículo que el consentimiento debe ser anterior al comportamiento o concomitante con él, como lo afirma el Sr. Ago en el párrafo 72 de su informe (A/CN.4/318 y Add.1 a 3), pues una disposición en ese sentido podría no ajustarse a la norma enunciada en el párrafo 1 del artículo 25². Le parece preferible remitirse a la interpretación para resolver esa cuestión en la práctica.

4. Por ello, el Sr. Tsuruoka propone para el proyecto de artículo 29 un texto que, en consecuencia, se ha modificado (A/CN.4/L.291):

«Si consta que un Estado ha prestado válida y expresamente su consentimiento a un hecho de otro Estado que, de lo contrario, constituiría una violación de una obligación internacional del segundo Estado para con el primero, tal consentimiento excluirá la ilicitud de ese hecho. No obstante, no se dará ese efecto si la obligación de que se trate dimana de una norma imperativa de derecho internacional general.»

5. El Sr. FRANCIS observa que, según el proyecto de artículo 29, el efecto del consentimiento consiste en que un hecho que habría sido ilícito si un Estado no hubiera consentido en él puede transformarse en un hecho lícito gracias a ese consentimiento. La cuestión del consentimiento, y en particular en lo que se refiere a la presencia de tropas de un Estado en el territorio de otro Estado, sigue siendo una fuente de malas interpretaciones; la mayor parte de las dificultades se refiere a la necesidad de un consentimiento expresado en forma verdadera y válida. El principio general según el cual un Estado puede, dentro de determinados límites, aceptar el perjuicio que se le cause, no ha sido, sin embargo, jamás impugnado; por otra parte, este principio se aplica también en otras esferas de las relaciones internacionales. Así, pues, es justo que el proyecto sea la expresión de la práctica contemporánea en la materia.

6. Al invocar ampliamente la práctica de los Estados y la doctrina, el Sr. Ago ha puesto de relieve la transforma-

ción de un hecho ilícito en un hecho lícito, y no la renuncia a hacer efectiva la responsabilidad internacional. Por su parte, el Sr. Francis ha indagado primero cuál es el valor del proyecto de artículo 29 en relación con los artículos 1, 16 y 18. Según el artículo 18, para que un hecho dé lugar a la responsabilidad internacional del Estado que es su autor, ese hecho ha de haber sido realizado hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado. Si se ajusta el proyecto de artículo 29 a los artículos 1, 16 y 18, resulta que una vez que un Estado ha dado su consentimiento a la realización de un hecho que habría sido ilícito sin ese consentimiento, la obligación internacional anterior que estaba a cargo del Estado autor de ese hecho deja de estar en vigor respecto del Estado que ha dado su consentimiento. En esas condiciones, ya no se puede invocar la disposición del artículo 16, que es fundamental en materia de responsabilidad internacional.

7. A continuación, el Sr. Francis se pregunta si es más lógico adoptar el punto de vista del Sr. Ago. Para responder a esa pregunta, ha debido volver al concepto del consentimiento, pero con una perspectiva diferente: la de un consentimiento que represente un elemento fundamental de la soberanía de los Estados. Si el hecho que se debate sólo interesa a las relaciones entre el Estado que da su consentimiento y el Estado autor del hecho, ese consentimiento puede darse antes o después de la realización de dicho hecho. Desde el punto de vista jurídico, el resultado es fundamentalmente el mismo, ya que, si el consentimiento se da después que el hecho se haya realizado, se renuncia a invocar la responsabilidad internacional del Estado autor del hecho. Pero los casos no son siempre tan sencillos. La obligación que incumbe a todo Estado Miembro de las Naciones Unidas de respetar la soberanía de todos los otros Estados está implícitamente resumida en los términos del párrafo 1 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Si un Estado da su consentimiento *ex post facto* a la entrada de tropas en su territorio, ningún perjuicio se ha ocasionado a ese Estado. Sin embargo, los otros Miembros de las Naciones Unidas podrían adoptar una resolución condenando ese acto, ya que atenta contra el principio de la soberanía de los Estados. En otras palabras, el consentimiento del Estado directamente interesado no basta necesariamente para legitimar la situación de acuerdo a la Carta. Considerado desde ese ángulo, el punto de vista del Sr. Ago se justifica muy bien.

8. Para el Sr. Francis, la excepción prevista en el artículo 29, en caso de violación de una norma de *jus cogens*, es fundamentalmente correcta. Por lo demás, se encuentran equivalentes en el derecho interno, como el principio según el cual el acusado no puede invocar el consentimiento de la víctima.

9. En la parte del informe en que se estudian los principales elementos del consentimiento (A/CN.4/318 y Add.1 a 3, párrs. 56 a 76) se mencionan algunos asuntos. El Sr. Francis no está seguro de que el *Asunto Savarkar* sea completamente pertinente, dado que la cuestión principal que se plantea a la Comisión es la de saber si un Estado determinado ha dado su consentimiento en forma válida o no. Ahora bien, no se sabe con exactitud si así fue de parte del Gobierno francés, y los *Hague Court Reports*

¹ Véase el texto en la 1537.ª sesión, párr. 25.

² Véase 1532.ª sesión, nota 2.

no responden a la pregunta. No obstante, el Sr. Francis reconoce que la detención de Savarkar y su entrega a las autoridades británicas fueron irregulares.

10. Por último, el Sr. Francis considera que, para evitar todo equívoco en cuanto a la naturaleza del consentimiento, el proyecto de artículo 29 debería redactarse con mayor precisión. A ese respecto, el texto propuesto por el Sr. Tsuruoka, que exige que el consentimiento se haya prestado válida y expresamente, contribuiría mucho sin duda a que ese proyecto de artículo fuese más aceptable en general.

11. El Sr. TABIBI pone de relieve que el capítulo V se distingue de los capítulos anteriores del proyecto tanto por su naturaleza como por su finalidad. Mientras que los primeros capítulos se centran en las cuestiones abordadas en los artículos 1 y 3, a saber, la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito y los elementos constitutivos de ese hecho, el capítulo V está dedicado a algunas circunstancias especiales, en particular al consentimiento del Estado lesionado, que determinan que un hecho que de por sí sería ilícito deba considerarse como lícito. La Comisión estudió prolongadamente la cuestión del consentimiento durante sus trabajos sobre el derecho de los tratados. La esencia del consentimiento es la validez. Si el consentimiento emana de un órgano del Estado que no es competente para expresar la voluntad del Estado, si es tachado de error o de dolo o si es contrario a una norma de *jus cogens*, el hecho todavía es ilícito.

12. El Sr. Tabibi comparte las inquietudes del Sr. Njenga (1538.ª sesión), que tienen su origen en el temor de que la historia se repita, ya que una Potencia dominante siempre puede obtener el consentimiento de una Potencia más débil mediante la amenaza del empleo de la fuerza, por medio de presiones económicas o políticas, mediante el dolo, induciéndola a error o recurriendo a todos los demás recursos con que cuentan los países poderosos. Sin embargo, el Sr. Tabibi considera que la presencia del artículo 29 es útil en el proyecto, para evitar numerosas dificultades que en caso contrario podrían surgir en las relaciones internacionales contemporáneas.

13. En vista de ello, el proyecto de artículo que se examina y el comentario que lo ha de acompañar deberán redactarse en términos claros, que prevean, en particular, la necesidad de un consentimiento válidamente expresado, lo que contribuirá mucho a disipar las inquietudes expresadas por algunos miembros de la Comisión. Por consiguiente, el Sr. Tabibi acoge con satisfacción el texto presentado por el Sr. Tsuruoka.

14. El Sr. VEROSTA considera que el título «Consentimiento del Estado lesionado» no corresponde al contenido del proyecto de artículo 29. La expresión «Estado lesionado» no figura, en efecto, en el texto del artículo. Sólo figura en el informe, donde la palabra «lesionado» aparece entre comillas a partir del párrafo 71, lo que refleja que el Sr. Ago tuvo dudas en cuanto a la oportunidad de emplear esa expresión en el artículo 29. Como el propio Sr. Ago lo ha dicho muy acertadamente en el párrafo 68 de su informe, la circunstancia que excluye la ilicitud, en la hipótesis contemplada en el artículo 29, es «el consentimiento de un Estado titular del derecho subjetivo, que sin ese consentimiento resultaría ilícita-

mente lesionado por el comportamiento de otro Estado». Así, pues, si hay consentimiento, no hay Estado lesionado, puesto que no hay hecho ilícito. Por consiguiente, el Sr. Verosta propone que se suprima en el artículo 29, así como en el comentario, la expresión «Estado lesionado».

15. El Sr. Verosta pone de relieve que un Estado puede, en sus relaciones con otro Estado, derogar normas de derecho internacional consuetudinario, con tal que no se trate de normas de *jus cogens* y que no se lesionen los derechos de terceros Estados. Así, no es lícito que un Estado consienta el paso de tropas extranjeras a través de su territorio si no respeta esa doble condición. A ese respecto, la práctica de los Estados ofrece numerosos ejemplos. Entre 1815 y 1878, el Imperio otomano, que poseía dos enclaves en Dalmacia, entonces provincia austriaca, solicitó en varias oportunidades a Austria el derecho de paso para trasladar tropas de Albania a Herzegovina, pero nunca pidió el consentimiento de Austria cuando estaba en guerra con otros Estados, a fin de no exponerse a un rechazo, pues Austria, que estaba ligada con esos Estados por la ley de la neutralidad, habría cometido un hecho ilícito a su respecto si hubiese admitido el paso de las tropas otomanas. Asimismo, al autorizar, durante la guerra de los boers, a las tropas británicas a que atravesaran Mozambique (que consideraba como parte integrante de su territorio) para liberar una ciudad sitiada por los boers, Portugal violó la norma de la neutralidad que se había comprometido a respetar y cometió así un hecho ilícito respecto de las repúblicas boers. Para enmendar esa falta, cuando los boers, derrotados por los británicos, perdieron su acceso al mar, el Gobierno portugués autorizó al Presidente Kruger para que atravesara el territorio de Mozambique y se embarcara de allí hacia Europa, donde esperaba ganar a algunos Estados para la causa de los boers. Al actuar así, el Gobierno portugués violó por segunda vez la norma de la neutralidad y cometió otro hecho ilícito, esta vez respecto del Reino Unido.

16. El consentimiento del Estado, que para constituir una circunstancia que excluya la ilicitud no debe derogar una norma de *jus cogens* ni lesionar los derechos de terceros Estados, debe asimismo ser anterior al comportamiento del otro Estado. Cabe preguntarse, a este respecto, si el consentimiento previo —que responde normalmente a una solicitud del otro Estado— no constituye un acuerdo sobre los dos Estados. Se puede preguntar, igualmente, si existe, en la práctica de los Estados, un consentimiento unilateral. Según el Sr. Verosta, el consentimiento unilateral sólo existe, en la práctica de los Estados, después de la comisión del hecho ilícito. Pero, en ese caso, el consentimiento no puede eliminar la ilicitud del hecho que ya se había cometido, como lo ha señalado el Sr. Ago en el párrafo 72 de su informe. En realidad, un consentimiento dado *ex post facto* por un Estado, sólo constituye, por tanto, una renuncia de parte de ese Estado a hacer valer las consecuencias derivadas del hecho ilícito, es decir, a pedir indemnización. Para ilustrar el caso, el Sr. Verosta cita otro ejemplo. En 1849 el emperador Francisco José pide —y obtiene— la ayuda militar de Rusia para aplastar una sublevación republicana en Hungría (que entonces formaba parte del imperio de los Habsburgo). Por consiguiente, la entrada de tropas rusas

en territorio húngaro era lícita. En cambio, la situación habría sido totalmente distinta en la hipótesis de que Nicolás I hubiera enviado soldados por su propia iniciativa para derrotar a la revolución húngara, y aunque el Gobierno de Viena se hubiera beneficiado de esa intervención, no habría podido *ex post facto* quitarle su carácter ilícito, aunque hubiese celebrado enseguida un acuerdo con el zar para regular la retirada de las tropas y diversas cuestiones materiales y financieras. En conclusión, se puede señalar que el consentimiento previo contemplado por el proyecto de artículo 29 sólo es una parte de un acuerdo bilateral que deroga algunos derechos y prerrogativas del Estado que da el consentimiento.

17. A ese respecto, el Sr. Verosta señala a la atención el problema de la protección diplomática de los extranjeros. Los Estados latinoamericanos, que estaban muy preocupados por ese problema, decidieron, a finales del siglo pasado, abolir la obligación recíproca de garantizar la protección de los extranjeros y celebraron entre ellos y con determinados países europeos (Francia, España, Italia y Alemania) tratados diplomáticos que contenían una cláusula denominada de «irresponsabilidad».

18. El Instituto de Derecho Internacional analizó ese problema en varias sesiones a partir de 1900 y expresó el deseo de que, mediante convenciones internacionales, allí donde aún no existan, los Estados se comprometan de antemano y en primer lugar a presentar todas las controversias relativas a la responsabilidad internacional del Estado que resulte de daños causados en su territorio a la persona y a los bienes de los extranjeros, a una comisión internacional de investigación, y seguidamente a un procedimiento de conciliación. Expresó, asimismo, el deseo de que los Estados eviten que en los tratados figuren cláusulas de irresponsabilidad recíproca, y consideró que en esas cláusulas se comete el error de exonerar a los Estados del cumplimiento de su deber de proteger a sus nacionales en el extranjero y de su deber de proteger a los extranjeros en su territorio. Añadió que los Estados que, como consecuencia de circunstancias extraordinarias, no se sientan en condiciones de garantizar en forma suficientemente eficaz la protección de los extranjeros en sus territorios sólo pueden sustraerse a las consecuencias de esa situación prohibiendo temporalmente a los extranjeros el acceso a esos territorios³. Al afirmar que los Estados no pueden sustraerse, ni siquiera mediante acuerdos de reciprocidad, a su obligación de proteger a sus nacionales en el extranjero, así como de proteger a los extranjeros que se encuentren en sus territorios, el Instituto de Derecho Internacional ha aplicado desde 1898 los elementos del concepto de *jus cogens*.

19. En conclusión, el Sr. Verosta formula tres observaciones. En primer lugar, la expresión «Estado lesionado» no corresponde a los casos previstos por el artículo 29. En segundo lugar, el consentimiento de un Estado al comportamiento de otro Estado que sería de por sí ilícito hace que ese comportamiento sea lícito y que constituya, si se da previamente, una parte de un acuerdo bilateral. En tercer lugar, la derogación así efectuada de las normas consuetudinarias no debe lesionar los derechos de los

terceros Estados que dimanen de otras normas de derecho consuetudinario internacional, principalmente de las normas de *jus cogens*, o que tengan su origen en las convenciones multilaterales.

20. El Sr. TSURUOKA desea precisar las reflexiones que le inspira la lectura del párrafo 72 del informe del Sr. Ago, que se ocupa del momento en que se da el consentimiento. Se puede estimar que, o bien el consentimiento prestado a destiempo no produce ni el efecto de legitimar el hecho ilícito ni incluso entraña la renuncia a hacer valer las consecuencias que de él se derivan, o bien que ese consentimiento, si no da por resultado la legitimación del hecho ilícito, entraña la renuncia a hacer valer las consecuencias que de él dimanen. Además, cabe preguntarse si el consentimiento posterior tiene un efecto delimitado en el tiempo. A juicio del Sr. Ago, el consentimiento dado en algún momento por un Estado ocupado en forma permanente por otro Estado sólo produciría efecto sobre esa situación a partir de la oportunidad en que se hubiese prestado. Sólo legitimaría el hecho ilícito con respecto al futuro. Pero, ¿por qué habría que considerar entonces que ese consentimiento entraña la renuncia a hacer valer las consecuencias derivadas del hecho ilícito? ¿Se trata de una renuncia tácita o presunta? Estas preguntas requieren explicaciones, que deberían poder proporcionarse en el comentario del artículo que se examina, sin que fuera necesario modificar su texto.

21. A juicio del Sr. QUENTIN-BAXTER, la primera dificultad que surge al examinar el proyecto de artículo 29 resulta de la materia misma de esa disposición, que concierne a un aspecto mucho más fundamental que el mero efecto de una excepción. Todos están de acuerdo en reconocer que, salvo cuando tienen un carácter imperativo, las obligaciones internacionales pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. En efecto, las obligaciones primarias se prevén con frecuencia en un contexto en el que el elemento de consentimiento es constitutivo de la obligación primaria.

22. El célebre fallo dictado en 1812 por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, bajo la presidencia del magistrado Marshall, respecto del asunto del navío *Exchange*⁴ ha confirmado el derecho incontestado de un Estado soberano a ejercer un control absoluto sobre su territorio y sobre la entrada en ese territorio. Un navío perteneciente a un Estado extranjero sólo puede penetrar en ese territorio en virtud de una excepción en su favor, es decir, con el consentimiento, expreso o tácito, del primer Estado. La Corte Suprema ha sentado la conclusión de que, en el caso de un ejército, no puede presumirse el consentimiento, cuando éste no sea expreso, pero que la práctica de los Estados es tal que se puede suponer legítimamente que la visita de un navío perteneciente a un Estado amigo se hace con el consentimiento tácito del Estado visitado. Así, la Corte ha considerado que el consentimiento puede ser tácito. Sin embargo, tan pronto como se establece que el navío permanece en el puerto con el consentimiento del Estado interesado, queda establecido el derecho del navío o del Estado del pabellón a la

³ Institut de droit international, *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, publicado por H. Wehberg, Basilea, Editions juridiques et sociologiques, 1957, págs. 140 y 142.

⁴ W. Cranch, *Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States*, 3.ª ed., Nueva York, Banks Law Publishing, 1911, vol. 7, págs. 116 y ss.

inmunidad soberana. Sólo la ausencia de consentimiento puede hacer desaparecer la inmunidad soberana, es decir, que habría sido necesario poder suponer en tal caso que el navío había sido autorizado a penetrar en las aguas de los Estados Unidos a condición de no gozar de la inmunidad soberana. La Corte ha considerado también que no hay nada en la práctica de los Estados que permita presumir tal consentimiento. Así, hay que considerar que el consentimiento se halla en el origen mismo de la existencia de las obligaciones internacionales, y, desde un punto de vista estrictamente teórico, es muy difícil hacer entrar la noción de consentimiento en el marco de una simple excepción.

23. La Comisión no debe olvidar que su finalidad es establecer reglas relativamente sencillas que ofrezcan un interés práctico, en particular para los países que disponen de pocos juristas internacionales especializados. Los textos y comentarios de la Comisión deben ser al propio tiempo documentos fácilmente accesibles a los que practican el derecho, en particular a los jurisconsultos al servicio de los Estados y de las organizaciones internacionales. En consecuencia, el proyecto de artículos que se examina estaría incompleto si no contuviera, aproximadamente en el lugar atribuido al artículo 29 en el plan de conjunto, una disposición dedicada al consentimiento. Es cierto que el proyecto contiene buen número de indicaciones prácticas para los jurisconsultos que deseen estudiar la cuestión de la atribución, apreciar la índole del hecho, determinar si una consulta es una obligación de resultado o de medio, o sea seguir el procedimiento que todo jurista competente debe imponerse para delimitar un problema jurídico. Desde un punto de vista puramente práctico, el proyecto debe, pues, comprender una disposición sobre el consentimiento, incluso si para ello es necesario apartarse ligeramente de la estricta lógica.

24. Además, afirmar que una obligación internacional puede, si no es de carácter imperativo, ser modificada por la voluntad de las partes, es una cosa. Pero otra cosa muy distinta es dejar creer que la cuestión del consentimiento puede ofrecer una escapatoria para evitar las consecuencias normales de la responsabilidad, porque ello expone a producir el resultado que teme el Sr. Njenga, o sea favorecer la propensión a asimilar cualquier manifestación a un consentimiento. Ya se ha insistido en que importa precisar que el consentimiento debe expresarse antes de haberse perpetrado los hechos de que se trate. En tales condiciones, difícilmente puede prevenir el proyecto las tentativas de un Estado infractor para justificar su acción invocando el consentimiento del otro Estado. En el caso presente no es posible regular eficazmente la cuestión de la prueba de la existencia de una obligación ni establecer una regla determinante que pueda, en circunstancias particulares, dar un consentimiento. En determinadas situaciones, las circunstancias del asunto y la práctica del Estado tenderán a establecer la verosimilitud del consentimiento tácito, pero no ocurrirá así en otros muchos casos. En el ejemplo citado por el Sr. Njenga, es decir, la persecución de un ladrón de ganado más allá de las fronteras internacionales, sólo se establecerá el consentimiento en virtud de una prueba evidente ofrecida por la práctica de los Estados interesados y los arreglos existentes entre ellos, pero no puede deducirse de ninguna regla general de derecho.

25. Además, el texto del proyecto de artículo no puede en modo alguno permitir conjurar las dificultades relacionadas con la doctrina del reconocimiento. Se considera en general que es un derecho del Estado soberano reconocer a los otros Estados o gobiernos, y un gran número de las dificultades suscitadas por los asuntos del tipo del mencionado por el Sr. Njenga (1538.ª sesión) resultan del uso de esa institución del reconocimiento. Sin embargo, la Comisión podría precisar sin ambigüedad en el comentario que, cuando habla de consentimiento, se refiere a algo que ha precedido a la perpetración de los hechos y no a una renuncia, ni a una absolucón, ni a ninguna otra clase de concesión arrancada después del acontecimiento.

26. El artículo debe concebirse no desde el punto de vista del Estado lesionado, sino desde el punto de vista de las obligaciones del Estado autor del hecho. Por supuesto, el Sr. Ago no ha intentado desplazar deliberadamente el blanco, pero el énfasis dado al consentimiento del Estado lesionado, más que al hecho del Estado, ofrece la posibilidad de modificar el sentido inicial del artículo. Si el Estado ha sido efectivamente lesionado, difícilmente puede ser su consentimiento una excusa satisfactoria. Es seguro que se debe precisar que no hay perjuicio en presencia de un consentimiento válidamente obtenido. Sin embargo, no es necesario emplear una expresión tal como «consentimiento válido» puesto que se debe suponer *a priori* que el proyecto se aplica a situaciones legítimas. Conforme a la intención del Sr. Ago, el proyecto de artículo puede presentarse no como un texto que ofrezca a los Estados una posibilidad de dejar a salvo su responsabilidad, sino como un texto que, por lo menos en cierto grado, cierre el camino a la denegación de responsabilidad.

27. Por consiguiente, el Sr. Quentin-Baxter preferiría que la referencia a una regla imperativa de derecho internacional se colocara al principio del texto y que el artículo comenzara con las palabras «sin perjuicio de ninguna norma imperativa de derecho internacional...». Esta fórmula permitiría afirmar desde un principio que no se trata de incitar a eludir las consecuencias normales de la violación de una obligación internacional, sino de trazar los límites de toda posibilidad legítima de sustraerse a esas obligaciones.

28. Un aspecto fundamental del derecho internacional actual es que muchas obligaciones internacionales, en particular en las esferas que tienen una importancia primordial para las relaciones internacionales, no son solamente bilaterales. Hay que comprender que, al pasar a ser Miembro de las Naciones Unidas o de organizaciones regionales o de otra índole, los Estados se imponen determinadas normas de conducta. Se podría, pues, desvanecer los temores de quien se preocupe por el efecto eventual del consentimiento indicando en el proyecto que los hechos son ilícitos hasta que se ha obtenido el consentimiento necesario de todas las partes acreedoras de la obligación. Es seguro que los artículos sólo conciernen a la responsabilidad de los Estados y no a la de otros sujetos de derecho internacional. Sin embargo, el proyecto no se limita exclusivamente a la responsabilidad de los Estados respecto de los otros Estados. En teoría por lo menos, el artículo 29 se refiere al consentimiento de todo sujeto de derecho internacional que es acreedor de una

obligación que pesa sobre un Estado. El artículo podría, pues, disponer que la obligación de un Estado continúa existiendo en tanto que no ha cesado en virtud del consentimiento de todos los Estados y de otras entidades respecto de los cuales el Estado es deudor de la obligación.

29. Por último, el Sr. Quentin-Baxter considera que la finalidad que el Sr. Ago persigue en el proyecto de artículo 29 es situar el consentimiento en cierto marco bien delimitado, y no hacer de él una excepción general. Ese artículo será una pieza esencial del dispositivo encaminado a asegurar la integridad de los propios Estados.

30. El Sr. JAGOTA dice que la noción de consentimiento es un aspecto primordial de la igualdad soberana de los Estados. Es también una noción muy importante en derecho internacional, porque los tratados que establecen derechos y obligaciones se conciertan por consentimiento mutuo. En realidad, la Corte Internacional de Justicia no puede tener ninguna competencia cuando no haya consentimiento. A los efectos del proyecto de artículos, el problema esencial consiste ahora en determinar si el consentimiento debe servir de base para transformar un acto ilícito en acto lícito. Como lo demuestran los ejemplos que el Sr. Ago cita en su informe, la cuestión es delicada, porque las controversias se refieren casi siempre a la cuestión de saber si se ha dado efectivamente el consentimiento y, en caso afirmativo, al modo en que se ha dado éste. Por consiguiente, si se quiere considerar que el artículo 29 introduce una excepción, debe redactarse en términos muy precisos, a fin de asegurar una interpretación restrictiva de esta excepción.

31. En el poco tiempo de que disponía, el Sr. Jagota no ha podido encontrar ninguna prueba directa que establezca que se admite el consentimiento como una causa de exclusión de la responsabilidad de los Estados, pero la razón de esta falta de pruebas podría explicarse por el hecho de que no se ha examinado la cuestión de la responsabilidad de los Estados conforme a la óptica adoptada por la Comisión, es decir, no en los diferentes aspectos de las reglas primarias generadoras de responsabilidad, sino bajo el ángulo de reglas generales conforme a las cuales queda comprometida la responsabilidad por un acto internacionalmente ilícito. En el volumen 8 del *Digest of International Law*⁵ se menciona la responsabilidad del Estado por el perjuicio causado a extranjeros y la cuestión conexas de la protección diplomática y de las reclamaciones internacionales. Se examina en él la doctrina pertinente, pero no se menciona el consentimiento como circunstancia que constituya una excepción. Sin embargo, en un capítulo consagrado a los medios de defensa se examina indirectamente el consentimiento bajo el ángulo de la noción de renuncia. El efecto de la renuncia se examina en el contexto de varias situaciones diferentes y resulta que la renuncia posterior al daño causado a un extranjero puede ser utilizada como medio de defensa por el Estado demandado en el plano de la responsabilidad. La Comisión, que se sitúa en el contexto más amplio de la responsabilidad de los Estados en su conjunto, debe pues velar de cerca por que toda regla

general sobre el consentimiento se redacte de un modo preciso y no pueda prestarse a abusos.

32. La tesis del Sr. Verosta es que el consentimiento, si éste se expresa de un modo libre y válido, equivale a un acuerdo entre las partes. La cuestión que se ha de examinar consiste en saber si el consentimiento, en el sentido del artículo 29, debe limitarse al consentimiento que constituye un acuerdo y que es aplicable *per se* al derecho internacional, en cuyo caso se plantearía la cuestión de saber si es necesario prever una excepción. Sin embargo, si se quiere dar al consentimiento un sentido más amplio, que se extienda al consentimiento unilateral, el campo de aplicación del concepto quedará así ampliado. Tampoco se ha de olvidar que si el consentimiento se entiende respecto de un acuerdo, puede abarcar una invitación hecha a un Estado para que intervenga en los asuntos de otro Estado y recurra a la fuerza armada. Por consiguiente, es indispensable expresar claramente la significación precisa del término «consentimiento».

33. Además, se ha de establecer una distinción entre consentimiento y renuncia. El comentario deberá indicar que el consentimiento dado después de la comisión del acto constituye en realidad una renuncia. El consentimiento excluiría la ilicitud del acto, mientras que la renuncia constituiría simplemente una circunstancia atenuante.

34. El Sr. Jagota está de acuerdo con las propuestas hechas por el Sr. Quentin-Baxter en la sesión en curso y por el Sr. Tsuruoka (A/CN.4/L.291). Sin embargo, quizá el Comité de Redacción desee ver si conviene mantener la fórmula «si consta que», empleada por el Sr. Tsuruoka. Si se utiliza esa redacción en el artículo 29, también deberá utilizarse en todos los artículos relativos a las excepciones, que de reglas de fondo pasarán a ser entonces reglas de prueba.

Se levanta la sesión a las 18.10 horas.

1541.ª SESIÓN

Martes 29 de mayo de 1979, a las 11.45 horas

Presidente: Sr. Milan ŠAHOVIĆ

Miembros presentes: Sr. Bedjaoui, Sr. Dadzie, Sr. Díaz González, Sr. Francis, Sr. Jagota, Sr. Njenga, Sr. Pinto, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Riphagen, Sr. Schwebel, Sr. Sucharitkul, Sr. Tabibi, Sr. Thiam, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Verosta, Sr. Yankov.

Elección para cubrir vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del Estatuto) (A/CN.4/317 y Add.1 y Add.1/Corr.1 y Add.2)

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE anuncia que la Comisión, reunida en sesión privada, ha elegido al Sr. Jens Evensen, de

⁵ M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1967.