

Noruega, al Sr. Boutros Boutros Ghali, de Egipto, y al Sr. Julio Barboza, de la Argentina, para llenar las vacantes producidas después de la elección, el 31 de octubre de 1978, del Sr. Roberto Ago, del Sr. Abdullah El-Erian y del Sr. José Sette Câmara para desempeñar las funciones de magistrados de la Corte Internacional de Justicia.

2. Se enviarán inmediatamente telegramas a los tres nuevos miembros de la Comisión para invitarles a participar en sus trabajos.

Se levanta la sesión a las 11.50 horas.

1542.ª SESIÓN

Miércoles 30 de mayo de 1979, a las 10.10 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. Sucharitkul, Sr. Tabibi, Sr. Thiam, Sr. Tsuruoka, Sr. Ushakov, Sr. Francis Vallat, Sr. Verosta, Sr. Yankov.

También presente: Sr. Ago.

Responsabilidad de los Estados (continuación*) (A/CN.4/318 y Add.1 a 3, A/CN.4/L.291, A/CN.4/L.292) [Tema 2 del programa]

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

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

1. El Sr. PINTO observa que se ha planteado la cuestión de la exactitud de la expresión «Estado lesionado», que figura en el título del proyecto de artículo 29. Por su parte, nada tiene que criticar a esa expresión, que, a su juicio, se ha empleado en su acepción corriente —oposición a su acepción jurídica— para designar a un Estado que ha sido lesionado de hecho, pero que no puede considerarse como lesionado en derecho. En cambio, en cuanto al término «consentimiento», el Sr. Pinto opina siempre que conviene calificarlo de una manera u otra para precisar que el consentimiento debe darse expresa y libremente, y en forma lícita. Está dispuesto a aceptar que se añadan las palabras «válidamente dado», siempre que sus términos se interpreten en el sentido de abarcar todas esas cualidades; en caso contrario, habría que encontrar otra redacción.

2. El Sr. Pinto estima también que, en su forma actual, el proyecto de artículo debe interpretarse en forma restrictiva y que, además, habría que invertir el orden de sus

dos disposiciones para que la excepción precediera a la regla.

3. A propósito del proyecto de artículo 29, el Sr. Pinto ya ha planteado (1538.ª sesión) una cuestión que atañe a las relaciones entre los conceptos de ilicitud y de responsabilidad. En este mismo orden de ideas, desearía que se precisaran tres puntos, el primero de los cuales se refiere al vínculo entre el hecho ilícito y las consecuencias, o efectos, de la ilicitud. Si de conformidad con los términos del artículo 29 se da el consentimiento a un acto ilícito, ese consentimiento —y, por consiguiente, la responsabilidad— ¿es válido para todas las consecuencias originadas por el respectivo acto o sólo para las que razonablemente podía prever el Estado que, a falta de consentimiento, habría sido lesionado? Supóngase, por ejemplo, que el Estado A establezca una central nuclear en el territorio del Estado B, quedando expresamente entendido que no habrá depósitos de residuos radiactivos en el territorio de este último, y supóngase que, a continuación, un funcionario del Estado B autorice esos depósitos y que ello ocasione un perjuicio; se puede afirmar que existe un consentimiento válido en la medida en que el funcionario de que se trate sea competente en la materia, pero queda por saber si, en este caso, ese consentimiento debe aplicarse a todas las consecuencias derivadas de los depósitos.

4. En segundo lugar, si la responsabilidad desaparece, ¿sucede lo mismo con la ilicitud? Supóngase, por ejemplo, que el Estado A ocupe el Estado B y viole sus obligaciones respecto de este último y que el Estado B y todos los demás Estados interesados hayan dado su consentimiento para esa ocupación: ¿se puede afirmar, desde entonces, que el Estado A esté exento de toda responsabilidad? Suponiendo, además, que el Estado A haya obtenido beneficios de la ocupación, por ejemplo, desde el punto de vista de la seguridad de sus fronteras o de la ampliación de sus mercados, ¿no debe considerarse a ese Estado como responsable de los efectos perjudiciales que podrían resultar, para el Estado B, de la ocupación?

5. Por último, el Sr. Pinto considera que se restringiría demasiado el alcance de la excepción prevista en la segunda frase del proyecto de artículo 29 si sólo se la limitase expresamente a los casos de disconformidad con una norma imperativa del derecho internacional, y que, en consecuencia, sería conveniente ampliar un poco su ámbito de aplicación. A este respecto, señala a la atención el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales², que prevé una responsabilidad absoluta en caso de daño causado en la superficie de la tierra. Los miembros de la Comisión podrán observar que en el párrafo 2 del artículo VI de ese Convenio, que se refiere a los casos en que se admite la exención de responsabilidad, se tiene en cuenta el derecho internacional «incluyendo, en especial, la Carta de las Naciones Unidas».

6. El Sr. SUCHARITKUL aprueba la concepción del proyecto de artículo 29, pero se pregunta si no sería conveniente definir con mayor precisión el consentimiento necesario para excluir la ilicitud de un hecho que de otro modo se calificaría de internacionalmente ilícito.

* Reanudación de los trabajos de la 1540.ª sesión.

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

² Resolución 2777 (XXVI) de la Asamblea General, anexo.

Estima, como el Sr. Jagota, que el consentimiento del Estado es la base tanto de la competencia jurisdiccional de los organismos internacionales como de los acuerdos bilaterales o multilaterales entre Estados. A su juicio, toda obligación internacional procede, directa o indirectamente, del consentimiento del Estado, y las normas del derecho internacional se basan esencialmente en el concepto del consentimiento del Estado.

7. En primer lugar, es menester distinguir claramente entre el consentimiento y la renuncia, que son conceptos jurídicos vinculados estrechamente. El consentimiento excluye la responsabilidad del Estado autor del hecho en la medida en que excluye la ilicitud de ese hecho. La renuncia, por el contrario, no excluye ni la ilicitud ni la responsabilidad: sólo manifiesta la intención del Estado lesionado de no hacer efectiva la responsabilidad entablado acciones para obtener indemnización.

8. A continuación, el Sr. Sucharitkul considera, como el Sr. Tsuruoka (1540.^a sesión), que hay que precisar las condiciones de validez del consentimiento. A este respecto, le parece que tiene una importancia fundamental el momento en que se expresa el consentimiento. Ahora bien, no siempre es fácil determinar en forma precisa ese momento, y puede haber dudas respecto de la anterioridad o la simultaneidad del consentimiento. Así, cuando Tailandia dio su consentimiento para el paso de las tropas japonesas a través de su territorio durante la segunda guerra mundial, las tropas japonesas ya habían desembarcado en el sur del país. Sin embargo, después de la guerra, ninguno de los gobiernos posteriores de Tailandia invocó esa circunstancia para hacer valer la nulidad del consentimiento.

9. También tienen una gran importancia el alcance y la duración del consentimiento. Por ejemplo, si un Estado consiente en que aviones comerciales de otro Estado sobrevuelen su territorio, es poco probable que ese consentimiento abarque igualmente el transporte aéreo de tropas o de material militar. Respecto del consentimiento de un Estado para que se estacionen tropas extranjeras en su territorio, la duración de ese consentimiento es muy importante, pues determina la duración del estacionamiento lícito. En el caso de Indonesia, el Gobierno neerlandés consintió en el estacionamiento de tropas extranjeras en el territorio indonesio. Cuando Indonesia pasó a ser independiente, fue necesario que diera su consentimiento, pues no se podía presumir que el Estado sucesor continuaría permitiendo la presencia de tropas extranjeras autorizadas por el Estado predecesor.

10. Por último, en cuanto a las normas de *jus cogens* que es imposible derogar por consentimiento mutuo, el Sr. Sucharitkul estima, como el Sr. Pinto, que no se plantea ninguna dificultad. Pero se pregunta si no existen otras normas fundamentales de derecho internacional que tampoco se puedan derogar, incluso con el consentimiento del otro Estado. Se pregunta, por ejemplo, si determinadas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no originan, para todos los Estados Miembros, obligaciones cuya violación constituye un hecho internacionalmente ilícito.

11. El Sr. SCHWEBEL dice que, como subraya el Sr. Ago en los párrafos 57 y 74 de su informe (A/CN.4/318 y Add.1 a 3), el hecho de que un Estado

consienta el comportamiento de otro Estado, que de lo contrario constituiría una violación de una obligación internacional del segundo para con el primero, lleva a la formación de un acuerdo encaminado a anular o suspender la obligación. Sin embargo, sólo el consentimiento dado por un sujeto de derecho internacional puede producir este efecto; por esta razón el consentimiento dado en una cláusula Calvo de un contrato entre un extranjero y un Estado no tiene por efecto privar al Estado de donde es nacional el extranjero de su derecho a concederle su protección diplomática.

12. Un elemento esencial de la tesis del Sr. Ago es la restricción según la cual cuando una norma de derecho internacional no admite excepción y no puede modificarse por vía de acuerdo entre las partes, el consentimiento del Estado lesionado no puede ni anular ni suspender la obligación. De ahí el dilema que Sir Francis Vallat ha señalado en la 1538.^a sesión: si se admite que la norma suprema de *jus cogens* es la norma enunciada en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y que esta norma, que depende del *jus cogens*, no puede quedar sin efecto, ¿cómo puede explicarse el ejemplo dado en el informe del Sr. Ago, a saber, el de la excepción consensual a la norma que prohíbe la entrada de tropas extranjeras en el territorio de un Estado? A juicio del Sr. Schwebel la respuesta podría ser la siguiente: si las fuerzas extranjeras penetran en el territorio de un Estado con el consentimiento de éste, lo hacen para el mantenimiento, o al menos el respeto, de la integridad territorial o de la independencia política del Estado que ha consentido. Normalmente, si no siempre, debería ser éste el caso. Por consiguiente, si ese consentimiento era auténtico y autorizado, no habría dificultades, a menos que el consentimiento no violase otras normas válidas de derecho internacional, normas que quizá no son reconocidas como principios fundamentales de *jus cogens* pero que tienen no obstante un estatuto en derecho internacional.

13. Volviendo al ejemplo citado por el Sr. Verosta (1540.^a sesión) de la entrada de las tropas rusas en Hungría en 1849, de conformidad con el derecho internacional de la época, esta entrada estaba más justificada que la entrada de tropas en Hungría unos cien años más tarde, puesto que la potencia soberana, Austria-Hungría, había dado su consentimiento. No obstante, los húngaros no habían dado el suyo y, para los Estados Unidos de América, los jefes de la revolución de la época fueron unos héroes. El término «autodeterminación» no era corriente en aquella época, pero el principio sí existía.

14. Uno de los problemas más delicados del derecho internacional actual y de las relaciones internacionales contemporáneas consiste en conciliar el derecho del gobierno de un Estado a hacer un llamamiento a tropas extranjeras y el derecho a la autodeterminación. Ello es especialmente cierto en un mundo en que algunos movimientos que pretenden combatir en favor de la autodeterminación representan de hecho fuerzas extranjeras o son sostenidos por éstas, lo que equivale a atentar contra la integridad territorial y la soberanía del Estado y el principio de la autodeterminación. No obstante, es evidente que la Comisión no puede solucionar un problema tan debatido, y, de manera general, la tesis expuesta por el

Sr. Ago en su informe, y que se expresa en el proyecto de artículo 29, está justificada.

15. Se ha planteado acertadamente la cuestión de si el comportamiento al que consiente el Estado puede perjudicar a terceros Estados. Es una cuestión que hace intervenir la idea de que la responsabilidad no puede ser exclusiva. Si, por ejemplo, un Estado A pide ayuda a un Estado B para reprimir a una minoría racial perseguida, incluso si el consentimiento del Estado A excluye cualquier denuncia por agresión, no se puede descartar en ese caso la responsabilidad conjunta de los Estados A y B por el genocidio, puesto que hay violación de una norma de derecho internacional general y de una norma de *jus cogens*. Los párrafos 73 y 74 del informe del Sr. Ago dan otros ejemplos que vienen en apoyo de este principio justo de que el consentimiento de los Estados directamente interesados no debe perjudicar los derechos de terceros Estados.

16. Finalmente, respecto a la necesidad de un consentimiento real y válidamente dado, el Sr. Schwebel no cree que tenga gran interés calificar la palabra «consentimiento». Sin embargo, la forma en que el Sr. Tsuruoka intenta hacerlo le parece aceptable. Propone, no obstante, modificar ligeramente esta propuesta (1540.^a sesión, párr. 4) redactándola en la forma siguiente:

«Si consta que un Estado ha prestado válida y expresamente su consentimiento a un hecho de otro Estado que, a falta de ese consentimiento, 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.»

17. El Sr. USHAKOV sigue pensando que el problema de la responsabilidad no se plantea en el artículo 29. Sin embargo, si no hay hecho ilícito, no es, como había creído al principio, porque un Estado exime a otro Estado de una obligación para con él renunciando a su derecho de exigir la ejecución de esa obligación; es porque existe entre los dos Estados un acuerdo que deja sin efecto la norma de derecho internacional que crea la obligación. Así, si la presencia de tropas extranjeras en el territorio de un Estado no constituye un hecho ilícito, no es porque el Estado ha dado su «consentimiento», sino porque ha concertado con otro Estado un acuerdo que, por otro lado, fija generalmente de manera muy precisa las condiciones en que las tropas extranjeras quedan autorizadas a estacionar en el territorio. Este acuerdo deja sin efecto la norma de derecho internacional que impone a todo Estado la obligación de no hacer penetrar sus tropas en el territorio de otro Estado. Al no existir ya la obligación, la presencia de las tropas extranjeras en el territorio del Estado no es ilícita.

18. Por todo ello, el problema que se plantea en el artículo 29 no es el de la responsabilidad, sino el de hacer una excepción a una obligación de derecho internacional general por un acuerdo entre dos o varios Estados. El Sr. Ushakov estima que es ése un problema muy complejo que sería inútil querer tratar en un solo artículo. En efecto, es imposible dejar sin efecto ciertas obligaciones de derecho internacional, no sólo cuando se trata de

obligaciones derivadas de normas de *jus cogens*, sino también, por ejemplo, cuando se trata de obligaciones derivadas de un tratado multilateral restringido, pues, en este caso, la obligación vincula a todas las partes en el tratado y, según el artículo 20 de la Convención de Viena³, sólo es posible una excepción con el acuerdo de todas las partes. La cuestión se plantea también en el caso de algunos tratados bilaterales y de ciertas normas consuetudinarias de derecho internacional. El verdadero problema es, pues, el de la validez de una excepción, por vía de acuerdo, a una obligación de derecho internacional.

19. El Sr. VEROSTA propone que se sustituya el título del artículo 29 por este otro: «*Volenti non fit injuria*».

20. Respecto a la formulación del artículo, apoya el texto presentado por el Sr. Tsuruoka, pero propone que se añada, después de la primera frase, la frase siguiente: «El consentimiento así otorgado no debe violar los derechos de terceros Estados sin su consentimiento.»

21. El Sr. SCHWEBEL puede admitir que la cuestión que corresponde tratar a la Comisión es esencialmente la del acuerdo entre los Estados directamente interesados. No obstante, tiene la impresión de que el Sr. Ago ha adoptado el punto de vista justo al redactar un artículo en el que no se trata de acuerdo sino de consentimiento y que ese artículo tiene su lugar en la codificación del derecho de responsabilidad de los Estados.

22. Además, en ese contexto, la palabra «consentimiento» es más adecuada que la palabra «acuerdo» pues, en algunos casos, lo que está en causa se parece más a ciertos contratos unilaterales en virtud de los cuales, en derecho interno, hay un intercambio de un acto cumplido por una promesa, y no un intercambio de una promesa por un acto cumplido. Por ejemplo, si los aduaneros del Estado A solicitan y obtienen de sus colegas del Estado B la autorización de franquear la frontera para detener a una persona que se sospecha está implicada en el tráfico de drogas, el acto consiste en la apertura de la barrera aduanera por los aduaneros del Estado B, mientras que la promesa consiste en el compromiso que contraen los aduaneros del Estado A de salir del territorio del Estado B después de haber penetrado en él. Esta observación viene a unirse a la del Sr. Ushakov, a saber, que la autorización de penetrar en el territorio de un Estado extranjero debe ser específica y limitada. Se podrían citar otros varios ejemplos, algunos de los cuales se refieren a la cuestión más delicada de la penetración de fuerzas armadas extranjeras en el territorio de un Estado. Así, hace algunos años, las autoridades de un Estado solicitaron y tuvieron ayuda de otro Estado para devolver el poder a su presidente, que había sido víctima de un golpe de Estado cometido por un grupo de simples suboficiales. En ese caso, se puede dudar de la existencia de un acuerdo escrito enunciando los derechos y obligaciones de cada uno de los dos Estados interesados; se podría más bien pensar en una especie de contrato unilateral. Por ello, a juicio del Sr. Schwebel, la naturaleza del consentimiento debe ser definida en términos más generales. El consentimiento debe darse expresamente, pero no es siempre indispensable que se dé por escrito; y no es cierto que

³ Véase 1533.^a sesión, nota 2.

deba necesariamente consistir en el intercambio de una promesa por otra promesa.

23. El Sr. Schwebel creyó comprender que, para el Sr. Ushakov, podría hacerse una excepción, por vía de acuerdo, a normas imperativas del derecho internacional. Ahora bien, él mismo parte del principio de que tal norma no autoriza por definición ninguna excepción. Desearía, pues, tener precisiones sobre ese punto.

24. Finalmente, el Sr. Schwebel indica que había previsto mencionar los terceros Estados en la redacción que ha sugerido para el proyecto de artículo 29 pero que en definitiva renunció a ello dado que la enmienda del Sr. Tsuruoka hace referencia a una «violación de una obligación internacional del segundo Estado para con el primero», de donde se deduce evidentemente que los derechos de los terceros Estados no quedan lesionados. Sin embargo, sería quizá de desear una redacción un poco más explícita.

25. El Sr. THIAM se pregunta si es necesario precisar, en el texto del artículo 29, que el consentimiento debe ser válido o válidamente expresado, pues le parece que ello es evidente. Le parece imposible definir todas las condiciones y circunstancias en que un consentimiento puede expresarse. La validez del consentimiento es, a su juicio, una cuestión de hecho que corresponde a la apreciación de los jueces.

26. El Sr. Thiam comprende muy bien la distinción hecha por el Sr. Ago, en el párrafo 72 de su informe, entre el consentimiento anterior —que es el único consentimiento válido— y el consentimiento posterior —que no es de hecho más que una renuncia al derecho de poner en práctica la responsabilidad que se deriva del hecho ilícito—, pero no ve muy bien cómo puede haber un consentimiento concomitante.

27. El Sr. JAGOTA dice que no está de acuerdo con el parecer del Sr. Thiam, según el cual sería inútil calificar el término «consentimiento» con un adjetivo. Considera, por su parte, que sería útil en honor de los gobiernos, los asesores jurídicos y los tribunales aclarar los elementos del consentimiento requerido para la aplicación del artículo 29, pues ello contribuiría a asegurar una interpretación restrictiva del concepto de consentimiento en los casos especiales y, lo que es más, no podría más que facilitar el examen del texto del artículo por la Sexta Comisión.

28. El Sr. Jagota propone, pues, una nueva formulación del artículo 29 (A/CN.4/L.292), que consiste en un texto modificado en el que se incorporan las propuestas hechas anteriormente por el Sr. Tsuruoka (1540.^a sesión, párr. 4) y por el Sr. Verosta (párr. 20 *supra*):

«Consentimiento del Estado

»El consentimiento prestado válida y expresamente por un Estado antes de la comisión por otro Estado de un hecho que, de no mediar ese consentimiento, constituiría una violación de una obligación internacional del segundo Estado para con el primero excluirá la ilicitud de ese hecho. El consentimiento así prestado no deberá vulnerar los derechos de un tercer Estado sin el acuerdo de este último. Tampoco se dará tal efecto si la obligación de que se trate dimana de una norma imperativa de derecho internacional general.»

29. De este modo, ha seguido dentro de los límites del ámbito de aplicación del proyecto de artículos, dedicado exclusivamente a la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. La disposición propuesta no es, pues, una norma de orden general que se extendería a la responsabilidad del Estado por los hechos que, sin ser ilícitos, son causa de daño, lo que constituye un tema separado que la Comisión no abordará más que tras haber terminado el examen del tema en estudio. Por el momento no es posible entrar en cuestiones como la de la responsabilidad absoluta, de la responsabilidad fundada en la falta o de la forma de pago de la reparación.

30. Igualmente, es de gran importancia que el comentario del artículo subraye que el consentimiento prestado por un Estado *después* de la comisión del hecho internacionalmente ilícito por otro Estado equivale a una *renuncia* al ejercicio de sus derechos o recursos. La Comisión podrá siempre decidir, en una etapa posterior, si es necesario dedicar un artículo separado a la renuncia, pero es absolutamente necesario establecer en el comentario una distinción entre el consentimiento y la renuncia. La renuncia afecta únicamente al ejercicio de los derechos o de los recursos, dejando subsistir la ilicitud del acto. Es, pues, un concepto que no cubre el texto del proyecto de artículo 29.

31. El comentario debería indicar después que la expresión «consentimiento prestado válida y expresamente» significa que al prestar su consentimiento el Estado no estaba sujeto a coacción, que el consentimiento no estaba viciado por error, dolo, corrupción ni por otra causa, que el consentimiento había sido prestado por las autoridades del Estado competentes para dar ese consentimiento a los efectos del derecho internacional, que el consentimiento será interpretado restrictivamente en lo que se refiere a su alcance y que no había prohibiciones constitucionales ni internacionales (conocidas) a que se prestase ese consentimiento.

32. El Sr. SCHWEBEL dice que la respuesta a la pregunta de por qué un proyecto de instrumento sobre la responsabilidad de los Estados debería contener un artículo como el artículo 29, que no enuncia una norma de la responsabilidad de los Estados, es sin duda alguna que el artículo prevé una excepción mayor a la aplicación del principio de la responsabilidad de los Estados y que por lo tanto es una disposición que tiene totalmente su lugar en el proyecto.

33. El Sr. Schwebel se adhiere plenamente a las propuestas del Sr. Jagota, con excepción quizá de la referencia a las prohibiciones constitucionales referentes al consentimiento. Si debiera introducirse una mención de este tipo en el comentario, juzgaría preferible, por analogía con la Convención de Viena, hablar de prohibiciones constitucionales «notorias».

34. El Sr. USHAKOV, refiriéndose al comienzo del texto del proyecto de artículo 29: «El consentimiento prestado por un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho...», se pregunta qué hecho tenía presente el Sr. Ago. Cuando un Estado entrega a los pescadores nacionales de otro Estado autorización para pescar en su mar territorial, cabe preguntarse si se puede considerar que da su consentimiento a la comisión de un cierto hecho. Los acuerdos de este tipo, como el que existe entre

la Unión Soviética y el Japón, prevén a veces que la validez de los permisos de pesca se limita a ciertas estaciones o a ciertas clases de pesca. Para el Sr. Ushakov es muy dudoso que esos acuerdos supongan el consentimiento a la comisión de un hecho; en todo caso, son acuerdos de delegación. Cualquier Estado, en el ejercicio de su soberanía sobre su mar territorial, puede celebrar con otro Estado un acuerdo por el que autorice a algunos nacionales de ese Estado a pescar en sus aguas territoriales. Cuando se celebra tal acuerdo, no se puede hablar de un hecho que podría ser ilícito. En efecto, la obligación de no pescar ya no existe y existe por el contrario un derecho a practicar la pesca. No se ha dado, pues, ningún consentimiento a la comisión de un hecho que puede ser considerado como ilícito.

35. El Sr. TABIBI dice que la propuesta del Sr. Jagota es muy oportuna, pues contribuye a disipar algunas dudas que suscita en particular el concepto de consentimiento prestado válidamente. Sin embargo, la disposición según la cual el consentimiento debe darse antes de que el hecho se cometa corre el riesgo —pese a constituir una cláusula de salvaguardia muy útil— de plantear algunas dificultades: en ciertos casos, en efecto, será muy difícil obtener un consentimiento previo. En la era atómica, la seguridad de las naciones puede exigir que el consentimiento sea dado unas fracciones de segundo solamente antes de que sea cumplido el hecho. Quizá el Sr. Jagota desee reflexionar más adelante sobre ese punto.

36. El Sr. RIPHAGEN señala que la Comisión se ocupa de tres tipos de situaciones. La primera se caracteriza por la existencia de un acuerdo oral, incluso escrito, entre el Estado A y el Estado B, acuerdo que suspende la obligación del primero para con el segundo o que pone fin a esa obligación. El derecho de los tratados considera esa situación. La segunda situación es aquella en que el Estado B, llamado Estado víctima, tiene un comportamiento tal que puede excluir la responsabilidad del Estado A, llamado Estado culpable. En este caso se aplica el principio *volenti non fit injuria* y el comportamiento, que equivale a un consentimiento, puede ser a veces puramente unilateral. La tercera situación implica la renuncia del Estado B al derecho de demandar al Estado A, aunque esa demanda equivaliera a represalias. En estas tres situaciones, el Estado B renuncia a algunos de sus derechos respecto al Estado A, pero se plantea la cuestión de determinar a qué derechos es posible renunciar. Evidentemente, el Estado B no puede renunciar más que a sus propios derechos, nunca a los de un tercer Estado. Es cierto que en el caso en que hay una violación de una norma imperativa del derecho internacional, es imposible renunciar a ciertos derechos, incluso por vía convencional, y con mayor razón, por simple consentimiento. En otros casos, no obstante, un Estado tiene la facultad de renunciar, por ejemplo, a un derecho de reparación pecuniaria, y en general —pero no siempre—, un Estado puede, por supuesto, renunciar a su derecho de aplicar una «sanción», en el sentido restrictivo que el Sr. Ago da a este término.

37. Evidentemente, las dificultades con que tropieza la Comisión se deben a los diferentes tipos de situaciones y a las diferentes consecuencias de los hechos ilícitos que deben preverse en el contexto del artículo 29. A ese

respecto, el Sr. Riphagen se pregunta si la propuesta del Sr. Verosta, que el Sr. Jagota ha incorporado en la suya, resuelve verdaderamente la dificultad. Cabe preguntarse por qué el consentimiento del Estado B, dado en violación del derecho del Estado C para con el Estado B, no anularía la responsabilidad del Estado A con respecto al Estado B. El consentimiento del Estado B a la entrada de fuerzas armadas en su territorio puede perjudicar los derechos del Estado C, pero falta saber si dará lugar con todo a la responsabilidad del Estado A que envía fuerzas armadas al territorio del Estado B. A juicio del Sr. Riphagen, la respuesta es seguramente negativa. Tal consentimiento dará lugar a la responsabilidad del Estado A para con el Estado B y probablemente a la del Estado B para con el Estado C, en virtud de la norma relativa a la ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado enunciada en el artículo 27 del proyecto⁴. Sin embargo, por el momento el Sr. Riphagen no ve por qué el consentimiento del Estado B a la entrada en su territorio de fuerzas armadas del Estado A comprometería la responsabilidad del Estado A para con el Estado B. El Estado A tiene el consentimiento del Estado B, incluso si ese consentimiento viola los derechos de un tercer Estado.

38. El Sr. JAGOTA, refiriéndose a la sugerencia del Sr. Schwebel, dice que sería quizá preferible hablar de prohibiciones constitucionales «conocidas», más que de prohibiciones constitucionales «notorias». Sin duda alguna, estaría dispuesto a añadir la palabra «conocidas» en el texto que propone se añada en el comentario, pero esa palabra podría entonces interpretarse como si calificase también las «prohibiciones internacionales», respecto a las cuales no es necesario hacer una distinción entre las prohibiciones «notorias» y otro tipo de prohibiciones. No obstante, este punto se podría fácilmente aclarar en el comentario.

39. En cuanto a la cuestión planteada por el Sr. Tabibi, el principio fundamental es que el consentimiento debe darse antes de la comisión del acto, y cuando es importante actuar con rapidez el consentimiento puede pedirse y obtenerse en los segundos que preceden al acto a través del «teléfono rojo» o algún otro medio de comunicación rápido. Al plantear la norma del artículo 29, es indispensable precisar que el consentimiento obtenido después de la comisión del acto constituye simplemente una renuncia y que la ilicitud de un acto no se puede excluir más que con el consentimiento previo.

40. Finalmente, los temores expresados por el Sr. Riphagen podrían disiparse con una disposición según la cual el consentimiento prestado válida y expresamente no puede perjudicar los derechos de un tercer Estado sin el acuerdo de este último, de modo que la ilicitud de un hecho quedaría entonces anulada mediante el acuerdo de las partes *inter se*. La cuestión de determinar si el consentimiento puede darse aun cuando afecte los derechos o las obligaciones de un tercer Estado se trataría en el comentario, a propósito de la validez del consentimiento.

41. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, declara que el capítulo V, titulado «Circunstancias que excluyen la ilicitud», es necesario en el proyecto.

⁴ Véase 1532.^a sesión, nota 2.

En sus consideraciones preliminares (A/CN.4/318 y Add.1 a 3, párrs. 48 a 55), el Sr. Ago ha demostrado esa necesidad, pero el debate dedicado al primer artículo de ese capítulo, el artículo 29, hace temer que se trate de una caja de Pandora. Al abordar la cuestión de las circunstancias que excluyen la ilicitud, la Comisión corre el riesgo de tener que pronunciarse por primera vez sobre ciertos aspectos del derecho internacional general, ya que no ha tenido todavía la ocasión de examinar específicamente esas circunstancias particulares. En varios de sus informes relativos a anteriores periodos de sesiones, la Comisión hizo ya alusión a diversas circunstancias particulares que se proponía estudiar. Ahora se encuentra confrontada a cuestiones previas que corren el riesgo de complicar considerablemente la preparación de los artículos del capítulo V.

42. El Sr. Šahović estima que, para superar esas dificultades, convendría quizá redactar un artículo que, situado al comienzo del capítulo V, precisara en qué perspectiva se considerarían las circunstancias que excluyen la ilicitud. Como la Comisión tropieza con serias dificultades y debe terminar el estudio del tema de la responsabilidad de los Estados por el hecho internacionalmente ilícito dentro del plazo previsto, tal artículo sería indudablemente útil.

43. El Sr. VEROSTA, refiriéndose a la enmienda que ha propuesto en la presente sesión (párr. 20) tal como ha sido incluida, en forma modificada, por el Sr. Jagota en su propuesta (párr. 28), subraya que la aplicación de la excepción de *ius cogens* no se limita a las normas enunciadas en los tratados multilaterales. Así, en materia de neutralidad nada impide que Suecia deje a las tropas alemanas pasar por su territorio. En tiempo de guerra, la situación sería diferente, pues la libertad de Suecia de disponer de su territorio queda limitada por los derechos de los beligerantes, al tener Suecia que comportarse de conformidad con las normas de la neutralidad. Durante la segunda guerra mundial, cuando Suecia dejó pasar por su territorio las tropas alemanas que iban de Noruega a Dinamarca, sin duda obtuvo el consentimiento de los aliados.

Organización de los trabajos (continuación*)

44. El Sr. SUCHARITKUL dice que debido al retraso con el que ha llegado a Ginebra, no ha podido transmitir a tiempo información sobre la situación del informe preliminar que debía presentar en su calidad de Relator Especial sobre el tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes. Expresa la esperanza de que las sugerencias de la Mesa Ampliada relativas al examen de los temas del programa (1539.^a sesión, párr. 1) no excluyen el hecho de que pueda presentar ese informe dentro de tres o cuatro semanas y que al final del período de sesiones se dediquen una o dos sesiones a ese tema.

45. El PRESIDENTE indica que la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes constituye el tema 10 del programa, y que en efecto será examinado cuando aparezca el informe. Las sugerencias de la Mesa Ampliada relativas al examen de diversas cuestiones inscritas en el programa no dan más que las

fechas aproximadas y no representan más que un cuadro general de trabajo.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1543.^a SESIÓN

Jueves 31 de mayo de 1979, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Milan ŠAHOVIĆ

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

También presente: Sr. Ago.

Responsabilidad de los Estados (continuación) (A/CN.4/318 y Add.1 a 3, A/CN.4/L.291, A/CN.4/L.292)

[Tema 2 del programa]

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

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

1. El Sr. AGO, respondiendo a las observaciones que el proyecto de artículo 29 ha suscitado, comienza poniendo de relieve que esa disposición es una de las más sencillas del proyecto y que, si bien es causa de algunos equívocos, ello no quiere decir que suscite las dificultades que el Presidente, hablando como miembro de la Comisión, ha dicho que observa. En cuanto a la sugerencia encaminada a encabezar el capítulo V con un artículo que precise cuáles son las circunstancias que excluyen la ilicitud, el Sr. Ago vacila en mostrarse de acuerdo. En todo momento, la Comisión se ha guardado de redactar artículos que no enuncien reglas sino que tengan simplemente un valor de explicación. Al parecer, el artículo previsto más bien corresponde a la ciencia jurídica que a la codificación del derecho. Por otra parte, el capítulo V se funda en bases bastante sólidas, puesto que las circunstancias que excluyen la ilicitud han sido consagradas tanto por la doctrina como por la práctica de los Estados y la jurisprudencia.

2. Algunas de las observaciones relativas al artículo 29 se refieren más especialmente al aspecto teórico de la cuestión: ¿cómo funciona una circunstancia que excluya la ilicitud? Desde este punto de vista, no procede trazar una distinción según que la circunstancia que un Estado se proponga invocar para pretender que no hay hecho ilícito sea el consentimiento del Estado lesionado, el ejercicio legítimo de una sanción, la fuerza mayor, el

* Reanudación de los trabajos de la 1539.^a sesión.

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