

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL 1993

Volumen I

*Actas resumidas
de las sesiones
del cuadragésimo quinto período de sesiones
3 de mayo-23 de julio de 1993*

NACIONES UNIDAS



ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

1993

Volumen I

*Actas resumidas
de las sesiones
del cuadragésimo quinto período de sesiones
3 de mayo-23 de julio de 1993*

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 1995



ADVERTENCIA

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo, *Anuario... 1990*).

El *Anuario* correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes:

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

Volumen II (primera parte): informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones;

Volumen II (segunda parte): informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del *Anuario*, que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas.

*

* *

El presente volumen contiene las actas resumidas del 45.º período de sesiones de la Comisión (A/CN.4/SR.2295-A/CN.4/SR.2327) con las correcciones comunicadas por los miembros de la Comisión y los cambios de estilo y modificaciones editoriales que se han estimado necesarios.

A/CN.4/SER.A/1993

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.95.V.3
ISBN 92-1-333239-4

Edición completa de dos volúmenes:
ISBN 92-1-333242-4

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

	Página		Página
Composición de la Comisión	vi	2301.ª sesión	
Mesa	vi	<i>Viernes 28 de mayo de 1993, a las 10.05 horas</i>	
Programa	vii	Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (<i>continuación</i>)	
Abreviaturas	viii	Undécimo informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	26
Convenciones multilaterales citadas en el presente volumen	ix	2302.ª sesión	
Lista de documentos del 45.º período de sesiones	xiii	<i>Martes 1.º de junio de 1993, a las 10.20 horas</i>	
		Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (<i>continuación</i>)	
		Noveno informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	29
		2303.ª sesión	
		<i>Viernes 4 de junio de 1993, a las 10.05 horas</i>	
		Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (<i>continuación</i>)	
		Noveno informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	36
		Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (<i>continuación</i>)	
		Informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	44
		2304.ª sesión	
		<i>Martes 8 de junio de 1993, a las 10.10 horas</i>	
		Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (<i>continuación</i>)	
		Noveno informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	44
		Cooperación con otros organismos	
		Declaración del Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano	49
		2305.ª sesión	
		<i>Jueves 10 de junio de 1993, a las 10.05 horas</i>	
		Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (<i>continuación</i>)	
		Noveno informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	51
		Responsabilidad de los Estados	
		Quinto informe del Relator Especial	52
		2306.ª sesión	
		<i>Viernes 11 de junio de 1993, a las 10.10 horas</i>	
		Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (<i>continuación</i>)	
		Noveno informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	62
		Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
		Quinto informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	65
		2307.ª sesión	
		<i>Martes 15 de junio de 1993, a las 10.05 horas</i>	
		Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
		Quinto informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	67
		2308.ª sesión	
		<i>Miércoles 16 de junio de 1993, a las 10.05 horas</i>	
		Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
		Quinto informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	73
		Organización de los trabajos del período de sesiones (<i>conclusión</i>)	82
ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES 2295.ª A 2327.ª			
2295.ª sesión			
<i>Lunes 3 de mayo de 1993, a las 15.25 horas</i>			
Apertura del período de sesiones	1		
Declaración del Presidente saliente	1		
Homenaje a la memoria del Sr. Motoo Ogiso	3		
Elección de la Mesa	3		
Aprobación del programa	3		
Organización de los trabajos del período de sesiones	3		
2296.ª sesión			
<i>Viernes 7 de mayo de 1993, a las 10.15 horas</i>			
Organización de los trabajos del período de sesiones (<i>continuación</i>)	4		
2297.ª sesión			
<i>Viernes 14 de mayo de 1993, a las 10.05 horas</i>			
Organización de los trabajos del período de sesiones (<i>continuación</i>)	5		
2298.ª sesión			
<i>Lunes 17 de mayo de 1993, a las 10.05 horas</i>			
Declaración del Asesor Jurídico Adjunto	5		
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad			
Undécimo informe del Relator Especial	5		
Organización de los trabajos del período de sesiones (<i>continuación</i>)	10		
Expresión de reconocimiento al Sr. Vladimir Kotliar, antiguo secretario de la Comisión	12		
2299.ª sesión			
<i>Viernes 21 de mayo de 1993, a las 10.00 horas</i>			
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (<i>continuación</i>)			
Undécimo informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	12		
2300.ª sesión			
<i>Martes 25 de mayo de 1993, a las 10.05 horas</i>			
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (<i>continuación</i>)			
Undécimo informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	17		
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional			
Noveno informe del Relator Especial	23		

	Página		Página
2309.ª sesión		El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (<i>continuación</i>)	
Viernes 18 de junio de 1993, a las 10.05 horas		Primer informe del Relator Especial (<i>conclusión</i>)	147
Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)			
Quinto informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	82	2317.ª sesión	
Clausura del Seminario de derecho internacional	91	Miércoles 7 de julio de 1993, a las 11.10 horas	
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación		Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	150
Primer informe del Relator Especial	91		
2310.ª sesión		2318.ª sesión	
Martes 22 de junio de 1993, a las 10.05 horas		Martes 13 de julio de 1993, a las 10.05 horas	
Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)		Responsabilidad de los Estados (<i>conclusión</i>)	
Quinto informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	95	Proyectos de artículos presentados por el Comité de Redacción	153
2311.ª sesión		Artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado)	154
Jueves 24 de junio de 1993, a las 10.10 horas		Artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas)	155
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (<i>continuación</i>)		Artículo 13 (Proporcionalidad)	156
Primer informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	101	Artículo 14 (Contramedidas prohibidas)	157
2312.ª sesión		Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (<i>conclusión</i>)	
Viernes 25 de junio de 1993, a las 10.05 horas		Proyectos de artículos presentados por el Comité de Redacción	160
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (<i>continuación</i>)		Artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos)	161
Primer informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	105	Artículo 2 (Términos empleados)	163
Cooperación con otros organismos (<i>continuación</i>)		Artículo 11 (Autorización previa)	164
Declaración del Observador del Comité Europeo de Cooperación Jurídica	111	Artículo 12 (Determinación del riesgo)	164
2313.ª sesión		Artículo 14 (Medidas para aminorar el riesgo)	164
Martes 29 de junio de 1993, a las 10.10 horas		2319.ª sesión	
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (<i>continuación</i>)		Miércoles 14 de julio de 1993, a las 10.10 horas	
Primer informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	114	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones	
Cooperación con otros organismos (<i>conclusión</i>)		Capítulo IV.—Responsabilidad de los Estados	
Declaración del Observador del Comité Jurídico Interamericano	122	C. Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados	
2314.ª sesión		2. Texto del párrafo 2 del artículo 1 y artículos 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 45.º período de sesiones	
Miércoles 30 de junio de 1993, a las 10.05 horas		Comentario al párrafo 2 del artículo 1	166
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (<i>continuación</i>)		Comentario al artículo 6 (Cesación del comportamiento ilícito)	166
Primer informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	124	Comentario al artículo 6 bis (Reparación)	167
Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)			
Quinto informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	125	2320.ª sesión	
Examen del párrafo 2 del artículo 1 y de los artículos 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis de la segunda parte del proyecto, aprobados por el Comité de Redacción en el 44.º período de sesiones	131	Jueves 15 de julio de 1993, a las 10.05 horas	
Artículo 1, párrafo 2	131	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Artículo 6 (Cesación del comportamiento ilícito)	131	Capítulo IV.—Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
Artículo 6 bis (Reparación)	131	C. Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
2315.ª sesión		2. Texto del párrafo 2 del artículo 1 y artículos 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 45.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Jueves 1.º de julio de 1993, a las 10.10 horas		Comentario al artículo 6 bis (Reparación)	171
Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)		Comentario al artículo 10 (Satisfacción)	172
Quinto informe del Relator Especial (<i>conclusión</i>)	133		
2316.ª sesión		2321.ª sesión	
Martes 6 de julio de 1993, a las 10.00 horas		Lunes 19 de julio de 1993, a las 10.05 horas	
Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)		Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Examen del párrafo 2 del artículo 1 y de los artículos 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis de la segunda parte del proyecto, aprobados por el Comité de Redacción en el 44.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	142	Capítulo IV.—Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
Artículo 6 bis (Reparación) (<i>conclusión</i>)	143	C. Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
Artículo 7 (Restitución en especie)	145		
Artículo 8 (Indemnización)	145		
Artículo 10 (Satisfacción)	145		
Artículo 10 bis (Seguridades y garantías de no repetición)	147		

	Página
2. Texto del párrafo 2 del artículo 1 y artículos 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 45.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Comentario al artículo 6 bis (Reparación) (<i>conclusión</i>)	177
Comentario al artículo 10 (Satisfacción) (<i>conclusión</i>)	177
Comentario al artículo 10 bis (Seguridades y garantías de no repetición)	178
Comentario al artículo 7 (Restitución en especie)	179
Comentario al artículo 6 (Cesación del comportamiento ilícito) (<i>conclusión</i>)	180
Comentario al artículo 8 (Indemnización)	180
Capítulo VI.—Otras decisiones y recomendaciones de la Comisión	
A. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	182
B. Cooperación con otros organismos	183
C. Fecha y lugar del 46.º período de sesiones	183
D. Representación en el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General	183
E. Seminario de derecho internacional	183
F. Conferencia en memoria de Gilberto Amado	183
2322.ª sesión	
<i>Lunes 19 de julio de 1993, a las 15.10 horas</i>	
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (<i>conclusión</i>)	
Proyectos de artículos propuestos por el Comité de Redacción en segunda lectura	183
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Capítulo III.—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional	186
Capítulo IV.—Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
C. Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
2. Texto del párrafo 2 del artículo 1 y artículos 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 45.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Comentario al artículo 8 (Indemnización) (<i>continuación</i>)	187
2323.ª sesión	
<i>Martes 20 de julio de 1993, a las 10.05 horas</i>	
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Capítulo IV.—Responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
C. Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (<i>continuación</i>)	
2. Texto del párrafo 2 del artículo 1 y artículos 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 45.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Comentario al artículo 8 (Indemnización) (<i>continuación</i>)	190
A. Introducción	192
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	192
2324.ª sesión	
<i>Miércoles 21 de julio de 1993, a las 10.05 horas</i>	
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	

	Página
Capítulo IV.—Responsabilidad de los Estados (<i>conclusión</i>)	
C. Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (<i>conclusión</i>)	
2. Texto del párrafo 2 del artículo 1 y artículos 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis, con los comentarios correspondientes, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 45.º período de sesiones (<i>conclusión</i>)	
Comentario al artículo 8 (Indemnización) (<i>conclusión</i>)	192
Capítulo II.—Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad	193
2325.ª sesión	
<i>Miércoles 21 de julio de 1993, a las 15.10 horas</i>	
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (<i>continuación</i>)	
Informe revisado del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	194
2326.ª sesión	
<i>Jueves 22 de julio de 1993, a las 10.10 horas</i>	
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (<i>conclusión</i>)	
Informe revisado del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional (<i>conclusión</i>)	205
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Capítulo V.—El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación	208
2327.ª sesión	
<i>Viernes 23 de julio de 1993, a las 10.10 horas</i>	
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (<i>conclusión</i>)	
Capítulo I.—Organización del período de sesiones	
A. Composición de la Comisión	
B. Mesa	
C. Comité de Redacción	
D. Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	
E. Secretaría	
F. Programa y	
G. Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 45.º período de sesiones	209
Capítulo II.—Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (<i>conclusión</i>)	209
A. Introducción	210
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	210
1. Undécimo informe del Relator Especial	210
B. Examen del tema en el actual período de sesiones (<i>conclusión</i>)	
1. Undécimo informe del Relator Especial (<i>conclusión</i>)	210
2. Establecimiento del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	211
3. Resultados de los trabajos realizados por el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	211
Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación (<i>conclusión</i>)	
Programa de trabajo de la Comisión en su 46.º período de sesiones	211
Clausura del período de sesiones	212

COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN

<i>Nombre</i>	<i>Nacionalidad</i>	<i>Nombre</i>	<i>Nacionalidad</i>
Sr. Husain AL-BAHARNA	Bahrein	Sr. Ahmed MAHIOU	Argelia
Sr. Awn AL-KHASAWNEH	Jordania	Sr. Vaclav MIKULKA	Checoslovaquia
Sr. Gaetano ARANGIO-RUIZ	Italia	Sr. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA	Gabón
Sr. Julio BARBOZA	Argentina	Sr. Alain PELLET	Francia
Sr. Mohamed BENNOUNA	Marruecos	Sr. Pemmaraju Sreenivasa RAO	India
Sr. Derek William BOWETT	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	Sr. Edilbert RAZAFINDRALAMBO	Madagascar
		Sr. Patrick Lipton ROBINSON	Jamaica
		Sr. Robert ROSENSTOCK	Estados Unidos de América
Sr. Carlos CALERO RODRIGUES	Brasil	Sr. Jiuyong SHI	China
Sr. James CRAWFORD	Australia	Sr. Alberto SZEKELY	México
Sr. John de SARAM	Sri Lanka	Sr. Doudou THIAM	Senegal
Sr. Gudmundur EIRIKSSON	Islandia	Sr. Christian TOMUSCHAT	Alemania
Sr. Salifou FOMBA	Malí	Sr. Edmundo VARGAS CARREÑO	Chile
Sr. Mehmet GÜNEY	Turquía	Sr. Vladlen VERESHCHETIN	Federación de Rusia
Sr. Kamil IDRIS	Sudán		
Sr. Andreas J. JACOVIDES	Chipre	Sr. Francisco VILLAGRÁN KRAMER	Guatemala
Sr. Peter KABATSI	Uganda	Sr. Chusei YAMADA	Japón
Sr. Abdul G. KOROMA	Sierra Leona	Sr. Alexander YANKOV	Bulgaria
Sr. Mochtar KUSUMA-ATMADJA	Indonesia		

MESA

Presidente: Sr. Julio BARBOZA
Primer Vicepresidente: Sr. Gudmundur EIRIKSSON
Segundo Vicepresidente: Sr. Kamil IDRIS
Presidente del Comité de Redacción: Sr. Vaclav MIKULKA
Relator: Sr. John de SARAM

El Sr. Ralph Zacklin, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico, representó al Secretario General y la Sra. Jacqueline Dauchy, Directora Adjunta de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, actuó como Secretaria de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General.

PROGRAMA

En su 2295.^a sesión, celebrada el 3 de mayo de 1993, la Comisión aprobó el siguiente programa:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Responsabilidad de los Estados.
3. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.
4. El derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación.
5. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.
6. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación.
7. Cooperación con otros organismos.
8. Fecha y lugar de celebración del 46.º período de sesiones.
9. Otros asuntos.

ABREVIATURAS

ACNUR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Comunidad Europea
CEPE	Comisión Económica para Europa
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CSCE	Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa
FMI	Fondo Monetario Internacional
ILA	Asociación de Derecho Internacional
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMI	Organización Marítima Internacional
OUA	Organización de la Unidad Africana
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
UNITAR	Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones

*

* *

<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.P.J.I., serie A</i>	<i>CPJI, Recueil des arrêts</i> (N.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
<i>C.P.J.I., serie A/B</i>	<i>CPJI, Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i> (N.ºs 40 a 80, a partir de 1931)

*

* *

NOTA

Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

CONVENCIONES MULTILATERALES CITADAS EN EL PRESENTE VOLUMEN

Fuente

Derechos humanos

- Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 78, pág. 296.
- Convención sobre la reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades (Estrasburgo, 6 de mayo de 1963) *Ibid.*, vol. 634, pág. 221.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) *Ibid.*, vol. 999, pág. 241.
- Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973) *Ibid.*, vol. 1015, pág. 266.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979) *Ibid.*, vol. 1249, pág. 70.
- Convención sobre los derechos del niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989) *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N.º 49, resolución 44/25, anexo.*

Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas

- Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 500, pág. 162.
- Convención de Viena sobre relaciones consulares (Viena, 24 de abril de 1963) *Ibid.*, vol. 596, pág. 392.
- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973) *Ibid.*, vol. 1035, pág. 162.

Medio ambiente y recursos naturales

- Convención y Estatuto relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad (Fort-Lamy, 22 de mayo de 1964) Naciones Unidas, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.—Afrique, Ressources naturelles/Série eau N.º 13* (N.º de venta: E/F.84. II.A.7), pág. 8.

- Acuerdo sobre la Comisión del río Níger y sobre la navegación y transporte por el Río Níger (Niamey, 25 de noviembre de 1964), reemplazado por la Convención constitutiva de la Autoridad de la cuenca del río Níger (Faranah, 21 de noviembre de 1980) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 587, pág. 19.
- Convención africana sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales (Argel, 15 de septiembre de 1968) Naciones Unidas, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.—Afrique, Ressources naturelles/Série eau N.º 13* (N.º de venta: E/F.84.II.A.7), pág. 56.
- Convenio sobre la conservación de los recursos vivos del Atlántico Sudoriental (Roma, 1969) *Ibid.*, vol. 801, pág. 124.
- Convención relativa al estatuto del río Senegal y Convención relativa a la creación de la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del río Senegal (Nouakchott, 11 de marzo de 1972) Naciones Unidas, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.—Afrique, Ressources naturelles/Série eau N.º 13* (N.º de venta: E/F.84.II.A.7), pág. 16.
- Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (Londres, México, Moscú y Washington, 29 de diciembre de 1972) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1046, pág. 122.
- Convención sobre la prohibición de la importación a África y la fiscalización de los movimientos transfronterizos dentro de África de desechos peligrosos (Bamako, 30 de enero de 1991) CEPA, Addis Abeba.
- Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991) Documento E/ECE/1250, 1991.
- Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992) *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. XXXI, N.º 6, noviembre de 1992, pág. 1313.
- Convención sobre efectos transfronterizos de accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992) *Ibid.*, pág. 1335.
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992) *Ibid.*, N.º 4, julio de 1992, pág. 851.
- Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992) *Ibid.*, pág. 822.

Derecho del mar

- Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 499, pág. 330.
- Protocolo de firma facultativo sobre la jurisdicción obligatoria en la solución de controversias (Ginebra, 29 de abril de 1958) *Ibid.*, vol. 450, pág. 177.

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982) | <i>Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar</i> , vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122. |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Derecho aplicable en los conflictos armados

- | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949) | Comité Internacional de la Cruz Roja, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss. |
| y Protocolos I y II adicionales (Ginebra, 8 de junio de 1977) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1125, pág. 214. |

Derecho de los tratados

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|
| Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 115, pág. 443. |
| Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986) | Documento A/CONF.129/15. |

Estupefacientes y sustancias sicotrópicas

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|
| Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988) | Documento E/CONF.82/15 y Corr.1. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|

Aviación civil

- | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|
| Convenio sobre aviación civil internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 15, pág. 295. |
| Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963) | <i>Ibid.</i> , vol. 704, pág. 242. |

Responsabilidad

- | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|
| Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington, 29 de marzo de 1972) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 961, pág. 212. |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|
| Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (Ginebra, 10 de octubre de 1989) | Publicación de las Naciones Unidas (N.º de venta: F.90.II.E.30). |
| Convención sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993) | Consejo de Europa, <i>Série de Traités européens</i> , N.º 150. |

Desarme

- | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (París, 13 de enero de 1993) | <i>International Legal Materials</i> , Washington (D.C.), vol. XXXII, N.º 3, mayo de 1993, pág. 804. |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Espacio ultraterrestre

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|
| Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (Londres, Moscú y Washington, 27 de enero de 1967) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 610, pág. 228. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|

Terrorismo

- | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979) | Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1316, pág. 131. |
|------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 45.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/445	Programa provisional	Mimeografiado Para el programa aprobado, véase <i>supra</i> , pág. vii
A/CN.4/446	Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General	Mimeografiado
A/CN.4/447 y Add.1 a 3	El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación —Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos	Reproducido en <i>Anuario</i> 1993, vol. II (primera parte)
A/CN.4/448 y Add.1	Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad —Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos	<i>Idem</i>
A/CN.4/449	Undécimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial	<i>Idem</i>
A/CN.4/450	Noveno informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial	<i>Idem</i>
A/CN.4/451	Primer informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial	<i>Idem</i>
A/CN.4/452 y Add.1 a 3	Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional —Observaciones de los gobiernos	<i>Idem</i>
A/CN.4/453 y Add.1 [y Corr.1 a 3] y Add.2 y 3	Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial	<i>Idem</i>
A/CN.4/454	Esquemas preparados por miembros de la Comisión sobre temas seleccionados de derecho internacional	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.479	Informe del Grupo de Planificación —Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	Mimeografiado
A/CN.4/L.480 y Add.1	Proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados —Títulos y textos de los artículos aprobados por el Comité de Redacción —segunda parte	Véase el acta resumida de la 2318ª sesión (párr. 3)
A/CN.4/L.481	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones capítulo I (Organización del período de sesiones)	Mimeografiado Para el texto aprobado, véase <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento N.º 10 (A/48/10)</i> El texto definitivo figura en el <i>Anuario</i> 1993, vol. II (segunda parte)
A/CN.4/L.482 [y Corr.1] y Add.1 [y Rev.1]	<i>Idem</i> capítulo II (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad)	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.483	<i>Idem</i> capítulo III (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional)	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.484 [y Corr.1] y Add.1 a 7	<i>Idem</i> capítulo IV (Responsabilidad de los Estados)	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.485	<i>Idem</i> capítulo V (El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación)	<i>Idem</i>
A/CN.4/L.486	<i>Idem</i> capítulo VI (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	<i>Idem</i>

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.487 [y Corr. 1]	Proyectos de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional —Títulos y textos de los artículos aprobados por el Comité de Redacción artículos 1, 2, 11, 12 y 14	Véase el acta resumida de la 2318 ^a sesión (párr. 58)
A/CN.4/L.488 y Add. 1 [y Corr. 1] y Add. 2 a 4 [y Corr. 1]	Informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	Mimeografiado
A/CN.4/L.489	Proyectos de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación —Títulos y textos de los artículos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura artículos 1 a 6 y 8 a 10	Véase el acta resumida de la 2322 ^a sesión (párr. 5)
A/CN.4/L.490 y Add. 1	Informe revisado del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	Reproducido en el <i>Anuario 1993</i> , vol. II (segunda parte), documento A/48/10, anexo
A/CN.4/SR.2295 a A/CN.4/SR.2327	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2295 ^a a 2327 ^a	Mimeografiado El texto definitivo figura en el presente volumen

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DEL 45.º PERÍODO DE SESIONES

celebrado en Ginebra del 3 de mayo al 23 de julio de 1993

2295.ª SESIÓN

Lunes 3 de mayo de 1993, a las 15.25 horas

Presidente saliente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada.

Apertura del período de sesiones

1. El PRESIDENTE SALIENTE declara abierto el 45.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

Declaración del Presidente saliente

2. El PRESIDENTE SALIENTE, hablando en nombre de la Comisión, expresa en primer lugar al Sr. de Saram su sincera condolencia por el asesinato del Presidente de Sri Lanka, Sr. Ramasinghe Premadasa.

3. A continuación da la bienvenida a los miembros de la Comisión, congratulándose de que asistan muchos a la apertura del período de sesiones.

4. El hecho más importante ocurrido desde el último período de sesiones es, sin duda, el debate de la Sexta Comisión de la Asamblea General acerca del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones¹. Naturalmente las partes del informe dedica-

das a la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional fueron las que suscitaron mayor interés en las delegaciones. Algunas estimaron que la redacción del proyecto de estatuto podría terminarse en un año, en tanto que otras se mostraron más prudentes, considerando que los gobiernos debían poder examinar a fondo todas las consecuencias de la creación de tal órgano. Una clara mayoría se negó a establecer un nexo automático entre la cuestión del tribunal penal internacional y el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aun reconociendo en términos generales que el código, una vez terminado, debía ser uno de los instrumentos aplicables por el tribunal. Con respecto al principio *nullum crimen sine lege* —en este caso la ley sería el derecho escrito—, ese tribunal no debía estar facultado para fundar sus decisiones en las normas del derecho consuetudinario. En lo relativo a la competencia *ratione personae*, se aprobó por unanimidad la propuesta de limitar la competencia del tribunal a los particulares, quedando excluidos los Estados. Para más detalles, el Presidente saliente remite al resumen temático que relata fielmente el debate de la Sexta Comisión (A/CN.4/446).

5. La Asamblea General, en su resolución 47/33, cuidadosamente redactada, confirió un mandato preciso a la CDI. En el párrafo 6 de esa resolución, la Asamblea:

Pide a la Comisión de Derecho Internacional que prosiga su labor sobre esta cuestión mediante la puesta en práctica, con carácter prioritario, de la propuesta relativa a la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional a partir de su siguiente período de sesiones, comenzando por examinar las cuestiones indicadas en el informe del Grupo de Trabajo y en los debates celebrados en la Sexta Comisión con miras a redactar un estatuto sobre la base del informe del Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante los debates celebrados en la Sexta Comisión, así como cualesquiera observaciones escritas recibidas de los Estados, y que presente un informe sobre la marcha de los trabajos a la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones.

6. Este mandato encierra evidentemente un elemento de urgencia, ya que la comunidad internacional espera de la Comisión resultados tangibles en forma de un informe provisional que se someterá a la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones, es decir antes de finalizar el presente año. Por regla general, la Comisión se guarda de trabajar con apresuramiento, lo que le permite sopesar cuidadosamente cada propuesta antes de redactar proyectos de artículos, pero, en vista de los términos de ese mandato, va tener que crear mecanismos

¹ Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte).

apropiados para respetar el calendario fijado por la Asamblea General. La cuestión tiene una importancia política considerable y el objetivo a alcanzar es claro. Para el estatuto del tribunal penal internacional la Comisión no puede permitirse la morosidad tradicional, es decir dedicar casi cinco años a la elaboración de un proyecto. En el curso de los últimos años sólo el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas se elaboró más rápidamente, en un solo período de sesiones².

7. Ciertamente que la redacción del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional es infinitamente más compleja que la del proyecto de artículos de 1972, que pasó a ser la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 1973. Pero la Comisión dispone para esta tarea de base sólida: a) los excelentes informes del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad quien, aunque sólo sea a causa de la estrecha relación entre el código y el tribunal penal internacional, desempeñará un papel importante en la elaboración del estatuto; b) el proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional de 1953³, que no está totalmente periclitado, pese a la mayor complejidad del tema en la actualidad; c) desde 1981 existe un estatuto de tribunal penal internacional para el crimen de *apartheid*⁴; y d) en relación con la decisión del Consejo de Seguridad de establecer un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991⁵, se han redactado varios proyectos, entre ellos el de Francia e Italia, el de la CSCE, redactado por el Sr. Corell, el Sr. Türk y la Sra. Thune, así como las propuestas estadounidenses expuestas en un documento oficioso, proyectos que, por lo demás, han sido influenciados por los trabajos realizados en 1992 por el Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional⁶. Así pues, la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional parece realizable, incluso en un plazo breve.

8. Refiriéndose brevemente a los demás temas del programa del período de sesiones, el Presidente saliente indica que, en lo que concierne al tema «Responsabilidad de los Estados», la Asamblea General no ha llegado a un

consenso sobre dos aspectos esenciales de los trabajos que se confiarán al Comité de Redacción en el curso de las dos próximas semanas, a saber: la necesidad de incluir disposiciones relativas a las contramedidas en el proyecto de artículos y la relación entre las contramedidas y los procedimientos de arreglo pacífico de controversias. Pero la Comisión, si se esfuerza por tener en cuenta todos los puntos de vista expresados por las delegaciones, podrá ciertamente concebir una fórmula constructiva que, sin conceder ningún privilegio al autor de una transgresión, prevenga todo abuso eventual y garantice así el mantenimiento de la paz.

9. En cuanto al tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», el Presidente saliente señala, pese a la satisfacción generalmente expresada por las delegaciones con respecto a las decisiones adoptadas en el último período de sesiones, una crítica contenida en casi todas las declaraciones, a saber: aunque hace 14 años que la Comisión se dedica a resolver los complejos problemas que entraña este tema, no ha aprobado ninguna disposición con carácter definitivo. No obstante, las delegaciones destacaron la posibilidad de progresar rápidamente en el marco de la nueva orientación, y la Comisión aportaría ciertamente una excelente contribución al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional⁷ adoptando un proyecto de artículos sobre los daños transfronterizos antes de que termine el mandato de sus miembros.

10. Todas las delegaciones menos una se congratularon de la decisión de la Comisión de no proseguir el examen del tema «Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)», dado que las necesidades de la comunidad internacional han evolucionado en un sentido que era imprevisible cuando el tema se incluyó en su programa de trabajo.

11. Por otra parte, se rindió homenaje al carácter serio y constructivo de los esfuerzos de la Comisión para buscar nuevos temas.

12. El Presidente saliente destaca que si el informe de la Comisión fue favorablemente recibido por la Asamblea General ello puede explicarse por las numerosas promesas de actividades futuras que contiene. Ahora se trata de cumplir esos compromisos.

13. En el marco de su política tradicional de cooperación con otros órganos jurídicos, la Comisión estuvo representada en el Comité Europeo de Cooperación Jurídica, en Estrasburgo, por el Sr. Eiriksson, quien pronunció una declaración acompañada de un informe distribuido a todos los participantes. Por su parte, el Presidente saliente fue a Kampala para representar a la Comisión en la reunión anual del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, cuyos trabajos pudo apreciar y al que expuso con detalle la actividad de la Comisión en el curso de su 44.º período de sesiones. Por último, algunos miembros de la Comisión participaron en varias conferencias organizadas sobre el tema de la creación de un tribunal penal internacional, entre ellas la Conferencia mundial sobre la creación de un tribunal penal internacional encargado de

² Véase Anuario... 1972, vol. II, documento A/8710/Rev.1, págs. 341 a 352.

³ Véase Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional (1953), 27 de julio-20 de agosto de 1953 [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/2645)], anexo.

⁴ Véase el proyecto de convención sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional para la represión y el castigo del crimen de *apartheid* y otros crímenes internacionales («Estudio sobre las medidas necesarias para aplicar los instrumentos internacionales tales como la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, incluido el establecimiento de la jurisdicción internacional prevista en dicha Convención», documento E/CN.4/1426).

⁵ Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad de 22 de febrero de 1993.

⁶ Véase nota 1 *supra*.

⁷ Proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/23.

la aplicación del derecho penal internacional y de los derechos humanos que tuvo lugar del 2 al 5 de diciembre de 1992, por invitación del Instituto Internacional de Altos Estudios en Ciencias Penales, en Siracusa (Italia). El Presidente saliente también asistió a la Reunión internacional de expertos sobre la creación de un tribunal penal internacional, organizada en Vancouver del 22 al 26 de marzo de 1993, por invitación del Centro internacional para la reforma del derecho penal y de la política de justicia criminal, donde estuvo acompañado por el Sr. Crawford, el Sr. Eiriksson, el Sr. Sreenivasa Rao y el Sr. Villagrán Kramer, pero desgraciadamente sin el Sr. Thiam. El documento final de esta Reunión podrá ser útil para los trabajos de la Comisión.

14. El Presidente saliente da las gracias a todos los miembros de la Comisión por la confianza que le han testimoniado. Expresa también su gratitud a los miembros de la Mesa y a la secretaría, precisando a este respecto que el Sr. Kotliar ha dejado la Comisión para desempeñar las funciones de Secretario de la Comisión de expertos encargada de examinar y analizar la información sobre los crímenes de guerra en la ex Yugoslavia⁸. Da la bienvenida a la Sra. Dauchy, quien le sucede en la actualidad.

15. El Sr. de SARAM agradece la expresión de condolencia formulada por el Presidente y asegura a la Comisión que la transmitirá a las autoridades de su país.

16. El Sr. THIAM, refiriéndose a su ausencia en la Conferencia de Vancouver, precisa que, efectivamente, había recibido una invitación oficial y que, pese a tener un calendario muy cargado, había aceptado también oficialmente participar en esa Conferencia. Pero una quincena de días antes de la celebración de la Conferencia, recibió una carta de la que se desprendía que la Conferencia ya no tenía por objeto estudiar el estatuto de un tribunal penal internacional, sino el del tribunal competente para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia. Dada esta circunstancia, su presencia ya no parecía necesaria.

Homenaje a la memoria del Sr. Motoo Ogiso

17. El PRESIDENTE SALIENTE informa a los miembros de la Comisión del fallecimiento de su antiguo colega, Sr. Motoo Ogiso, ocurrido hace algunos días.

Por invitación del Presidente saliente, los miembros de la Comisión guardan un minuto de silencio en memoria del Sr. Motoo Ogiso.

Elección de la Mesa

Por aclamación, el Sr. Barboza queda elegido Presidente.

El Sr. Barboza ocupa la Presidencia.

18. El PRESIDENTE da las gracias a los miembros de la Comisión por la confianza que acaban de testimoni-

le al elegirle Presidente del 45.º período de sesiones de la CDI. Aunque su composición es relativamente nueva, la Comisión demostró el año pasado un excelente espíritu de equipo que, junto con las eminentes cualidades de cada uno de sus miembros, hace esperar que el período de sesiones que se inaugura será tan fructífero como el precedente.

Por aclamación, el Sr. Eiriksson queda elegido primer Vicepresidente.

Por aclamación, el Sr. Idris queda elegido segundo Vicepresidente.

Por aclamación, el Sr. Mikulka queda elegido Presidente del Comité de Redacción.

Por aclamación, el Sr. de Saram queda elegido Relator.

Aprobación del programa (A/CN.4/445)

19. El PRESIDENTE propone aprobar el programa provisional (A/CN.4/445), quedando entendido que el orden en que se examinarán los diferentes temas dependerá de la manera en que la Comisión organice sus trabajos. Propone también que las demandas formuladas por la Asamblea General en el párrafo 9 de su resolución 47/33 se examinen dentro del tema 6 del programa (Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación).

Así queda acordado.

20. El PRESIDENTE propone suspender la sesión para que la Mesa Ampliada pueda examinar la organización de los trabajos de la Comisión y el Presidente del Comité de Redacción elaborar la lista de los miembros de dicho Comité.

Se suspende la sesión a las 16.15 horas y se reanuda a las 18.00 horas.

Organización de los trabajos del período de sesiones

[Tema 1 del programa]

21. El PRESIDENTE comunica a la Comisión las decisiones adoptadas por la Mesa Ampliada. De conformidad con el párrafo 372 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones⁹, las dos primeras semanas se dedicarán totalmente a los trabajos del Comité de Redacción sobre los artículos relativos al tema de la «Responsabilidad de los Estados». No obstante, la Comisión celebrará los viernes 7 y 14 de mayo dos sesiones plenarias en las que se informará sobre la situación en que se encuentran esos trabajos. Al comienzo de la tercera semana, abordará el punto relativo al estatuto de una jurisdicción penal internacional, al que dedicará tres o cuatro sesiones plenarias antes de remitirlo eventualmente a un grupo de trabajo. A continuación, a partir del 25 de mayo, pasará a examinar en sesión plenaria el informe del Relator Especial sobre el tema de la «Res-

⁸ Constituida de conformidad con la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad de 6 de octubre de 1992.

⁹ Véase nota 1 *supra*.

pensabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional». Si no hay objeciones, el Presidente considerará que la Comisión aprueba el plan de trabajo propuesto por la Mesa Ampliada.

Así queda acordado.

22. El Sr. MIKULKA (Presidente del Comité de Redacción) dice que, al término de las consultas que acaba de celebrar y con arreglo a las directrices adoptadas al respecto por la Comisión en el párrafo 371 del informe sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones¹⁰, ha elaborado la lista de los miembros del Comité de Redacción que figura a continuación: Sr. Al-Baharna, Sr. Barboza, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. Eiriksson, Sr. Kabatsi, Sr. Mikulka, Sr. Pellet, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Vereschchetin y Sr. Villagrán Kramer. Los demás miembros de la Comisión son invitados a participar como observadores en los trabajos del Comité de Redacción durante las dos primeras semanas de trabajo intensivo.

Se levanta la sesión a las 18.10 horas.

¹⁰ *Ibid.*

2296.ª SESIÓN

Viernes 7 de mayo de 1993, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vargas Carreño, Sr. Vereschchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE presenta el calendario de los trabajos del período de sesiones elaborado por la Mesa Ampliada y distribuido a los miembros de la Comisión. Queda entendido que el tiempo que no se utilice en sesión plenaria para el examen de tal o cual cuestión se asignará al Comité de Redacción, al Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada o a otro órgano. Queda también entendido que este calendario no es definitivo, que

podrá modificarse en función de la evolución de los trabajos y que, según la costumbre, los representantes de los órganos jurídicos con los que la Comisión mantiene relaciones de trabajo tomarán la palabra en fechas que se señalarán en su momento. Por otra parte, el Presidente indica que tiene el propósito de celebrar en cuanto sea posible consultas con los presidentes del Comité de Redacción, del Grupo de Planificación o cualquier otro grupo que pueda crearse o reunirse de nuevo en el curso del período de sesiones para decidir la distribución entre estos órganos de las cuatro sesiones de tarde por semana que les están reservadas. En el momento oportuno dará cuenta a la Comisión del resultado de estas consultas. Si no hay objeciones, considerará que la Comisión aprueba el calendario propuesto.

Así queda acordado.

2. El PRESIDENTE invita al Presidente del Comité de Redacción a que informe a la Comisión sobre el estado en que se encuentran los trabajos del Comité.

3. El Sr. MIKULKA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción ha celebrado seis sesiones que ha dedicado al examen del artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados¹, lo que le ha permitido resolver varios de los problemas que habían quedado en suspenso. La tarea del Comité de Redacción era particularmente difícil, dado que este artículo versa sobre uno de los aspectos más delicados del tema. El Comité de Redacción opina que el texto a que ha llegado constituye una buena base de debate y debería poder aprobarse rápidamente.

4. El PRESIDENTE da las gracias al Comité de Redacción y a su Presidente por los esfuerzos realizados para desempeñar una tarea particularmente ardua.

Se levanta la sesión a las 10.25 horas.

¹ Para el texto del proyecto de artículo 11 propuesto por el Relator Especial, véanse *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3; e *ibid.*, vol. I, 2273.ª sesión, párr. 18.

2297.ª SESIÓN

Viernes 14 de mayo de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereschchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Organización de los trabajos del período de sesiones (*continuación*)

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE invita al Presidente del Comité de Redacción a que informe a la Comisión acerca del estado en que se encuentran los trabajos del Comité.

2. El Sr. MIKULKA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción ha celebrado 14 sesiones, en el curso de las cuales ha examinado los artículos 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), 13 (Proporcionalidad) y 14 (Contramedidas prohibidas) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El Comité ha llegado a un acuerdo sobre una gran parte del texto de estos artículos que, sin embargo, no ha aprobado todavía por quedar en suspenso algunas cuestiones. También ha abordado el examen del artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas)¹.

3. A la vista de los progresos realizados, el Presidente del Comité de Redacción estima que el Comité podrá aprobar con bastante rapidez los proyectos de artículos 11 a 14.

4. El PRESIDENTE da las gracias al Comité de Redacción y a su Presidente por los esfuerzos que han desarrollado para hallar soluciones generalmente aceptables a cuestiones delicadas.

5. Anuncia que la Conferencia en memoria de Gilberto Amado, que se celebrará el miércoles 2 de junio, a las 17.30 horas, será dada por el Sr. Caflish, asesor jurídico del Departamento Federal de Relaciones Exteriores de Suiza y tendrá por tema «La solución pacífica de las controversias internacionales: tendencias actuales».

Se levanta la sesión a las 10.20 horas.

¹ Para el texto de los proyectos de artículos 11 a 14, véanse *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3; e *ibid.*, vol. I, 2273.^a y 2275.^a sesiones, párrs. 18 y 1, respectivamente.

2298.^a SESIÓN

Lunes 17 de mayo de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock,

Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Declaración del Asesor Jurídico Adjunto

1. El Sr. ZACKLIN (Asesor Jurídico Adjunto) señala que se dirige a la Comisión en nombre del Asesor Jurídico a quien por desgracia retienen en Nueva York ocupaciones relacionadas con el establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991¹. El Asesor Jurídico, Sr. Fleischhauer, lamenta mucho no poder asistir a las deliberaciones de la Comisión sobre el tema de suma importancia que se examina y espera reordenar su programa de manera que pueda estar presente en las sesiones de la Comisión más avanzadas del período de sesiones.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad² (A/CN.4/446, secc. B, A/CN.4/448 y Add.1³, A/CN.4/449⁴, A/CN.4/452 y Add.1 a 3⁵, A/CN.4/L.488 y Add.1 a 4, A/CN.4/L.490 y Add.1)

[Tema 3 del programa]

UNDÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

2. El PRESIDENTE recuerda a los miembros que, en su resolución 47/33, la Asamblea General tomó nota con reconocimiento del capítulo II del informe de la Comisión de Derecho Internacional⁶, titulado «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», dedicado a la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional; invitó a los Estados a que presentaran al Secretario General, si es posible antes del 45.º período de sesiones de la Comisión, sus observaciones por escrito respecto del informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, y pidió a la Comisión que prosiguiera su labor sobre esta cuestión mediante la puesta en práctica, con carácter prioritario, de la propuesta relativa a la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional a partir de su siguiente período de sesiones, comenzando por examinar las cuestiones indicadas en el informe del Grupo de Trabajo y en los debates celebrados en la Sexta Comisión con miras a redactar un estatuto sobre la base del informe del Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante los debates celebrados en la

¹ Véase resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad de 22 de febrero de 1993.

² Para el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

³ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte).

Sexta Comisión, así como cualesquiera observaciones escritas recibidas de los Estados, y que presentara un informe sobre la marcha de los trabajos a la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones.

3. A este respecto el Presidente señala a la atención de los miembros el undécimo informe del Relator Especial sobre el tema (A/CN.4/449), que se refiere al proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, y las observaciones escritas recibidas de los Estados Miembros con arreglo a la resolución 47/33 de la Asamblea General (A/CN.4/452 y Add.1 a 3). Elementos de documentación pertinentes se encuentran también en los comentarios y observaciones de los gobiernos relativos al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado en primera lectura por la CDI en su 43.º período de sesiones (A/CN.4/448 y Add.1). Además, los miembros de la Comisión tal vez deseen referirse a los documentos distribuidos a raíz de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad y, en particular, el informe del Secretario General⁷.

4. El Sr. THIAM (Relator Especial) presenta su undécimo informe y dice que son necesarias algunas correcciones. En primer lugar, el texto del artículo 8 debe modificarse como sigue:

«Aunque la jurisdicción del tribunal será permanente, el tribunal no funcionará todo el tiempo y sólo se reunirá para examinar un asunto del que esté conociendo.»

En segundo lugar, en el texto francés de la versión B del artículo 9 debe sustituirse la palabra «[*Seuls*]» por la palabra «[*Seul*]». En el texto francés del párrafo 1 del artículo 13 deben añadirse las palabras «[*le ou*]» antes de la palabra «[*les*]» y en el primer párrafo del comentario a ese artículo deben añadirse las palabras «*et le*» antes de las palabras «*ou les*» en la tercera línea. También en el texto francés deben modificarse las palabras «*une cour inter-État*», que figuran en el segundo párrafo del comentario, para que digan «*une cour entre États*». El título del artículo 27 debe modificarse para que diga «Inadmisibilidad del juicio en rebeldía» y el texto inglés del artículo debe modificarse como sigue: «[*No defendant may be tried by default*]».

5. El orador señala que ya ha presentado por los menos tres informes sobre aspectos concretos de la cuestión de un tribunal penal internacional, pero han sido de carácter exploratorio y han estado destinados a mantener vivo el interés por el asunto. Hay quienes estiman que debería haber presentado a la Asamblea General un proyecto de estatuto de tribunal penal internacional mucho antes. Sin embargo, la Comisión no puede presentar ese proyecto antes de que la Asamblea General se lo pida. Por fortuna la Comisión ha sido ya dotada, en la resolución 47/33 de la Asamblea General, de un firme mandato para preparar el proyecto de estatuto. Como el proyecto de estatuto se ha distribuido con suficiente antelación, los miembros habrán tenido bastante tiempo para tomar pleno conocimiento del mismo. Dada la urgencia del asunto se centrará pues en ciertos puntos de carácter general.

6. Las principales características del proyecto son: a) su realismo, en el sentido de que tiene en cuenta la existencia de otros órganos; sin duda esto contará con la aprobación de aquellos de sus colegas que siempre han mantenido que no es posible desconocer, en particular, la soberanía del Estado; b) su flexibilidad, pues no impone obligatoriamente la competencia del tribunal propuesto sino que la deja a la discrecionalidad de los Estados; y c) el tribunal sería un órgano de proporciones modestas, flexible y no costoso de mantener. Estas son las características que la Comisión siempre ha deseado que se recogieran en un proyecto de estatuto.

7. El proyecto se divide en tres partes principales: una parte general, una parte que trata de la organización y funcionamiento y otra del procedimiento. En la parte general se abordan dos cuestiones: la competencia del tribunal y el derecho aplicable. En virtud del proyecto de estatuto, el tribunal no tendría competencia exclusiva. La idea de esa competencia no ha recibido apoyo unánime y por consiguiente el orador se ha inclinado ante los deseos de la mayoría. La competencia del tribunal estaría sujeta también al acuerdo de los Estados más directamente interesados: el Estado en cuyo territorio se ha cometido el presunto crimen y el Estado del cual es nacional el autor del presunto crimen. Esos dos Estados son los más importantes, pero también podría considerarse la posibilidad de que se exigiera el acuerdo de otros Estados. La competencia estaría también limitada a las personas: en otros términos, el tribunal no podría juzgar a organizaciones internacionales ni a Estados.

8. El orador ha limitado los Estados cuyo acuerdo se exigiría a dos grandes grupos porque en virtud del derecho interno la competencia en materia penal se rige por dos principios. Los principios en cuestión son la territorialidad y la personalidad de la ley penal. Nadie cuestiona el primero. El segundo se relaciona con los casos en que, como a veces sucede, un Estado, considerando que están en juego sus intereses fundamentales o los de sus nacionales, en un determinado asunto, decide que debe enjuiciarlo. La competencia *ratione personae* le permitiría hacerlo así.

9. En lo que respecta al derecho aplicable, ha seguido las recomendaciones del Grupo de Trabajo, cuya opinión es que ese derecho sólo puede derivarse de los convenios y acuerdos internacionales. Por consiguiente, el tribunal propuesto juzgaría solamente los crímenes tipificados en esos instrumentos. La cuestión ha suscitado prolongados debates en la Comisión, pero la opinión predominante —y a su juicio la realista— es que el derecho aplicable debe limitarse a los convenios y acuerdos internacionales. Sin embargo, algunos miembros estiman que en ciertos casos la costumbre y los principios generales del derecho podrían constituir también una fuente de derecho aplicable. En consecuencia, en el proyecto de artículos ha colocado esos conceptos entre corchetes para que el Grupo de Trabajo pueda examinar la cuestión. Tampoco se ha de olvidar la jurisprudencia, pues es difícil considerar que se pueda impedir a un tribunal aplicar su propia jurisprudencia.

10. La organización y el funcionamiento del tribunal se rigen por dos principios; a) la permanencia del tribunal en calidad de institución para lo cual se han de concir-

⁷ Documento S/25704 y Corr.1 y Add.1.

liar dos factores: el tribunal debe ser permanente, pero no debe funcionar de manera permanente; y b) la composición real del tribunal: los magistrados no serían elegidos, como es norma general en las organizaciones internacionales, sino nombrados por sus respectivos Estados de origen. El Secretario General de las Naciones Unidas prepararía después una lista por orden alfabético de los magistrados así designados, que no trabajarían con plena dedicación.

11. En cuanto a la composición de una sala del tribunal, evidentemente no es posible que todos los magistrados designados por los Estados Partes se reúnan en una sala del tribunal al mismo tiempo. Por consiguiente, el orador ha propuesto que una sala esté formada por nueve magistrados, aunque su número puede ser, naturalmente, mayor o menor. Esos magistrados serían seleccionados por el Presidente del tribunal a partir de la lista preparada por el Secretario General de las Naciones Unidas siempre que se remita un asunto al tribunal.

12. Al hacer su selección el Presidente habrá de tener en cuenta ciertos criterios a fin de garantizar la objetividad de la composición de la sala. Así, un magistrado que sea nacional de un Estado del que proceda el presunto autor del crimen no podrá ser seleccionado ni podrá serlo un magistrado de un Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen. El Presidente será elegido por todos los magistrados reunidos en sesión plenaria o por un comité de Estados, o por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

13. El procedimiento del tribunal sigue diversas etapas, incluidas la presentación de casos al tribunal, la instrucción y la etapa del juicio. Sólo podrá someterse un caso al tribunal por medio de una querella presentada por un Estado. Los miembros pueden consultar el proyecto de artículos para ver cómo debe formularse la querella.

14. Hay dos sistemas de instrucción: a) el sistema inquisitivo, en el que la investigación se confía a una persona, el juez de instrucción, que tiene facultades excesivas y cuya investigación está rodeada de secreto; y b) el sistema contradictorio, con arreglo al cual la investigación la lleva a cabo de manera abierta y pública el propio tribunal. Aunque el orador procede de un país que ha adoptado fundamentalmente el sistema inquisitivo, él prefiere el sistema contradictorio. Eso no significa que cuando las circunstancias lo requieran o en casos complejos el tribunal no pueda formar una comisión de investigación. Sin embargo, como norma general, el procedimiento de instrucción debe correr a cargo del tribunal enjuiciador.

15. La fase del juicio no puede comenzar hasta que se haya formulado la acusación. En algunos ordenamientos jurídicos, después de la instrucción, el Fiscal General encargado de llevar adelante el caso formula una acusación que se notifica después al acusado y a los interesados y, sobre la base de esa acusación, se celebra el juicio. Para el tribunal penal internacional el orador ha propuesto no obstante un sistema más flexible —la mayoría de los miembros de la Comisión son partidarios de un órgano pequeño y flexible— en virtud del cual el Estado que presenta una querella ante el tribunal asumirá la responsabilidad de llevar adelante la acusación. Este procedimiento evitaría la necesidad de una fiscalía, con todo el

personal técnico consiguiente. El orador sabe por experiencia que eso puede dar lugar a un procedimiento muy dilatado. Si la responsabilidad de la acusación se atribuye al Estado que presenta la querella y ese Estado ha de reunir las pruebas y presentarlas ante el tribunal, en definitiva el resultado sería prácticamente el mismo. Lo que importa es que el tribunal llegue a la verdad por cualesquiera medios que pueda lograrlo.

16. El orador no se ha referido a otras cuestiones como la redacción de la sentencia, los recursos y la ejecución de la condena puesto que el informe aclarará a los miembros esas cuestiones. A su juicio, el proyecto de estatuto debe satisfacer el deseo de la Comisión de crear un órgano flexible, ligero y poco costoso.

17. El Sr. de SARAM dice que el undécimo informe del Relator Especial es de suma utilidad y espera con interés el asesoramiento del Relator Especial sobre los diversos puntos que habrán de determinarse a medida que avancen los trabajos del presente período de sesiones. La Comisión, por supuesto, efectuará esos trabajos sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Trabajo contenidas en el anexo al informe de la CDI sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones⁸.

18. Todos los miembros saben muy bien que al reunir las diversas disposiciones de un proyecto de estatuto relativo a un tribunal penal internacional será necesario determinar y resolver multitud de puntos, algunos de ellos mucho más difíciles que otros. Por consiguiente, la Comisión debe poner en claro desde el principio lo que considera su objetivo global en el presente período de sesiones. Es mucho lo que se lograría si la Comisión pudiera informar a la Asamblea General de que está de acuerdo sobre tres puntos principales: primero, la posible estructura general de un estatuto para un tribunal penal internacional con sus principales capítulos y subcapítulos; segundo, los proyectos de artículos adecuados para los capítulos sobre cuestiones de carácter esencialmente técnico —cuestiones administrativas, institucionales y de organización, por ejemplo—, acerca de las cuales el consenso debe ser relativamente fácil de lograr; y tercero, las cuestiones más difíciles que puede llevar más tiempo resolver y dentro del contexto de cada cuestión los puntos concretos sobre los cuales hay que ponerse de acuerdo y las opciones que se ofrecen con respecto a cada punto. Informando a la Asamblea General de esa manera, la CDI comenzaría a indicar claramente a la Sexta Comisión cuál es exactamente su idea a medida que empieza a tomar forma el proyecto de estatuto.

19. En cuanto a la estructura general del proyecto de estatuto, la Comisión podría extraer una orientación muy útil del informe preparado por el Secretario General en cumplimiento del párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad⁹, no obstante las diferencias sustanciales entre la base jurídica del establecimiento del tribunal internacional a que se hace referencia en el informe del Secretario General y las bases jurídicas sobre las que se prepararía el proyecto de estatuto de la Comisión para un tribunal penal internacional. Debe ser relativamente sencillo lograr un acuerdo sobre aquellos capí-

⁸ Véase nota 6 *supra*.

⁹ Véase nota 7 *supra*.

tulos del proyecto de estatuto que se refieren a cuestiones de carácter fundamentalmente técnico. A juzgar por los numerosos proyectos de estatuto que ya existen, esas disposiciones representarían del 70 al 80% de las disposiciones del proyecto de estatuto que se examina, mientras que el resto son las cuestiones residuales difíciles sobre las que habrá que trabajar todavía bastante.

20. Finalmente, en el presente período de sesiones será necesario que la Comisión, especialmente en la etapa del Grupo de Trabajo y en las consultas extraoficiales inevitables, decida cuál es la mejor manera de tratar o de formular determinados proyectos de artículos. Las disposiciones propuestas por el Relator Especial son sumamente útiles y por supuesto se mantendrán a la vista y se consultarán continuamente. Además podría ser útil que algunos miembros comenzasen a preparar, a medida que se examine cada cuestión en particular, un cuadro comparativo de las disposiciones de algunos de los principales proyectos de estatuto existentes. Asimismo, las disposiciones del estatuto propuesto al Consejo de Seguridad por el Secretario General serán una ayuda preciosa.

21. El Sr. IDRIS dice que hay que felicitar al Relator Especial por su excelente informe, preparado en un plazo relativamente breve, y por su brillante presentación oral. Los acontecimientos recientes en la esfera internacional indudablemente han hecho más difícil la tarea y los incansables esfuerzos del Relator Especial merecen el elogio y el apoyo de la Comisión.

22. Tres puntos importantes surgen del párrafo 6 de la resolución 47/33 de la Asamblea General. En primer lugar, la cuestión de una jurisdicción penal internacional es una cuestión prioritaria a juicio de la comunidad internacional. En segundo lugar, la Comisión ha de proceder a la preparación real de un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional en lugar de seguir simplemente deliberando sobre la cuestión. En tercer lugar, se pide a la Comisión que presente un informe sobre la marcha de los trabajos a la Asamblea General a tiempo para el cuadragésimo octavo período de sesiones. Asumiendo esa tarea con un espíritu de cooperación y realismo, la Comisión contribuiría en gran medida a justificar su función dentro del sistema de las Naciones Unidas.

23. En el undécimo informe del Relator Especial se tienen en cuenta no sólo la labor del Grupo de Trabajo creado en el período de sesiones anterior sino también las opiniones expresadas en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General. Como ha señalado el Sr. de Saram, hay también una serie de proyectos preparados por otros órganos que podrían consultarse con provecho. Los gobiernos están adquiriendo conciencia de las amplias lagunas en el derecho internacional existente y de la necesidad de crear un tribunal penal internacional que evite las interpretaciones restrictivas basadas en opiniones subjetivas y prejuicios.

24. Aunque en el informe no se pretende ofrecer soluciones definitivas, su texto puede proporcionar una sólida base para los futuros trabajos y refleja acertadamente la opinión general de que las estructuras que se establezcan han de ser adaptables y de costo modesto. En principio hay acuerdo general sobre este punto. No obstante, hay una serie de problemas que es necesario considerar

más de cerca. En primer lugar, en cuanto a la composición del órgano judicial, no debe permitirse en modo alguno que su carácter no permanente le reste imparcialidad o independencia. El tribunal debe estar totalmente fuera del alcance de la influencia política, cuestión que requiere un examen muy detenido y realista. En segundo lugar, por lo que respecta a la competencia, en el párrafo 3 del artículo 5 del proyecto de estatuto se dispone que hasta que se apruebe el código de crímenes pertinente, las infracciones correspondientes a la competencia del tribunal se determinarán mediante acuerdos particulares concertados entre Estados partes o por acto unilateral de un Estado. La cuestión que se suscita a este respecto es por qué un Estado debe ceder a la competencia de un tribunal internacional en materias que sus tribunales nacionales tienen competencia para conocer. Se plantea aquí la cuestión de la soberanía nacional. Si la Comisión desea que el tribunal prospere debe limitar su competencia a crímenes excepcionalmente graves de carácter moralmente reprensible.

25. El orador apoya las propuestas del Sr. de Saram acerca de las medidas para trabajar sobre el tema en el seno del Grupo de Trabajo y, en particular, la sugerencia de que se prepare un cuadro comparativo de las disposiciones de algunos estatutos existentes.

26. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que los tres títulos del proyecto de estatuto propuesto y expuesto en el undécimo informe del Relator Especial ayudarán al Grupo de Trabajo a organizar sus actuaciones en dos, o quizá tres, partes separadas.

27. Si bien no está de acuerdo con lo que se dice en el informe de que es difícil concebir que las Naciones Unidas pidan a la Comisión, en una resolución, que elabore el estatuto de un tribunal que no sería un órgano de las Naciones Unidas, considera no obstante normal que el tribunal sea un órgano de las Naciones Unidas en un momento en que los crímenes internacionales se hallan, por desgracia, una vez más en el primer plano de los acontecimientos. A este respecto se pregunta si, habida cuenta del procedimiento para la designación de los magistrados propuesto en el proyecto de artículo 12, que significaría que el órgano propuesto tendría más de 100 miembros, conviene referirse al «tribunal», como el Relator Especial hace con frecuencia en el undécimo informe, o si sería preferible hablar de «órganos del tribunal», como hace el Secretario General en su informe¹⁰. Este punto es quizá de carácter meramente técnico, pero no obstante debe considerarse con atención.

28. Sobre la cuestión de la competencia *ratione personae*, el hecho de que el tribunal enjuicie solamente a personas no se discute. No puede decirse lo mismo sin embargo del párrafo 2 del artículo 5 propuesto, que introduce los principios de territorialidad y nacionalidad. Si se decide que el tribunal puede juzgar a una persona sólo en el caso en que su competencia sea aceptada por el Estado del que es nacional esa persona y el Estado en cuyo territorio se presume que se ha cometido el crimen, la efectividad del tribunal se vería considerablemente reducida; en realidad la acción del tribunal podría quedar totalmente bloqueada por la negativa de uno de esos Estados a aceptar la competencia. Ya se ha mencionado an-

¹⁰ Ibid.

tes la cuestión de la soberanía nacional de los Estados. Cuando un Estado entra a ser parte en un tratado puede renunciar a parte de su soberanía. Si un Estado acepta el establecimiento del tribunal se supone que al mismo tiempo acepta la competencia de éste, cediendo sus derechos de soberanía, en ese caso particular, a la comunidad internacional. A menos que se reconozca ese principio, la importancia del tribunal será muy limitada.

29. El párrafo 3 del artículo 5 es algo confuso porque se refiere a la competencia *ratione personae* y *ratione materiae*. Es difícil aceptar que los Estados puedan, mediante tratados especiales o instrumentos unilaterales, indicar las infracciones que deben incluirse en la competencia del tribunal. Ciertamente el tribunal debe tener una competencia claramente establecida que no dependa de la aceptación o no aceptación por determinados Estados. El problema que ha obsesionado a la Comisión durante largo tiempo, y que sin duda seguirá obsesionándola, es que la efectividad del tribunal depende de la existencia de un derecho penal sustantivo, sin el cual sería realmente muy difícil que el tribunal funcionara. A este respecto recuerda que, en la época de la Sociedad de las Naciones, se formuló en el seno del Comité que preparaba la creación del Tribunal Permanente de Justicia Internacional una propuesta relativa a un tribunal penal internacional, pero se retiró por no existir un derecho sustantivo claro en la materia. El mismo problema se planteó con respecto a los tribunales de Nuremberg y Tokio y está creando de nuevo graves dificultades en relación con el caso de la antigua Yugoslavia. El orador espera que, al tiempo que trabaja sobre la cuestión prioritaria del establecimiento de un tribunal penal internacional, la Comisión no olvide lo esencial que es resolver el problema del derecho sustantivo sin demasiada demora. De no existir una clara definición de los crímenes que se han de juzgar, un tribunal, por bien organizado que esté, no sería más que un instrumento imperfecto.

30. En cuanto al quinto apartado del párrafo 2 del proyecto de artículo 7, no es posible aceptar que toda persona acusada tenga derecho a ser juzgada sólo en su presencia. En muchos ordenamientos jurídicos se admite el juicio en rebeldía del acusado, siempre que éste sepa que ha sido acusado y está siendo juzgado. El hecho de que el acusado decida no asistir al juicio no constituye necesariamente denegación de un derecho fundamental.

31. El orador es también de la opinión de que las cuestiones tratadas en el título II del proyecto de estatuto propuesto son en su mayoría de carácter administrativo y no es probable que susciten muchos problemas. La Comisión debe atenerse a sus propias recomendaciones contenidas en su informe sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones¹¹, aprobado por la Asamblea General. El tribunal no debe tener carácter permanente; debe funcionar únicamente cuando sea necesario y el sistema de salas es indudablemente el más satisfactorio.

32. Con referencia al título III, relativo al procedimiento, es importante distinguir entre presentar un caso al tribunal y el comienzo real del proceso. Es normal que un Estado presente querellas y todo Estado puede hacerlo. El Relator Especial sugiere que el Estado en cuyo territo-

rio se ha cometido la infracción y el Estado del que el acusado es nacional han de ser informados. Espera que eso no implique que los Estados puedan oponerse a que se incoe un proceso contra una determinada persona. En lo que respecta al artículo 25, cree que debe ciertamente permitirse a los Estados que estén presentes en las actuaciones, pero la acusación debe estar en manos de un órgano separado del tribunal.

33. En el artículo 26 se sugiere que el tribunal debe decidir si una querella es admisible. Seguramente esto no significa que se haya de preguntar a los aproximadamente 100 miembros del tribunal si debe iniciarse el procedimiento; quizá podría tomar esa decisión la Mesa del tribunal. En el mismo artículo se sigue diciendo que el tribunal decidirá iniciar o no la instrucción. Pero, ¿qué sala o qué persona se encargaría de esta tarea? Ciertamente es necesaria una investigación preliminar, pero en el proyecto de estatuto no se hace una clara distinción entre esa investigación y las actuaciones del caso propiamente dicho. Se trataría de dos fases separadas.

34. Es satisfactorio comprobar que en el artículo 28 no se habla de «extradición» si no más bien de «entrega». Sin embargo, parece raro admitir que los Estados puedan afirmar que una decisión del tribunal se ha tomado por motivos políticos, raciales, sociales, culturales o religiosos. El orador se pregunta también qué sucedería si un Estado se negara a entregar a un individuo. Evidentemente el tribunal debe tener la última palabra. En su opinión, las penas, que son objeto del artículo 34, deben figurar en los instrumentos de derecho sustantivo que se han de aplicar pero, dado que actualmente hay pocos instrumentos internacionales, si es que hay alguno, en los que al tipificar los crímenes se indiquen penas, es de esperar que el tribunal lo haga. Además ¿aplicaría el tribunal las penas previstas en las leyes penales respectivas en el orden en que aparecen en el artículo, a saber: a) el Estado del que sea nacional el autor del crimen; b) el Estado que haya presentado la querella, y c) el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen? Una ventaja de un tribunal permanente es que ofrecería un marco jurídico claro. Las penas, desea reiterar el orador, deben ser establecidas por el derecho internacional, que puede incorporar elementos del derecho nacional, pero no necesariamente se han de aplicar las penas impuestas por este último. El caso del tribunal internacional propuesto para la antigua Yugoslavia es insólito, porque ese órgano se remitiría a las leyes de la antigua Yugoslavia. El objeto del tribunal no es ocuparse de un determinado conflicto y se han de establecer disposiciones de validez general.

35. En el caso del artículo 35, el Relator Especial obligaría a la Comisión a decidir entre revisión y apelación. En realidad, hay un principio de la legislación en materia de derechos humanos según el cual siempre debe ser posible apelar de una sentencia pronunciada por un tribunal. Es evidente que la revisión no es suficiente.

36. El texto del artículo 37 es vago. ¿Tiene el Estado encargado del cumplimiento de la pena la iniciativa de otorgar el indulto y la libertad condicional? ¿Está obligado a seguir el asesoramiento ofrecido en consulta con los otros Estados interesados? El orador no cree que deban darse privilegios especiales al Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen, al Estado víctima o al Estado

¹¹ Véase nota 6 *supra*.

cuyos nacionales han sido las víctimas. La cuestión afecta a todos los Estados de la comunidad internacional.

37. Está de acuerdo con otros miembros de la Comisión en que los restantes problemas son muy complejos y deben tratarse no en sesión plenaria, sino más bien en el Grupo de Trabajo. La Comisión debe tratar de formular un proyecto definitivo en 1994. El Grupo de Trabajo podría dividirse en subgrupos para centrarse en los diversos títulos del proyecto por separado.

38. El Sr. CRAWFORD no cree realmente necesario un debate general. Es tarea del Grupo de Trabajo tener en cuenta la provechosa labor del Relator Especial, el informe del Secretario General¹² y el informe del Grupo de Trabajo de 1992. La cuestión no debe debatirse en sesión plenaria. Debe permitirse que el Grupo de Trabajo decida sobre sus propios métodos de trabajo. Podría desear crear subgrupos, pero no debe indicársele que lo haga. Después, sobre determinadas cuestiones, podría pedirse a un determinado subgrupo que formulara un texto, pero el Grupo de Trabajo en su conjunto debe comenzar sus trabajos sin demora.

39. El Sr. KOROMA no está de acuerdo con la opinión expresada por el Sr. Calero Rodrigues de que en Nuremberg no había surgido ningún derecho sustantivo claro. Los juicios de Nuremberg se realizaron con arreglo a un amplio cuerpo de normas. Negar esto equivale a decir implícitamente que se hizo injusticia a los acusados, grave declaración si procede de la CDI. Tampoco desea pasar por alto la afirmación de que los crímenes no se han definido con claridad. Una vez más, eso sugiere que se han dictado fallos carentes de validez, opinión que no comparte.

40. El Sr. Calero Rodrigues está en lo cierto al decir que la competencia de un tribunal penal internacional debe determinarse con claridad y no debe depender de la voluntad de los Estados. No obstante, el Relator Especial está tratando de responder al hecho de que algunos miembros de la comunidad internacional apoyan un tribunal internacional flexible. Aunque la mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo habría preferido un tribunal penal internacional con una competencia claramente establecida, algunos han considerado que deben retenerse las prerrogativas nacionales en lo que respecta a los casos que deben someterse a ese órgano. Esa parece ser también la posición de la mayoría de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

41. Está de acuerdo con el Sr. Crawford en que, por el momento, el Grupo de Trabajo debe reunirse para examinar el tema en su conjunto y en que podrían establecerse después subgrupos para centrarse en determinadas dificultades que puedan surgir. La reapertura del debate general no redundaría en interés de la Comisión. La cuestión ha sido examinada a fondo y a la Sexta Comisión no le satisfaría leer en el informe de la Comisión que la cuestión se ha planteado de nuevo en sesión plenaria.

42. El Sr. Sreenivasa RAO dice que se reserva sus comentarios sobre el tribunal penal internacional para más adelante, pero considera que debe hacer algunas otras observaciones. La Comisión es un órgano deliberante y no debería sufrir presiones para lograr resultados a fines

del actual período de sesiones. No comparte la sensación de urgencia que experimentan algunos de sus miembros. Si la Comisión se precipita a llegar a conclusiones sin examinar debidamente las cuestiones esenciales que se han de estudiar será criticada por no cumplir como es debido su mandato. Como ha señalado el Sr. Calero Rodrigues, el establecimiento de una jurisdicción penal internacional es una cuestión que se remonta a la Sociedad de las Naciones y también se puso de relieve en relación con los juicios de Nuremberg. Se ha dedicado ya demasiado tiempo al debate general. Corresponde al Grupo de Trabajo abordar las cuestiones pendientes, como la competencia y el derecho aplicable, la relación entre las jurisdicciones nacional e internacional, las obligaciones en virtud de otros tratados y la competencia de un tribunal penal internacional, la relación entre el tribunal y las Naciones Unidas y entre el tribunal y el Consejo de Seguridad y la función de la acusación. También hay que resolver cuestiones subordinadas. Así pues, es necesario todavía un análisis a fondo; pero, aunque el clima político está maduro, la Comisión no debe actuar con prisa y ha de proceder con la debida diligencia.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)

[Tema 1 del programa]

43. El PRESIDENTE dice que se ha acordado que el Comité de Redacción se reúna por la tarde y también la tarde del día siguiente. Sin embargo, en ausencia del Relator Especial, el Comité de Redacción tiene dificultad para continuar sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados. En consecuencia, la Mesa Ampliada ha decidido recomendar que la Comisión restablezca en el curso del actual período de sesiones el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de una jurisdicción penal internacional bajo la presidencia del Sr. Koroma. Se recomienda además que no se celebre ninguna sesión plenaria el miércoles y que en cambio se reúna el Grupo de Trabajo. De no haber objeciones, el Presidente interpretará que la Comisión acepta estas recomendaciones.

Así queda acordado.

44. El PRESIDENTE, en relación con una observación del Sr. ROSENSTOCK, dice que, habida cuenta del número de oradores en la lista para la sesión plenaria, no sería posible encajar una reunión adicional del Grupo de Trabajo, que no obstante podría reunirse tres veces en el curso de la semana.

45. El Sr. BENNOUNA dice que está de acuerdo en la necesidad de reducir a un mínimo el debate en sesión plenaria en el actual período de sesiones y permitir que el Grupo de Trabajo avance todo lo posible. Las líneas generales del estatuto del tribunal ya se han examinado ampliamente. Ahora lo necesario es centrarse en los medios concretos de creación de un tribunal y en el texto del estatuto. Una vez que el Grupo de Trabajo haya realizado estas tareas el debate en sesión plenaria será provechoso.

46. El Sr. CRAWFORD dice que debe establecerse una práctica general por la cual, siempre que una sesión plenaria para examinar el tribunal penal internacional acabe pronto, el resto del tiempo se dedique al Grupo de

¹² Véase nota 7 *supra*.

Trabajo. Insiste en que las declaraciones hechas en sesión plenaria sobre el tema deben ser tan breves como sea posible.

47. El PRESIDENTE dice que desea suscribir ese llamamiento a la brevedad. Al final de sus deliberaciones el Grupo de Trabajo presentará un informe para que la Comisión pueda hacer el balance de los progresos realizados.

48. El Sr. KOROMA (Presidente del Grupo de Trabajo) dice que después de celebrar consultas se ha decidido que el Grupo de Trabajo estará formado por los Sres. Al-Baharna, Arangio-Ruiz, Crawford, de Saram, Güney, Pellet, Razafindralambo, Robinson, Rosenstock, Thiam, Tomuschat, Vereshchetin, Villagrán Kramer, Yankov y él mismo. Será bien acogida la aportación de todos los miembros de la Comisión a los esfuerzos del Grupo de Trabajo y todos ellos podrán participar en las actuaciones como observadores, según la práctica del Comité de Redacción.

49. El Sr. Sreenivasa RAO expresa el deseo de ser miembro del Grupo de Trabajo y pide que sea también designado como miembro el Sr. Al-Khasawneh.

50. El Sr. KOROMA dice que serán bien acogidos como valiosas incorporaciones a la composición del Grupo de Trabajo, al igual que la del Sr. Idris que también ha indicado su interés en participar.

51. El PRESIDENTE dice que con la composición ya determinada el Grupo debe adoptar los métodos de trabajo que considere apropiados, teniendo en cuenta las observaciones acerca del establecimiento de subgrupos. Su mandato se establece en el párrafo 6 de la resolución 47/33 de la Asamblea General.

52. El Sr. EIRIKSSON (Primer Vicepresidente) anuncia la composición del Grupo de Planificación: Sres. Al-Khasawneh, Calero Rodrigues, Fomba, Güney, Kusuma-Atmadja, Mahiou, Pambou-Tchivounda, Sreenivasa Rao, Razafindralambo, Robinson, Rosenstock, Vargas Carreño, Vereshchetin y Yankov. Los Sres. Bowett y Pellet serán miembros *ex officio*, como coordinadores de sus respectivos grupos. La primera reunión del Grupo de Planificación se celebrará tan pronto como se pueda asegurar la presencia del Sr. Fleischhauer, Asesor Jurídico.

53. El Sr. TOMUSCHAT cree que el informe del Relator Especial debe examinarse a fondo en sesión plenaria. Es un documento provechoso que presenta una base filosófica y propuestas concretas para el debate. Sin embargo, como las cuestiones de principio se han estudiado plenamente durante el período de sesiones anterior, conviene en que la tarea debe centrarse ahora en la redacción.

54. A diferencia del Sr. Sreenivasa Rao, cree que debe tratarse el tema con un sentimiento de urgencia. La comunidad internacional espera resultados visibles de la Comisión y el objetivo debe ser pues la terminación de la labor a fines del próximo período de sesiones. Es cierto que asignar determinadas tareas a subgrupos puede ser provechoso, pero esto es algo que debe decidir el propio Grupo de Trabajo.

55. Una cosa que podría acelerar las tareas del Grupo de Trabajo y que la Secretaría podría proporcionar es

una comparación de los recientes esfuerzos por redactar estatutos similares, en particular, por supuesto, el estatuto del tribunal especial para la antigua Yugoslavia.

56. El Sr. VERESHCHETIN dice que es cierto que es mucho lo que se ha logrado en el anterior período de sesiones. La Asamblea General lo ha reconocido así al pedir a la Comisión que continúe sus trabajos y en su actual período de sesiones prepare un proyecto de estatuto con carácter prioritario.

57. Los progresos realizados en el anterior período de sesiones pueden explicarse en gran medida por el método de trabajo elegido: la formación de un Grupo de Trabajo ha hecho posible desentrañar una serie de cuestiones complejas que se habían resistido a su resolución durante muchos años. Una de estas cuestiones es la interrelación del estatuto del tribunal con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Hay que reconocer los méritos del Relator Especial, Sr. Thiam, y del Presidente del Grupo de Trabajo, Sr. Koroma; también ha hecho una aportación creadora el Sr. Crawford.

58. El orador apoya plenamente la propuesta de que se restablezca el Grupo de Trabajo y espera que sus esfuerzos serán igualmente fructíferos. El Grupo debe idear sus propios métodos de trabajo y decidir si se divide en subgrupos con fines concretos. Por supuesto, debe centrarse en aquellas cuestiones que quedan por resolver o para las cuales se expusieron una serie de alternativas en el anterior período de sesiones, pero al mismo tiempo debe trabajar en la formulación de los distintos artículos del estatuto. Precisamente en el curso de esa labor de redacción pueden discernirse mejor los méritos o desventajas de diversos enfoques. No desea dar a entender que la labor sobre el estatuto debe desarrollarse a pasos forzados, pero tampoco debe reducirse artificialmente su ritmo.

59. Está de acuerdo con el Sr. Tomuschat en que la finalidad debe ser completar los trabajos sobre el estatuto a fines del 46.º período de sesiones a más tardar. Por desgracia, el lento ritmo de ese trabajo ha hecho que la tarea de redactar el estatuto para un tribunal especial sobre la antigua Yugoslavia se haga fuera de la Comisión. Sin embargo, espera que la labor sobre el estatuto de un tribunal penal internacional será útil para los esfuerzos de crear un tribunal internacional. Ha llegado el momento de centrarse en la redacción de artículos concretos. Será posible trabajar con las útiles propuestas ya presentadas por el Sr. de Saram y otros. Debe dedicarse el mayor tiempo posible al Grupo de Trabajo de manera que puedan hacerse verdaderos progresos en el cumplimiento del mandato asignado a la Comisión por la Asamblea General.

60. El Sr. EIRIKSSON dice que está de acuerdo en que las cuestiones básicas que rodean el estatuto se han debatido en la forma adecuada y en que la redacción del estatuto es la tarea que hay que abordar. El hecho de que otras instituciones hayan realizado tareas similares, con menos recursos y menos tiempo del que dispone la Comisión, debe inspirarla para lograr su objetivo. El orador habría preferido que se completara la labor a fines del presente período de sesiones, pero puede aceptar el objetivo de acabarla a fines del próximo período de sesiones.

61. El PRESIDENTE dice que del debate se desprende que las observaciones que se formularán en sesión plenaria, a fines del período de sesiones, sobre los progresos del Grupo de Trabajo no deberán tomar la forma de un debate general sino que deberán centrarse en la redacción del proyecto de estatuto.

Expresión de reconocimiento al Sr. Vladimir Kotliar, antiguo secretario de la Comisión

62. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en nombre de todos los miembros, agradece al Sr. Kotliar sus muchos años de dedicación y asistencia a la Comisión y le expresa sus mejores deseos para el futuro.

63. El Sr. KOTLIAR agradece al Presidente sus amables palabras.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

2299.ª SESIÓN

Viernes 21 de mayo de 1993, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación)
(A/CN.4/446, secc. B, A/CN.4/448 y Add.1², A/CN.4/449³, A/CN.4/452 y Add.1 a 3⁴, A/CN.4/L.488 y Add.1 a 4, A/CN.4/L.490 y Add.1)

[Tema 3 del programa]

UNDÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El PRESIDENTE anuncia que el Sr. Yamada, que ha tenido que abandonar Ginebra, ha pedido que se distribuyan sus opiniones sobre el tema que se examina. La Secretaría tomará las disposiciones necesarias.

¹ Para el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

² Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

2. El Sr. FOMBA dice que en la resolución 47/33, la Asamblea General ha conferido a la Comisión un claro mandato: redactar un estatuto, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en la Sexta Comisión y las observaciones recibidas por escrito de los gobiernos, y presentar un informe sobre la marcha de los trabajos a la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones. Con la presentación del undécimo informe del Relator Especial (A/CN.4/449), la Comisión tiene un proyecto de estatuto sobre el que trabajar. Ahora ha de determinar si el proyecto refleja debidamente las opiniones expresadas en la Sexta Comisión y las manifestadas por los Estados en sus observaciones por escrito.

3. Se puede estar o no de acuerdo con el enfoque del Relator Especial en varios aspectos, pero no se discute que ha realizado la tarea que se le había asignado. Merece reconocimiento por el alto grado de profesionalidad con que ha abordado una cuestión delicada que tiene importantes consecuencias para la humanidad en el futuro. Los miembros de la Comisión han de trabajar de manera constructiva con el fin de lograr el consenso lo más amplio posible sobre ciertas cuestiones importantes y lo antes posible, de manera que se pueda incorporar al informe sobre la marcha de los trabajos un material cohesivo y se puedan satisfacer las expectativas de la Asamblea General.

4. El orador tenía una serie de propuestas concretas para hacer con respecto a la mejor manera en que la Comisión podría proceder para cumplir su mandato, una de las cuales era el establecimiento de un grupo de trabajo. Por consiguiente, acoge con satisfacción la decisión de la Comisión en ese sentido y espera que el Grupo tenga libertad suficiente para determinar sus propios métodos de trabajo.

5. Hay que tener presentes dos cosas. En primer lugar, es más importante establecer un órgano permanente, poner algo en movimiento, incluso a riesgo de que sea imperfecto, pues la imperfección es inevitable en la justicia humana. En segundo lugar, el punto esencial en asuntos penales es evitar trazar normas que estén bien hechas técnicamente pero sean inaplicables en la práctica. En esta esfera es escasa la jurisprudencia anterior, pues las experiencias de Nuremberg, Tokio y últimamente el tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia⁵ son los únicos precedentes.

6. Coincide con el Sr. Bennouna y otros oradores en que se ha de evitar un debate general en la presente etapa, pero hay que hacer algunas observaciones sobre el marco institucional general del tribunal penal internacional y concretamente si debe formar parte del sistema de las Naciones Unidas.

7. En el comentario sobre el artículo 2 del proyecto de estatuto, el Relator Especial da dos razones para justificar su convicción de que el tribunal debe ser un órgano de las Naciones Unidas. En primer lugar, la coexistencia de un tribunal penal internacional y de la CIJ no sería

⁵ Véase resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad de 22 de febrero de 1993.

contraria a la Carta de las Naciones Unidas y, en segundo lugar, el establecimiento por el Consejo de Seguridad de un tribunal internacional para la antigua Yugoslavia demuestra que hay espacio para un órgano judicial distinto de la CIJ con competencia en asuntos penales. En realidad hay otros varios precedentes. El informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953⁶ muestra que todos los miembros de la Comisión convinieron en que las Naciones Unidas debían patrocinar en alguna medida la creación de un tribunal penal internacional. Algunos miembros han estimado que el tribunal debe ser un órgano de las Naciones Unidas, o al menos un órgano que se cree y funcione en el marco de éstas.

8. La comunidad de la que las Naciones Unidas constituyen la forma organizada necesita un tribunal penal para pronunciarse sobre actos considerados como crímenes en esa comunidad. El establecimiento del tribunal dentro de las Naciones Unidas sería expresión clara del reconocimiento de los principios de la responsabilidad penal individual respecto de la comunidad mundial, concedería al tribunal la autoridad deseada, abriría el camino hacia la aceptación universal de su competencia y garantizaría su funcionamiento en pro del bien común. El orador comparte esas opiniones.

9. Asimismo, en un informe del Parlamento Europeo de fecha 26 de marzo de 1992 sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional para los crímenes de guerra se sostuvo la idea de que ese tribunal debe ser un órgano de las Naciones Unidas, haciendo especial hincapié en la necesidad de avanzar hacia la universalidad. Cabría mencionar algunos otros textos, como el artículo 1 del proyecto de convención de 1943 de la Asamblea Internacional de Londres⁷ y el artículo 13 del proyecto de estatuto preparado por el profesor Bassiouni en 1992⁸.

10. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA felicita al Relator Especial por su *tour de force* al preparar un documento intelectualmente estimulante en muy poco tiempo. El mensaje del undécimo informe es claro: la tarea de la Comisión ha de enfocarse con pragmatismo, realismo y flexibilidad. El informe se centra en los aspectos de fondo y de forma de un tribunal penal internacional así como en su funcionamiento y en cuestiones administrativas. Sin embargo, no se pretende resolver en él todos los delicados problemas que origina la creación de ese tribunal. Como se señala en el informe, constituye a lo sumo un plan de trabajo para la Comisión.

11. El Relator Especial parece haber cumplido los deseos del Grupo de Trabajo, que indicó en su informe⁹ que debían hacerse recomendaciones concretas con miras a ayudar a la Comisión a cumplir el mandato que le ha asignado la Asamblea General. Sin embargo, al hacerlo, el Relator Especial quizás se haya atado las manos. En lo que respecta a la metodología, el proyecto que

se examina representa una serie de cuestiones, dejando sin resolver los problemas fundamentales. Esos problemas son la relación del estatuto con la legislación interna y la interrelación del tribunal penal internacional con los demás órganos del sistema de las Naciones Unidas.

12. Es de lamentar que el deseo de obtener resultados concretos haya conducido a un tratamiento asistemático de determinadas cuestiones. La nueva formulación de algunas de las disposiciones sobre el derecho aplicable, la competencia del tribunal y los procedimientos que han de utilizarse en su seno, por ejemplo, podrían contribuir a destacar mejor, incluso en beneficio de la Asamblea General, la posición del tribunal penal dentro del sistema del conjunto de las Naciones Unidas. Con ese fin cabe hacer algunas observaciones concretas.

13. En el artículo 2 se dice que el tribunal será un órgano judicial de las Naciones Unidas. En el comentario se trata de la especificidad de la competencia del tribunal en relación con la primacía de la CIJ como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, pero en el informe no se profundiza en las consecuencias de esa ordenación institucional. El Estatuto de la CIJ confiere a ésta autoridad para conocer de asuntos derivados de la aplicación o interpretación de los tratados. Pero el tribunal penal internacional se va a establecer sobre la base de un tratado. En tal caso, ¿no deben considerarse las decisiones del tribunal penal internacional sujetas a la jurisdicción de la CIJ? ¿No haría esto de la CIJ un tribunal de apelación de las sentencias del tribunal penal internacional? ¿Sería competente la CIJ para revisar las sentencias del tribunal penal internacional, como ha hecho en otras ocasiones respecto de decisiones del Tribunal Administrativo?

14. El artículo 4, relativo al derecho aplicable, es otra fuente de dificultades. Presenta una laguna con respecto al fondo que sólo puede llenarse si el artículo se lee conjuntamente con el artículo 34, relativo a las penas. El derecho aplicable por un tribunal penal debe tener ante todo una función punitiva y sólo secundariamente una función de protección. Falta visiblemente en el texto una referencia al derecho interno que define las penas para las diversas infracciones. Sin esa referencia habría que mencionar en los acuerdos o convenciones internacionales todas las penas fijadas en el derecho interno para que pudieran ser aplicadas por el tribunal penal internacional. A la inversa, si el proyecto se remitiese al derecho interno, ¿qué sucedería cuando las leyes nacionales no cubrieran todas las infracciones mencionadas en las convenciones y acuerdos internacionales? Evidentemente, el texto del artículo 4 es incompleto.

15. No parece ser necesario el párrafo 1 del proyecto de artículo 5, que simplemente duplica las disposiciones del artículo 1, mientras que la formulación alternativa, en el párrafo 3, carece de coherencia y de realismo. Carece de coherencia porque sería difícil en particular conciliar la cuestión de la oponibilidad con la del otorgamiento de competencia, que está implícita en todo acuerdo internacional. A juicio del orador, la formulación del artículo es deficiente y quizás debería examinarse de nuevo. Carece de realismo porque la idea de definir las infracciones en un instrumento unilateral de un Estado entraña multitud de factores desconocidos. El orador se pregunta si la disposición, formulada en términos ge-

⁶ Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/2645).

⁷ Naciones Unidas, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, memorándum del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.8), pág. 105, anexo 9, secc. B.

⁸ Association internationale de droit pénal, *Nouvelles études pénales*, Erès, Siracusa (Italia), 1992.

⁹ Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), documento A/47/10, anexo.

nerales, está dirigida al Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen o al Estado del que es nacional el autor del crimen, o a cualquier Estado cuyo derecho interno prevea un régimen idéntico al establecido para los crímenes que pueden ser juzgados por el tribunal. La última de esas posibilidades sólo se aplicaría en los casos en que hubiera un código de crímenes, pero, en ese supuesto, el orador se pregunta por qué un Estado que tenga un sistema completo no ha de tener competencia directa para juzgar a los criminales. Estas cuestiones no dejan de guardar relación con la naturaleza del órgano que se espera establecer.

16. El Sr. KABATSI dice que la solución de la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional para juzgar y castigar a las personas culpables de una conducta criminal que ofende la conciencia del mundo parece ser inminente, ahora que la Asamblea General ha pedido a la Comisión que prepare un proyecto de estatuto para ese tribunal como cuestión prioritaria. Ya no está el mundo dispuesto a soportar impasible que se derrame la sangre de los inocentes. La comunidad mundial espera que la Comisión haga el primer disparo en la guerra contra los criminales que hasta ahora han actuado con impunidad. Por fin ha reconocido que no se puede permitir que persista la situación y pide a la Comisión que inicie el proceso que pondrá fin a unos acontecimientos tan vergonzosos.

17. La Comisión tiene la capacidad y los instrumentos jurídicos para llevar a cabo su tarea con prontitud. Viene trabajando sobre el tema desde hace algún tiempo y ha dispuesto de las aportaciones de la Sexta Comisión, de los Estados y de varios órganos jurídicos internacionales. Sobre todo, tiene ante sí el excelente proyecto de estatuto preparado por el Relator Especial. De ahí que haya todos los motivos para creer que la Comisión podrá responder a la petición de la Asamblea General más bien pronto que tarde. El Grupo de Trabajo, que ya ha obtenido resultados elogiables, está avanzando con más seguridad en el actual período de sesiones. Un proyecto como el previsto inevitablemente tropezará con dificultades, pero el sentimiento que impera actualmente en todo el mundo es que esas dificultades no son insuperables y no se debe permitir que obstaculicen el establecimiento de un tribunal penal internacional en el futuro previsible. El undécimo informe del Relator Especial ofrecerá a la Comisión un valioso documento de trabajo sobre cuya base podrá la Comisión presentar a la Asamblea General un proyecto de estatuto del tribunal penal internacional, si no en su próximo período de sesiones en el siguiente.

18. El Sr. MAHIOU dice que está de acuerdo con el planteamiento general del Relator Especial tal como se recoge en el párrafo 4 del informe, en el que se dice que la finalidad debe ser establecer «un órgano con estructura flexible, no permanente y de bajo costo». Es ésta quizás una solución un tanto idealista, pero muestra la dirección general en que la Comisión debe avanzar.

19. Apoya también la idea general que subyace en el artículo 2, que sin embargo es algo sucinto. El tribunal propuesto debe ser, naturalmente, un órgano de las Naciones Unidas pero la naturaleza del vínculo entre los dos está por determinarse.

20. Sería prematuro que la Comisión tratara de la sede del tribunal (art. 3), que es fundamentalmente una cuestión política. Sin embargo, quizás debe preverse que el tribunal se traslade a fin de abordar situaciones en las que no pueda reunirse en el lugar normal. Por ejemplo, podría tener que juzgar a un nacional del Estado en el que tiene su sede. El orador se pregunta si sería posible en tal caso asegurar que el juicio se celebre en el medio ambiente tranquilo que se requiere.

21. El artículo 4 es a la vez demasiado general y demasiado absoluto y podría hacerse una distinción entre dos tipos de normas: por una parte, las normas que regulan la caracterización de un crimen, que podrían tomarse de los acuerdos y convenciones internacionales, y, por otra, las normas que regulan el funcionamiento del tribunal penal internacional y el procedimiento ante el mismo, para lo cual sería lógico recurrir a los principios generales del derecho y la costumbre. Ningún estatuto puede abarcar todas las posibilidades. Por lo tanto, es importante dejar la puerta abierta de manera que se pueda hacer referencia a otras fuentes del derecho. El Relator Especial y el Grupo de Trabajo quizá deseen reflexionar sobre la cuestión.

22. El artículo 5, sobre la competencia del tribunal, resultará sin duda el más polémico. El párrafo 2 suscita ciertas dificultades en cuanto que exige que sean dos Estados los que otorguen la competencia: el Estado del territorio en que se ha cometido el crimen y el Estado del cual es nacional el acusado. Como acertadamente señala el Relator Especial en su comentario al artículo 5, el principio que generalmente se aplica es el de la competencia territorial. Por consiguiente, la mejor solución sería dar prioridad a ese principio y aplicar otros, como el relativo al consentimiento del Estado del cual es nacional el acusado, como normas secundarias en casos concretos. Es importante no conceder un derecho de veto, por así decir, al Estado del que es nacional el acusado puesto que en definitiva ello sólo serviría para neutralizar al tribunal.

23. La interpretación que hace el orador del debate de la Comisión sobre el tipo de crímenes comprendidos en la competencia del tribunal es más optimista que la del Relator Especial, según se refleja en el comentario al artículo 5. Hay muchos crímenes, además del genocidio, que podrían corresponder a la competencia del tribunal, y el orador confía en que en el actual período de sesiones el Grupo de Trabajo indicará los crímenes de que puede conocer el tribunal.

24. Por lo que respecta al procedimiento para la designación de los magistrados (art. 12), parece haber alguna preocupación por evitar los inconvenientes de los magistrados de plena dedicación. En particular, el Relator Especial establece en su comentario un vínculo entre la dedicación exclusiva de los magistrados y la elección de esos magistrados por la Asamblea General. Sin embargo, ese vínculo no es automático. Hay órganos que son elegidos por la Asamblea General pero no tienen una función permanente —la propia Comisión es un ejemplo destacado—, y lo mismo puede decirse, a su juicio, de un tribunal penal internacional. Lo más importante es que los miembros del tribunal sean nombrados de una manera sumamente formal por la Asamblea General, en la medida en que ejercen su jurisdicción en nombre de la

comunidad internacional y garantizan el respeto de la ley y el orden en el plano internacional.

25. El procedimiento para la designación de magistrados por los Estados daría lugar a un verdadero ejército de magistrados y por esa razón sería aconsejable prever desde el principio una estructura modesta. Por la misma razón, el número de magistrados de que se componga una sala del tribunal —el tema del artículo 15— no debe ser demasiado grande y ciertamente debe ser inferior a nueve; a su juicio, con siete bastaría. Además habría, por supuesto, los magistrados encargados de la instrucción y, si se crease una fiscalía, los magistrados que habrían de formar parte de ella. Al designar a los magistrados deben observarse los principios tradicionales, incluidos los relativos a la representación de los diferentes ordenamientos jurídicos y las diferentes regiones y también el principio de que no debe formar parte de un órgano que enjuicia al acusado más de un nacional del mismo Estado.

26. El párrafo 1 del artículo 23 (Presentación de casos al Tribunal) está relacionado con el artículo 25 (De la acusación) en la medida en que toda decisión adoptada con respecto a la presentación de un caso al tribunal tendría un efecto en el procedimiento de acusación. Si los Estados se han de encargar de llevar adelante la acusación es lógico que se encarguen también de la presentación de los casos al tribunal, como se dispone en el artículo 23. Si, por el contrario, la acusación ha de ser el cometido de un órgano del tribunal o de una fiscalía, el derecho de presentar un caso ante el tribunal estaría abierto a denunciantes distintos de los Estados, por ejemplo, a las organizaciones internacionales y posiblemente también a ciertas organizaciones no gubernamentales que se ocupan de asuntos humanitarios. Con arreglo a las disposiciones del artículo 23, los Estados serían los únicos querellantes, de manera que debe introducirse una excepción con el fin de permitir que las Naciones Unidas, y concretamente el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, remitan un asunto al tribunal penal internacional.

27. En lo que respecta al artículo 25, el orador es partidario de que se encargue de la acusación un ministerio público, y no el Estado o los Estados querellantes, puesto que así se garantizaría la celebración del juicio en un clima más sosegado. Por consiguiente, no está del todo de acuerdo con el comentario relativo a la versión B del artículo 25, en el que se establece un vínculo automático entre la existencia de un ministerio público y la permanencia de tal órgano. Un ministerio público podría ser permanente si el número de personas acusadas fuera tan elevado que hubiera de trabajar con plena dedicación, pero sería permanente en términos operacionales, no estructurales.

28. El Relator Especial evidentemente tiene dudas acerca del artículo 27, pues figura entre corchetes. Por su parte, el orador no está de acuerdo en que deban excluirse los procedimientos en rebeldía. Tampoco está seguro de que, como señala el Relator Especial en el comentario a ese artículo, la opinión predominante en la Comisión haya sido realmente contraria a los procedimientos en rebeldía. De ser así, invitaría a los miembros de la Comisión a que reflexionasen sobre las consecuencias de tal

exclusión. Lo único que un acusado tendría que hacer para eludir el enjuiciamiento sería refugiarse en un Estado que no fuese parte en el estatuto del tribunal. Esto reviste especial gravedad por dos razones. En primer lugar, el Estado en cuestión podría simplemente no hacer nada y dejar que el acusado se dirigiera a un país amigo, partiendo del razonamiento de que en tal caso no tendría que extraditarlo ni juzgarlo. Eso abriría la puerta al incumplimiento de las disposiciones del estatuto del tribunal, en particular cuando se tratase de enjuiciar a los dirigentes políticos de un Estado. En segundo lugar, la falta de toda disposición relativa al procedimiento en rebeldía podría crear la idea de impunidad, pero si el acusado fuese declarado culpable en ese procedimiento, la amenaza de detención pendería sobre él como la espada de Damocles y simplemente no podría permanecer tranquilamente donde estuviera.

29. Por lo que respecta al artículo 34, relativo a las penas, el orador apoya firmemente la idea de que el tribunal aplique las penas previstas en el derecho penal del Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen. Cuando, por cualesquiera razones, un Estado cede a un tribunal penal internacional el derecho a juzgar al autor de un crimen cometido en su territorio transfiere al tribunal su propia competencia sobre el acusado y es lógico suponer que esa transferencia de competencia entraña también transferencia de las disposiciones del derecho penal de ese Estado, incluidas las normas aplicables a las penas. Otra razón para preferir la solución basada en la territorialidad es que conviene evitar lo que puede calificarse de penas «a la carta», como podría ser el caso si dos o más personas fueran acusadas del mismo crimen en el territorio del mismo Estado y el tribunal decidiera aplicar las penas previstas en el derecho penal del Estado del que cada acusado fuera nacional. En tal situación podrían imponerse varias penas diferentes por el mismo crimen cometido en el mismo país.

30. Finalmente, en cuanto al artículo 35, relativo a los recursos, aunque el orador está convencido de que la sola revisión daría garantías suficientes de la calidad de las sentencias del tribunal, especialmente teniendo en cuenta que sin duda el proceso se celebraría en presencia de observadores internacionales y que los medios de comunicación internacionales informarían cumplidamente al respecto, la versión B del artículo comprende la apelación y por lo tanto parece más en consonancia con la evolución en materia de derechos humanos y de los principios pertinentes del derecho internacional.

31. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que ha vacilado en hacer uso de la palabra porque el undécimo informe del Relator Especial parece no proponer nada que no haya sido ya objeto de amplios debates y no haya sido recomendado por el Grupo de Trabajo el año anterior. Sin embargo, se han producido algunos acontecimientos sin precedentes desde el 44.º período de sesiones de la Comisión. La decisión de crear un tribunal internacional¹⁰ y el informe sumamente instructivo del Secretario General¹¹ son indudablemente los más destacados de esos acontecimientos. Sin embargo, la preocupación de la comunidad jurídica internacional por la cuestión se re-

¹⁰ Véase nota 5 *supra*.

¹¹ Documento S/25704 y Corr.1 y Add.1.

fleja también en la reunión de una Conferencia mundial sobre la creación de un tribunal penal internacional encargado de la aplicación del derecho penal internacional y de los derechos humanos por el Instituto Internacional de Altos Estudios en Ciencias Penales en Siracusa, Italia, del 2 al 5 de diciembre de 1992. Estos acontecimientos ocurridos en la esfera internacional desde julio de 1992 justificarían por sí mismos un nuevo debate, aunque, por supuesto, la Comisión no debe volver a examinar los puntos sobre los cuales ya se ha logrado un consenso.

32. Parece haber una tendencia en favor de la consideración prioritaria del estatuto de un tribunal penal especial. La adopción de esa idea podría relegar al olvido la cuestión del estatuto de un tribunal penal internacional permanente y hacer inútil la labor realizada por la Comisión durante los últimos años. Esa posibilidad se haría realidad si, por razones políticas y presupuestarias, la Comisión aceptase la opinión sostenida por algunos miembros de que es materialmente imposible la coexistencia de dos jurisdicciones penales internacionales, una especial y otra permanente. Por desgracia, algunas de las propuestas del undécimo informe del Relator Especial parecen basadas en consideraciones de ese tipo. En particular, el orador no está de acuerdo con el procedimiento para la designación de magistrados propuesto en el artículo 12. Los magistrados de lo penal, a diferencia de los que forman parte de tribunales de arbitraje o incluso de la CIJ, han de pronunciarse sobre el honor, la reputación y la suerte de personas; en consecuencia, están expuestos a presiones y amenazas de toda índole. Por consiguiente, es totalmente inaceptable defender un sistema judicial que prevea, por una parte, el nombramiento de magistrados internacionales de lo penal por sus propios gobiernos y no mediante un proceso de elección internacional imparcial y, por otra, que regresen a sus hogares sin ninguna garantía de seguridad cuando el tribunal no esté reunido. Esas propuestas sólo pueden ser el fruto de una resistencia timorata a sostener la imparcialidad y la independencia de los tribunales internacionales por temor de perder el apoyo de ciertas Potencias.

33. Como se ha puesto en claro sobradamente en la Conferencia mundial de Siracusa, la comunidad internacional desea que la Comisión prosiga su labor y redoble sus esfuerzos con miras a completar pronto su tarea de elaborar una jurisdicción penal internacional permanente digna de ese nombre. El orador señala que comentará con más detalle puntos concretos en una etapa ulterior y desea dar las gracias al Relator Especial por un informe que proporciona una base sumamente útil para la tarea que tiene ante sí la Comisión.

34. El Sr. YANKOV dice que como miembro del Grupo de Trabajo tendrá otras oportunidades de expresar sus opiniones sobre determinados artículos del proyecto de estatuto y desea manifestar su reconocimiento al Relator Especial por un informe excelente y bien estructurado.

35. El primer punto que desea plantear en relación con cuestiones de organización podría parecer a primera vista de carácter secundario, pero se refiere a una modificación significativa del mandato de la Comisión. Si en la resolución 46/54 la Asamblea General invitó a la Comisión a que examinara la cuestión de una jurisdicción penal internacional, incluidas propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro

mecanismo judicial penal internacional, en la resolución 47/33 la Asamblea pide a la Comisión que prosiga su labor sobre la cuestión «mediante la puesta en práctica, con carácter prioritario, de la propuesta relativa a la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional». Por consiguiente, el orador propone que el Grupo de Trabajo, conocido anteriormente con el nombre de «Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional» sea denominado en lo sucesivo «Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional». Además de la ventaja más formal de reproducir la terminología de la resolución 47/33 de la Asamblea General sobre el tema, esa medida brindaría la ventaja sustantiva de determinar claramente el mandato del Grupo de Trabajo.

36. Su segunda observación general es que el estatuto, mediante sus disposiciones relativas a la composición y competencia del tribunal, el derecho aplicable, la instrucción, las pruebas y el procedimiento judicial, incluidos el cumplimiento de la sentencia y las penas, debería proporcionar los fundamentos y las garantías legales de una institución judicial imparcial basada en los principios de la supremacía del derecho y libre, en la medida de lo posible, de consideraciones políticas. Esto es tanto o más indispensable cuanto que los casos remitidos al tribunal serán en su mayoría de carácter político. La imparcialidad del tribunal y su viabilidad como órgano judicial dependerán en gran medida de la forma en que se establezca y de cómo se determine su composición. Naturalmente, el factor más subjetivo de la integridad moral, la independencia y la competencia de los miembros del tribunal es también de la mayor importancia. Estas consideraciones generales deben hallar expresión, en la medida de lo posible, en las disposiciones pertinentes del estatuto, a saber las normas de carácter interno relativas a su funcionamiento y las aplicables a los procedimientos de instrucción y enjuiciamiento.

37. A este respecto desea formular una reserva en cuanto al párrafo 3 del artículo 15 que dispone que el presidente o el vicepresidente del tribunal elegirá a los magistrados que formarán parte de las salas del tribunal, y también expresar dudas acerca de las disposiciones del párrafo 3 del artículo 5 y de los artículos 23 y 25, sumándose a este respecto a las observaciones hechas por el Sr. Mahiou.

38. Finalmente, la Comisión debe procurar presentar a la Asamblea General un proyecto de estatuto terminado a tiempo, a más tardar para el quincuagésimo aniversario de las Naciones Unidas en 1995, como contribución a la conmemoración del aniversario y al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional¹².

39. El PRESIDENTE dice que la propuesta de modificar el nombre del Grupo de Trabajo es importante y merece ser examinada seriamente.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

¹² Proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/23.

2300.^a SESIÓN

Martes 25 de mayo de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

más tarde: Sr. Vaclav MIKULKA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación)
(A/CN.4/446, secc. B, A/CN.4/448 y Add.1², A/CN.4/449³, A/CN.4/452 y Add.1 a 3⁴, A/CN.4/L.488 y Add.1 a 4, A/CN.4/L.490 y Add.1)

[Tema 3 del programa]

UNDÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El Sr. ARANGIO-RUIZ señala que como la mayoría de las cuestiones a las que se habría referido en relación con el undécimo informe del Relator Especial (A/CN.4/449) han sido ya examinadas por otros miembros de la Comisión, se limitará a una sola cuestión, pero sobre la cual desea expresarse personalmente y en sesión plenaria: el problema de los tribunales penales especiales y de la relación entre este problema y la misión que la Asamblea General, de conformidad con su resolución 47/33, ha confiado a la Comisión.

2. Al final de la segunda guerra mundial la única solución práctica era la creación de un tribunal especial: no existía casi ninguna institución política internacional, la situación exigía una solución rápida y las cuatro Potencias vencedoras ocupaban los países de los acusados. El problema debían resolverlo pues estas cuatro Potencias que, no obstante, quisieron actuar en virtud de un instrumento jurídico internacional, el Acuerdo de Londres⁵. Pero este Acuerdo, concertado entre Potencias victoriosas, evidentemente no podía prever la participación de las Potencias derrotadas en el tribunal así creado.

¹ Para el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

² Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 279).

3. La situación actual en los territorios de la antigua Yugoslavia es dramática y requiere también medidas urgentes, en particular, el establecimiento de un órgano que permita enjuiciar a personas culpables de crímenes contra la humanidad. Pero esto no significa necesariamente que haya que crear un tribunal penal especial, y ello por tres razones por lo menos.

4. En primer lugar, todo jurista sabe que las jurisdicciones especiales no son la mejor forma de administración de la justicia penal. Los miembros de un órgano creado en respuesta a una situación particular pueden verse influidos por esta misma situación y por una especie de obligación de obtener resultados. Además, e independientemente de este riesgo, que es muy grave, de faltar a las normas de objetividad e imparcialidad, los tribunales penales especiales son esencialmente instrumentos utilizados por los regímenes despóticos. El recurso de la comunidad internacional a tales medios sería un mal ejemplo y un mal augurio para el respeto de los derechos humanos y el régimen de derecho en el plano nacional.

5. En segundo lugar, si bien es cierto que es urgente impedir que los autores de estos actos abominables prosigan actuando, la elección de la solución especial no bastará para ejercer este efecto de disuasión. De todos modos se requiere un cierto tiempo para crear un tribunal, por efímero que sea. De hecho, la disuasión se deriva de la voluntad claramente afirmada por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de investigar estos crímenes y enjuiciar a sus autores. Estos saben ya la suerte que les reserva la comunidad internacional. No es pues absolutamente necesario que las Naciones Unidas creen instituciones que quizá no serían jurídicamente inatacables.

6. En tercer lugar, los partidarios de un tribunal especial parecen prever la creación de tal órgano no mediante la aprobación de una convención multilateral con los auspicios de las Naciones Unidas, solución que parece ser demasiado dilatada, sino por decisión del Consejo de Seguridad. Ahora bien, esta manera de proceder está aún más alejada de los principios fundamentales del derecho penal. Por otra parte, no se sabe muy bien cuáles son en la Carta de las Naciones Unidas las disposiciones explícitas o incluso implícitas que permitirían al Consejo de Seguridad crear un órgano judicial y definir su misión. Los que se encarguen de reunir los elementos de prueba y pronunciarse sobre la responsabilidad de los acusados tendrán bastantes dificultades para cumplir esta tarea, sin tener que hacer frente además a protestas sobre la legitimidad constitucional del conjunto del sistema establecido. La situación sería evidentemente distinta si el Consejo de Seguridad estuviera empeñado en una acción contra un agresor en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En ese caso, y por analogía con un Estado beligerante, el Consejo de Seguridad tendría derecho a crear tribunales para juzgar a las personas detenidas por violaciones del derecho de la guerra. De lo contrario, a juicio del orador, sería indispensable celebrar un tratado.

7. Para responder a la urgencia de la situación, la Comisión debería reflexionar sobre la naturaleza exacta del mandato que la Asamblea General le confió en el párra-

fo 6 de su resolución 47/33, y que no consiste solamente en presentarle un informe sobre la cuestión, sino en producir con carácter prioritario un proyecto de estatuto para el futuro tribunal penal internacional. La CDI hubiera terminado ya este proyecto si sus miembros no se hubiesen atendido durante demasiado tiempo a una concepción restrictiva de las prolongaciones, sin embargo evidentes, del tema relativo al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. El orador insistió reiteradamente, en anteriores períodos de sesiones, en que se incluyera en el mandato de la Comisión la elaboración del estatuto del tribunal penal internacional.

8. El Sr. PELLET dice que la única crítica global que podría hacer al undécimo informe del Relator Especial es que no se halla en él una exposición de la perspectiva doctrinal en la que se sitúa. Es verdad que esta perspectiva se trazaba en el informe del Grupo de Trabajo que la Comisión creó en su 44.º período de sesiones⁶ y que este informe fue aprobado por la CDI, por la Sexta Comisión y por la Asamblea General. Pero, a pesar de los aspectos positivos, este informe se ceñía todavía a un enfoque demasiado clásico, siendo así que habría habido que interrogarse sobre la misión y las funciones del tribunal cuya creación se prevé antes de iniciar la redacción de su estatuto. Si en muchos lugares del planeta se producen hoy violaciones graves y masivas del derecho humanitario y del derecho de la guerra, estos crímenes no son necesariamente del mismo carácter que los que enlutaban el mundo hace 50 años y las condiciones en que sus autores deberían ser juzgados son sumamente distintas. Hoy no se trata ya de que los vencidos sean juzgados por los vencedores sino, por el contrario, de impedir los excesos de una «justicia de los vencedores». Esta es al menos una de las razones de ser del tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, cuya creación⁷ ha decidido el Consejo de Seguridad y cuyo proyecto de estatuto⁸ acaba de presentar el Secretario General.

9. Contrariamente al Sr. Arangio-Ruiz, el Sr. Pellet es un decidido partidario de esta iniciativa y no le convence a este respecto la observación del Relator Especial, que figura en el comentario al artículo 8 del proyecto de estatuto, sobre las «demoras» que se han producido antes de crear ese tribunal. El hecho es que han bastado unos meses para que se lance la idea de este tribunal, se decida su creación y su estatuto quede esbozado muy ampliamente, y que han sido necesarios más de 45 años para no crear un tribunal permanente. Ahora bien, ¿a qué se deben esta celeridad y esta eficacia? Esencialmente al hecho de que este tribunal responde a una necesidad concreta, claramente circunscrita. Sobre este punto el Sr. Pellet no ha cambiado de opinión: un tribunal permanente único y monolítico, concebido en función de necesidades muy diversas, es muy probable que no satisfaga como es debido ninguna de estas necesidades. Sin duda,

el Relator Especial ha introducido en sus propuestas una cierta flexibilidad que sin embargo resulta insuficiente. El objetivo debería ser no crear un nuevo tribunal de Nuremberg, claro está, sino dotarse de un conjunto de mecanismos jurídicos que puedan facilitar el respeto de los principios más fundamentales del derecho internacional por los Estados y los individuos y sancionar la inobservancia de esos principios. Para ello lo mejor parece ser establecer un estatuto tipo de tribunal especial, si es posible con variantes según las categorías de crímenes previstos; constituir listas de personas que puedan formar parte de esos tribunales y de los órganos internacionales encargados de las investigaciones y los procedimientos; instituir quizá un tribunal permanente en el caso particular del tráfico de estupefacientes; y prever los mecanismos necesarios para ayudar a los Estados a aplicar el derecho penal internacional, en particular un mecanismo jurisdiccional encargado de decidir sobre las remisiones prejudiciales emanadas de los tribunales nacionales, a fin de unificar las jurisprudencias nacionales.

10. Pero la Comisión y la Asamblea General se atienen al viejo postulado, más que discutible, del paralelismo obligado entre derecho internacional y derecho interno, de tal manera que la CDI tiene hoy que concebir un proyecto de estatuto para una jurisdicción penal internacional. En esta perspectiva —que el orador lamenta pero no puede recusar— ha enumerado el Relator Especial los principales problemas que plantea la creación de tal tribunal, proponiendo para cada uno una posible solución.

11. La primera gran serie de problemas se relaciona con la institución en su conjunto. El Relator Especial lo llama con razón tribunal «criminal» y no penal, pues se trata de crímenes y de crímenes de derecho internacional. De no ser así, bastarían los tribunales nacionales. De igual modo, si ha de haber una jurisdicción penal internacional convendría que funcionara en el marco de las Naciones Unidas, aunque, contrariamente a lo que parece pensar el Relator Especial, sea perfectamente posible imaginar un tribunal independiente creado en virtud de un tratado y administrado por los Estados partes en el mismo. Si es preferible la calidad de órgano de las Naciones Unidas es porque facilitaría el funcionamiento del tribunal y, en particular, su financiación, y que ese estatuto acrecentaría su autoridad moral.

12. Esta orientación, que el orador aprueba, plantea el problema fundamental del modo de creación del tribunal. Si éste debe ser un órgano de las Naciones Unidas, para crearlo es necesario que se modifique la Carta de las Naciones Unidas, lo que difícilmente parece posible, o que la Asamblea General o el Consejo de Seguridad (Arts. 22 y 29 de la Carta, respectivamente) emitan una resolución. Una creación conjunta, mediante resoluciones análogas de estos dos órganos, sería la mejor solución y nada se opone a ello con arreglo a lo dispuesto en los Artículos 10 y 24 de la Carta. Si se descarta esta solución habrá que recurrir a un tratado, en cuyo caso ya no se trataría de un «órgano de las Naciones Unidas». El tribunal sería entonces un órgano que colaboraría con las Naciones Unidas, pero que sería formado y controlado por los Estados partes en su estatuto. Además de los problemas materiales que esto plantearía, esta segunda solución haría perder al tribunal su carácter universal, siendo así que pretendería juzgar en nombre de la humanidad.

⁶ Véase *Anuario...* 1992, vol. II (segunda parte), documento A/47/10, anexo.

⁷ Véase resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad de 22 de febrero de 1993.

⁸ Documento S/25704, anexo.

13. El segundo gran grupo de problemas que plantea la creación de un tribunal penal internacional es el de la competencia y del derecho aplicable. Sobre esta cuestión, la más grave y la más ardua, el orador no aprueba las opciones del Relator Especial y, en particular, el artículo 4 del proyecto de estatuto redactado por éste, que se refiere al derecho aplicable. El proyecto de estatuto concebido por el Secretario General para el tribunal internacional⁹ no comprende ningún artículo sobre este punto y se limita a definir los crímenes que se trata de enjuiciar. Esta sería la fórmula más prudente. En todo caso lo esencial es no remitirse a una u otra convención expresamente mencionada, procedimiento cuyos inconvenientes ha descrito en su informe el Comité de juristas franceses¹⁰. El orador opina pues que debe suprimirse el artículo 4 y sustituirlo por uno o por varios artículos en los que se enumeren y tipifiquen brevemente los crímenes sancionables. Precisión importante, este artículo, o este conjunto de artículos, definiría una especie de competencia «máxima» del tribunal que no estarían necesariamente obligados a aceptar en su integridad todos los Estados. Es perfectamente concebible que se invite a los Estados a indicar los crímenes o las categorías de crímenes para los cuales acepten la competencia del tribunal o aquellos respecto de los cuales la excluyen. De igual modo, al aceptar la competencia del tribunal los Estados tendrían libertad para decir si entienden que esa competencia es exclusiva o concurrente con la de los tribunales nacionales. Concretamente, este sistema daría probablemente resultados equivalentes a los que cabe esperar de la aplicación de los párrafos 3 y 4 del artículo 5 propuestos por el Relator Especial.

14. En cuanto al problema de la competencia *ratione personae*, el orador no comprende por qué ha de subordinarse la competencia del tribunal al acuerdo de dos Estados: el Estado de que es nacional el acusado y el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen. Debería bastar que el Estado que denuncia un crimen pueda expresar la voluntad de entregar a su autor al tribunal, teniendo éste plena libertad para iniciar o no un proceso.

15. La rebeldía es un problema grave, a propósito del cual el Relator Especial tiene razón al decir, en su comentario al artículo 27, que no admitir la solución del juicio en rebeldía «podría paralizar la acción del tribunal». Por otra parte, así puede suceder en el caso del tribunal internacional para la antigua Yugoslavia si el proyecto del Secretario General no se modifica en este punto. Por lo menos habría que dejar al tribunal la facultad de emitir una orden de detención internacional en caso de incomparecencia del acusado, aunque no sea más que por el efecto disuasorio de la orden de detención, y hacer público el auto de acusación. La posición adoptada por la mayoría de los Estados ante el problema de la competencia del tribunal internacional para la antigua Yugoslavia es bastante inquietante a este respecto, pues si no se admite por lo menos la publicidad del auto de acusación se corre el riesgo de crear, se trate de un tribunal especial o de un tribunal permanente, una jurisdicción ilusoria privada de los medios de cumplir su misión,

lo que desacreditaría sin duda durante mucho tiempo la idea misma de una jurisdicción penal internacional.

16. Las disposiciones previstas por el Relator Especial con respecto a la composición y el funcionamiento del tribunal requerirían observaciones bastante numerosas, pero que serían de detalle. Baste decir que el afán de flexibilidad que ha guiado al Relator Especial podría llevarse mucho más allá. De igual modo, la cuestión del desarrollo del proceso no justificaría más que observaciones de importancia secundaria.

17. Pasando a dos cuestiones que revisten una importancia mucho mayor en su opinión —la del procedimiento y la de las normas aplicables a la instrucción y a las penas—, el orador declara, con respecto a la primera, que se opone totalmente al sistema propuesto por el Relator Especial en la versión A del artículo 25 (De la acusación), que consiste en confiar al Estado querellante la tarea de llevar adelante la acusación. Comparte ciertamente «la preocupación generalmente expresada de crear un órgano ligero y poco costoso» expuesta por el Relator Especial en su comentario al artículo 25, pero el deseo de ligereza y economía no puede justificar que se olviden los principios más fundamentales de neutralidad e imparcialidad de la justicia. La existencia de un «filtro» entre la acusación y el enjuiciamiento parece incluso más imperativa aún en el marco internacional que en el marco nacional. Por el contrario, hay que dejar que los Estados, y quizás las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales o algunas de ellas, sean libres de presentar querellas al tribunal. Pero entonces es indispensable que las peticiones de acusación sean estudiadas por un órgano imparcial —un fiscal o mejor un órgano colegiado— encargado a la vez de la incoación del procedimiento, si ha lugar, y de la instrucción del asunto. Sin esto son de temer todos los abusos.

18. Por lo que respecta a la segunda cuestión, y en particular al derecho aplicable a ciertos aspectos de la instrucción previstos en el artículo 26 y las penas mencionadas en el artículo 34, el orador se declara escéptico ante la solución adoptada por el Relator Especial, que consiste en remitir a los sistemas nacionales de derecho penal. El tribunal previsto es una jurisdicción internacional que habrá de juzgar, sobre la base del derecho internacional, a personas acusadas de haber cometido crímenes internacionales. ¿Por qué pues remitir a una ley nacional, sea cual fuere? Ciertamente, como señala el Relator Especial en su comentario al artículo 34, según el principio *nulla poena sine lege* las penas infligidas a un individuo culpable han de haberse previsto antes de la comisión de los hechos de los cuales haya sido acusado. Pero el resultado sería el mismo si en el propio estatuto se previeran las penas aplicables sin entrar en muchos detalles: bastaría que en el estatuto se fijara el marco general, por ejemplo la reclusión (ciertamente no la pena de muerte), encargándose el tribunal de determinar la duración. El orador no cree que haya una escala rígida de penas en los Estados: los tribunales gozan siempre de una cierta facultad de apreciación.

19. Lo que es válido para la acusación lo es también para las penas: los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* deben ser respetados, pero lo serán si en el estatuto se prevén los crímenes y las penas. El

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Documento S/25266, párr. 61, apartado b.

orador considera que cualquier otra solución sería incompatible con el carácter internacional del tribunal y cita a este respecto las posiciones adoptadas por el Comité de juristas franceses en el informe citado en el párrafo 13 *supra*: «parece esencial partir del carácter internacional tanto de los crímenes mismos como de la institución que se encargará de juzgarlos. Desde luego... es inconcebible que el tribunal aplique las normas nacionales propias de un Estado determinado o de ciertos Estados, tanto en lo que respecta al procedimiento que se ha de seguir como respecto del derecho sustantivo»¹¹.

20. En el mismo orden de ideas, el orador pide al Relator Especial aclaraciones sobre la disposición que figura en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 28, donde se dice que el Estado requerido deberá asegurarse de que «el interesado no goza de inmunidad procesal». Le parece que justamente, en virtud del derecho internacional, nadie está libre de un proceso si ha cometido un crimen internacional y, sobre todo, un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

21. En cuanto a la propuesta de reunir un grupo de trabajo sobre el proyecto de estatuto del tribunal, el orador piensa que en efecto es el mejor medio de responder a las directrices de la Asamblea General, aunque sigue dudando de que esas directrices estén bien fundadas.

22. El Sr. AL-BAHARNA, acogiendo con satisfacción el proyecto de estatuto presentado por el Relator Especial, se pregunta, a la vista de la profunda resonancia política del tema, si este proyecto no es prematuro, aunque la Comisión haya examinado ya esta cuestión, sin haber llegado a ponerse de acuerdo sobre los elementos esenciales de tal estatuto, y aunque la actualidad en los Balcanes y, en particular, los actos de genocidio que allí se perpetrar den pruebas de la necesidad de un mecanismo judicial para conocer de los crímenes internacionales.

23. A título de observaciones generales, el Sr. Al-Baharna señala en primer lugar que el proyecto de estatuto encierra disposiciones que sólo guardan una relación indirecta con un estatuto propiamente dicho: por ejemplo, los artículos 20 (Compromiso solemne), 21 (Estipendios, remuneraciones y sueldos) y 32 (Del acta del proceso), que corresponderían más bien al reglamento del tribunal. Señala también, a propósito de los artículos 12 (Designación de los magistrados) y 17 (Separación del cargo), que el sistema propuesto no garantiza de manera satisfactoria la independencia y la imparcialidad de los magistrados, imperativos que deben consagrarse en el estatuto del tribunal.

24. Pasando a las disposiciones clave del proyecto, el orador estima que una de las primeras cuestiones que hay que examinar es la de saber si el tribunal será un órgano judicial de las Naciones Unidas, como se prevé en el artículo 2. Sobre este punto el Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional subrayaba en el párrafo 76 de su informe¹² que: «En la primera fase, al menos, no es necesario tratar de dar a esta vinculación forma institucional, incorporando el tribunal en la estructura de las Naciones Unidas».

Sin suscribir esta opinión, el orador habría deseado que la Comisión tuviera varias opciones con el fin de poder adoptar una con pleno conocimiento de causa. Personalmente considera prudente y necesario que se establezca una vinculación firme entre las Naciones Unidas y el tribunal y que éste sea un instrumento de aquéllas, si no uno de sus órganos. Ulteriormente volverá sobre este punto.

25. El orador destaca que con espíritu de eficacia y de economía el Relator Especial propone en la versión A del artículo 25 (De la acusación) que «Todo Estado que interponga una querrela ante el tribunal asumirá la obligación de llevar adelante la acusación». Le parece no obstante que esta disposición va en contra del objetivo que se pretende lograr con la creación de un tribunal penal internacional, en el sentido de que los Estados pueden dejarse influir por consideraciones de oportunidad política más que por el deseo de llevar ante la justicia a los autores de un crimen. Pese a su costo, el orador prefiere «el procedimiento más clásico», es decir la versión B del artículo 25 en la que la función del ministerio público ante el tribunal se confía a un fiscal general.

26. Por lo que respecta al carácter del tribunal, el Grupo de Trabajo indicaba en el párrafo 46 de su informe que «el tribunal no debe ser un órgano de plena dedicación, sino una estructura que, una vez creada, pueda entrar en funcionamiento cuando se necesite». El Relator Especial propone pues en el artículo 12 (Designación de los magistrados) que los magistrados sean nombrados por los Estados partes en el estatuto. Semejante procedimiento se justifica quizá para un órgano como el Tribunal Permanente de Arbitraje, pero el Sr. Al-Baharna duda de que pueda aplicarse a un tribunal penal internacional, aun cuando no sea un órgano de plena dedicación. Propone pues que la Comisión prevea otra solución, a saber, la elección de los magistrados por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad o por la Asamblea General sola. Esa fórmula potenciaría la independencia y la imparcialidad de los magistrados a la vez que reforzaría los vínculos entre las Naciones Unidas y el tribunal.

27. Señalando que en el párrafo 3 del artículo 15 (Composición de las salas del tribunal), el Relator Especial propone que «el Presidente, o en su nombre el Vicepresidente, elegirá de la lista mencionada en el artículo 12 a los magistrados que formarán parte de cada una de las salas del tribunal», el orador considera que esta facultad es exorbitante y poco democrática, en la medida en que normalmente el tribunal sólo se materializará cuando el Presidente haya ejercido esa facultad. Conviene recordar a este respecto que el Grupo de Trabajo recomendó en el párrafo 50 de su informe que «Cuando se requiera la constitución del tribunal la sala de gobierno elegirá cinco magistrados para que formen el tribunal»; y también que en el párrafo 2 del artículo 26 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se dispone que «la Corte fijará, con la aprobación de las partes, el número de magistrados de que se compondrá dicha sala». Convendría inspirarse en estos dos ejemplos para ampliar la base del párrafo 3 del artículo 15 del proyecto de estatuto. El orador piensa, por otra parte, que una sala compuesta de nueve miembros sería demasiado numerosa y tendría dificultades para funcionar: parece preferible la solución

¹¹ *Ibid.*, párr. 52.

¹² Véase nota 6 *supra*.

del Grupo de Trabajo, a saber, una sala formada por cinco magistrados.

28. El Relator Especial, según declara, ha adoptado a propósito del derecho aplicable una posición «restrictiva», proponiendo un artículo 4 (Derecho aplicable) concebido en los siguientes términos: «El tribunal aplicará los convenios y acuerdos internacionales relativos a los crímenes correspondientes a su competencia [, así como los principios generales de derecho y la costumbre]», pero explicando en el comentario a este artículo que ha querido en este caso «mantener fidelidad a la labor realizada por el Grupo de Trabajo». Con todo, parece que el Relator Especial no haya tenido en cuenta la recomendación del Grupo de Trabajo en el párrafo 109 de su informe de que «quizá sea necesario añadir referencias a otras fuentes tales como el derecho interno, así como a las normas de rango secundario promulgadas por órganos de las organizaciones internacionales, en particular las Naciones Unidas». El Sr. Al-Baharna desearía que la Comisión ampliase las fuentes del derecho aplicable, conforme a la recomendación del Grupo de Trabajo y, en todo caso, que se supriman los corchetes que encierran la última frase del artículo 4.

29. El artículo 5 (Competencia) es sin duda alguna el más importante. En el apartado d del párrafo 4 de su informe, el Grupo de Trabajo declaraba opinar que la jurisdicción del tribunal no debiera ser obligatoria, posición razonable si se piensa en la situación actual del mundo y que el Relator Especial ha seguido. Pero aun apoyando la idea de base del artículo 5 propuesto por el Relator Especial, a saber que la competencia del tribunal se basará en el principio de su aceptación, el orador recuerda que en algunos instrumentos multilaterales, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio o la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, se confiere competencia a la CIJ para conocer de las controversias relativas a su aplicación. La cuestión es de saber si no habría que atribuir la misma competencia al tribunal previsto. En caso de que la Comisión responda a esta pregunta afirmativamente convendría añadir al artículo 5 una disposición complementaria que previera la competencia del tribunal sobre la base de las convenciones multilaterales preexistentes.

30. También en lo que respecta a la competencia del tribunal el Relator Especial señala en la introducción de su informe que «la competencia del tribunal no es exclusiva sino concurrente, ya que cada Estado tendrá la facultad de juzgar por sí mismo o de entregar un acusado al tribunal». Este postulado concuerda ciertamente con el principio según el cual la competencia debe subordinarse al consentimiento, pero el orador teme que origine en este caso una cierta confusión, incluso ciertas discordancias. En efecto, en estas condiciones un mismo crimen internacional será juzgado de manera diferente según que se someta a un tribunal nacional o se remita al tribunal internacional, por razón de la aplicación de procedimientos y sanciones diferentes. La Comisión debería pues establecer un sistema que permita minimizar los efectos perjudiciales del doble sistema de enjuiciamiento de los crímenes internacionales. El ideal sería evidentemente crear un mecanismo dotado de una competencia penal internacional exclusiva. Si esta solución no puede

aplicarse a todos los crímenes internacionales, que se aplique por lo menos a la agresión, al genocidio, a los crímenes de guerra y al *apartheid*.

31. El artículo 28 (De la entrega del acusado al tribunal) no ofrece solución para los casos en que el acusado haya abandonado el territorio del Estado querellante. En su comentario sobre este artículo el Relator Especial señala que en tal caso el Estado querellante debería obtener la extradición del acusado, pero esto no es muy satisfactorio. La Comisión podría pensar en hacer obligatoria la entrega del acusado en los asuntos presentados al tribunal. El orador conviene a este respecto en que el tribunal no estaría facultado para concertar acuerdos de extradición como se indica en el comentario, pero podría ser autorizado por su estatuto a pedir al Consejo de Seguridad que lograra la entrega del acusado.

32. Por lo que respecta a las penas, el Relator Especial propone en el artículo 34 (Las penas) que el tribunal, en espera de que se adopte un código penal internacional, aplique las penas previstas en la ley penal del Estado del que es nacional el autor del crimen o del Estado que haya presentado la denuncia o del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen. Esta propuesta, aunque en principio está en conformidad con la recomendación del Grupo de Trabajo, según la cual la pena impuesta será la prevista en la legislación nacional aplicable, dista de ser perfecta pues no precisa ni la ley penal que hay que adoptar ni la manera de elegirla. Dado que las penas se hallan en el núcleo de toda legislación penal, se impone una disposición más satisfactoria que el artículo 34. El orador acoge con sentimientos encontrados la disposición de este artículo 34 que figura entre corchetes: «[Sin embargo, no será aplicable la pena de muerte.].». Aunque desea que en el proyecto de estatuto se refleje con respecto a la pena de muerte una posición progresista, duda que sea oportuno incluir en él disposiciones que dificulten su aceptación. Sería más prudente suprimir esta disposición.

33. A propósito de los recursos, el Relator Especial propone dos variantes para el artículo 35: en la primera sólo se prevé la revisión y en la segunda se prevén la apelación y la revisión. Como señala el Relator Especial en su comentario a este artículo, la opinión de la Comisión está dividida sobre este punto. Pero al estar relacionada la cuestión de la apelación y la revisión con la de la competencia, la Comisión no puede pensar en una jurisdicción de apelación antes de haber tomado una decisión sobre la cuestión de la competencia. El orador propone pues que la Comisión no examine el artículo 35 hasta haber resuelto la cuestión de la competencia, recordando que el precedente de Nuremberg sobre el carácter definitivo de la sentencia no se aplica en este caso.

34. El Sr. ROSENSTOCK dice que la falta de respuesta a las observaciones del Sr. Arangio-Ruiz sobre la creación de un tribunal internacional debe interpretarse no como aprobación o desaprobación de esas observaciones, sino como reflejo del deseo de no desviar a la Comisión de la tarea que se le ha confiado más en particular aventurándose a formular en la presente etapa observaciones sobre cuestiones que examina otro órgano plenamente competente, a saber, el Consejo de Seguridad. Como se desprende del informe del Secretario Ge-

neral¹³, el Consejo de Seguridad, al crear este tribunal, actúa en el marco del mandato que le corresponde en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para responder como es debido a una necesidad reconocida como tal.

35. El Sr. THIAM (Relator Especial), respondiendo a una observación del Sr. Pellet, dice que al disponer en el artículo 28 que el Estado requerido deberá asegurarse «de que el interesado no goza de inmunidad procesal», no ha hecho más que recoger una conclusión del Grupo de Trabajo. Por lo demás, tal disposición no tiene nada de sorprendente: hay personas que gozan de inmunidad procesal, por ejemplo los diplomáticos que pueden ser enviados a su país, que les procesa, pero que no pueden ser procesados en el país en que están acreditados. Por consiguiente, si un diplomático goza de inmunidad procesal no debe poder tampoco ser detenido y entregado al tribunal. Se puede discutir la oportunidad de esta disposición, pero se explica. De igual modo, si el tribunal pide la entrega de una persona, las autoridades judiciales nacionales deberán asegurarse previamente de que el interesado no ha sido ya juzgado.

36. El Sr. KOROMA dice que no entiende bien por qué, como ha dicho el Sr. Pellet, un tribunal permanente no ha de desempeñar el mismo papel que un tribunal especial como el previsto en el caso de la antigua Yugoslavia. Le parece, por el contrario, que un tribunal permanente podría colmar las lagunas de una jurisdicción especial y responder a necesidades muy particulares. Al Sr. Pellet le extraña también que un tribunal internacional se base en leyes nacionales para juzgar a los autores de crímenes internacionales. Sin embargo, es normal, al no poder utilizar instrumentos internacionales para juzgar al autor de un crimen internacional sumamente grave, remitirse a las leyes penales del Estado del que éste es nacional. Por otra parte, contrariamente a lo que piensa el Sr. Pellet, un tribunal penal internacional no duplicaría los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales que ya existen, pues sólo conocería de los crímenes más graves. La creación del tribunal no supondrá pues necesariamente la desaparición de esos órganos, como el Comité de Derechos Humanos, que conservarán toda su utilidad. Finalmente, si bien es cierto que el tribunal penal internacional previsto no debe ser una réplica del Tribunal de Nuremberg¹⁴, también lo es que algunos de los principios de Nuremberg conservan su valor y que la Comisión podría inspirarse en ellos para elaborar el código de crímenes contra la humanidad.

37. El Sr. Sreenivasa RAO no ignora, como han recordado otros miembros de la Comisión, que el debate general sobre la cuestión de la creación de un tribunal penal internacional ha concluido y ha llegado el momento de pasar a propuestas concretas y precisas sobre la cuestión. Esa es la tarea que se ha encomendado al Grupo de Trabajo y la Comisión examinará a su debido tiempo el fruto de su labor. No obstante, desea hacer algunas observaciones sobre ciertas ideas generales expuestas por

numerosos oradores, en particular los Sres. Pellet, Yamada y Calero Rodrigues, que el orador suscribe plenamente.

38. Conviene insistir en el hecho de que la jurisdicción que se cree deberá ser suficientemente flexible para que la mayoría de los Estados puedan ser partes en su estatuto conservando la posibilidad de expresar ciertas reservas. Por otra parte, el papel que se atribuya al magistrado encargado del ministerio público ante el tribunal es un aspecto muy importante de la cuestión. El fiscal podría, en efecto, mantener el vínculo entre el tribunal y el Consejo de Seguridad, en particular en los casos de agresión, de manera que el tribunal no se utilice para silenciar una situación política difícil.

39. La cuestión de la relación entre competencia nacional y competencia internacional es capital y debe estudiarse a fondo. El problema esencial en la materia es el de la naturaleza misma de la competencia de los Estados en los casos en que se comete un crimen en su territorio. Es este un principio fundamental que no se debe infringir. No se debe subestimar la necesidad de conceder prioridad a la competencia territorial para una gama de delitos más amplia, aun cuando se cree un tribunal internacional permanente. Esta es en todo caso la mejor solución, en espera de que ese tribunal permanente esté debidamente constituido y tenga una estructura bien definida y competencias propias. No habría que suprimir el sistema ya existente, que pese a sus imperfecciones ha demostrado su eficacia, para sustituirlo por una institución que necesariamente evolucionará con el tiempo. Conviene al contrario preservarlo, lo que no impide por otra parte edificar un nuevo sistema que, una vez sólidamente establecido, podrá ulteriormente sustituirlo. Es este un punto importante que, a juicio del orador, no ha recibido toda la atención que merece.

40. El Sr. Sreenivasa Rao comparte también la opinión de los miembros de la Comisión que han acentuado la necesidad de remitirse a las leyes nacionales cuando no existan normas y principios establecidos de derecho internacional aplicables al caso examinado. Es esta la regla que se ha de aplicar en particular con respecto a las penas, puesto que ninguno de los instrumentos internacionales a los que cabría remitirse prevé sanciones. Nunca se insistirá demasiado en la necesidad de respetar ese principio.

41. Para terminar, el orador hace observar de nuevo que, aun cuando no se trata en esta etapa de reabrir el debate general, hay que dejar no obstante a los miembros de la Comisión la posibilidad de expresar e intercambiar opiniones generales, sea en sesión plenaria o en el seno del Grupo de Trabajo, pues la cuestión de la creación de un tribunal penal internacional suscita muchas preocupaciones de las que todavía no se han manifestado todas. El objetivo consiste en efecto en establecer un sistema en el que se tengan en cuenta concepciones culturales, experiencias y necesidades muy diferentes a fin de garantizar su imparcialidad, su objetividad y el respeto de la ley natural.

42. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, dice que el undécimo informe del Relator Especial debería permitir a la Comisión hacer progresos considerables en la redacción

¹³ Véase nota 8 *supra*.

¹⁴ Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg [véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/1316)*, págs. 11 y ss.; texto reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), párr. 45].

del estatuto del futuro tribunal penal internacional. La lectura de este informe y del informe del Grupo de Trabajo¹⁵ muestra que es muy conveniente mantener las garantías judiciales de que goza toda persona sometida a la justicia. La creación del tribunal por medio de un tratado debería bastar para darle la solidez necesaria. Es verdad que, como ha dicho el Sr. Pellet, no es fácil hacer de un tribunal creado por medio de un tratado un órgano de las Naciones Unidas; sin embargo conviene que el tribunal internacional esté vinculado a las Naciones Unidas de una u otra forma, con el fin de que represente a toda la comunidad internacional y goce del mismo prestigio y la misma autoridad que las Naciones Unidas.

43. Por lo que respecta a la cuestión de la competencia, y en particular a la competencia *ratione personae*, el Sr. Barboza, si bien aprueba el principio de una jurisdicción limitada a las personas, no está de acuerdo sin embargo con la idea de que la competencia del tribunal en la materia se subordine a la aceptación del Estado del que la persona es nacional y del Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen. El tribunal debería poder ejercer su competencia de dos maneras, sea en presencia del acusado y con su participación, sea en rebeldía. Es evidente que en el primer caso sería necesario el consentimiento del Estado directamente interesado, es decir, del Estado que entrega al acusado al tribunal, lo que limitaría la libertad de acción del tribunal. Sería preciso pues que éste estuviera facultado para juzgar en rebeldía, lo que, habida cuenta de la autoridad moral y jurídica de que gozaría, le permitiría llegar a decisiones que tendrían un valor político innegable. Ello tendría también la ventaja de dar a conocer a la opinión pública mundial hechos de los que hasta ahora sólo ha tenido un conocimiento parcial. Para evitar todo conflicto con las disposiciones de algunos instrumentos internacionales, y en particular del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sería necesario, naturalmente, dar al acusado juzgado de esta manera todas las garantías judiciales requeridas. Quizá habría que pensar también en la posibilidad de no aplicar automáticamente la pena dictada si el interesado aceptara ulteriormente comparecer ante el tribunal. El juicio podría revisarse así en su presencia y confirmarse o invalidarse según el caso. Tal sistema, que no exige el consentimiento de ningún Estado, permitiría acrecentar la eficacia del tribunal y su autoridad ante la opinión internacional.

44. En cuanto a la jurisdicción permanente del tribunal, el Sr. Barboza aprueba el artículo 8 sobre la cuestión, pero no está de acuerdo con la composición del tribunal que propone el Sr. Thiam. A su juicio, sería preferible que el tribunal estuviera formado por un pequeño número de magistrados, nueve u once, nombrados por la Asamblea General y no por los Estados, que no tendrían una función permanente sino que se reunirían mediante convocatoria del Presidente. Sólo funcionarían con carácter permanente la Mesa del tribunal, formada por el Presidente y el Vicepresidente o los Vicepresidentes elegidos por el colectivo de jueces, así como el Secretario y el Fiscal General, asistidos por un personal reducido.

45. Por lo que respecta al ministerio público, el orador apoya la versión B del artículo 25. Es necesario que exista un ministerio público que represente a la comunidad internacional, que actúe con plena independencia y al margen de toda consideración política. Es esencial también que los Estados interesados puedan intervenir en el proceso, como se prevé en el artículo 24 (De la intervención).

46. En su calidad de Presidente, el orador recuerda que el Sr. Yankov propuso (2299.ª sesión) que, habida cuenta del párrafo 6 de la resolución 47/33 de la Asamblea General, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional se denominase oficialmente en lo sucesivo Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional. De no haber objeciones considerará que la Comisión aprueba esta propuesta.

Así queda acordado.

El Sr. Mikulka ocupa la Presidencia.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (A/CN.4/446, secc. D, A/CN.4/450¹⁶, A/CN.4/L/487 y Corr.1)

[Tema 5 del programa]

NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

47. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) presenta su noveno informe (A/CN.4/450) que contiene la tercera versión de un proyecto de artículos sobre la prevención, recordando que la cuestión fue abordada ya en algunos de sus aspectos en los informes quinto, sexto, séptimo y octavo¹⁷.

48. La introducción del noveno informe se compone de las secciones A y B, que tratan respectivamente del mandato del Relator Especial y de la naturaleza de las obligaciones de prevención. La Comisión ha asignado al Relator Especial un mandato muy claro: limitar su examen a las actividades de riesgo, es decir, las actividades que pueden provocar daños transfronterizos como consecuencia de accidentes imputables a una pérdida de control, comenzando por los artículos relativos a las obligaciones de prevención. La cuestión de las actividades «de efectos nocivos», es decir actividades que producen daños transfronterizos en su desarrollo normal, será abordada después de terminar los trabajos sobre las actividades de riesgo.

49. En la sección B de la introducción, el Relator Especial expone las líneas generales de las obligaciones de prevención, definidas esencialmente como obligaciones de debida diligencia a cargo del Estado, lo que significa que éste debe esforzarse de buena fe por prevenir todo daño transfronterizo. Así el Estado cumplirá su obligación de vigilancia si aplica medidas administrativas razo-

¹⁵ Véase nota 6 *supra*.

¹⁶ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

¹⁷ Los cuatro informes anteriores del Relator Especial han sido reproducidos como sigue:

(Continuación en la página siguiente.)

nables para velar por el respeto de las normas que su legislación impone a los operadores.

50. Los artículos propuestos en el noveno informe, a excepción del artículo 20 *bis* (No transferencia de riesgos ni de daños), tienen todos su origen en el octavo informe, puesto que se inspiran en los nueve artículos que fueron reagrupados en el anexo dedicado a las normas no obligatorias.

51. En los anteriores informes el capítulo relativo a la «prevención» figuraba después del artículo 10, es decir que seguía inmediatamente a los artículos ya sometidos al examen del Comité de Redacción¹⁸. El Relator Especial considera que estos diez primeros artículos no se ven afectados por la directriz adoptada por la Comisión en su 44.º período de sesiones por recomendación del Grupo de Trabajo¹⁹, y que pueden aplicarse pues sin modificación a las actividades de riesgo. En el actual estado de cosas y a reserva de la opinión del Comité de Redacción, los artículos dedicados a la prevención comienzan pues en el artículo 11.

52. La presentación adoptada en el noveno informe podrá servir de base de partida para la elaboración de nuevos artículos. A tal efecto, el Relator Especial ha atribuido a cada uno de los artículos del anexo del octavo informe una sección, a la cabeza de la cual figura el texto de ese artículo, modificado en su caso para suprimir toda referencia a las actividades de efectos nocivos. Las observaciones formuladas durante el debate efectuado en el anterior período de sesiones de la CDI y en la Sexta Comisión, ciertos elementos tomados de informes anteriores, así como pasajes de instrumentos internacionales y de artículos de la doctrina, vienen a apoyar después el texto del nuevo artículo, reenumerado, que se propone al final de cada sección. Los nuevos instrumentos citados son en particular la Convención sobre efectos transfronterizos de accidentes industriales, la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo y el Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de las Aguas Transfronterizas Interiores²⁰, que se refieren principalmente a las obligaciones de prevención de los Estados. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo²¹ se cita

también en apoyo de algunas de las nuevas disposiciones.

53. El artículo I (Medidas de prevención) del anexo, reforzado con un texto relativo a las actividades preexistentes, se ha dividido en cuatro artículos, numerados de 11 a 14. El artículo II (Notificación e información) se ha reemplazado por los artículos 15 y 16. El artículo III (Seguridad nacional y secretos industriales) ha pasado a ser el artículo 17. Los artículos IV y V se han omitido en el noveno informe porque se refieren a actividades de efectos nocivos. El artículo VI (La consulta para un régimen) se ha modificado ligeramente y ha pasado a ser el artículo 18. El artículo VII (Iniciativa de los Estados afectados) ha pasado a ser el artículo 19 (Derecho del Estado presuntamente afectado); aparte de algunas modificaciones de forma, su tenor no se ha modificado.

54. El artículo VIII del anexo (Solución de controversias) ha sido omitido voluntariamente por el Relator Especial. La solución de las controversias puede referirse en efecto a dos tipos de situaciones. Cuando la controversia se produce en el momento de las consultas, se trata en la mayoría de los casos de divergencias de apreciación sobre ciertos hechos o ciertas consecuencias de la actividad considerada, que pueden resolverse rápidamente mediante la intervención de expertos encargados de determinar los hechos o de comisiones de investigación. En este caso, y dada la naturaleza de las cuestiones en juego, un procedimiento de este género, de carácter no apremiante, quizá les pareciera aceptable a los Estados. Por el contrario, en lo que respecta a la interpretación o la aplicación de los artículos, los gobiernos sin duda no estarían muy dispuestos a admitir una solución a cargo de un tercero. El Relator Especial ha preferido pues dejar provisionalmente a un lado la cuestión de la solución del primer tipo de controversias; volverá sobre ello cuando presente sus propuestas relativas a una cláusula general de solución de los litigios.

55. El artículo IX del anexo (Factores del equilibrio de intereses) se reproduce sin modificaciones en el artículo 20, en espera de que la Comisión le encuentre un lugar definitivo. El artículo 20 *bis* (No transferencia de riesgos ni de daños) podría colocarse en el capítulo dedicado a los principios o dejarse en el de la prevención a la que corresponde esencialmente.

56. Finalmente, el Relator Especial se ha interesado por el principio del «contaminador-pagador», que no se había abordado todavía en el marco del tema. Después de reflexionar estima, sin embargo, que la Comisión podría decidir examinarlo más adelante, en el contexto del capítulo relativo a los principios. En efecto, a diferencia del principio de no transferencia de riesgos o daños, que se refiere principalmente a las medidas de prevención, el principio del «contaminador-pagador» ha desbordado progresivamente el marco de la prevención para aplicarse a los gastos que corresponden, por ejemplo, a la reparación.

57. Habida cuenta de las opiniones expresadas anteriormente en el seno de la Comisión en cuanto al carácter muy general del capítulo relativo a la prevención, el Relator Especial piensa que los textos propuestos, que deberán remitirse al Comité de Redacción al final del presente debate, serán suficientes. Habrá que remitir

(Continuación de la nota 17.)

Quinto informe: *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte), pág. 139, documento A/CN.4/423;

Sexto informe: *Anuario...* 1990, vol. II (primera parte), pág. 89, documento A/CN.4/428 y Add.1;

Séptimo informe: *Anuario...* 1991, vol. II (primera parte), pág. 73, documento A/CN.4/437;

Octavo informe: *Anuario...* 1992, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/443.

¹⁸ Para el texto de esos artículos y un resumen del debate, véase *Anuario...* 1988, vol. II (segunda parte), págs. 11 y ss. Para los artículos revisados propuestos por el Relator Especial, que los redujo a nueve, véase *Anuario...* 1989, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párr. 311. El Relator Especial propuso, en su sexto informe, nuevas modificaciones a algunos de esos artículos, véase *Anuario...* 1990, vol. II (primera parte) (nota 17 *supra*); para el texto de los artículos propuestos, *ibid.*, págs. 112 a 117.

¹⁹ Véase *Anuario...* 1992, vol. II (segunda parte), párr. 349.

²⁰ E/CE/1225-ECE/ENVWA/16 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: F.90.II.E.28).

²¹ A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), págs. 2 a 6.

también al Comité de Redacción el proyecto de artículo 10 (No discriminación) ya previsto en los párrafos 29 y 30 del sexto informe²², y que la Comisión aprobó sin muchas observaciones.

58. El Sr. KOROMA felicita al Relator Especial por la claridad de su exposición, pero dice que se siente decepcionado de que la Comisión, al decidir ocuparse solamente de las medidas de prevención relativas a las actividades de riesgo, dé un paso atrás, siendo así que en el séptimo informe²³ y al final de los debates de 1989 se decidió, a su modo de ver, que continuaría interesándose por las actividades de efectos nocivos. Esto le conduce a plantear tres cuestiones. En primer lugar, ¿en qué momento se convierten las actividades de riesgo en perjudiciales o ilícitas? En segundo término, ¿qué lugar ocuparán en el proyecto los artículos sobre los efectos nocivos si, como ha dicho el Relator Especial, los artículos propuestos deben bastar para la elaboración de una convención general? En tercer lugar, el Sr. Koroma desearía saber si el Relator Especial prevé un sistema de solución de controversias distinto para las actividades de efectos nocivos. Por su parte, no comprende muy bien cómo el Relator Especial se propone articular las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos. Por ejemplo, ¿cómo aplicar a las actividades de riesgo el principio del equilibrio de intereses que rige la reparación si esas actividades están desprovistas de efectos nocivos? Finalmente, a propósito más en particular de la sección B de la introducción del noveno informe, donde se dice que «el Estado no tendrá en principio responsabilidad por actividades privadas sobre las cuales ejerció sus obligaciones de control», el Sr. Koroma considera que ello es contrario a los principios generales del derecho internacional y al desarrollo progresivo de ese derecho.

59. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) conviene en que la vía adoptada en el noveno informe supone un cierto retroceso, pero precisa que, si la Comisión ha decidido no examinar en un primer momento más que las actividades de riesgo, se trata no obstante de actividades que pueden provocar daños. En consecuencia, si la Comisión concibe primero un régimen de prevención de los daños transfronterizos habrá de abordar después el problema de la responsabilidad y de los mecanismos que permiten hacer entrar en juego esta responsabilidad cuando se producen daños. En otras palabras, se trata de instituir un régimen de prevención y de responsabilidad que entraña una obligación de reparación.

60. Por lo que respecta a la sección B de la introducción del informe, es cierto que si el Estado respeta su obligación de prevención, adoptando la legislación necesaria y vigilando su aplicación a fin de evitar que los accidentes producidos en el marco de la actividad de los operadores privados no ocasionen daños transfronterizos, no tendrá en principio ninguna obligación. No es menos cierto que el Estado podría asumir en ciertos casos una responsabilidad subsidiaria, por ejemplo, si el operador o su seguro no logran reunir los fondos necesarios para reparar el daño causado, como se prevé en ciertas convenciones en la esfera nuclear.

61. El Sr. PELLET no cree que la Comisión haya dado un paso atrás al decidir interesarse por la prevención. En efecto, del debate del año anterior se deducía que el ángulo de ataque más sólido para el examen del tema era la prevención. El Relator Especial ha procedido en su noveno informe a una sistematización de los antiguos textos cuyo resultado es coherente. Sea en sesión plenaria o en el seno del Comité de Redacción, la Comisión debe atenerse al procedimiento adoptado si no quiere hacer incomprensible de nuevo el tema.

62. El Sr. VERESHCHETIN aprueba las observaciones del Sr. Pellet, da las gracias al Relator Especial por la calidad y la claridad de su informe y recuerda que, si la Comisión decidió el año anterior dividir el tema en varias partes por razón de su dificultad, ello no significa que cada uno de estos aspectos haya de examinarse por separado. Insistir esta vez en las medidas de prevención relativas a las actividades de riesgo no excluye el examen de las medidas de prevención relativas a las actividades que pueden ser perjudiciales de facto, ni el examen de la responsabilidad financiera. Pero la Comisión debe atenerse, en una primera etapa, a la prevención y decidir llegado el momento proseguir el debate en sesión plenaria o remitir una gran parte de los artículos al Comité de Redacción.

63. El Sr. THIAM estima que si el tema no debe limitarse a la prevención hay que decir cuáles serán las etapas siguientes, pues es indispensable disponer de un plan global.

64. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) insiste en la necesidad de seguir el orden de los trabajos indicado en el informe. Por lo que respecta a los diez primeros artículos ya remitidos al Comité de Redacción, éste deberá examinarlos de nuevo rápidamente habida cuenta de la decisión de la Comisión de atenerse a las medidas de prevención relativas a las actividades de riesgo, limitándose a sugerir en su caso ciertas supresiones o modificaciones. Pero el Comité de Redacción deberá centrar sus trabajos en la redacción de los artículos relativos a la prevención. La Comisión debe de todas maneras evitar reabrir el debate y limitarse por el momento a la prevención, reservándose la posibilidad de abordar ulteriormente la responsabilidad, aunque sólo sea por respetar el título del tema.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2301.^a SESIÓN

Viernes 28 de mayo de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney,

²² Véase nota 17 *supra*.

²³ *Ibid.*

Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación)
(A/CN.4/446, secc. B, A/CN.4/448 y Add.1², A/CN.4/449³, A/CN.4/452 y Add.1 a 3⁴, A/CN.4/L.488 y Add.1 a 4, A/CN.4/L.490 y Add.1)

[Tema 3 del programa]

UNDÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El Sr. THIAM (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión por el interesante e instructivo debate que ha resultado muy provechoso. En su resumen desea centrarse en tres puntos principales: relación entre el tribunal y las Naciones Unidas; competencia y derecho aplicable; y funcionamiento del tribunal.

2. Hay acuerdo general en la necesidad de establecer un vínculo entre el tribunal y las Naciones Unidas. En realidad es difícil concebir que un tribunal pueda funcionar al margen de la Organización. El tribunal necesitará el apoyo logístico de las Naciones Unidas para su funcionamiento administrativo, por ejemplo para elegir los magistrados y para asuntos financieros. Sin embargo, independientemente de estas cuestiones materiales, el hecho es que el tribunal tendrá competencia en asuntos de interés directo para las Naciones Unidas, como los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. ¿Cómo podría el tribunal decidir sobre estas cuestiones sin tener en cuenta la Carta de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad? Así pues, aunque el Grupo de Trabajo tal vez desee modificar el texto del artículo 2 del proyecto de estatuto, se ha de mantener algún vínculo entre el tribunal y las Naciones Unidas.

3. Su propuesta inicial en un informe anterior fue que el derecho aplicable no se limitara a los acuerdos o convenciones sino que incluyera también los principios generales del derecho, la costumbre e incluso, en algunos casos, el derecho interno. Sin embargo, el Grupo de Trabajo ha llegado a la conclusión de que debe limitarse a los acuerdos y convenciones. El orador no está de acuerdo con ello: en una esfera como ésta, en la que se experimenta una constante evolución, la Comisión no debe apoyar una codificación rígida. Algunas cuestiones no están maduras y será necesario recurrir al derecho interno. Por ejemplo, todavía no se ha encontrado una formu-

lación apropiada para las penas, que varían considerablemente según el Estado y la filosofía de que se trate. También las consideraciones morales tienen una gran influencia a la hora de determinar cuáles deben ser las penas. Si el tribunal ha de imponer penas y ha de respetar el principio *nulla poena sine lege* tendrá que remitirse al derecho interno de un Estado cuando compruebe que se enfrenta con un vacío legal. El orador ha propuesto el derecho del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción o del Estado del que el acusado sea nacional. No tiene preferencia por uno u otro, pero no cree que el derecho interno se deba excluir sistemáticamente. En anteriores propuestas relativas a un proyecto de estatuto se ha previsto en efecto que el tribunal aplique el derecho interno de un Estado en determinados casos. Es satisfactorio observar que el Grupo de Trabajo ha estado reconsiderando su posición sobre este tema pues el día anterior en los proyectos de artículos propuestos en el Grupo de Trabajo se repetía la formulación que él mismo sugirió dos años antes⁵.

4. Por lo que respecta a la competencia del tribunal han surgido también diferencias de opinión en la Comisión y en el Grupo de Trabajo. En un principio el orador propuso que la competencia del tribunal no dependiera de la aceptación por parte de determinados Estados. Posteriormente, tratando de obviar las objeciones planteadas por un miembro de la Comisión, modificó su propuesta para subordinar la competencia a la aceptación por determinados Estados interesados. Esa propuesta fue criticada a su vez por otros miembros, quienes afirmaron que, por el contrario, no cabía admitir que la competencia dependiera del asentimiento del Estado del que el acusado fuese nacional. En realidad esa posibilidad se previó en el proyecto de estatuto de 1953 para un tribunal penal internacional⁶. A juicio del orador, no se puede crear un tribunal sin tomar en consideración la existencia y la competencia de los Estados. Se ha de hallar alguna forma de transacción porque el tribunal debe funcionar con el asentimiento de los Estados; de no ser así, quedaría paralizado desde el principio. Quizás la competencia pueda depender de la aceptación por el Estado en cuyo territorio sea hallado el acusado, pues si el tribunal ha de tratar de juzgar al acusado sin esa aceptación estaría constantemente juzgando en rebeldía, supuesto que no puede decirse que sea la mejor solución. Evidentemente, se han de superar todavía varias divergencias de opinión.

5. En lo que respecta a la organización del tribunal, el Grupo de Trabajo ha vacilado en cuanto al procedimiento para el nombramiento de los magistrados, elección o designación. A juicio del orador, no existe una gran diferencia. Los jueces designados son tan independientes como los elegidos, siempre que se les otorguen ciertas garantías, por ejemplo, que no puedan ser separados del cargo o que no puedan ser sancionados por las decisiones que adopten. Es práctica común en muchos Estados que el Ejecutivo designe a los magistrados y sin embargo esos mismos magistrados, actuando independientemente,

¹ Para el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario...* 1991, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

² Reproducido en *Anuario...* 1993, vol. II (primera parte).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Véase *Anuario...* 1991, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/435 y Add.1, cap. II.

⁶ Véase *Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional* (1953), 27 de julio-20 de agosto de 1953 [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/2645)*], anexo.

pueden dictar requerimientos contra los mismos ministros que los han designado e incluso incoar procesos contra ellos. En el caso de los tribunales constitucionales, los jueces designados pueden anular leyes si esas leyes son inconstitucionales. Así pues, mientras se les garantice la independencia, es indiferente que los magistrados sean elegidos o designados. Los miembros de la Comisión no deben confundir el procedimiento para nombrar árbitros de conformidad con el Estatuto del Tribunal Permanente de Arbitraje con la designación de magistrados por un tribunal penal internacional. En el caso del Tribunal Permanente de Arbitraje las partes en conflicto eligen árbitros de una lista preexistente, mientras que en el caso de que se trata los Estados partes en una controversia no eligen los magistrados que han de conocer del asunto. Se han puesto objeciones al uso del término «Asamblea General de Magistrados» (art. 13) aduciendo que podría confundirse con la Asamblea General de las Naciones Unidas. El orador desea señalar que el término «Asamblea General» es de uso común y las Naciones Unidas no tienen el monopolio del mismo.

6. En lo que respecta al procedimiento de instrucción (art. 26), el orador no prefiere el sistema francés y propone en cambio que la instrucción corra a cargo del propio tribunal en la audiencia. Este procedimiento se asemeja más al sistema británico. Si un caso es excesivamente complejo, el tribunal podría nombrar un comité especial de entre sus miembros para llevar a cabo la instrucción. Algunos miembros de la Comisión han mostrado su desacuerdo afirmando que debe establecerse un órgano de instrucción. El orador no se opone, pero ese órgano no contribuiría a lograr la estructura reducida, flexible pedida por el Grupo de Trabajo. El sistema del magistrado instructor es insatisfactorio porque tiene demasiado poder para tomar decisiones arbitrarias acerca de la libertad de una persona; ese magistrado a veces puede incluso hacer detener a una persona antes de haber conocido del asunto o haberla interrogado. Para que en la instrucción se respeten los derechos humanos, las facultades del magistrado instructor se han de limitar en toda la medida de lo posible y hay que buscar otra solución que evite que el magistrado adopte su decisión con arreglo a su capricho, en lugar de actuar de conformidad con la ley. Por consiguiente, esas investigaciones se han de efectuar no a puerta cerrada, sino en una audiencia pública. Si en la audiencia pública del tribunal pleno no se avanza, el tribunal puede nombrar un comité de investigación de entre sus miembros que podrá informar después al tribunal sobre el asunto.

7. En la versión A del artículo 25 el orador ha propuesto que se encargue de llevar adelante la acusación el Estado querellante y no un Fiscal General. Incluso en los tribunales en que un Fiscal General se encarga de la acusación, el querellante toma parte en el procedimiento, haciendo alegaciones y presentando pruebas en apoyo de las alegaciones formuladas. En muchos casos el Fiscal General simplemente repite los argumentos del querellante. La única diferencia es que el Fiscal General puede pedir penas porque representa al ministerio público, mientras que el querellante simplemente puede pedir compensación. Por consiguiente, ha propuesto la versión A porque es más simple. Por lo que respecta al artículo 35, relativo a los recursos, la revisión fue generalmen-

te aceptada, aunque ningún miembro de la Comisión se ha opuesto categóricamente a la apelación.

8. Con respecto a las penas, la cuestión se ha examinado en forma apropiada en relación con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y no con el proyecto de estatuto. Se han hecho varias propuestas, pero todavía no se ha adoptado ninguna. Si el tribunal se ha de crear sin que se prevea una escala de penas, resultará necesario remitirse a un derecho interno. Es concebible que un Estado pueda fijar la aplicación de su propia legislación interna en cuanto a la pena aplicable como condición para aceptar la competencia del tribunal.

9. Finalmente, desea expresar la esperanza de que ha abordado las cuestiones esenciales planteadas en relación con la competencia y la organización de un tribunal penal internacional.

10. El Sr. BENNOUNA da las gracias al Relator Especial por las aclaraciones que ha dado y dice que ha sido muy modesto acerca de los progresos que se han realizado.

11. Una cuestión que no ha tocado el Relator Especial en sus observaciones es la de los medios por los cuales el tribunal penal internacional pasaría a ser un órgano judicial de las Naciones Unidas. En el comentario al artículo 2 se hace referencia a la resolución 808 (1993) de 22 de febrero de 1993 del Consejo de Seguridad por la que se establece un tribunal internacional para el enjuiciamiento de personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en la antigua Yugoslavia desde 1991. Sin embargo, la Comisión ha rechazado la idea de crear el tribunal penal internacional sobre la base de una resolución de un órgano de las Naciones Unidas. Por tanto, el establecimiento del tribunal internacional no puede mencionarse como precedente.

12. La Comisión ha determinado que la mejor manera de establecer el tribunal penal internacional es un tratado internacional. En el comentario prácticamente no se toca este punto y habría sido útil estudiar los medios de lograr ese objetivo. La CII, por ejemplo, está prevista en la Carta de las Naciones Unidas. Se podría afirmar que si el tribunal penal internacional ha de ser un órgano judicial de las Naciones Unidas también debería estar mencionado en la Carta, pero para ello habría que modificarla.

13. Un planteamiento imaginativo del problema podría ser estudiar las consecuencias de que el tribunal penal internacional no se creara como un órgano de las Naciones Unidas *per se*. Podría utilizarse el ejemplo de los organismos especializados: al igual que ellos, el tribunal podría tener relaciones paralelas pero de cooperación con las Naciones Unidas sobre la base de un tratado o acuerdo. Se habría de establecer ese tipo de relación aunque sólo fuera para asuntos administrativos y financieros —la designación de los magistrados, por ejemplo—, pues en virtud del proyecto tal como está redactado actualmente ese asunto sería competencia de las Naciones Unidas.

14. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que las observaciones del Sr. Bennouna le han movido también a él a

presentar una serie de consideraciones que podrían ser provechosas.

15. Tiene profundos recelos acerca de la posibilidad de basar las actuaciones del futuro tribunal en un mecanismo especial como el creado por el Consejo de Seguridad para la antigua Yugoslavia. De no existir una interrelación entre un tribunal penal internacional y las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad podría comenzar a crear tribunales especiales siempre que estimase que ello era necesario. Las garantías que ofrecen estructuras más centralizadas están bien establecidas en los conceptos contemporáneos del derecho internacional. La descentralización conduce en definitiva a una simplificación excesiva en derecho internacional mientras que las ventajas de la centralización son una mayor flexibilidad en la preparación y aplicación de normas en el plano internacional.

16. El orador no puede estar de acuerdo en que si una cosa no está prevista en la Carta no se puede hacer. En vísperas del siglo XXI los legisladores no pueden considerarse vinculados por la concepciones del derecho que predominaron hace 50 años. Deben explorar nuevos medios para determinar la competencia específica de los órganos judiciales. Ya no puede utilizarse una interpretación restrictiva de esta competencia; debe decidirse más bien si la competencia inherente puede aplicarse con utilidad en un caso determinado. La opinión pública mundial parece tener mayor fe en las relaciones flexibles dentro de las Naciones Unidas y en un acuerdo asociativo entre la Organización y los tribunales nacionales.

17. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que apoya las ideas expuestas por el Sr. Villagrán Kramer acerca de la relación entre el tribunal y las Naciones Unidas, que no deben operar independientemente; más bien deben estar asociados en una forma que sea productiva para la comunidad internacional en su conjunto. Todavía no ha llegado a una posición definitiva sobre la forma que puede tomar esa cooperación: este sería un tema de evaluación colectiva por los miembros de la Comisión.

18. Sin embargo, está claro que si las Naciones Unidas verdaderamente desean disponer de un tribunal penal internacional habrán de adoptar las reformas necesarias para que el tribunal pueda funcionar sin infringir la Carta. El establecimiento de tribunales especiales por el Consejo de Seguridad no siempre es ventajoso y los miembros de la Comisión han indicado que no desean que el tribunal penal internacional sea totalmente dependiente del Consejo. El problema reside en hallar la forma de lograr una estrecha cooperación entre el tribunal y las Naciones Unidas sin establecer una relación de subordinación. Personalmente, no ve problema alguno en que el tribunal penal internacional sea un órgano de las Naciones Unidas. La CIJ es el órgano judicial principal del sistema de las Naciones Unidas, pero no el único.

19. Algunos miembros de la Comisión desean que el tribunal se cree mediante una resolución, mientras que otros prefieren un tratado. El orador piensa que pueden seguirse ambas vías. La Asamblea General podría adoptar una resolución y sobre esa base se podría elaborar un estatuto, firmando después los Estados Miembros un tra-

tado para darle efecto. En todo caso, ahora se debe dar prioridad a la elaboración del estatuto del tribunal.

20. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que acoge con satisfacción las opiniones expresadas por el Sr. Bennouna y el Sr. Villagrán Kramer acerca del establecimiento del tribunal penal internacional sobre la base de un tratado, algo que es absolutamente fundamental.

21. En el comentario al artículo 2 se hace referencia al tribunal internacional para la antigua Yugoslavia, pero en su opinión no puede establecerse ningún tribunal de justicia penal como órgano auxiliar de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, ni se puede crear tal tribunal mediante una resolución de uno de esos órganos, pues la Carta de las Naciones Unidas no les faculta para tomar esas medidas. Pueden establecer, como sucedió en el caso del Tribunal Administrativo, un órgano administrativo pero no un tribunal penal internacional. Propone tratar este tema delicado en una etapa posterior del debate.

22. El PRESIDENTE anuncia que se suspenderá la sesión para que el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional⁷ pueda continuar su labor.

Se levanta la sesión a las 11.00 horas.

⁷ La Comisión, en su 2300.ª sesión, el 25 de mayo de 1993, decidió que el Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional se denominase en lo sucesivo «Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional».

2302.ª SESIÓN

Martes 1.º de junio de 1993, a las 10.20 horas

Presidente: Sr. Gudmundur EIRIKSSON

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación*) (A/CN.4/446, secc. D, A/CN.4/450¹, A/CN.4/L/487 y Corr.1)

[Tema 5 del programa]

NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación*)

1. El Sr. PELLET celebra que el Relator Especial haya cumplido en forma en general convincente la misión que se le había asignado de presentar un informe limitado a la prevención, pero lamenta que no haya ido hasta el final de este supuesto. La prevención no constituye ciertamente la totalidad del tema pero es la parte más sólidamente establecida. Los Estados que ejercen o autorizan actividades que pueden causar daños en el territorio de otros Estados o en los espacios internacionales están sujetos a una obligación de prevención, que consiste en hacer todo lo que esté en su mano para impedir que se produzcan daños o limitar sus efectos. Tal es el derecho positivo que se ha traducido ya en una jurisprudencia relativamente abundante, comenzando por la sentencia dictada en el asunto de la *Fundición de Trail*². Por el contrario, no parece posible decir que los Estados tienen obligación de reparar en caso de daño ni que el momento es propicio para un desarrollo del derecho en ese sentido. Ahora bien, en su noveno informe (A/CN.4/450), el Relator Especial no se atiene del todo a esta distinción entre prevención y reparación y en varias ocasiones, en particular en la introducción y en los proyectos de artículos 14 y 20 *bis*, vuelve a exponer la idea de una prevención *ex post facto*. Quizá no deba excluirse totalmente esta idea. Pero en todo caso habría que dedicar a esta prevención *ex post* artículos distintos de los relativos a la prevención *ex ante*, que es la única prevención verdadera. En el mismo orden de ideas, al orador le extraña la reacción de los miembros de la Comisión que tras la presentación del noveno informe han lamentado que este documento sólo trate de la prevención de las actividades de riesgo, siendo así que la prevención no se justifica por una actividad que no presente riesgo *a priori* y que si el daño ya se ha producido el problema corresponde al ámbito de la reparación o de la limitación del daño y no de la prevención.

2. Por otra parte, el Sr. Pellet refuta la idea del Sr. Bennouna según la cual «actos no prohibidos por el derecho internacional» no significarían «actos lícitos»³. En efecto, el principio de la soberanía nacional entraña una presunción de regularidad en los actos realizados por el Estado en su territorio. Además, aceptar la idea del Sr. Bennouna equivaldría a trasladar el problema al ámbito del tema de la responsabilidad de los Estados.

3. El Sr. Pellet considera útil a este respecto recordar los dos sentidos diferentes del vocablo «responsabilidad»: en el sentido de la palabra inglesa *responsibility*

este término designa el mecanismo que puede conducir a la reparación; en el sentido de la palabra inglesa *liability* significa que se tiene a cargo una persona, una cosa, una situación. En el caso de las actividades realizadas en el territorio de un Estado hay que distinguir pues, entre las actividades ilícitas de que son responsables los Estados en el primer sentido del término, y que corresponden al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁴, y las actividades que no están prohibidas y por lo tanto no son ilícitas *a priori*, de las que los Estados son igualmente responsables pero en el segundo sentido del término, siendo la primera consecuencia de esta responsabilidad la obligación de prevenir los daños transfronterizos. La afirmación que se hace en la introducción del noveno informe según la cual la prevención no formaría parte de la responsabilidad es pues muy discutible. Por el contrario, la prevención se sitúa en el núcleo mismo de la responsabilidad y es por ser el Estado responsable (*liable*) de las actividades realizadas en su territorio por lo que tiene la obligación jurídica de prevenir los daños transfronterizos que puedan derivarse de ellas. Este principio tiene tal importancia que merecería que se le enunciara formalmente al comienzo de los artículos dedicados a la prevención. En el artículo 8 del proyecto principal⁵ se enuncia ciertamente una obligación de prevención, pero sin relacionar esta obligación con la responsabilidad entendida como *liability*.

4. En términos generales, es de lamentar que el Relator Especial se limite en su noveno informe a recoger los proyectos de artículos de carácter técnico que se presentaron en el año 1992, sin dar una imagen global de la obligación de prevención, siendo así que recuerda, y con razón, que varias disposiciones contenidas en sus informes anteriores bajo las rúbricas «Disposiciones generales» y «Principios» son válidas también en materia de prevención⁶. Si hubiera extraído de estas disposiciones los elementos necesarios, el Relator Especial habría podido presentar un todo homogéneo sobre la prevención que constituyera la primera parte del proyecto de artículos, seguida posiblemente de partes dedicadas a la reparación y a la solución de las controversias. El orador propone pues que se remitan al Comité de Redacción la mayoría de los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial, esperando que el Comité examinará a la vez estos proyectos de artículos y los elementos de los anteriores proyectos de textos que se le han remitido a fin de redactar un proyecto completo y coherente sobre la prevención.

5. Abordando los diferentes proyectos de artículos, el Sr. Pellet dice que los artículos 11 a 14 representan un progreso con relación al artículo I del anexo, derivado del antiguo artículo 16⁷, que trataba en una misma disposición los problemas diferentes que constituyen la autorización, las condiciones de esa autorización y la evaluación. Queda en pie la cuestión del orden en que hay que

* Reanudación de los trabajos de la 2300.ª sesión.

¹ Reproducido en *Anuario...* 1993, vol. II (primera parte).

² Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.

³ Véase *Anuario...* 1992, vol. I, 2271.ª sesión, párr. 18.

⁴ Para una reseña histórica del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, véase *Anuario...* 1991, vol. II (segunda parte), párrs. 302 a 307.

⁵ Para el texto del proyecto de artículos, véase *Anuario...* 1990, vol. II (primera parte), págs. 112 a 117, documento A/CN.4/428 y Add.1, anexo.

⁶ Documento ILC/(XLV)/None N.º 4, de 21 de mayo de 1993.

⁷ Véase nota 5 *supra*.

abordar estos problemas; la autorización de realizar actividades de riesgo sólo puede darse tras la evaluación de los riesgos, si es posible en cooperación con los demás Estados interesados. No parece pues deseable que el artículo relativo a la autorización sea el primero de la serie.

6. Por lo que respecta al artículo 12, el orador propone que la expresión «ordenará que se realice» se sustituya por las palabras «procederá a» pues la prevención de los riesgos graves forma parte de las prerrogativas y de las responsabilidades del Estado.

7. Es en esta fase, es decir en el momento de la evaluación de los efectos transfronterizos, y antes de que se otorgue la autorización, cuando sería lógico que el Estado responsable iniciara consultas con los demás Estados interesados (y no «afectados», puesto que se trata de actividades de riesgo), lo que se prevé en el artículo 15 en forma de obligación de notificar y de informar. En relación con este artículo, el orador mantiene su escepticismo sobre la posibilidad de imponer una obligación sea cual fuere a una «organización internacional con competencia en la materia» e incluso sobre la oportunidad de mencionar estas organizaciones salvo en el caso de que, como la Autoridad de los Fondos Marinos e incluso la OMI o la OACI, tengan a su cargo espacios no sometidos a la jurisdicción de los Estados. Expresa también ciertas reservas con respecto al apartado *d* del artículo 15, pues corresponde a cada Estado decidir quién debe ser informado y en qué forma.

8. El Sr. Pellet considera desequilibrado el artículo 18, relativo a la consulta previa. Sobre este punto, el Relator Especial ha partido implícitamente de una presunción de ilicitud, mientras que al ser el Estado de origen responsable de una actividad no prohibida debe presumirse que sus decisiones son regulares. Exigir que las soluciones sean «mutuamente aceptables» es pues excesivo. Ciertamente, el Estado de origen debe escuchar lo que los demás Estados tengan que decirle, pero le corresponde a él sólo tomar la decisión final, teniendo en cuenta en su caso los «factores del equilibrio de intereses» previstos en el artículo 20. El orador piensa también que sólo debería aparecer en el proyecto el principio de la consideración de los intereses de los otros Estados y de la comunidad internacional y que el enunciado de estos factores, de carácter no limitativo, debería figurar en el comentario.

9. El orador considera fundamental el problema de la presunción, puesto que el Estado tiene por hipótesis el derecho de realizar las actividades consideradas o de autorizarlas. Pero, como también hay hipotéticamente un riesgo de daño transfronterizo, este derecho debe ejercerse con prudencia y circunspección y la vigilancia del Estado debe efectuarse a la vez antes del otorgamiento de la autorización y después del mismo, cuando el operador comienza y prosigue sus actividades. Por lo tanto, el orador se inclinaría a prever que los Estados deben no promover —como se dispone en el artículo 14 (Conducción de las actividades)— sino imponer la suscripción de seguros, aun siendo consciente de que se trata de una cuestión de desarrollo progresivo del derecho.

10. Después de haber consultado, informado de buena fe, evaluado e impuesto las medidas de precaución necesarias, comprendido el seguro, el Estado debe poder au-

torizar la actividad sin que los Estados que tal vez resulten afectados puedan impedírselo, contrariamente a lo que se prevé implícitamente en el proyecto de artículo 18. En efecto, no se trata de hallar soluciones mutuamente aceptables sino de autorizar el ejercicio de la actividad lícita de «menor riesgo». En cambio, parece lógico otorgar a los Estados que no han sido consultados el derecho de hacer valer su punto de vista, con arreglo al espíritu de lo que se prevé en el artículo 19 (Derecho del Estado presuntamente afectado), pero con dos reservas. En primer lugar, no se trata de un derecho del Estado «presuntamente afectado» sino del Estado «susceptible de ser afectado». Después habría que examinar de nuevo el texto formulado por el Relator Especial con el fin de distinguir entre el riesgo, que es legítimo tomar aquí en consideración, y el daño, que no corresponde a la prevención. A juicio del Sr. Pellet, no hay por qué ir más lejos, en particular por lo que respecta a la solución de las controversias. En efecto, todas las obligaciones de prevención relacionadas con la *liability* son obligaciones firmes, que el Estado debe cumplir habida cuenta de las circunstancias, la tecnología existente y sus medios; si no las cumple, será responsable, pero en el marco del tema de la responsabilidad de los Estados.

11. En resumen, aun apreciando los esfuerzos realizados por el Relator Especial para centrar su informe en la prevención, el orador desea que se examine de nuevo seriamente la estructura del proyecto de artículos. Este debería primero plantear principios, comenzando por la obligación de prevención relacionada con la responsabilidad por los riesgos que presentan las actividades previstas. Ello supondría una combinación del párrafo 1 del artículo 3 y de los artículos 6 y 8 y exigiría también que en esta parte del proyecto se recogieran las disposiciones de los apartados *a* y *b* del artículo 2 que ya han sido remitidas al Comité de Redacción⁸. Quizá habría que prever también en esta parte general un artículo relativo a los riesgos para los espacios que no están sometidos a la jurisdicción nacional de los Estados (*global commons*).

12. Después de los principios vendrían las modalidades, clasificadas en seis apartados diferentes: *a*) la notificación, la información y sus límites; *b*) la evaluación, habida cuenta de las opiniones de los otros Estados —y quizá de las organizaciones internacionales— susceptibles de ser afectados y el equilibrio de intereses; *c*) la autorización, subordinada a un seguro que cubra de manera efectiva los riesgos; *d*) el mantenimiento de la obligación de vigilancia después del comienzo de las actividades y la cuestión de las actividades ya en curso en el momento de la aprobación de la convención; *e*) la posible reagrupación de todas las disposiciones relativas a la cesación y la limitación del daño, lo que puede llamarse la prevención *ex post*; y *f*) el enunciado expreso de otro principio general fundamental, según el cual si el Estado en cuyo territorio se desarrolla la actividad de riesgo no respeta las obligaciones de prevención que le incumben entrará en juego su responsabilidad por incumplimiento. Este principio precisaría lo que se prevé, de forma un poco esotérica, en el artículo 5 ya remitido al Comité de Redacción⁹.

⁸ Véase 2300.ª sesión, nota 18.

⁹ *Ibid.*

13. Finalmente, y a reserva de una divergencia de fondo sobre la presunción de licitud, el orador desea, como el Relator Especial lo indica en la introducción de su informe, que el conjunto de los artículos 1 a 20 *bis* sea examinado por el Comité de Redacción en el presente período de sesiones, pero exclusivamente en la perspectiva de la prevención de los riesgos.

14. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que el noveno informe del Relator Especial constituye una etapa en el trabajo realizado por la Comisión, a la vez desde el punto de vista del fondo y desde el punto de vista del método. En primer lugar, con respecto al fondo, porque la prioridad otorgada a la prevención debería permitir definir las bases del sistema de aplicación de la responsabilidad de los Estados y, por consiguiente, hacer retroceder la primacía de la presunción derivada del hecho de que las actividades de riesgo se desarrollan en su territorio. A continuación, en el plano del método porque el Relator Especial ha modificado la posición del concepto de prevención en el proyecto de manera pragmática. Renunciando a tratar de la prevención en un anexo, ha preferido hacer de la prevención un principio general del derecho, que después ha desarrollado indicando algunas de sus condiciones de aplicación. El noveno informe ofrece pues los jalones de un régimen jurídico coherente cuyo estudio podría confiarse al Comité de Redacción, debiendo consistir la tarea de éste no simplemente en revisar sino en formular de nuevo los proyectos de artículos propuestos a fin de paliar las carencias que presentan, algunas de orden estructural y otras de orden material.

15. En el orden estructural, los artículos 10 a 20 *bis* no reflejan las disparidades de desarrollo o de industrialización entre los Estados sometidos al principio de prevención. Los países en desarrollo, en los que toda actividad industrial, incluso rudimentaria, es por definición una actividad de riesgo, no tienen en efecto ni el utillaje industrial ni el aparato legislativo y administrativo que les permitan responder en las mismas condiciones que los países desarrollados a las exigencias de la aplicación de las reglas primarias que se propone instituir. Tal como está concebido en el proyecto de artículos propuesto, el principio de la prevención deja al margen la situación de esos países en materia de acceso a las técnicas industriales, y la aplicación indiferenciada de las normas primarias que de ello se derivaría podría dar lugar a una nueva forma de condicionalidad de la transferencia de la tecnología, con el riesgo de que los países en desarrollo vacilen cada vez más en adherirse al sistema preconizado en el marco de las Naciones Unidas. Sería necesario, pues, que la Comisión tuviera en cuenta este hecho, previendo en favor de los países en desarrollo cláusulas especiales que no por ello comprometerán la universalidad del sistema que proponga. El Relator Especial ciertamente no es indiferente a estas preocupaciones, como lo demuestra en su informe, pero propone que se inserte el texto que prevé a este respecto entre los «principios que orientan la aplicación de todas las normas particulares». El Sr. Pambou-Tchivounda estima, por el contrario, que es en la etapa de los principios de orden general donde conviene definir uno o varios criterios de modulación que darán toda la medida de su utilidad en el momento de la formulación de normas particulares. Hay ahí una laguna en la concepción misma del tema que todavía es tiempo de colmar.

16. El otro defecto estructural del noveno informe reside en la ordenación de los proyectos de artículos. Las disposiciones que corresponden a las «medidas de prevención» (arts. 11 a 14), la «notificación e información» (arts. 15 y 16) y las «consultas con miras a determinar un régimen» (art. 18) tienen todas la misma finalidad: explicitar el principio de prevención. Por el contrario, la disposición titulada «Seguridad nacional y secretos industriales» (art. 17) fija un límite al campo de aplicación del principio general de prevención. Ahora bien, como subraya el Relator Especial a propósito de la participación del Estado afectado, la evaluación de los efectos, la notificación, la información y la consulta son obligaciones íntimamente ligadas. Esta irrupción de la excepción en medio de la regla da pues una impresión de incongruencia. Una simple permutación de las disposiciones permitiría restablecer la unidad del principio, no por preocupaciones de pura forma sino por lograr mayor coherencia en el debate.

17. En el capítulo de las deficiencias materiales que se pueden atribuir al noveno informe del Relator Especial, cabe mencionar ante todo la grave alteración del sistema que supondría la cláusula relativa al doble privilegio derivado de los motivos de seguridad nacional y secretos industriales. La cláusula de excepción prevista en el artículo 17 no carece de valor pero, además de que refuerza la desigualdad entre los Estados, puede invalidar el objeto y el alcance de la obligación de cooperar de buena fe. En particular, podría imposibilitar toda veleidad de ejercicio del derecho de iniciativa que el artículo 19 reconoce al Estado susceptible de ser afectado al conceder al Estado de origen una facultad discrecional no solamente sobre las informaciones que se han de transmitir sino incluso sobre la decisión de transmitir las o no. Este exorbitante monopolio exige correctivos para preservar el equilibrio de intereses, pero también en atención al realismo, habida cuenta de los medios de teledetección cuya utilización puede hacer por otra parte ilusoria la cláusula de excepción.

18. El segundo problema de fondo que el orador señala a la atención de la Comisión es el de la autonomía del régimen que ésta va a formular. En efecto, definir las normas primarias que se derivan de la obligación de prevención en el caso de las actividades de riesgo equivale en cierto modo a someter estas actividades al derecho internacional a través de los Estados. Todo incumplimiento de la obligación de prevención constituirá así un hecho internacionalmente ilícito en el sentido del derecho común de la responsabilidad internacional, y el Estado demandante no hará más que ejercer la facultad que le reconoce la jurisprudencia establecida de hacer respetar en beneficio propio el derecho internacional, y más concretamente el derecho internacional general. Pero, en estas condiciones, ¿cómo distinguir entre el derecho común de la responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos y el derecho particular de la responsabilidad internacional por actividades de riesgo, supuestamente no prohibidas por el derecho internacional? La Comisión habrá de dar respuesta algún día a esta pregunta.

19. El Sr. BENNOUNA recuerda que la Comisión ha decidido redactar un proyecto de artículos, no sobre la responsabilidad en el sentido estricto del término sino

sobre la prevención y los medios de remediar los daños, concediendo prioridad a la prevención y que, con esa idea, invitó al Relator Especial a que presentara en esta fase proyectos de artículos reguladores de las actividades que pueden causar un daño transfronterizo. A su juicio, esta decisión plantea dos cuestiones. La primera es la definición de la prevención y sobre este punto el orador suscribe en gran medida las observaciones del Sr. Pellet. La segunda es la diferencia entre actividades de riesgo y actividades de efectos nocivos, entre las cuales el Relator Especial hace sutiles distinciones siendo así que esta diferencia quizá no sea tan clara como parece.

20. Por lo que respecta al título del tema, se ha decidido volver a estudiarlo al final de los trabajos y en efecto es preferible abordar en la actualidad el problema fundamental: el de las obligaciones y la responsabilidad en que se incurre en el caso de actividades estatales que tengan efectos transfronterizos. Ya es tiempo de cortar el cordón umbilical que unía el tema en estudio y el tema de la responsabilidad de los Estados.

21. De hecho el tema se articula en torno a las obligaciones jurídicas emanadas del ejercicio de una actividad que tiene efectos transfronterizos y que pone en juego automáticamente los derechos de los agentes de que se trata y los límites de esos derechos. Conviene así determinar la fuente jurídica de estas obligaciones que puede no ser una fuente determinada sino relacionarse con diferentes formas de creación del derecho, como los tratados, la costumbre, los principios. Si no se llega a ello habrá que calificar la actividad, el comportamiento del Estado, por referencia al orden público internacional, porque es éste el que confiere la condición de sujeto de derecho y regula las relaciones pacíficas entre los Estados. Así se podrá tratar de remediar el vacío jurídico, especie de «estado natural de las cosas» en el que la relación de potencia no se encuentra de ninguna manera mediatizada por el derecho. Por otra parte, el artículo 6 (La libertad de acción y sus límites)¹⁰ establece este nexo con el orden público internacional, consecuencia del principio de la igualdad soberana de los Estados, que se quiebra si un Estado hace correr un riesgo a otro Estado.

22. La Comisión está llamada así a formular normas de carácter supletorio aplicables a las consecuencias de la actividad del Estado que nacen al margen de la voluntad de éste, incluso de toda expresión de la *opinio juris*. En este sentido es la actividad la que hace nacer las obligaciones que tienen por objeto preservar la igualdad soberana de los Estados. Y estas obligaciones deben situarse ante el hecho consumado: tal es la función de la prevención, indispensable para que el derecho cumpla su función de protección y de garantía con respecto a sus sujetos. En suma, la Comisión debe, en su función de codificación del derecho internacional, trazar un marco jurídico en el que se inscriban las actividades de riesgo y que dé a los Estados y a los tribunales los puntos de referencia necesarios. Los gobiernos deben saber que al actuar en el interior de sus fronteras asumen al mismo tiempo obligaciones y responsabilidades internacionales.

23. Los proyectos de artículos deberían pues ser tan generales como sea posible, a fin de no desnaturalizar la

obligación de prevención mediante un juridismo y unos procedimientos excesivos que se corresponderían mal con la realidad. Los Estados esperan, no un procedimiento detallado y coercitivo, sino el enunciado de obligaciones generales en las que se inspirarán para precisar sus relaciones en la materia.

24. En el conjunto de los artículos propuestos, el artículo 14 (Conducción de las actividades), que se sitúa en el núcleo de la obligación de prevención, parece aceptable con algunas modificaciones. El orador comparte las observaciones del Sr. Pellet sobre el concepto de prevención y hace observar que en este texto se prevén dos tipos de prevención —la prevención antes de que se produzca el daño y la prevención *ex post facto*—, lo cual justifica el Relator Especial en el informe diciendo que de esta concepción amplia de la prevención «tratan la mayoría de los convenios de responsabilidad civil». Pero, precisamente, no se trata aquí de responsabilidad civil ni de un determinado convenio, sino de obligaciones generales de prevención antes de que se produzca el daño. El problema de la prevención *ex post facto* remite a la responsabilidad propiamente dicha, con la cesación de la actividad y la indemnización por los daños causados; y es esa otra cuestión que corresponde a la segunda parte del tema, es decir, las medidas correctivas. Partidario de una concepción restrictiva de la prevención, el orador invita pues al Comité de Redacción y al Relator Especial a atenerse a esta concepción y propone que se modifique como sigue el artículo 14:

«El Estado asegurará, a través de acciones legislativas, administrativas o de otro carácter, que sólo se permitan en su territorio las actividades de los operadores que adopten todas las medidas, incluyendo la opción de la mejor tecnología disponible, para minimizar el riesgo de daños transfronterizos. El Estado someterá el ejercicio de esas actividades a la suscripción de un seguro en función del riesgo corrido.»

25. El artículo 12 (Evaluación del impacto transfronterizo) es innecesario: es al Estado al que corresponde decidir sobre cómo debe proceder. Es seguro que el Estado procederá a hacer una evaluación, incluso investigaciones, e impondrá uno u otro material, antes de otorgar o denegar su autorización, se trate de actividades preexistentes o de actividades nuevas.

26. El artículo 15 (Notificación e información) no es satisfactorio. El Estado de origen no ha de informar a los otros Estados de las conclusiones de su evaluación: debería más bien informarles del tenor de su legislación y de las medidas que ha adoptado para asegurar la conformidad de las actividades con esa legislación. El orador comparte también las observaciones del Sr. Pellet sobre la función de las organizaciones internacionales y la información del público.

27. El Sr. Bennouna apoya el artículo 16 (Intercambio de informaciones) así como el artículo 17 (Seguridad nacional y secretos industriales), disposición que le parece clásica, contrariamente a lo que opina el Sr. Pambou-Tchivounda. Comparte también algunas de las observaciones hechas por el Sr. Pellet a propósito del artículo 18 (La consulta previa) y no ve por qué esta consulta ha de ser previa al desarrollo de la actividad: la actividad de un

¹⁰ *Ibid.*

Estado no debe someterse a la intervención de otro Estado. La consulta debe efectuarse a raíz del intercambio de informaciones y no tiene que conducir necesariamente a soluciones mutuamente aceptables. El Sr. Bennouna remite sobre este punto al comentario sobre el artículo 18. Por otra parte, piensa también que el título del artículo 19 (Derecho del Estado presuntamente afectado) es impropio. Se pregunta incluso si este artículo es necesario. La consulta prevista en el artículo 18 es suficiente: puede ser solicitada por uno u otro de los Estados. Finalmente, por lo que respecta al artículo 20 *bis* (No transferencia de riesgos ni de daños), el Sr. Bennouna no concibe muy bien que los Estados desplacen riesgos o daños. Este artículo no hace más que complicar la situación.

28. En resumen, el orador conviene en que la Comisión debe avanzar en sus trabajos, pero ateniéndose a obligaciones tan generales como sea posible que puedan servir de marco de referencia dejando a los Estados el máximo margen de maniobra.

29. El Sr. TOMUSCHAT lamenta que el noveno informe del Relator Especial, de una lógica por demás impecable, no sea la ocasión de proceder a un balance del trabajo ya realizado y de examinar, en particular, los hechos sobrevenidos desde 1985 en materia de prevención. Suscribe la idea del Sr. Pellet de introducir en el proyecto un primer artículo en el que se exponga claramente el principio de prevención y la observación del Sr. Bennouna según la cual este principio se deriva esencialmente del de la igualdad de los Estados. Pero la cuestión que le parece de suma importancia desde que se dio una nueva orientación al tema en el 44.º período de sesiones es la del alcance *ratione materiae* del proyecto de artículos. Se trata, claro está, de la prevención, pero habría que definir también con claridad los tipos de actividades a las cuales se aplicará el instrumento futuro. El artículo 11 propuesto por el Relator Especial no hace más que remitir al artículo 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos) que, incluso unido al artículo 2 (Términos empleados), no colma esta laguna. En efecto, en el artículo 1 se habla de actividades que llevan consigo un riesgo y en el artículo 2 se añade que se trata de un riesgo de daño transfronterizo apreciable. Pero hay toda clase de actividades que pueden causar un daño transfronterizo y el Relator Especial habría debido enumerar las diferentes categorías de actividades de este tipo en lugar de proponer normas que no pueden aplicarse más que a ciertos grupos de actividades, por ejemplo la construcción de centrales nucleares. Las disposiciones de este carácter no pueden definirse en abstracto sin reflexionar primero sobre todo el abanico de actividades humanas a las que pueden aplicarse. En toda sociedad industrial hay actividades normales, habituales o no, que son portadoras de riesgos y que quizás exigirían reglas especiales, diferentes de las aplicables a los grandes complejos industriales. Si se puede extraer una lección general del derecho del medio ambiente es que los esfuerzos de prevención deben adaptarse siempre a las características del peligro que se ha de combatir.

30. No es superfluo plantearse la cuestión de la utilidad de las normas generales. Para impedir que el peligro tome forma, la comunidad internacional debe dotarse de reglas concretas que vayan más allá de la Declaración de

Estocolmo de 1972¹¹ y de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹². Además, hay que enumerar los sectores que todavía no están suficientemente reglamentados. Ciertamente, el Relator Especial menciona la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo y la Convención sobre el impacto transfronterizo de accidentes industriales; pero no examina las repercusiones de estos dos instrumentos en el tema en estudio y estas repercusiones son quizá considerables. Tal vez habría debido precisar también cómo concibe las relaciones entre las normas que propone y las disposiciones, a menudo bastante detalladas, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. Antes de toda labor de redacción habría que disponer de este complemento de información para definir con exactitud el alcance de las normas relativas a la prevención. El tema en examen es importante y la comunidad internacional espera de la CDI resultados concretos. Por desgracia, la Comisión todavía no está en condiciones de producir tales resultados.

31. El Sr. CALERO RODRIGUES hace observar que la Comisión no ha facilitado mucho la tarea del Relator Especial cuando en su período de sesiones anterior le invitó a que presentara una vez más proyectos de artículos sobre las medidas preventivas que se han de adoptar en el caso de actividades que puedan causar un daño transfronterizo¹³, por contraposición —que por su parte no aprecia muy bien— a las actividades que causan efectivamente un daño transfronterizo, sin haber tomado no obstante decisión alguna sobre ciertas cuestiones fundamentales. Así, por ejemplo, el Relator Especial, en el artículo 11 que propone, remite a las «actividades del artículo 1», siendo así que este artículo no se ha ultimado todavía.

32. Pese a ello, el orador se atenderá a la decisión de la Comisión y se limitará a responder a las cuestiones planteadas por el Relator Especial y a exponer las reflexiones que le inspira el informe. La primera cuestión, muy importante, es la de saber si hay que prever disposiciones sobre la solución de las controversias y si estas disposiciones se aplicarían a las controversias en general o sólo a las derivadas de las consultas previstas. En su informe, el Relator Especial presenta argumentos convincentes en favor de procedimientos referidos especialmente a las controversias relativas a la evaluación original del riesgo, en particular en la forma de comisiones de investigación. Por su parte, el orador conviene en que es necesario dedicar artículos a la solución de las controversias que pueden surgir con respecto a la naturaleza del riesgo y el desarrollo de la actividad.

33. Otra cuestión es la de saber si hay que hacer una lista de los factores del equilibrio de intereses, como se propone en el artículo 20. El Relator Especial defiende en su informe el mantenimiento de una lista de este tipo. El orador está dispuesto a aceptar la idea si la mayoría de

¹¹ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14 y corrección), primera parte, cap. I.

¹² A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), págs. 2 a 6.

¹³ Véase *Anuario...* 1992, vol. II (segunda parte), párr. 349.

la Comisión la apoya, pero a condición de que estas disposiciones figuren en un anexo. No cree que sea útil la inclusión de ese texto en el cuerpo del proyecto porque, como se desprende de la disposición introductoria del artículo 20, esta lista no puede ser exhaustiva. En esas condiciones, ¿por qué mencionar factores a título de ejemplo si los Estados no están obligados a tenerlos en cuenta?

34. El orador piensa, como el Relator Especial, que el principio «contaminador-pagador» no debe figurar en los artículos relativos a la prevención del riesgo, sino entre los principios generales. Apoya también la iniciativa adoptada por el Relator Especial a propósito del artículo 20 *bis* (No transferencia de riesgos ni de daños). A este respecto, señala un error en la versión inglesa del artículo en el que la expresión *between areas or environmental media* no traduce la expresión de la versión española original «de un lugar o medio ambiente a otro».

35. El Sr. Calero Rodrigues reconoce también que es innecesario incluir en el proyecto de artículos disposiciones sobre cuestiones como la planificación previa a los desastres, la preparación para casos de emergencia, o el pronto aviso de accidentes, pues el instrumento previsto es un instrumento de carácter general.

36. El orador por el momento no tiene ninguna observación particular que hacer sobre el texto de los proyectos de artículos, que el Comité de Redacción podrá sin duda mejorar. Señala no obstante que habrá que precisar si la evaluación prevista en el artículo 12 (Evaluación del impacto transfronterizo) incumbirá al operador o al Estado. A propósito del artículo 13 (Actividades preexistentes), cree que el Estado debería subordinar la posibilidad de autorizar el mantenimiento de la actividad a la concertación de un acuerdo con los otros Estados interesados, o por lo menos al resultado de las consultas entabladas con ellos, pues la responsabilidad del operador no tiene efecto alguno sobre el riesgo y los demás Estados pueden tener algo que decir sobre el propio riesgo. Finalmente el Sr. Calero Rodrigues señala que en el artículo 15 (Notificación e información) se dice «la evaluación del artículo anterior», siendo así que en el artículo 14 (Conducción de las actividades) no se trata de la evaluación. Ahora bien, como se ha dicho ya, la información que se ha de comunicar a los otros Estados no debe referirse solamente a la evaluación, sino también a la decisión que ha tomado o va a tomar el Estado en cuyo territorio se realiza la actividad. Habría pues que modificar el artículo 15 con el fin de precisar el objeto de la notificación y la información.

37. El Sr. VERESHCHETIN dice que la tarea que se ha confiado al Relator Especial es difícil y compleja, pues se halla estrechamente relacionada con el derecho internacional del medio ambiente. Comparte a este respecto la opinión expresada por el representante de Austria cuando se examinó la cuestión en la Sexta Comisión en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, según el cual la elaboración de instrumentos distintos, aplicables a situaciones diversas, sería preferible quizá a un régimen jurídico único de protección del medio ambiente¹⁴. Es una idea que ha recogido el Sr. Tomuschat al insistir en la necesidad de definir

mejor el alcance de los artículos relativos a la prevención. El orador da como ejemplo de trabajo productivo en materia de protección del medio ambiente en el caso de actividades concretas la aprobación de los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre¹⁵, que se refieren a la prevención de los riesgos de una determinada actividad. En otros sectores podrían aplicarse reglas particulares de este tipo.

38. No hay que perder de vista que llegará el momento que haya que responder con precisión a la cuestión de saber si el derecho internacional prohíbe o no las actividades que pueden causar daños transfronterizos apreciables. Si la respuesta es afirmativa, la cuestión que constituye el objeto del noveno informe deberá situarse en el marco general de la responsabilidad de los Estados. Habida cuenta de la complejidad del tema, conviene pues celebrar la tentativa que han hecho la Comisión y el Relator Especial para examinarla sucesivamente en sus diversos elementos. Aun siendo de los que piensan que el problema de la prevención de los daños no está directamente relacionado con la cuestión de la responsabilidad objetiva (*liability*), el orador atribuye no obstante mucho interés a los artículos propuestos por el Relator Especial, en la medida en que el hecho de que la Comisión centre por el momento sus trabajos en las normas en materia de prevención no significa que renuncie a examinar otras cuestiones en relación con el tema estudiado.

39. El Relator Especial ha decidido presentar los nuevos artículos sobre la prevención de los daños partiendo de los ya remitidos al Comité de Redacción. Es un método de trabajo lógico y comprensible pero que presenta no obstante algunas dificultades materiales, dado que los artículos precedentes se referían a la vez a las actividades de riesgo y a las actividades que causan efectivamente un daño transfronterizo y que estos textos no han sido aprobados todavía por el Comité de Redacción. Sería preferible pues que los nuevos artículos propuestos fueran independientes de los artículos anteriores y llevaran números que les sean propios, con el fin de evitar toda confusión.

40. Por lo que respecta a los artículos 11 a 14 propuestos en sustitución del artículo I del anexo, el Relator Especial habla de medidas unilaterales de prevención, y el orador se pregunta si esto significa que las medidas propuestas en los artículos siguientes serán medidas bilaterales o multilaterales. Por otra parte, cabe preguntarse si la notificación y la información de las actividades previstas por un Estado sin tener en cuenta la opinión del otro Estado, así como las consultas, pueden considerarse como medidas de prevención de los posibles daños. La obligación de informar puede ser innecesaria en determinados casos e indispensable en otros. Así, el lanzamiento de satélites es una actividad de riesgo que puede causar un daño transfronterizo, pero la comunicación de informaciones técnicas sobre esta actividad sólo es indispensable si el satélite tiene una fuente de energía nuclear a bordo, lo que acrecienta el riesgo de daño. De ahí la necesidad de disponer de un instrumento en el que se trate concretamente de esta situación, a saber los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear

¹⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 26.ª sesión, párr. 57.*

¹⁵ Resolución 47/68 de la Asamblea General.

en el espacio ultraterrestre. Se puede dudar pues del fundamento de los artículos 15 y 16, pues es difícil formular principios que sean válidos para todos los tipos de actividades de riesgo, tanto más cuanto que el término mismo de «prevención del riesgo» es muy discutible. En efecto, una actividad llamada de riesgo presupone que es imposible descartar totalmente ese riesgo y que sólo se puede reducirlo.

41. El Sr. Vereshchetin agradece al Relator Especial los esfuerzos que ha realizado con el fin de cumplir su tarea. Pero señala que quedan todavía muchas cuestiones delicadas sin respuesta y duda de que el Comité de Redacción pueda en la presente fase llegar a resultados concretos.

42. El Sr. GÜNEY señala que, en su noveno informe, el Relator Especial, de conformidad con la decisión tomada en el 44.º período de sesiones de la Comisión¹⁶, se ha centrado en la elaboración de proyectos de artículos reguladores de las actividades de riesgo, dejando a un lado las cuestiones relativas a la responsabilidad. Es cierto que en esta materia la labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho se refiere, de una parte, a la definición de las obligaciones que se han de imponer para prevenir o minimizar los riesgos de daños transfronterizos y, de otra, a la responsabilidad en caso de daños efectivos. Pero, habida cuenta de la naturaleza y de la complejidad del tema, era preferible efectivamente atenderse al primer aspecto de la cuestión.

43. Conviene recordar también que, conforme a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁷, los Estados deben cuidar de que las actividades realizadas dentro de los límites de su jurisdicción o bajo su control no sean perjudiciales para otros Estados. A juicio del orador, los proyectos de artículos sobre las medidas de prevención son en conjunto satisfactorios a este respecto. Suponen la obligación fundamental de los Estados de reglamentar todas las actividades peligrosas realizadas bajo su jurisdicción o su control, evaluar sus efectos y tomar las medidas legislativas y administrativas necesarias para reducir al mínimo el riesgo de daño transfronterizo. Cualquier otra obligación sería incompatible con el derecho soberano del Estado a ejercer actividades lícitas en el territorio nacional sin asentimiento de otro Estado, siempre que las actividades en cuestión no atenten contra los derechos de este último. La vigilancia del Estado de origen debe considerarse pues suficiente en la presente fase. En cuanto a la protección de las víctimas inocentes, supone necesariamente una reparación por el perjuicio sufrido. El Relator Especial, para hacer ver el alcance de la obligación del Estado de origen, subraya que es la población o el medio ambiente de ese Estado el que sufre principalmente las consecuencias de una actividad peligrosa y que es pues ese Estado el que tiene mayor interés en exigir una autorización previa. En todo caso, los procedimientos seguidos, sean cuales fueren, no deben conducir a la suspensión de la actividad en espera de que el Estado o los Estados que puedan verse afectados estén satisfechos. En estas condiciones, la línea de conducta del Estado de origen consiste en satisfacer las exigencias de la prevención absoluta, sin que esto entrañe necesariamente la suspensión de la actividad pre-

vista ni el otorgamiento de una especie de derecho de veto a los Estados que puedan verse afectados por esa actividad. Basta que el Estado de origen evalúe a fondo los efectos de la actividad prevista para prevenir, dominar y reducir los riesgos de efectos nocivos.

44. Abordando el artículo II del anexo (Notificación e información), el orador señala que la cuestión que se plantea en el informe a propósito de la función de las organizaciones internacionales es la de saber cuáles serían las organizaciones internacionales competentes. Es una precisión que es necesario introducir en un instrumento jurídico, en particular cuando está en juego el interés de varios Estados. La notificación y la información son indispensables en los casos en que la evaluación hace ver la posibilidad de un daño transfronterizo apreciable. Pero el orador no cree que sea necesario prever consultas oficiales. No se puede esperar razonablemente del Estado de origen que se abstenga de emprender una actividad lícita, sobre todo cuando esa actividad se considera indispensable para el desarrollo del país y no hay solución de recambio. Obligar al Estado de origen a consultar a todos los Estados que pueden verse afectados equivaldría a reconocer un derecho de veto a estos últimos, lo que sería inadmisibles. Habría pues que hacer hincapié, no en las consultas, sino en una cooperación basada en el principio de la buena fe y emprendida con espíritu de buena vecindad. Habría que precisarlo en el texto del artículo 17 (Seguridad nacional y secretos industriales), añadiendo tras las palabras «de buena fe» las palabras «y con espíritu de buena vecindad». En el mismo orden de ideas y habida cuenta de las explicaciones facilitadas, el orador estima que el artículo 18 propuesto por el Relator Especial (La consulta previa) no encaja en el texto principal del instrumento que se está elaborando.

45. En cuanto a la cuestión de la solución de las controversias (art. VIII del anexo) el orador considera que está íntimamente ligada al contenido del tipo de instrumento que se elabore. Es pues prematuro abordarla mientras no se hayan determinado el tenor y la redacción definitiva del proyecto de artículos. Finalmente, en el artículo 20 (Factores del equilibrio de intereses) sería preferible evitar el empleo de términos polémicos y rechazados en diversos casos, incluso en el seno de la propia Comisión, como la expresión «recursos naturales compartidos». Por otra parte este artículo encajaría mejor en un anexo.

46. Para terminar, el orador sugiere que el Relator Especial someta a la Comisión un plan a largo plazo en el que se precisen las futuras etapas de su labor y comience a redactar proyectos de artículos sobre la responsabilidad propiamente dicha, es decir sobre la obligación del autor del daño efectivo de reparar ese daño. Este régimen jurídico se basaría en la responsabilidad del operador más que en la del Estado, pues la responsabilidad objetiva no se deriva de una falta y no supone una reparación total del perjuicio, cualesquiera que sean las circunstancias en que se ha producido éste. Ahora bien, el daño transfronterizo causado por una actividad de riesgo realizada bajo la jurisdicción o el control de un Estado podría hacer entrar en juego la responsabilidad objetiva del Estado de origen.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

¹⁶ Véase nota 13 *supra*.

¹⁷ Véase nota 12 *supra*.

2303.ª SESIÓN

Viernes 4 de junio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Gudmundur EIRIKSSON

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) (A/CN.4/446, secc. D, A/CN.4/450¹, A/CN.4/L/487 y Corr.1)

[Tema 5 del programa]

NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que todas las declaraciones hechas hasta ahora han sido interesantes y merecen ser comentadas. Se proponía hacerlo en la forma habitual, pero al terminar las declaraciones consideró que, para el ulterior debate, convendría que respondiera a tres de las declaraciones en la fase actual.

2. Primero, está de acuerdo con la mayoría de las observaciones del Sr. Pellet (2302.ª sesión) y, en particular, con las críticas al artículo 18, propuesto en el noveno informe (A/CN.4/450), en el sentido de que la frase «con vistas a encontrar soluciones mutuamente aceptables» parecía establecer una presunción de ilicitud. No ha sido su propósito dar esa impresión —todo lo contrario— y no tendría objeciones a modificar el texto en cuestión o a suprimirlo totalmente. El Sr. Pellet habría preferido también que él creara un sistema más completo de prevención, enunciando un principio general, que ya está contenido en el artículo 8, incluyendo los conceptos enunciados en el párrafo 1 del artículo 3 y en los artículos 6, 7 y 8². Aunque también está de acuerdo con esta opinión, señala que los mencionados artículos ya se han remitido al Comité de Redacción y que se ha abstenido de hacer nuevas propuestas por temor a confundir la cuestión.

3. La declaración del Sr. Bennouna preconizaba fundamentalmente (2302.ª sesión) que se simplificara el procedimiento propuesto. La opinión es acertada y merece

ser tenida en cuenta. El Sr. Tomuschat (*ibid.*) se ha quejado de que el informe no tenía en cuenta lo acaecido en materia de prevención desde 1985. Pero de hecho contiene referencias a la Convención sobre efectos transfronterizos de accidentes industriales, la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo y el Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de las Aguas Transfronterizas Interiores³. Sería útil saber en qué otras novedades ocurridas desde 1985, o aspectos de ellas, pensaba el Sr. Tomuschat, quien ha sugerido también que el Relator debería haber agrupado las diferentes categorías de actividades a fin de adaptar las medidas de prevención a peligros específicos. A este respecto, hay que tener en cuenta que el documento que la Comisión espera producir es una convención marco de carácter muy general. A su juicio, agrupar las diferentes actividades en la manera sugerida sería imposible e inútil al mismo tiempo: imposible, porque nadie puede prever qué tipos de actividades peligrosas surgirán en el futuro, e inútil, porque el objetivo de la Comisión debería ser establecer medidas muy generales de prevención. La debida diligencia es un concepto general que se aplica, *mutatis mutandis*, a todas las actividades.

4. A veces se pregunta si lo que algunos miembros quieren que prepare es un informe o una enciclopedia. Sea como fuere, y la observación no se dirige al Sr. Tomuschat de cuya buena fe no tiene duda, considera que aquellos miembros a quienes, por múltiples razones incluidos los intereses de su propio país, no les guste el tema podrían muy bien decirlo y pedir a la Asamblea General que lo abandone, en vez de imponer condiciones imposibles al Relator Especial o hacer críticas de lo más caprichosas.

5. El Sr. BOWETT dice que la disposición fundamental del noveno informe es indudablemente la obligación impuesta al Estado de exigir que se efectúe una evaluación del impacto ambiental antes de autorizar que se efectúe en su territorio cualquier actividad que pueda causar daños transfronterizos. A su juicio, esta disposición debería especificarse con cierto detalle, a fin de que los elementos esenciales de una buena evaluación del impacto ambiental se definan claramente. Precedentes de tales definiciones existen tanto en convenciones como en decisiones del Consejo del PNUMA. A menos que se indiquen así los requisitos esenciales, existe el riesgo de que pueda parecer que un Estado haya cumplido sus obligaciones efectuando un estudio de algún tipo cuando en realidad haya dejado totalmente de evaluar debidamente el riesgo potencial.

6. Las consecuencias de una evaluación insuficiente pueden ser de diferentes tipos. Primera, si la evaluación revela que no existe riesgo y, por tanto, el Estado no notifica la actividad a ningún Estado vecino y la autoriza ¿qué sucedería si, pese a la evaluación, se causaran daños a un Estado vecino? ¿Estaría inmune el Estado que haya efectuado la evaluación frente a toda demanda por el daño causado o podría el Estado lesionado presentar una demanda afirmando que o bien la evaluación ha sido defectuosa o bien que las primeras conclusiones del Es-

¹ Reproducido en *Anuario...* 1993, vol. II (primera parte).

² Para el texto del proyecto de artículos, véase *Anuario...* 1990, vol. II (primera parte), págs. 112 a 117, documento A/CN.4/428 y Add.1, anexo.

³ E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.90.II.E.28).

tado sobre la base de la evaluación han sido equivocadas? Segunda, si la evaluación no revela un riesgo de daño significativo el Estado de origen sólo está obligado a notificar la situación al Estado o Estados afectados, pero no a transmitir la evaluación misma. ¿Por qué es esto así? La razón difícilmente puede ser una cuestión de seguridad nacional y secretos industriales, cosa que se trata separadamente en el artículo 17. La participación del público, cuestión mencionada en el informe, parecería descartar tales consideraciones. Para asegurar que el Estado dé información suficiente y adecuada a los Estados afectados podría ser necesario introducir una disposición en el sentido de que si el Estado de origen deja de comunicar a un Estado vecino información que con el tiempo resulta esencial para cualquier evaluación del riesgo ello constituiría de por sí fundamento para demostrar la responsabilidad del primer Estado.

7. En cuanto al procedimiento para el examen ulterior del tema, hay evidentemente cierta superposición entre los artículos 1 a 9, ya remitidos al Comité de Redacción⁴, y la nueva serie de artículos 10 a 20 *bis* sobre la prevención. Los artículos 10 a 20 *bis* deberían remitirse al Comité de Redacción a fin de que pueda centrarse en las cuestiones de prevención, según lo decidido por la Comisión. Ahora bien, con la ayuda del Relator Especial, el Comité podría desempeñar una función más amplia que la de simple redacción. Podría considerar si la estructura de los nuevos artículos es lógica y completa y, en caso negativo, qué nuevas disposiciones convendría incluir. Entonces y sólo entonces debería ocuparse de la redacción de los artículos propiamente dicha. Por último, cuando se haya elaborado una serie de artículos satisfactoria sobre la prevención del riesgo, el Comité podría pasar a la cuestión de cómo los nuevos artículos encajan con las disposiciones generales de los artículos 1 a 5 y con los principios enunciados en los artículos 6 a 9. Adoptando este método, la Comisión procedería de una forma sistemática que, a su juicio, es preferible a solicitar más y más informes del Relator Especial.

8. El Sr. CRAWFORD dice que no se propone comentar el informe con detalle por dos razones. Primera, está de acuerdo en lo esencial con las observaciones del Sr. Pellet, y el único punto de desacuerdo, aparte de la segunda cuestión planteada por el Relator Especial anteriormente en la sesión, es el del seguro obligatorio (art. 14). El seguro es esencialmente una función del sector privado y no podría constituir objeto de una obligación internacional con respecto a un riesgo que puede ser o no comercialmente asegurable. Coincide también con el Sr. Bowett en la cuestión de cómo debería proceder ulteriormente la Comisión con este tema.

9. La segunda razón es que la Comisión puede perder prestigio por su tratamiento del tema en examen. Es irónico que el Grupo de Trabajo encargado del programa de trabajo a largo plazo haya considerado favorablemente la idea de que la Comisión trabaje algo en la cuestión del derecho ambiental, cuando en los últimos diez años la Comisión ha dejado de hacer ese trabajo por su desacertado tratamiento del presente tema. A este respecto, está totalmente en desacuerdo con el Sr. Tomuschat. No es pertinente ni acertado retener el debate en sesión plena-

ria porque algunos miembros no estén de acuerdo con propuestas específicas o con el tema en su conjunto. Lo que el Relator Especial necesita es acceso al Comité de Redacción y no más debates en sesión plenaria; y lo que la Comisión necesita no es más informes, por excelentes que sean, sino trabajar en el Comité de Redacción sobre el fondo del tema. Por esta razón, simplemente elogia la labor del Relator Especial y sugiere que los artículos propuestos en el noveno informe se remitan al Comité de Redacción. Si el Comité no puede dedicar tiempo suficiente al tema en el actual período de sesiones o en el próximo, la Comisión podría considerar la creación de un grupo especial de trabajo o un segundo comité de redacción con una composición diferente. En todo caso hay que hacer progresos en este tema.

10. El Sr. FOMBA dice que en ningún caso el adagio «más vale prevenir que curar» es más cierto que en el caso del medio ambiente. La cuestión fundamental es, como máximo, cómo evitar los daños ambientales internacionales o, como mínimo, cómo compensar esos daños si se producen. Ciertamente es que aún no existe una definición jurídica universalmente aceptada del término «daños ambientales internacionales», pero el derecho consuetudinario internacional reconoce hoy que los Estados están obligados a abstenerse de causar tales daños. Por tanto, es importante alcanzar un acuerdo entre los Estados sobre unos principios mínimos de conducta, teniendo debidamente en cuenta la diversidad biológica y política. El ámbito *ratione materiae* de esos principios necesariamente abarca la cooperación tanto para la prevención como para la reparación de los daños ambientales. Así pues, los dos principales elementos de todo régimen jurídico que se establezca son la cuestión de la notificación y consulta de los Estados vecinos antes de iniciar actividades que puedan causar daños transfronterizos importantes; y la definición de los «daños ambientales internacionales» y de la naturaleza de la responsabilidad internacional en que se incurra por causar tales daños. A este respecto, la cuestión fundamental es el contenido preciso de la obligación del Estado de velar por que las actividades efectuadas en su jurisdicción o bajo su control no causen daños ambientales en otros Estados.

11. El elemento relativo a la información y consulta preliminares a veces suscita el temor de que el Estado consultado pueda, en efecto, ejercer un derecho de veto sobre actividades lícitas realizadas en el Estado consultante o de que pueda injustificadamente demorar esas actividades. Otro temor está relacionado con el carácter potencialmente confidencial de la información que ha de divulgarse. Es preciso disipar esos temores de la manera más flexible y dentro del respeto de la soberanía de los Estados.

12. En África, el principio de la prevención de los daños transfronterizos está establecido en varios instrumentos jurídicos, tales como la Convención africana sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales; la Convención sobre la prohibición de la importación a África y la fiscalización de los movimientos transfronterizos dentro de África de desechos peligrosos (denominada en adelante la Convención de Bamako); la Convención relativa a la creación de la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del río Senegal; la

⁴ Véase 2300.^a sesión, nota 18.

Convención y Estatuto relativos al aprovechamiento de la cuenca del Chad; el Acuerdo sobre la Comisión del río Níger y sobre la navegación y transporte por el río Níger; la Convención constitutiva de la Autoridad de la cuenca del río Níger, y otros. Citando con precisión esos instrumentos señala que sólo la Convención de Bamako contiene disposiciones sobre la responsabilidad, y que las demás convenciones tratan esencialmente de cuestiones de prevención y de cooperación.

13. Coincide con otros miembros en que, en lo que respecta a la prevención, el ámbito *ratione materiae* no es el riesgo sino los daños, y que lo que está en juego es prevenir que se produzcan esos daños a causa de una actividad que por su naturaleza comporte un riesgo. Coincide también en que la prevención *stricto sensu* es una prevención anterior al hecho en vez de posterior al mismo, y también en que la responsabilidad material tiene que abarcar tanto la prevención como la reparación de los daños.

14. En cuanto a la notificación y consulta preliminares, no es prudente ni realista tratar de imponer a los Estados una obligación precisa relativa a la información que ha de hacerse pública a nivel nacional. El suministro de información a otros Estados debería regirse por los dos principios fundamentales de la buena fe y la buena vecindad, que son más una cuestión de conducta que una cuestión de los medios empleados. Por último, está en general de acuerdo con las observaciones tanto sobre el fondo como sobre la forma hechas por el Sr. Bennouna, el Sr. Pellet y el Sr. Pambou-Tchivounda (2302.ª sesión).

15. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER felicita al Relator Especial por su útil informe. Señala que los esfuerzos para hacer el título más conciso no han tenido éxito; sea como fuere, algunos de los miembros están trabajando sobre el supuesto de que el tema concierne a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actividades lícitas.

16. El Sr. Pellet se ha referido a varios problemas terminológicos y teóricos planteados por los conceptos de responsabilidad estricta y culpa. La mayoría de los miembros de la Comisión han convenido en que era importante decidir cuándo se aplicaría la responsabilidad estricta y cuándo, como excepción, podría ser aceptable la teoría de la culpa. El Relator Especial ha abordado la dualidad de la teoría en relación con el concepto de la autorización previa, que considera esencial. En cierta medida, incluso cuando se aplica la norma general de la responsabilidad estricta, en el caso de la autorización previa la Comisión debe considerar si es aplicable la teoría de la culpa. El Comité de Redacción en definitiva tendrá que tratar este problema.

17. A lo largo de los años, el concepto de daños ha adquirido un perfil más definido. Este concepto se utiliza en reglamentaciones relativas a accidentes con aeronaves y objetos espaciales, en la esfera de la energía nuclear, en los accidentes industriales y en el transporte de sustancias peligrosas por carretera, ferrocarril y buque. Están empezando a formularse reglamentaciones relativas a los daños causados al medio ambiente por la contaminación marítima, aérea y terrestre. Además, se han hecho esfuerzos regionales en esta materia, y el orador da las

gracias al Sr. Fomba a este respecto por la lista de instrumentos aprobados en África en los que se utiliza el concepto. En el caso de América Latina, esta cuestión se refleja en el Convenio sobre la conservación de los recursos vivos del Atlántico Sudoriental y otros instrumentos⁵.

18. En cuanto a la cuestión de los principios, a su juicio el Relator Especial no ha destacado suficientemente la relación entre el beneficio y el daño transfronterizo. Ningún Estado debe poder beneficiarse de una actividad sin quedar sujeto a sus consecuencias, y convendría que el Relator Especial se centrara en esta cuestión. En cuanto al principio de que el Estado que en el ejercicio de una actividad cause daños debe reparar esos daños, el Relator Especial ha hablado del principio «contaminador-pagador», pero es un principio que requiere la aclaración de ciertos actos, antes de que hayan ocurrido y después de que el Estado haya sido informado de que han comenzado: el riesgo transfronterizo, las actividades perjudiciales, las actividades prohibidas por el derecho internacional, las actividades no prohibidas por el derecho internacional, las actividades peligrosas y las actividades ultrapeligrosas. No está seguro de que estas actividades deban enumerarse en los artículos, pero deben tomarse en consideración de algún modo.

19. Esto plantea la cuestión de la función del Estado. El hecho mismo de que los miembros estén dispuestos a debatir la propuesta del Relator Especial de que debe requerirse la autorización previa del Estado para ciertas actividades que puedan causar daños transfronterizos obliga a la Comisión a encarar ciertas realidades: en el sector privado existe la tendencia a pedir una menor intervención del Estado, la desreglamentación, y la reducción de la reglamentación y las restricciones. Al plantear la cuestión de la prevención, la Comisión abordaría directamente la cuestión de las actividades del Estado y de sus consecuencias jurídicas. El Relator Especial ha acertado al destacar que la finalidad de las actividades del Estado era tratar de aminorar los riesgos que puedan causar daños transfronterizos y también contener los daños que se produzcan. Por tanto, el Estado no reglamenta las actividades *per se*, sino que asume la función de minimizar los riesgos y de contener los daños que se produzcan. Ahora bien, dado que el Estado se limita a un texto jurídico sobre la prevención, en el sector privado podría plantearse la cuestión de cuáles serían sus propias obligaciones y de si se espera que aplique esas disposiciones, y en este contexto el orador considera que la idea de fomentar la adopción de un seguro obligatorio es buena.

20. Da las gracias al Relator Especial por la lista de recientes instrumentos internacionales sobre la prevención

⁵ Por ejemplo, el Convenio para la protección y el desarrollo del medio marino en la Región del Gran Caribe (Cartagena de Indias, 24 de marzo de 1983) y el Protocolo relativo a la cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos en la Región del Gran Caribe (Cartagena de Indias, 24 de marzo de 1983) (*Revue générale de droit international public*, París, tomo 91, 1987, vol. 3, pág. 1096); el Convenio para la Protección del Medio Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste (Lima, 12 de noviembre de 1981) y el Protocolo Complementario del Acuerdo sobre la Cooperación Regional para el Combate contra la Contaminación del Pacífico Sudeste por Hidrocarburos y otras Sustancias Nocivas en Casos de Emergencia (Quito, 22 de julio de 1983) (documentos reproducidos por el PNUMA, Naciones Unidas, Nueva York, 1984).

y temas conexos. A este respecto, los árbitros que resolvieron el asunto de la *Fundición de Trail*⁶ y el asunto del *Lago Lanós*⁷ merecen la gratitud de los juristas de todo el mundo. En el primer caso se llegó a una decisión sobre un complejo problema relativo al medio ambiente cuando aún no había habido debates sobre la cuestión. En el segundo caso, la decisión fue sumamente útil para la Comisión en el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Si esos juristas consiguieron, pese a la falta de jurisprudencia relevante, llegar a decisiones, ¡cuánto más fácil debería ser para la Comisión, dada la rica jurisprudencia existente sobre la cuestión en examen, ponerse de acuerdo sobre un texto adecuado!

21. Comparte la opinión del Relator Especial de que para la prevención y la notificación es importante asegurar que todos los Estados participantes tengan un interés legítimo en prevenir los daños o, si ya se han producido los daños, en contenerlos. Ahora bien, se pregunta qué tipo de responsabilidad se aplicará en caso de incumplimiento. Destaca también la importancia de las consultas, que tienen la ventaja de asegurar la participación de los Estados afectados. Esta participación de todos los Estados afectados crea un sentido de comunidad que sería útil para tratar los problemas de los daños transfronterizos.

22. Por último, se pregunta si sería posible examinar con más detalle el concepto de equidad: incluso si la Comisión no hace referencia a sus parámetros, los jueces la tendrán en cuenta. Ningún tribunal internacional puede ignorar la cuestión de la equidad y la Comisión debería tratar de aclarar más su alcance.

23. El Sr. KOROMA rinde homenaje al Relator Especial por haber elaborado un régimen sobre el tema que comprende el medio ambiente, la lucha contra la contaminación, el transporte de desechos peligrosos, el uso de materiales nucleares y cuestiones relativas al desarrollo económico e industrial. Da las gracias al Sr. Bowett por sus útiles sugerencias, que pueden ayudar a la Comisión a salir del actual estancamiento.

24. Después de dedicar unos 14 años al tema, en 1992 la Comisión decidió que en la fase actual la atención se centrara en la redacción de artículos relativos a actividades que encierran el riesgo de causar daños transfronterizos y no ocuparse de otras actividades que de hecho causan daños⁸. En consecuencia, los artículos deberían regular en primer lugar las medidas preventivas para las actividades que encierran el riesgo de causar daños transfronterizos. El Relator Especial interpretó eso en el sentido de que, por el momento, se suspendía el debate acerca de si se necesitaban normas de prevención. Sin embargo, con anterioridad a la decisión de 1992, la Comisión había venido trabajando en el entendido de que el tema abarcaba las consecuencias físicas de una actividad particular que hubiera causado daños transfronterizos. Con la decisión de 1992 de centrarse en las actividades que encierran el riesgo de causar daños transfronterizos,

el ámbito del tema no sólo se había reducido innecesariamente sino que además se había hecho problemático en lo conceptual.

25. En primer lugar, el derecho internacional no reconoce la responsabilidad por el riesgo de daños sin que los daños se hayan efectivamente producido. La práctica de los Estados no apoya tampoco la proposición relativa al riesgo. Los Estados no se han mostrado dispuestos a asumir esa obligación. Además, suponiendo que la proposición relativa al riesgo sea sostenible, no está claro cómo podría evaluarse el riesgo y cómo podría determinarse la posible compensación por ese riesgo. Adoptar la propuesta relativa al riesgo significaría que el simple vertido de contaminantes en los cursos de agua internacionales o en la atmósfera podría bastar para incurrir en responsabilidad si la naturaleza del acto pusiera en peligro la salud humana o perjudicara al medio ambiente, sin tener en cuenta que en casos concretos los contaminantes quizá no habrán llegado a la frontera. Con la propuesta del riesgo, la existencia misma de una planta nuclear en una región fronteriza de un Estado podría considerarse como fundamento para una demanda de indemnización, sin que se hayan producido daños materiales. Ahora bien, si la compensación ha de determinarse en función del costo de las medidas adoptadas contra los daños previstos, parece improbable que los Estados acepten esa obligación. Por tanto, aunque la propuesta del riesgo figura en muchos instrumentos jurídicos internacionales, el objetivo no es prever la compensación, sino luchar contra la contaminación por medio de la cooperación internacional. En esto se basan los procedimientos de información, consulta y asistencia mutua entre los gobiernos y la autorización de actividades contaminantes, vertido de desechos y actividades análogas que figuran en esos instrumentos jurídicos, que no enlazan la contaminación transfronteriza con la responsabilidad internacional. En consecuencia, podría concluirse que la responsabilidad por el riesgo de daños ambientales no existe y tiene pocas posibilidades de ser aceptada por la comunidad internacional.

26. Desea que conste que no apoya la decisión adoptada por la Comisión en 1992 de cambiar el título del tema⁹, que ya no es sostenible en su forma actual. El apoyo más próximo que puede encontrarse a la proposición del riesgo se refiere a las actividades ultrapeligrosas, la responsabilidad por las cuales no es estricta ni absoluta; ahora bien, incluso esa responsabilidad dimana de daños o perjuicios graves que puedan producirse en caso de accidente y no del riesgo que entrañen. Pero el tema que tiene ante sí la Comisión no se limita a las actividades ultrapeligrosas, ya que el proyecto de artículo 1 habla de todos los tipos de actividades que puedan causar daños transfronterizos.

27. A su juicio, al elaborar los artículos, debería partirse de los daños y de las consecuencias físicas de los daños o bien, si la Comisión está decidida a continuar con su mandato actual, modificar el ámbito del tema para limitarlo a las actividades ultrapeligrosas. El orador prefiere el planteamiento más amplio de la cuestión de la responsabilidad por las consecuencias físicas de una actividad, concepto que abarca también el riesgo. Esta pare-

⁶ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.

⁷ *Ibid.*, vol. XII (N.º de venta: 63.V.3), pág. 281.

⁸ Véase *Anuario...* 1992, vol. II (segunda parte), párr. 346.

⁹ *Ibid.*, párr. 348.

ce ser la posición adoptada en muchos sistemas jurídicos y no sólo en el «common law». Incluso partidarios de una solución basada en el derecho de tradición romanista han demostrado que el derecho internacional actual no reconoce el principio de la responsabilidad internacional por riesgo, ya que eso significaría que incluso sin que se causaran daños efectivos al medio ambiente de un país, el Estado sería responsable de las actividades que pudieran causar daños. Esta es también la posición adoptada en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar.

28. El Relator Especial ha señalado que aunque el principio de la autorización previa ha recibido amplio apoyo también se ha expresado la opinión de que esa obligación es innecesaria. En los acuerdos internacionales se tiende a requerir a los Estados partes que adopten medidas legislativas sobre cuestiones específicas a fin de asegurar el cumplimiento de obligaciones específicas. Si un acuerdo requiere la autorización previa y un operador privado viola esa obligación, el Estado seguirá siendo responsable, dado que ha asumido una obligación vinculante. Para protegerse, y teniendo en cuenta las realidades de la vida moderna, los Estados tratan de imponer la responsabilidad al operador, que habitualmente está en mejores condiciones de ejercer la supervisión. Ahora bien, esto ha conducido a un estancamiento. Si un Estado impone demasiadas reglamentaciones a los operadores, podrá acusársele de impedir la inversión privada. En cambio, si se abstiene completamente de reglamentar las actividades económicas, podría ser considerado responsable de los accidentes que se produzcan en su territorio. Por consiguiente, habría que establecer dos normas: una para los Estados que puedan ejercer los controles establecidos en un acuerdo y otra para aquellos Estados que carezcan de la necesaria infraestructura científica y técnica.

29. Cada vez más los acuerdos internacionales exigen que se dé notificación previa y que se celebren consultas antes de que se realicen determinadas actividades. La Convención de Bamako, por ejemplo, prohíbe la exportación de desechos peligrosos a menos que el otro Estado haya aceptado importarlos y se haya comprometido a no exportarlos a países que hayan prohibido la importación de esos productos. Ahora bien, esa Convención trata específicamente de sustancias peligrosas, en tanto que el tema que está estudiando la Comisión abarca también actividades ordinarias: la construcción de una presa en un curso de agua, el funcionamiento de una fábrica, etc.

30. Por tanto, si bien el tema de la Comisión está relacionado con el derecho ambiental no es idéntico a éste. Aunque los materiales para elaborarlo coinciden en parte con los de los temas de la responsabilidad de los Estados y el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, la Comisión no debería perder de vista la propia autonomía del tema.

31. No puede negarse la importancia de la salvaguardia del consentimiento basado en la información, particularmente para los países en desarrollo que carecen de los medios necesarios para la evaluación del riesgo. Pero esa salvaguardia debe manejarse con cuidado, ya que podría convertirse en una espada de doble filo si se utiliza para vetar verdaderos intentos de desarrollo económico.

32. Dentro de un régimen preventivo, los Estados tienen que minimizar el riesgo de los daños transfronterizos reduciendo la frecuencia de los accidentes o minimizando la magnitud de los daños potenciales. Sin embargo, este planteamiento no comporta la prevención *per se*, y en el informe se ha calificado de «prevención *ex post facto*». Ahora bien, tal vez no baste simplemente con tratar de prevenir la frecuencia o la magnitud de operaciones peligrosas como las de Chernobyl y Bhopal. El régimen preventivo requerido es un régimen que salvaguarde plenamente la integridad ambiental y la salud humana frente a los peligros de los daños transfronterizos. En virtud de la Cuarta Convención de Lomé¹⁰, por ejemplo, la Comunidad Europea ha acordado prohibir la exportación de desechos radiactivos y peligrosos a los Estados africanos que son partes en la Convención.

33. El artículo I del anexo podría decirse a primera vista que enuncia algo evidente, pero una lectura detenida advierte a los operadores que serán considerados responsables si causan daños transfronterizos y no han recibido previamente una autorización expresa para una actividad determinada.

34. En cuanto al artículo 13, relativo a las actividades preexistentes, cuando un Estado compruebe que una actividad que pueda causar daños transfronterizos se está efectuando bajo su jurisdicción sin autorización, la respuesta más adecuada sería no sólo conminar a los responsables sino obligarlos a cumplir los requisitos establecidos. En su actual redacción, el artículo prevé simplemente una conminación: pero debería adoptarse un procedimiento más enérgico.

35. El artículo 14 ha de interpretarse a la luz de la sección B de la introducción del informe, en la que se indica que en principio un Estado no será responsable cuando haya adoptado todas las medidas razonables para asegurar el cumplimiento de las disposiciones pertinentes. Ahora bien, a su juicio, cuando un operador privado incumpla un acuerdo que exija a un Estado parte adoptar medidas legislativas sobre una actividad determinada, el Estado seguirá siendo responsable, ya que ha asumido una obligación vinculante. El Estado debería protegerse no sólo imponiendo la responsabilidad al operador, sino insistiendo en que se contrate la cobertura del seguro suficiente para que la indemnización de los daños eventuales no recaiga sólo en el Estado.

36. Los artículos 15 a 18 están bastante bien redactados y los apoya en principio. No obstante, sería interesante ver qué otros materiales aportaría el Relator Especial para construir un régimen que abarque las actividades que entrañen el riesgo de daños transfronterizos, si la Comisión decidiera elaborar un régimen separado para las actividades con efectos perjudiciales, como el orador espera que haga.

37. En lo que respecta a las actividades que entrañan riesgo, el orador señala que incluso en el caso de las actividades nucleares que comportan riesgo, sólo se incurriría en responsabilidad cuando el Estado en que tuvo lugar la actividad nuclear causara daños a otro Estado. El

¹⁰ Celebrada entre la Comunidad Europea y los Estados de África, del Caribe y del Pacífico y firmada el 15 de diciembre de 1989 (véase *Le Courier ACP-CEE*, N.º 120, marzo-abril 1990).

hecho de que una actividad nuclear comporte un riesgo no basta de por sí para generar responsabilidad.

38. En cuanto a la solución de controversias, podría apoyar disposiciones semejantes a las de la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo o la Convención sobre efectos transfronterizos de accidentes industriales, siempre que las cuestiones que se determinen sean reales y no hipotéticas.

39. El artículo 20 es adecuado en un proyecto como el presente, concebido como una convención marco cuyas disposiciones no pretenden ser imperativas sino servir de directrices para los Estados. En el artículo se habla de principios equitativos y de datos científicos. No está claro cómo se aplicaría en la práctica, pero mientras esté destinado a ayudar a aplicar las disposiciones de una convención marco, podría apoyarlo.

40. Por último, comparte la opinión del Relator Especial de que el principio «contaminador-pagador» debería incluirse como elemento integrante de los principios generales que regulan el tema, y desea dar las gracias al Relator Especial por su laboriosidad y perseverancia.

41. El Sr. MAHIOU dice que el informe satisface la petición de la Comisión de que ahora el trabajo se centre en las actividades que comportan riesgo, y específicamente en las medidas preventivas, en el entendido de que las medidas correctivas o la reparación se tratarán en una fase ulterior. El Relator Especial está en el buen camino al tratar de definir la prevención y de presentar una serie de artículos que mejoran lo que se había propuesto en el anterior período de sesiones.

42. Refiriéndose a las medidas unilaterales de prevención y al artículo 14 del proyecto, señala que el Relator Especial ha esbozado tres tipos de medidas. El primero son las medidas para reducir la probabilidad de accidentes, de conformidad con la definición clásica de prevención. Esas medidas son sumamente importantes y frecuentemente es en la fase de diseño o en la fase de organización cuando han de adoptarse. El segundo tipo son las medidas preventivas encaminadas a reducir los efectos perjudiciales si, pese a todas las precauciones, se produce un accidente. Las medidas que podrían adoptar por adelantado los Estados para reducir los efectos perjudiciales e impedir que afecten a los Estados vecinos y el uso preventivo de recursos humanos, materiales y de otro tipo están comprendidos dentro de esta categoría.

43. La tercera categoría difiere de las dos primeras y entra en una esfera, llamada por el Relator Especial «la prevención *ex post facto*», que podría suscitar algunas dudas. En efecto, el término «prevención» no parece totalmente apropiado para denominar las medidas adoptadas después de que se ha causado el daño. Esas medidas tienen realmente el carácter de reparación o corrección de los efectos perjudiciales y, por consiguiente, sería más adecuado incluirlas en la siguiente fase de los trabajos de la Comisión. Ahora bien, es cierto que la divisoria entre la prevención y la corrección es a veces difícil de trazar. Con esa leve reserva, está de acuerdo con la línea seguida por el Relator Especial en el proyecto de artículos.

44. Celebra en particular la sustitución del artículo I del anexo por los artículos 11 a 14, ya que el artículo I abarcaba muchos temas complejos que es mejor tratar por separado. Con referencia al problema de los países en desarrollo que carecen de los recursos tecnológicos, financieros o humanos necesarios para evaluar los riesgos de las actividades realizadas en sus territorios, hay que tener en cuenta ese problema al elaborar una serie de artículos que impongan muchas obligaciones a los Estados. Pero al mismo tiempo debe inculcarse en los países en desarrollo la necesidad de vigilar, ya que los efectos perjudiciales de accidentes ocurridos en sus territorios habitualmente afectarán a otros países en desarrollo que también carecen de los recursos técnicos y financieros. El viejo adagio «más vale prevenir que curar» es especialmente oportuno en este contexto, sobre todo porque la prevención cuesta menos. Así pues, aunque debe insistirse en la prevención, debe ayudarse a los países en desarrollo a adquirir la competencia tecnológica y los recursos necesarios para evaluar los riesgos.

45. Adecuadamente el artículo 15 trata de la función que pueden desempeñar las organizaciones internacionales, pero limita esa función a la notificación e información. Ahora bien, salvo en ciertos casos, la notificación corresponde a los Estados interesados. Y las organizaciones internacionales, con sus recursos financieros y tecnológicos, podrían prestar asistencia en muchas otras esferas, tales como las medidas preventivas y la evaluación del riesgo. Por tanto, debería contemplarse su participación, y deberían indicarse las condiciones de esa participación en un artículo o artículos separados. Una de las principales preocupaciones sería impedir que los Estados se opusieran a la acción de las organizaciones internacionales si está verdaderamente justificada, y asegurar que acepten la forma en que esa acción ha de llevarse a cabo.

46. Coincide con el Relator Especial en la conveniencia de incluir la obligación de consultar a petición del Estado afectado (art. 18). La noción de cooperación es la base misma sobre la que articula el proyecto de artículos. Sin embargo, la obligación paralela de llegar a un acuerdo entre los Estados parece ir demasiado lejos; por consiguiente, el orador acoge favorablemente los cambios introducidos por el Relator Especial. Aunque claramente es conveniente que debería obligarse a los Estados a consultar, es imposible requerir de ellos que lleguen a un acuerdo. Habría que prever un mecanismo de solución de controversias para los casos en que no se llegue a acuerdo.

47. A su juicio, el proyecto de artículos podría remitirse al Comité de Redacción para ulterior elaboración.

48. El Sr. SHI dice que, en consonancia con la decisión adoptada por la Comisión en su 44.º período de sesiones, el útil informe del Relator Especial se limita a un examen de la prevención respecto de las actividades que comportan el riesgo de daños transfronterizos y presenta una versión revisada de los artículos correspondientes. Ha de elogiarse al Relator Especial por su esfuerzo para progresar lo más posible en el tema.

49. La Comisión ha venido trabajando sobre este tema durante 14 años, pero aún no se ha aprobado en primera lectura un solo proyecto de artículo. Esto se debe a las

dificultades propias de un tema que entraña radicales divergencias de derechos e intereses de los Estados, divergencias que ha de armonizar la Comisión como parte del desarrollo progresivo del derecho internacional. La Comisión no trabaja en el vacío: sus miembros proceden de países en diversas fases de desarrollo y con tradiciones jurídicas y culturales diferentes. Para algunos miembros, las decisiones adoptadas en el anterior período de sesiones parecen un paso atrás, en tanto que otros piensan de otro modo. En conjunto, al orador le complacen las decisiones adoptadas, pero lamenta un tanto que se haya vuelto a la práctica habitual de adoptar una decisión sobre la forma definitiva del proyecto de artículos sólo después de terminar los trabajos sobre un tema, y cree que debería haberse hecho una excepción a esa regla. Por ejemplo, una decisión inicial de que el proyecto adoptara la forma de directrices para los Estados aceleraría los trabajos de la Comisión y haría el proyecto más aceptable para los Estados en general. No obstante, el orador acata la decisión de la Comisión.

50. Los proyectos de artículos propuestos sobre la prevención suscitan dos preocupaciones. En primer lugar, se pregunta si alguno de los artículos podrá aplicarse en general a todas las actividades que entrañan un riesgo de daños transfronterizos. No sería fácil ni apropiado derivar normas de aplicación general de los múltiples tratados que regulan actividades específicas, ya que cada actividad tiene sus propias características. El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, por ejemplo, prevé la responsabilidad absoluta por los daños pero no contiene ninguna disposición sobre la prevención. ¿Se aplicará el proyecto de artículos propuesto a las actividades espaciales? En el caso de los daños transfronterizos causados por el satélite soviético que cayó en territorio canadiense, si la Unión Soviética hubiera podido evaluar la magnitud de ese daño antes de lanzar el satélite probablemente habría cambiado sus planes; pero la notificación y consulta consiguientes probablemente equivaldrían también a invitar al Canadá a vetar la actividad proyectada. Además, el Relator Especial ha propuesto, en su quinto informe¹¹, que las actividades que entrañan riesgo deberían delimitarse mediante referencia a las consecuencias físicas de esas actividades. Ahora bien, esa delimitación amplia haría sumamente difícil formular normas sobre la prevención adecuadas para una amplia gama de actividades, en particular si se espera conseguir la aceptación de esas normas por la comunidad internacional. Por todas estas razones, el ámbito de las actividades que entrañan riesgo debería definirse con más precisión.

51. La segunda preocupación es que las propuestas no prevén debidamente las necesidades especiales de los países en desarrollo. La sugerencia del Relator Especial, en su noveno informe, de que se incluya una fórmula general en el capítulo sobre los principios para tener en cuenta la posición de esos países no es suficiente. Sus necesidades, en particular la necesidad de trato preferencial, deberían también reflejarse en los artículos sobre la prevención, que deberían tener en cuenta sobre todo los principios establecidos en la Declaración de Río sobre el

Medio Ambiente y el Desarrollo¹². También, con respecto a las medidas preventivas, las normas que se aplican a los países desarrollados pueden ser inadecuadas para los países en desarrollo dado que los costos, en términos sociales y económicos, pueden ser tan grandes que impidan su desarrollo. También a este respecto el artículo 14 prevé «la adopción de la mejor tecnología disponible». ¿Significa esto la mejor tecnología disponible en el Estado de origen o en todo el mundo? Para muchos países en desarrollo esto supondría una gran diferencia. Por tanto, los artículos sobre la prevención deberían contener disposiciones generales sobre la manera de facilitar la transferencia de tecnología, incluida la nueva tecnología, en particular de los países desarrollados a los países en desarrollo.

52. El Sr. Sreenivasa RAO, observando que el tema de la responsabilidad internacional lo ha tenido ante sí la Comisión durante cierto tiempo, dice que se comprende la impaciencia por la falta de conclusiones preliminares sobre una cuestión tan decisiva para el desarrollo de esta rama del derecho.

53. Una de las razones por las que el tema no ha adquirido una estructura lógica propia es que no se ha separado totalmente del tema de la responsabilidad de los Estados. A diferencia de ese tema, en el que el Estado responde por sus errores como Estado, y a diferencia del tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en el que el Estado es propietario del recurso natural y lo regula y mantiene, la responsabilidad internacional concierne a actos sobre los que el Estado quizás no tuviera o no pudiera tener control. Esto se debe a los derechos y libertades de que gozan los individuos, a la necesidad de separar el Estado de otras entidades que se dedican a la producción, comercio y servicios y a la necesidad de satisfacer las demandas de los empresarios en lo que respecta a la tecnología y los recursos financieros requeridos para promover el desarrollo. Inevitablemente se vacila en aceptar la opinión de que los Estados responden de las actividades que causaron daños transfronterizos dado que se considera que, en interés de permitir el libre juego de las fuerzas del mercado, ha de evitarse la reglamentación excesiva. La cuestión se complica más cuando no puede demostrarse un nexo causal directo e inmediato entre las actividades realizadas dentro del territorio del Estado y el daño supuestamente causado más allá de las fronteras nacionales. No obstante, el principio básico de que no debe permitirse a ningún Estado el uso de su territorio de forma que se causen daños transfronterizos está tan aceptado que no es preciso repetirlo, siempre que el nexo causal entre la actividad y los daños transfronterizos esté probado. En consecuencia, la posición del Estado involucrado se rige por la responsabilidad de los Estados, en tanto que la posición jurídica del operador o del propietario está regida por las normas sobre la culpa extracontractual y sobre el contrato de mandato. Por consiguiente, todo principio que la Comisión formule como base para sentar las consecuencias de la responsabilidad a nivel internacional no puede desvincularse totalmente de esas ramas del derecho.

¹¹ *Anuario...* 1989, vol. II (primera parte), pág. 139, documento A/CN.4/423.

¹² A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), págs. 2 a 6.

54. Tal vez sería más fácil prescribir las normas apropiadas sobre la prevención, tanto para el Estado como para las demás entidades, si se trata al Estado separadamente del operador o propietario. La función del Estado, como señala el Relator Especial, es fundamentalmente prescribir normas, promulgar leyes y reglamentos y velar por su aplicación. La función del operador es diferente y más exigente. Entre sus obligaciones podrían figurar, entre otras, las siguientes: presentar un estudio del impacto ambiental de la actividad de que se trate, indicar el nivel de riesgo que la actividad entraña, proponer medidas para hacer frente a ese riesgo y atajar las consecuencias que se produzcan. Si una actividad puede causar daños transfronterizos, debería también establecerse la obligación de que la actividad se efectúe de forma que no cause daños previsibles a otro Estado o podría exigirse del operador que obtuviera autoridad necesaria para realizar la actividad tras consultar a las personas competentes en el Estado o Estados interesados.

55. Por su parte, el Estado podría, con arreglo a sus propias leyes que se hacen cumplir por medio del sistema judicial, adoptar diversas medidas para prevenir la posibilidad de que se cause daño y, allí donde se haya causado daño, reclamar al operador una indemnización. Es decir, en tanto que el Estado tendría soberanía y cierto margen de libertad para permitir que ciertas actividades se realicen en su propio territorio en interés de su propio desarrollo, el principio de que la víctima inocente no debería tener que soportar la pérdida quedaría protegido por diversos medios distintos de la responsabilidad del Estado. Por tanto, incumbe a la Comisión explorar todas las vías para desarrollar un régimen de responsabilidad que se centre en los operadores sin descuidar el papel que el Estado debe desempeñar para asegurar, por ejemplo, la debida protección del medio ambiente, la prevención de la contaminación y la prevención del daño a Estados extranjeros. A su juicio, los artículos propuestos no son suficientemente claros a este respecto.

56. El Relator Especial, tras haber declarado en su informe que «el Estado no tendrá en principio responsabilidad por actividades privadas sobre las cuales ejerció sus obligaciones de control», parece contradecir esa opinión cuando en la nota de pie de página sugiere que el Estado puede tener una «responsabilidad subsidiaria» para satisfacer el costo del daño causado si «el operador o su seguro no alcanzan a la suma necesaria para satisfacer el daño causado... o bien otras posibilidades que podrían imaginarse». El Relator Especial ha hecho también la útil sugerencia de que la inmensa mayoría de los Estados, que no tienen los conocimientos técnicos y los recursos necesarios para vigilar las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y para evaluar su potencial de causar daños transfronterizos, deberían poder solicitar la ayuda de las organizaciones internacionales competentes. Ahora bien, como acertadamente ha señalado el Relator Especial, tal obligación no podría imponerse a las organizaciones internacionales en los artículos propuestos, sino que sólo podría dimanar de un tratado celebrado entre una organización internacional y un Estado o en virtud de las disposiciones constitucionales que rijan la organización de que se trate.

57. En tanto que la obligación de los Estados de cooperar en lo que respecta a las actividades que puedan

causar daños transnacionales no es de carácter excepcional en principio, no hay orientación sobre la manera de ponerla realmente en práctica. El Estado debería comprobar por sí mismo que una actividad pueda causar daños significativos antes de notificarlo al Estado o Estados interesados y de asumir la obligación de consultar. A menos que sea una actividad dirigida por el Estado, éste habitualmente tendrá que depender del operador para proporcionar la información necesaria y no tendrá que asumir la plena responsabilidad de defender el caso del operador ante el Estado o Estados interesados. La Comisión tal vez desee estudiar este punto.

58. La obligación de los particulares de contratar un seguro, mencionada en el informe, es una condición necesaria para la autorización de una actividad, pero sería preferible ocuparse de ella en la fase preventiva.

59. Con respecto al artículo 12, la obligación de proporcionar una evaluación del impacto transfronterizo debería incumbir al operador. El orador no comprende totalmente las circunstancias en que se aplicaría el artículo 13 (Actividades preexistentes). Una vez que el Estado haya asumido nuevas obligaciones de permitir la realización de determinadas actividades en su territorio, teniendo debidamente en cuenta sus deberes con los demás Estados y en función de las consideraciones ambientales, normalmente debería prohibir toda actividad que no se ajuste a esas exigencias. Sea como fuere, normalmente es el operador y no el Estado quien tendrá que pagar por los daños que se causen. La frase que dice «... el Estado será responsable por los eventuales daños en la forma que se establece en los artículos correspondientes» es confusa y debería reexaminarse. Igualmente debería reexaminarse el artículo 14. La obligación que impone este artículo es que el Estado prescriba el deber o deberes que debe asumir el operador; no es la obligación de garantizar que el operador efectivamente cumpla con esos deberes. Si el operador no cumple con ellos, la sanción evidente sería que el Estado no autorizara la actividad de que se trate.

60. En cuanto al artículo 15, el Estado autorizante no siempre tiene que encargarse directamente de satisfacer las demandas de los Estados que puedan resultar afectados. Por consiguiente, la carga de proporcionar la información necesaria y de celebrar las consultas puede dejarse al propio operador, al menos en las fases iniciales. Análogamente, aunque el artículo 16 es razonable en principio, la obligación de proporcionar periódicamente información debería incumbir al operador. La protección de la seguridad nacional y de los secretos industriales, de que trata el artículo 17, es un elemento muy necesario en la reglamentación del suministro de información a los demás Estados. Ahora bien, el artículo requiere cuidadosa redacción a fin de lograr un satisfactorio equilibrio de intereses.

61. Los artículos 18 y 19 dicen una cosa indiscutible sobre la concesión de solicitudes de consulta en relación con actividades que puedan causar daños transnacionales. Ahora bien, surgirá un problema cuando un Estado considere que una actividad no puede causar tales daños en tanto que otro insista en limitar la libertad de los ciudadanos del primer Estado para realizar actividades benéficas para ellos. Incluso si al Estado afectado no se

le otorga el derecho de veto, como se explica en el comentario al artículo VI, la obligación de consultar entrañaría de por sí el deber de dar satisfacción a ese Estado y aceptar condiciones que tal vez sean tan onerosas que habría que abandonar la propia actividad. En esos casos, la solución obvia sería adoptar algún medio de solución pacífica de controversias, como recurrir a la opinión de expertos neutrales. Ahora bien, el orador duda del valor de propuestas de ese tipo así como de la lista de factores que el Relator Especial ha sugerido que se incorporen en otro artículo de la convención marco. Comparte las reservas del Relator Especial a ese respecto y recomienda que los artículos sobre esos temas se omitan en la fase actual. El equilibrio de intereses no es un factor peculiar de esta esfera concreta pero constituye el eje del funcionamiento del derecho internacional. El orador vacila también en entrar en detalles como los propuestos en el artículo 20 *bis* y en relación con el principio «contaminador-pagador». Estas cuestiones podrían reexaminarse cuando se haya progresado más en los conceptos básicos.

62. Por último, está de acuerdo en que la prevención no puede tratarse en abstracto y que diferentes tipos de principios de prevención pueden corresponder a diferentes tipos de actividades. Apoya también la opinión de que el tema no debería generar una nueva serie de condiciones para la transferencia de los recursos y la tecnología que los países en desarrollo necesitan para sostener su desarrollo. Debería hacerse un nuevo esfuerzo por aclarar los principios básicos, aunque la redacción de los principios de procedimiento podría dejarse en gran parte a los propios Estados.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹³ (continuación*)
(A/CN.4/446, secc. B, A/CN.4/448 y Add.1¹⁴, A/CN.4/449¹⁵, A/CN.4/452 y Add.1 a 3¹⁶, A/CN.4/L.488 y Add.1 a 4, A/CN.4/L.490 y Add.1)

[Tema 3 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE UN PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

63. El Sr. KOROMA (Presidente del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional) dice que el Grupo de Trabajo ha hecho considerables progresos en las dos últimas dos semanas. Tras estudiar y alcanzar un acuerdo preliminar sobre una serie de proyectos de disposiciones relativas a aspectos generales de la cuestión tales como la condición jurídica del tribunal, los magistrados, el secretario y la composición de las salas, ha establecido tres subgrupos para que examinen la competencia y el derecho aplicable, la investigación y el encausamiento, y la cooperación y la asisten-

cia judicial. Los subgrupos han elaborado informes detallados con proyectos de disposiciones específicas acompañados en algunos casos de notas u observaciones preliminares, que luego se han debatido en el Grupo de Trabajo. Los subgrupos han reanudado posteriormente su trabajo con miras a incorporar en los proyectos de artículos, en lo posible, las observaciones hechas en el Grupo de Trabajo y para examinar algunas cuestiones que se han considerado posibles elementos adicionales para un estatuto. Se ha acordado que, una vez que los subgrupos hayan terminado su trabajo, se emprendería la tarea de combinar en un todo coherente las distintas disposiciones y comentarios del Grupo de Trabajo y sus subgrupos.

64. El orador confía en que el Grupo de Trabajo pueda en el actual período de sesiones someter a la Comisión un instrumento sustantivo de trabajo que la ponga en camino de cumplir el mandato que le confió la Asamblea General¹⁷, a saber: elaborar un estatuto para un tribunal penal internacional.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

¹⁷ Véase resolución 47/33 de la Asamblea General.

2304.ª SESIÓN

Martes 8 de junio de 1993, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Gudmundur EIRIKSSON

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) (A/CN.4/446, secc. D, A/CN.4/450¹, A/CN.4/L/487 y Corr.1)

[Tema 5 del programa]

NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen del noveno informe del Relator Especial (A/CN.4/450). Por haber tenido que ausen-

* Reanudación de los trabajos de la 2301.ª sesión.

¹³ Para el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

¹⁴ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

tarse, el Sr. Yamada ha pedido que el texto de su intervención se distribuya a los miembros de la Comisión.

2. El Sr. THIAM dice que la Comisión, que ya ha examinado los diversos aspectos de la cuestión y ha decidido, de conformidad con el mandato de la Asamblea General, limitar el examen de la cuestión a la prevención en la esfera de actividades que presentan un riesgo, debería poner fin al debate general y pasar a la fase concreta del trabajo que se le ha confiado, es decir a los proyectos de artículos sobre la prevención. En consecuencia, después de dar las gracias al Relator Especial por su paciencia, pide que los nuevos artículos propuestos en el noveno informe se remitan al Comité de Redacción.

3. El Sr. MIKULKA se suma a las expresiones de agradecimiento dirigidas al Relator Especial, que ha desempeñado fielmente una tarea tanto más difícil cuanto que la Comisión no ha podido todavía llegar a un consenso sobre el alcance exacto y el contenido del tema. Sin embargo, ha dado un paso importante al decidir en 1992 que en lo sucesivo sólo se ocupará de la prevención en el marco de las actividades que presentan un riesgo, dejando a un lado las actividades que de hecho causen un daño², lo que es muy razonable ya que, como ha señalado el Sr. Pellet (2302.ª sesión), la noción de prevención tiene sentido precisamente en el caso de las actividades que presentan un riesgo. Esto no significa, por otra parte, que la Comisión haya abandonado la idea de establecer reglas sobre las medidas de corrección que deben tomarse en caso de daños transfronterizos, y de examinar después la cuestión de la responsabilidad, ya que, como ha subrayado el Sr. Koroma (2303.ª sesión), el riesgo en sí mismo no implica responsabilidad. En consecuencia, el orador está de acuerdo con el método de trabajo adoptado por la Comisión consistente en abordar cada problema por separado.

4. Por lo que respecta a los artículos sobre las medidas de prevención propuestas por el Relator Especial, el orador es consciente de que el objeto de estas medidas es minimizar las posibilidades de accidentes en las actividades que se llevan a cabo bajo la jurisdicción y control de los Estados y no evitar que se produzca un daño. En cambio, no cree que haya que responder en este momento a la cuestión de saber si el Estado que haya ejercido sus obligaciones de control y de prevención puede o no incurrir en responsabilidad, como hace el Relator Especial. La respuesta a esta cuestión, que constituye la base de la segunda parte del tema, exigiría un estudio a fondo por parte de la Comisión.

5. Del noveno informe se desprende, al igual que del octavo informe³, que el Relator Especial es partidario de la tesis según la cual todas las medidas que se definan en el marco de este tema, incluidas las medidas de prevención, se basen en la prohibición de que un Estado utilice su propio territorio en detrimento de los derechos de otros Estados. Ahora bien, esta hipótesis se presta a equívocos. En efecto, toda actividad que pueda causar un daño a otro Estado puede considerarse como una actividad ilícita, y cabe entonces preguntarse si la cuestión no

corresponde al ámbito de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos.

6. El artículo 11 (Autorización previa), propuesto por el Relator Especial, plantea dos problemas. El primero se refiere a la definición de riesgo: solamente sobre la base de esta definición se podrá decir si cabe esperar razonablemente que los Estados acepten esta autorización como obligación general. El segundo problema se refiere a la renovación periódica de la autorización o a la posibilidad, o incluso obligación, de retirarla en algunos casos, lo que no está previsto en ninguna parte. El artículo 12 (Evaluación del impacto transfronterizo) está redactado en términos muy generales. Lógicamente, la autorización a que se refiere el artículo 11 debería denegarse si los resultados de la evaluación no son satisfactorios, pero el texto propuesto no lo dice. Además, el artículo 15 (Notificación e información) da la impresión de que, incluso si la evaluación prevista en el artículo 12 deja entrever la posibilidad de un daño transfronterizo apreciable, el Estado podrá, no obstante, dar su autorización en el sentido del artículo 11. Pero en tal caso ¿por qué estaría obligado a informar a los demás Estados de los resultados de la evaluación?

7. El artículo 13 (Actividades preexistentes) es algo confuso. De este artículo parece desprenderse que si bien las actividades iniciadas sin autorización del Estado pueden continuar, el Estado será responsable de los posibles daños. Podría decirse quizás que es posible proseguir las actividades sin perjuicio de la cuestión de la responsabilidad de los Estados. En cuanto al artículo 14 (Conducción de las actividades), se refiere a dos cuestiones distintas que habría que tratar por separado: la adopción de la mejor tecnología disponible para minimizar el riesgo y la suscripción de un seguro obligatorio.

8. Por lo que respecta a la notificación y al intercambio de información, el Relator Especial plantea la cuestión de la promoción de regímenes especiales, posiblemente en forma de una convención que regiría todas las cuestiones relacionadas con una actividad determinada. En tales condiciones, no se comprende bien por qué, según el artículo 18 (La consulta previa) los Estados interesados deberían consultarse para encontrar soluciones mutuamente aceptables sobre todos los problemas relacionados con la actividad en cuestión, «entendiéndose que, en todo caso, la responsabilidad por los daños transfronterizos que pudiera producir estará sujeta a lo dispuesto en los artículos correspondientes de este mismo instrumento». A juicio del orador, si los artículos en curso de elaboración deben convertirse un día en una convención marco, será perfectamente lógico dejar a los Estados la posibilidad de establecer regímenes particulares para regular detalladamente las cuestiones previstas en la convención marco, incluido el régimen de la responsabilidad objetiva. Debería preverse siempre la posibilidad de derogar las reglas de la convención marco, incluso en relación con la responsabilidad.

9. El orador se declara dispuesto a apoyar la propuesta del Sr. Bowett (2303.ª sesión) en cuanto al procedimiento a seguir con respecto a los nuevos artículos y a los artículos ya remitidos al Comité de Redacción.

10. El Sr. RAZAFINDRALAMBO observa que, de conformidad con la decisión adoptada por la Comisión

² Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), párr. 346.

³ Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/443.

en su 44.º período de sesiones, el Relator Especial ha centrado su noveno informe en la prevención con respecto a las actividades que presentan un riesgo. Esto le ha llevado a examinar de nuevo todos los proyectos de artículos relativos a la prevención que había presentado en su octavo informe⁴, sin poner en entredicho, no obstante, los fundamentos jurídicos de la prevención que la Comisión tuvo ocasión de examinar detalladamente en su 44.º período de sesiones. Así pues, sería inútil abrir nuevamente el debate sobre la cuestión, y parece preferible, como ha pedido el Sr. Thiam, remitir inmediatamente los nuevos artículos al Comité de Redacción. Sin embargo, el Relator Especial no se ha contentado en su noveno informe con retocar los proyectos de artículos anteriores, sino que ha vertido en él el fruto de su reflexión habida cuenta de las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión y de los instrumentos aprobados recientemente en la esfera del medio ambiente, por lo que conviene felicitarle por sus esfuerzos, que han acabado por disipar las dudas de los que no estaban convencidos de la viabilidad de un instrumento de alcance general sobre la responsabilidad objetiva de los Estados por las consecuencias de actividades lícitas.

11. Con referencia a los proyectos de artículos propiamente dicho, el orador observa a propósito del artículo 13, que extiende el campo de aplicación de la responsabilidad internacional a las actividades preexistentes, que es posible que estas actividades hayan proseguido durante varios años sin causar nunca daños, lo que quiere decir que su explotación no implicaba en un principio riesgos apreciables. El hecho de someter estas actividades a los requisitos previstos podría por lo tanto crear dificultades en las relaciones entre el Estado y los operadores, y las nuevas exigencias del Estado en materia de prevención podrían considerarse como una violación de los compromisos iniciales o como una modificación, implícita o no, del contrato de inversión y del pliego de condiciones. También es de temer que, al amparo del artículo 19, el Estado presuntamente afectado se inmiscuya en la política económica e industrial del Estado de origen y le cause un perjuicio material, sobre todo si su iniciativa da lugar a la suspensión de la actividad en cuestión. Por ello, el orador estima que sería preferible, en el caso de las actividades preexistentes, limitar la aplicación de las medidas de prevención a las actividades que causan un daño, o al menos a las actividades potencialmente peligrosas, como las instalaciones nucleares o químicas, cuya lista podría figurar en un anexo, como ha sugerido el Sr. Tomuschat (2302.ª sesión).

12. El artículo 15 plantea el problema de la situación de los países en desarrollo y de la intervención de las organizaciones internacionales, problema en el que nunca se insistirá lo suficiente. Por lo demás, el Relator Especial ha mostrado siempre una atención particular a los países en desarrollo, de conformidad con la tendencia general del desarrollo progresivo del derecho internacional. Desde luego, habría que otorgar un trato preferencial a los países en desarrollo por lo que respecta a la evaluación de los efectos transfronterizos y a las medidas de notificación e información, y establecer un programa de asistencia a fin de suministrarles fondos y medios técni-

cos. Este programa y este trato deberían ser objeto de disposiciones especiales, análogas a las de los artículos 202 y 203 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. La suscripción de un seguro también debería ser obligatoria, a fin de no imponer a estos Estados una carga financiera que excedería de sus medios. En el caso de actividades ejercidas por operadores privados, al Estado sólo debería atribuírsele una responsabilidad supletoria a título excepcional, y el seguro debería cubrir la totalidad del monto de la reparación. En cuanto a las organizaciones internacionales, su intervención en la esfera de la prevención podría revestir carácter sistemático, en particular por lo que respecta a la evaluación de los efectos transfronterizos de las actividades.

13. En cuanto a la solución de controversias, sería más lógico consagrar a esta cuestión un epígrafe especial que previera diversas modalidades de arreglo y se inspirara en la Parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. No obstante, si la controversia se limita a una simple divergencia de opiniones sobre la interpretación de textos o sobre la evaluación técnica, la solución tal vez pudiera consistir, como propone el Relator Especial, en establecer un procedimiento de investigación, por ejemplo en forma de comisión de investigación encargada de formular un dictamen. Finalmente, el orador estima que sería lógico y normal incluir en el proyecto el principio de la no transferencia de riesgos ni de daños y el principio del «contaminador-pagador», del mismo modo que otros principios que rigen la cuestión.

14. El Sr. AL-BAHARNA no está seguro de que el Relator Especial haya elegido el método ideal al inspirarse para sus nuevos proyectos de artículos en la serie de textos presentados en el anexo al octavo informe⁵, sin ninguna referencia a las actividades con efectos nocivos. En efecto, este procedimiento plantea nuevamente ciertas cuestiones susceptibles de controversia que conviene examinar antes de abordar el texto de los artículos propuestos. En primer lugar, por lo que respecta a la cuestión de saber si los artículos propuestos tendrán carácter obligatorio, el Relator Especial dice que el debate está «por el momento terminado», lo que puede no ser exacto, ya que de la respuesta a esta pregunta dependerá la formulación de los artículos. Sería preferible que la Comisión parta de la hipótesis de que los artículos constituirán un conjunto de obligaciones vinculantes, ya que es mejor prevenir que curar en el caso de las actividades que presentan un riesgo, y para ello es preciso que el régimen de prevención sea obligatorio.

15. En segundo lugar, parece que el Relator Especial ha limitado el alcance de las obligaciones de prevención ya que, después de indicar que el objeto de las medidas de prevención es intentar que las actividades bajo jurisdicción o control de un Estado «minimicen la probabilidad de que se produzca un incidente con efectos transfronterizos», añade: «Subrayamos *intentar* para indicar que el objeto de la obligación no es evitar la producción de todo daño... sino adoptar ciertas medidas para obtener los resultados anteriores». El orador estima, por el contrario, que los artículos consagrados a la prevención de-

⁴ *Ibid.*, cap. II.

⁵ *Ibid.*

berían tratar de asegurar el control de todas las actividades que puedan causar daños transfronterizos.

16. En tercer lugar, la división de responsabilidades que considera el Relator Especial, cuando dice que el Estado no tendrá en principio responsabilidad por actividades privadas sobre las cuales ejerció sus obligaciones de control, a reserva no obstante de una responsabilidad subsidiaria en ciertos casos, parece artificial, sino inviable. Por lo que respecta a la responsabilidad por hechos lícitos (*liability*), no cabe excluir la eventualidad de una acción contra el Estado en cuyo territorio se haya ejercido una actividad. En efecto, la responsabilidad civil del operador conserva por definición un carácter nacional, a menos que adquiera una dimensión internacional en virtud de los principios aplicables del derecho internacional.

17. En cuarto lugar, por lo que respecta a la posibilidad de reservar un trato distinto a los países en desarrollo por el hecho de que carecen de los recursos financieros y de la tecnología necesarios para controlar ciertas actividades, el problema es ciertamente real, pero la Comisión debería encontrar el medio de solucionarlo sin llegar a diluir el régimen jurídico que se está edificando.

18. Con referencia a los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial, el orador, si bien está de acuerdo con el principio que atribuye una obligación de control al Estado en cuyo territorio se ejercen las actividades que representan un riesgo de causar un daño transfronterizo, teme que unas disposiciones tan detalladas como las de los artículos 11 a 14 no lleguen a transformar el régimen legal de prevención en una injerencia en los asuntos internos de los Estados. Por lo demás, desearía que se precise el vínculo entre la «autorización previa» del artículo 11 y la «evaluación de su posible impacto transfronterizo» del artículo 12, que constituye la esencia de la función de control.

19. Con respecto a los artículos 15 y 16, si bien hay que aprobar el principio de la notificación por el Estado de origen y el principio del intercambio de informaciones entre el Estado de origen y los Estados susceptibles de ser afectados, conviene revisar su redacción para tener en cuenta el hecho de que el Estado de origen no sabe siempre inmediatamente qué Estados pueden resultar afectados. Por lo que respecta a la intervención de las organizaciones internacionales, el orador comparte las opiniones expresadas por el Relator Especial y tampoco ve la posibilidad de imponerles una obligación jurídica alguna en un instrumento en el que no son partes. Sería preferible suprimir toda mención de las organizaciones internacionales en el apartado *b* del artículo 15, y añadir un párrafo indicando que el Estado de origen puede solicitar la asistencia técnica de las organizaciones internacionales en materia de prevención de riesgos transfronterizos. Habría también que suprimir el apartado *d* del mismo artículo relativo a la participación del público, que parece bien hipotético.

20. El artículo 17 en su conjunto merece ser aprobado, aunque para evitar que los Estados no vean en él un medio fácil de eludir el régimen legal de prevención habría que definir con precisión las nociones de «seguridad nacional» y «secretos industriales», y reforzar la segunda parte del artículo a fin de llegar a un cierto equilibrio en-

tre las necesidades de seguridad y el suministro de información sobre los riesgos transfronterizos.

21. Por lo que respecta al principio de las consultas, cuya importancia se explica en el informe, tal vez no sea prudente formularlo en términos tan estrictos como los del artículo 18. Por lo demás, la última frase, «entendiéndose que, en todo caso, la responsabilidad por los daños transfronterizos que pudiera producir estará sujeta a lo dispuesto en los artículos correspondientes de este mismo instrumento» parece superflua, puesto que la responsabilidad se regirá en todo caso por las normas aplicables de derecho internacional. El texto del artículo 19 (Derecho del Estado presuntamente afectado) es aceptable, salvo la última frase relativa al resarcimiento de los costos del estudio por el Estado de origen, que podría obstaculizar las consultas. El estudio de la cuestión de la solución de controversias, analizada en el comentario al artículo VIII del informe, es sin duda algo prematuro, como reconoce el Relator Especial. Eventualmente, podría preverse un sistema de comisión de investigación, siempre que la decisión de estas comisiones tenga valor de recomendación.

22. Finalmente, el orador está de acuerdo con la propuesta del Relator Especial de conservar el texto del artículo IX (Factores del equilibrio de intereses), bien en forma de artículo bien en un anexo. Igualmente es partidario de la idea de mantener una cláusula sobre la no transferencia de riesgos o daños, según el modelo del artículo 20 *bis*.

23. El Sr. TOMUSCHAT desearía insistir en tres observaciones que ya hizo (2302.ª sesión), sin éxito, al Relator Especial. Se trata ante todo de la imprecisión del alcance del proyecto de artículos *ratione materiae*. Como ha dicho el Sr. Bowett (2303.ª sesión), las propuestas del Relator Especial tienen por objeto esencialmente establecer un sistema de evaluación de riesgos para el medio ambiente, lo que no es ciertamente adecuado para todas las actividades, sino únicamente para los proyectos cuya importancia rebasa un cierto límite que debe definirse cuidadosamente. Es interesante observar a este respecto que todos los instrumentos existentes procuran describir detalladamente las actividades a las que se aplican. Esto ocurre, por ejemplo, con la directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 1985 relativa a la evaluación del impacto de ciertos proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente⁶, a la que acompañan dos listas de actividades sometidas a procedimientos preventivos de evaluación, así como la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo. Sin duda la noción general de actividades de riesgo se presta al examen de la cuestión de la responsabilidad en caso de daño. Pero en cambio el sistema de evaluación de los riesgos para el medio ambiente debe limitarse, por su propia naturaleza, a ciertas actividades fácilmente identificables y que entrañan aisladamente un riesgo concreto de daño transfronterizo. Las amenazas mundiales para el medio natural deben ser combatidas por otros medios. Como ha dicho el Sr. Yamada, en la nota que distribuyó al principio de la sesión, habría que analizar y definir las diferentes actividades de

⁶ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, N.º L 175, vol. 28, de 5 de julio de 1985, pág. 40.

riesgo, existentes o eventuales, para que el proyecto de artículos se adapte plenamente a la diversidad de riesgos y actividades y a los progresos de la ciencia y la tecnología.

24. La segunda observación del Sr. Tomuschat se refiere a la insuficiencia de información sobre los acontecimientos recientes relacionados con la cuestión. Por ejemplo, el Protocolo del Tratado de la Antártida sobre la protección del medio ambiente⁷ contiene importantes disposiciones sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente, al igual que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que enuncia en su artículo 3 el principio hasta entonces inédito según el cual la ausencia de una certidumbre científica absoluta no debe servir de pretexto para diferir la adopción de medidas de precaución.

25. La tercera observación del Sr. Tomuschat se refiere a las posibles consecuencias sobre esta cuestión de los instrumentos aprobados recientemente. En el caso, por ejemplo, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, que por lo demás se cita en el informe, cabe preguntarse si no reduciría el interés del proyecto de artículos si la Comisión decidiese restringir su objeto a los procedimientos de evaluación del impacto en el medio ambiente.

26. Para concluir, el orador destaca que sus observaciones sólo pretenden hacer progresar los trabajos del Relator Especial y de la Comisión y que, por lo tanto, si los demás miembros de la Comisión así lo desean, no se opondrá a que se remita el proyecto de artículos al Comité de Redacción o a un grupo de trabajo.

27. Según el Sr. ROBINSON, el hecho de que el proyecto de artículos se refiera a actividades lícitas que implican un riesgo de daño transfronterizo influirá en la actitud de muchos Estados, en particular entre los países en desarrollo que, por carecer de medios financieros y técnicos suficientes, podrían considerar demasiado onerosas las obligaciones que imponen estos textos. Cabe preguntarse si un país en desarrollo está obligado a proceder a la evaluación del impacto de una actividad ejercida en su territorio y a celebrar consultas con los Estados que puedan resultar afectados para considerar y aplicar medidas de prevención en el caso de una actividad lícita y benéfica para su economía por razón de los puestos de trabajo que puede crear. El hecho de que estas actividades las realicen con frecuencia sociedades transnacionales, sobre las cuales el país huésped no ejerce necesariamente un poder de control suficiente, no contribuirá a que los países en desarrollo acepten las obligaciones previstas en el proyecto de artículos. El orador recuerda que los países desarrollados se opusieron firmemente, en otra instancia de las Naciones Unidas, a la aprobación de un código de conducta para las empresas transnacionales que, entre otras cosas, habría obligado a estas empresas a ejercer sus actividades de conformidad con unas prácticas aceptables en materia de respeto del medio ambiente. Sin embargo, cabe felicitarse del interés que el Relator Especial ha prestado a los problemas que la aplicación

de los artículos planteará a los países en desarrollo, y de su idea de añadir, en el capítulo consagrado a los principios, un texto que tendría en cuenta las preocupaciones de estos países. Cabe esperar que esta cláusula no se vea privada de toda utilidad como consecuencia de una redacción demasiado general o abstracta.

28. Huelga decir que el costo de la evaluación del impacto transfronterizo y de otros gastos relacionados con la aplicación de los artículos no deberá ser asumido necesariamente por el Estado en cuyo territorio se llevan a cabo las actividades, y que sólo deberán correr por su cuenta si el propio Estado es el que lleva a cabo estas actividades. En caso contrario, deberían tomarse disposiciones para que estos gastos sean sufragados por los operadores privados. Por lo demás, esto es lo que parece desprenderse del texto del artículo 12, en que la palabra «ordenará» implica que no es necesario que el propio Estado proceda a la evaluación o asuma los gastos.

29. Otra consideración importante desde el punto de vista del Estado en cuyo territorio se llevan a cabo las actividades es el hecho de que las obligaciones superiores que se le imponen son las de «diligencia debida», que el informe define como obligaciones que sólo se consideran transgredidas «si no se hacen esfuerzos razonables para respetarlas». Considerada desde este punto de vista, la obligación del Estado es esencialmente una función de control, que ejerce adoptando las medidas legislativas y administrativas aplicables a las actividades que se llevan a cabo en su territorio, así como medidas de vigilancia. Pero cabe entonces preguntarse si el artículo 14 traduce debidamente la obligación de «diligencia debida» que hay que distinguir de una obligación absoluta. Si, efectivamente, el Estado adopta las medidas legislativas y administrativas que, de ser aplicadas por un operador privado, minimizarán el riesgo de daños transfronterizos y su posible amplitud o, en caso de accidente, controlarán y minimizarán este riesgo, y si el operador no respeta estas medidas, ¿habrá que llegar a la conclusión de que el Estado ha violado la obligación que le impone este artículo de «asegurar» que «los operadores de dichas actividades adopten todas las medidas»? En tal caso, el Estado no debería ciertamente ser considerado como responsable y convendría revisar en este sentido el texto del artículo 14.

30. El orador expresa por otra parte su escepticismo por lo que respecta a la obligación prevista en el párrafo d del artículo 15 de informar al público susceptible de ser afectado y de darle participación en los procesos de toma de decisión. Sus dudas se refieren, por una parte, al alcance de la obligación de informar, que se extendería no sólo a la población del Estado de origen sino también al Estado susceptible de ser afectado y, por otra parte, al mecanismo que habría que crear para concretizar esta obligación.

31. Por lo que respecta a la solución de controversias, el orador estima que el régimen previsto en el proyecto de artículos debería basarse en un sistema de comisión de investigación, pero que esta cuestión debería ser examinada en el momento de la elaboración definitiva del proyecto de artículos.

32. Finalmente, el orador no está convencido de la pertinencia y la utilidad de la noción de «equilibrio de inte-

⁷ Firmado en Madrid el 4 de octubre de 1991 (*Revue générale de droit international public*, París, 1992, vol. 96, N.º 1, pág. 207).

reses» ni, por consiguiente, de la lista de factores que figuran en el artículo 20 del proyecto.

33. Estas reservas no le impedirán aceptar que se remita el proyecto de artículos al Comité de Redacción.

Cooperación con otros organismos

[Tema 7 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ JURÍDICO CONSULTIVO ASIÁTICO-AFRICANO

34. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Njenga, que asiste a la sesión de la Comisión en calidad de Secretario General del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano.

35. El Sr. NJENGA (Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano) dice que este Comité atribuye un gran interés a los vínculos que mantiene desde hace tiempo con la Comisión. En su calidad de Secretario General del Comité y antiguo miembro de la CDI, atribuye gran importancia a la consolidación de las relaciones entre ambos organismos, en su interés mutuo. En el 32.º período de sesiones del Comité, celebrado en Kampala (Uganda), el Presidente saliente de la CDI, Sr. Tomuschat, presentó un balance completo y sumamente instructivo de los progresos realizados por la Comisión en su 43.º período de sesiones. El Comité le agradece, en particular, que haya insistido en la función preeminente y en muchos aspectos innovadora del Comité en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, función tanto más notable cuanto que los medios materiales del Comité son sumamente modestos si se comparan con los recursos de que dispone la CDI.

36. Es un hecho universalmente reconocido que la Comisión se ocupa con gran minuciosidad de cuestiones de importancia vital para la comunidad internacional. Todas las cuestiones que figuran en su programa de trabajo interesan directamente al Comité, pero tres de ellas revisten una importancia especial para los Estados de Asia y de África: el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Este último tema figura también, y desde hace mucho tiempo, en el programa de trabajo del Comité, que se felicita del proyecto de artículos aprobado en primera lectura por la Comisión⁸ y ve en él una buena base para la futura convención. El Comité, que espera que la segunda lectura de estos textos se lleve a cabo lo antes posible, ha preparado comentarios detallados sobre este proyecto, que la CDI podrá tal vez aprovechar en la fase actual. Así, en su último período de sesiones, el Comité pidió también a su secretaría que examinase otros aspectos de la cuestión de los acuerdos fluviales y en particular la cuestión de la explotación de los recursos de agua dulce.

37. Tras la proclamación por la Asamblea General del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional⁹, la secretaría del Comité preparó, con miras a su 29.º período de sesiones, un documento sobre la función del Comité en la realización de los objetivos del Decenio. Posteriormente, el Comité hizo preparar sobre esta misma cuestión un estudio a fondo que se sometió al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas y que trataba de los objetivos del Decenio en su conjunto. La secretaría ha hecho llegar últimamente al Servicio Jurídico de las Naciones Unidas un informe recapitulativo de las actividades del Comité encaminadas al logro de los objetivos del Decenio en 1993 y 1994. Esta cuestión seguirá en el programa del Comité durante los próximos años, a fin de que pueda aportar su modesta contribución al Decenio para el Derecho Internacional. A este respecto, el Comité, en estrecha colaboración con el Gobierno del Estado de Qatar, prepara una conferencia que debe celebrarse en Doha del 22 al 25 de marzo de 1994 y en cuyo programa figurarán varias cuestiones de derecho internacional relacionadas, por ejemplo, con el medio ambiente, el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, la solución pacífica de controversias, el derecho del mar y el nuevo orden económico internacional. El orador invita a todos los miembros de la Comisión a participar en esta manifestación, que debe acoger, además del Secretario General de las Naciones Unidas, a diversos altos funcionarios de las Naciones Unidas, varios miembros de la CIJ y eminentes expertos y universitarios especialistas en derecho internacional.

38. El Comité, que siempre ha atribuido una gran importancia al derecho del mar, examinó en su 32.º período de sesiones un informe sobre los trabajos de la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. El Comité ha pedido a los Estados miembros que consideren la posibilidad de adoptar en su día una política y una estrategia comunes para el período que transcurre entre la sexagésima ratificación y la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. Por otra parte, la secretaría ha instado a los Estados miembros que todavía no han ratificado la Convención a que lo hagan. El orador ha participado en la reunión de la Comisión Preparatoria, en Jamaica, así como en el décimo período de sesiones de las consultas oficiales presididas por el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, donde se han registrado progresos considerables.

39. Otra esfera que reviste cada vez más importancia es la de la protección del medio ambiente. Durante los dos últimos años, la secretaría del Comité ha participado activamente en los trabajos preparatorios y en la fase final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, así como en la labor del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención Marco sobre el Cambio Climático y en los trabajos preparatorios del Convenio sobre la Diversidad Biológica. El Comité se interesa sobre todo, de momento, en la evaluación de la aplicación del «Programa 21»¹⁰ y del seguimiento dado a los dos instrumentos mencio-

⁹ Resolución 44/23 de la Asamblea General.

¹⁰ A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), págs. 7 y ss.

⁸ Véase *Anuario...* 1991, vol. II (segunda parte), págs. 71 a 75.

nados. Por otra parte, la secretaría sigue la evolución de las negociaciones relativas a una convención internacional de lucha contra la desertificación, y el Comité tiene intención de reunir este año, en colaboración con el PNUMA, un grupo de expertos encargados de examinar a fondo las cuestiones relativas al medio ambiente.

40. Por lo que respecta a la cuestión del estatuto y del trato de los refugiados, la secretaría preparó para el 32.º período de sesiones del Comité dos documentos relativos, uno, a un estudio preliminar sobre la legislación tipo para los refugiados y, otro, a la creación de zonas de seguridad para las personas desplazadas en su país de origen. Poco tiempo después se celebró en Addis Abeba una reunión oficiosa con responsables de la OUA y del ACNUR, durante la cual se decidió organizar una reunión común de las tres organizaciones. Esta reunión tripartita se celebró el 3 de junio de 1993 en Ginebra, y fue seguida de una reunión del «Grupo de reflexión» los días 4 y 5 de junio. Este Grupo se ocupó de la «protección temporal» y de la «protección en situación de conflicto». El Comité espera intensificar sus relaciones con el ACNUR y la OUA en relación con esta cuestión capital de los refugiados, y se han identificado otras esferas de interés mutuo.

41. El Comité, consciente de la importancia de los vínculos entre el desarrollo económico y la armonización de los regímenes jurídicos que rigen el comercio internacional gracias al intercambio de experiencias entre los Estados miembros, ha establecido en su sede de Nueva Delhi un grupo de recopilación de datos. Cuando este servicio haya adquirido una competencia suficiente en materia de recopilación y análisis de datos, se creará un centro autónomo de investigación-desarrollo sobre los regímenes jurídicos aplicables a las actividades económicas en los países en desarrollo. El grupo dispone ahora del material necesario para el tratamiento de la información, está preparando los programas necesarios y se ha puesto en contacto con los Estados miembros y las organizaciones internacionales competentes para que le ayuden facilitándole datos.

42. El programa de trabajo del Comité prevé estudios e informes sobre otros temas: la expulsión de los palestinos como violación del derecho internacional, en particular de los Convenios de Ginebra de 1949; los criterios para establecer una distinción entre el terrorismo internacional y los movimientos de liberación nacional; la extradición de delincuentes huidos; la carga de la deuda de los países en desarrollo; el océano Índico como zona de paz; el marco jurídico que debe establecerse para las empresas industriales en cooperación; los problemas jurídicos que plantea la privatización de las empresas públicas; y las cuestiones que afectan al derecho mercantil internacional. Todas estas cuestiones serán examinadas en el 33.º período de sesiones del Comité, que debe celebrarse en Tokio en 1994. El Sr. Njenga, en nombre del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano invita al Presidente de la CDI a participar en este período de sesiones. Para terminar, señala que, en su período de sesiones de Kampala, el Comité se pronunció sobre la cuestión fundamental del traslado de su sede de Nueva Delhi a Doha (Qatar). El Sr. Njenga está convencido de que en su nueva sede, en la que debe instalarse en 1994, el Comité seguirá contribuyendo a la realización de las aspiraciones de los Estados

miembros y a la obra común de promoción y desarrollo progresivo del derecho internacional.

43. El Sr. TOMUSCHAT dice que, con ocasión del 32.º período de sesiones del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, al que asistió en calidad de observador de la Comisión, le sorprendió la extraordinaria eficacia con que el personal de la secretaría del Comité, bajo la dirección del Sr. Njenga, aseguraba el servicio de múltiples reuniones, que se prolongaban a menudo hasta muy entrada la noche. Le sorprendió igualmente el carácter amistoso y cálido de la acogida que le dispensaron todos los participantes. Los contactos entre la CDI y el Comité son sumamente enriquecedores. Como sus recursos son muy superiores a los del Comité, la CDI está en condiciones de profundizar más en la mayoría de las cuestiones que figuran en el programa, pero el Comité, por su parte, ha logrado notables resultados. Además, no hay que olvidar que el Comité tiene un campo de actividades mucho más amplio; no limita sus actividades al derecho internacional general sino que aborda también los derechos humanos, el derecho de los refugiados, el derecho del mar, etc. La CDI también podría aprovecharse de un contacto más directo con la realidad. En todo caso, tratará de tener en cuenta las observaciones formuladas por el Sr. Njenga en la exposición sumamente completa e interesante que ha hecho de los trabajos del Comité.

44. El Sr. KOROMA dice que el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano tal vez podría añadir a los muchos temas incluidos en su programa de trabajo las cuestiones del derecho humanitario y de los derechos humanos y prever una cooperación más estrecha con el CICR y el Centro de Derechos Humanos.

45. El PRESIDENTE da las gracias al Sr. Njenga por su declaración y por las palabras de aliento que ha dirigido a la Comisión. Observa con satisfacción que el Comité se muestra activo en la esfera del derecho del mar. Como ha señalado el Sr. Tomuschat, los trabajos del Comité revisten gran importancia para la CDI que continuará ciertamente aprovechando sus lazos con el Comité. En nombre de la CDI, el Presidente acepta complacido la invitación para participar en calidad de observador en el próximo período de sesiones del Comité, al que desea pleno éxito en su examen de las importantes cuestiones que figuran en su programa de trabajo.

Se levanta la sesión a las 12.25 horas.

2305.ª SESIÓN

Jueves 10 de junio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Gudmundur EIRIKSSON

más tarde: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bowett, Sr. Calero

Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) (A/CN.4/446, secc. D, A/CN.4/450¹, A/CN.4/L/487 y Corr.1)

[Tema 5 del programa]

**NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)**

1. El Sr. de SARAM dice que, a su juicio, el Relator Especial ha tratado en su noveno informe (A/CN.4/450) de tener en cuenta la decisión adoptada por la Comisión en 1992 sobre la forma en que deberían avanzar los trabajos sobre el tema y también de tener en cuenta las diferentes opiniones repetidamente expresadas tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Además, el Relator Especial ha reconocido que la Comisión debería tener en cuenta los principios de las relaciones de buena vecindad y de cooperación entre los Estados en la esfera ambiental que se generalizan progresivamente. Esto es particularmente importante cuando la fragilidad del ecosistema terrestre se ha convertido en tema de preocupación mundial y cuando las organizaciones internacionales, tanto dentro como fuera del sistema de las Naciones Unidas, como ha señalado el Relator Especial, deberían seguir desempeñando una útil función a ese respecto.

2. Las decisiones adoptadas por la Comisión en 1992² se referían a tres fases de su trabajo. Durante la primera fase, la Comisión prepararía los artículos sobre las medidas preventivas referentes a las actividades que comportan un riesgo de daños transfronterizos; durante la segunda, prepararía los artículos sobre la indemnización y otras medidas de reparación por los daños transfronterizos; y, durante la tercera fase, estudiaría cuál debería ser la siguiente fase de sus trabajos sobre el tema. La distinción hecha en 1992 entre la primera fase de los trabajos de la CDI (medidas preventivas) y la segunda fase (indemnización por los daños causados) al parecer no es tan aceptable para algunos miembros como para otros, lo que es comprensible dada la importante relación existente entre ambas. A este respecto, se ha planteado la cuestión de saber en qué momento, si una actividad determinada no causa de hecho ningún daño transfronterizo, la omisión de adoptar una medida preventiva, que es una obligación primaria, generaría una obligación secundaria en virtud de las normas sobre la responsabilidad de los Estados, y cuál sería el contenido de esa obligación secundaria.

3. Otro tema de preocupación es la posibilidad de que pueda surgir una opinión encaminada a que, una vez que los artículos sobre las medidas preventivas, y por tanto las reglas primarias sobre las medidas preventivas, se hayan elaborado plenamente, ellos constituirían todas las reglas primarias generales que la Comisión necesitaría realmente para llegar a un consenso y formularlas en el marco del presente tema; y, dado que el incumplimiento de esas reglas primarias constituiría un incumplimiento de la obligación de obrar con la diligencia debida, generando así las obligaciones secundarias con arreglo a las normas sobre la responsabilidad de los Estados, tal vez sea innecesario que la Comisión pase a la segunda fase de sus trabajos, a saber, la formulación de reglas primarias sobre la indemnización por daños transfronterizos. Debido a esta posibilidad es necesario que la Comisión, antes de enfrascarse en la primera fase, en la que ha de abordar las medidas preventivas, tenga presente el punto de vista más general y, en especial, la segunda fase de su labor sobre la formulación de reglas primarias acerca de la indemnización por daños.

4. De hecho, la Comisión no debería tropezar con ninguna dificultad realmente insuperable en la preparación de los artículos sobre la indemnización por el daño transfronterizo, puesto que parece estar de acuerdo sobre algunas de las ideas básicas que sirven de fundamento al presente tema: a) que las víctimas del daño transfronterizo causado por actividades no prohibidas por el derecho internacional deben ser indemnizadas debidamente y sin demora, sea cual sea la forma de indemnización, por el daño sufrido; y b) que los actores en una situación de daño transfronterizo serán generalmente: i) el Estado en cuyo territorio tenga lugar la actividad causante de ese daño —denominado también el «Estado de origen»; ii) el agente público o privado que realice la actividad; iii) el Estado afectado; iv) quienes se benefician de la actividad (que no sólo pueden ser los que se encuentren dentro del «Estado de origen» sino posiblemente también dentro del Estado afectado); y v) las víctimas del daño transfronterizo.

5. Por consiguiente, la Comisión sólo tiene que resolver cuáles serían las propuestas para lograr que se establezcan relaciones justas o equitativas en el plano de la norma primaria entre los diversos actores en los supuestos en que se haya causado realmente un daño transfronterizo.

6. En cuanto a las relaciones que se han de establecer en el plano de la norma primaria en materia de indemnización por el daño transfronterizo, la Comisión tendría que examinar diversas posibilidades antes de formular sus propuestas definitivas. Oradores anteriores ya han propuesto varias posibilidades: a) que los criterios que han de aplicarse para determinar si se ha obrado o no con la diligencia debida en un caso determinado deberían incluir el examen de si el agente estaba o no debidamente asegurado contra todo daño posible; b) se ha propuesto asimismo que, en determinadas circunstancias, debería existir una presunción a favor del Estado afectado; c) asimismo, el Relator Especial ha hecho en el proyecto de artículo 9³ una propuesta muy interesante según la

¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

² Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), párrs. 341 a 349.

³ Para el texto, véase *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 114, documento A/CN.4/428 y Add.1, anexo.

cual el Estado de origen estaría obligado a indemnizar el daño causado, pero que la cuantía efectiva de la indemnización se decidiría mediante negociaciones, celebradas de buena fe, entre las partes: propuesta a la que se ha referido muy favorablemente, porque implica un ejemplo interesante de la combinación de obligaciones perfectas y obligaciones incompletas (*hard and soft law*), el profesor Oscar Schachter, muy conocido de varios miembros de la Comisión y eminente autoridad jurídica, en sus trabajos sobre el nuevo derecho del medio ambiente; y d) se plantea además la cuestión de determinar cuáles deberían ser los papeles respectivos del Estado de origen y el agente en las modalidades de la indemnización: a este respecto, se ha mencionado ya durante el debate la difícil posición en que se encuentran los países en desarrollo que tratan desesperadamente de lograr la industrialización pero carecen de la infraestructura necesaria para cumplir requisitos que quizás sean excesivamente complejos. En relación con este punto habría que reflexionar sobre el papel de mecanismos de financiación de las indemnizaciones que abarquen todo el sector económico correspondiente y que ya han alcanzado un notable éxito en el campo de la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos. Es evidente que la Comisión examinará con sumo cuidado otras posibilidades que también existen.

7. En cuanto a las disposiciones concretas de los artículos propuestos, que ya han sido objeto de las observaciones de anteriores oradores, no formulará ningún comentario y se limitará a plantear un punto que, a su juicio, necesita aclararse. Para fines preventivos se celebrarían consultas y se mantendrían otras relaciones entre el Estado de origen y el Estado que pudiera sufrir el daño. Si se hiciera realidad el riesgo previsto, ¿se consideraría que el Estado que sufriese el daño o sus nacionales habían tenido conocimiento de la posibilidad de que se produjera un daño transfronterizo y que habían dado su aquiescencia? En caso afirmativo, ¿redundaría ello en perjuicio de su posición de demandantes? Probablemente no había tal intención, pero quizás pueda resolverse este problema mediante una redacción adecuada.

8. El plan general sobre las medidas preventivas, previsto por el Relator Especial en su noveno informe, se basa en los requisitos de que se obtenga la autorización previa del Estado dentro de la jurisdicción del cual debe realizarse la actividad de riesgo; de que las condiciones previas de tal autorización sean una evaluación de los efectos transfronterizos y, en caso necesario, la notificación y las consultas con los Estados que probablemente puedan resultar afectados; y de que se adopten medidas preventivas proporcionadas al riesgo previsto. A juicio del orador, esos requisitos sientan las bases necesarias para los futuros trabajos de la Comisión.

9. Teniendo en cuenta la incertidumbre creada por la decisión adoptada por la Comisión en 1992 acerca del ámbito del proyecto de artículos, es admirable que el Relator Especial haya podido responder como lo ha hecho en su noveno informe.

10. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que en un principio pensó que la Comisión había acordado adoptar un planteamiento que hubiera conducido a la elaboración de un conjunto de 20

artículos, aproximadamente, en los que se habría hecho hincapié principalmente en el daño transfronterizo, aunque las actividades que suponían un riesgo especial hubieran exigido que se establecieran deberes especiales de prevención. Pensó entonces que la Comisión, de haber propuesto tales artículos, habría atendido a los deseos de la inmensa mayoría de los miembros de la comunidad internacional. Finalmente no prevaleció esa opinión y, en el período de sesiones anterior, la Comisión adoptó el planteamiento que el Relator Especial ha seguido en su noveno informe. Por eso, sólo desea apoyar la propuesta de que se remitan los nuevos artículos al Comité de Redacción y que éste examine la posibilidad de constituir un grupo de trabajo para que decida cómo ocuparse de los artículos que ya le han sido sometidos y del tema en general, e informe a la Comisión en un momento posterior del período de sesiones.

11. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER toma nota con interés de la mención que ha hecho el Sr. de Saram de los conceptos de obligación incompleta y obligación perfecta (*soft and hard law*). Sin pretender en modo alguno criticar esos conceptos, le preocupa un poco su aplicación en la esfera jurídica que ahora examina la Comisión. Sería preferible no hablar de conceptos que podrían debilitar la posición que la Comisión espera construir. En especial, quizás sea recomendable aclarar el concepto de obligación incompleta (*soft law*) para determinar si tiene cabida o no en la esfera jurídica estudiada.

12. El PRESIDENTE dice que, como no hay otros oradores que deseen hablar sobre el tema, pedirá al Relator Especial que recapitule el debate en una sesión posterior.

El Sr. Barboza ocupa la Presidencia.

Responsabilidad de los Estados [A/CN.4/446, secc. C, A/CN.4/453 y Add.1 a 3⁴, A/CN.4/L.480 y Add.1, ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1]

[Tema 2 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

13. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) presenta su quinto informe (A/CN.4/453 y Add.1 a 3) y señala que la Comisión examinó en 1985 y 1986 las disposiciones relativas a la solución de las controversias propuestas por el Sr. Riphagen, anterior Relator Especial⁵, y que las remitió después al Comité de Redacción. Con arreglo a esas disposiciones, si surgía una controversia entre el Estado lesionado y el Estado autor del hecho lesivo después de que éste hubiera recurrido a contramedidas, las partes tenían que buscar una solución «por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas». Esta obligación, por supuesto, se entendía sin perjuicio de los derechos y obligaciones en vigor entre las partes respecto de la solución de controversias. Si no se llegaba a una solución de conformidad con el Artículo

⁴ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

⁵ Para el texto de los proyectos de artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte, propuestos por el anterior Relator Especial, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

lo 33 de la Carta, el Sr. Riphagen⁶ proponía en los apartados *a*, *b* y *c* del artículo 4 tres tipos de procedimientos. El apartado *a* disponía que toda controversia surgida con respecto a la prohibición de las contramedidas consistentes en la violación de una norma imperativa de derecho internacional —o sea, una norma de *jus cogens*— podía ser sometida unilateralmente por cualquiera de las partes a la decisión de la CIJ. El apartado *b* establecía la misma posibilidad de sumisión unilateral de la controversia a la Corte en el caso de cualquier controversia relativa a «los demás derechos y obligaciones» que se establecían como consecuencia de los crímenes, que sean distintas de las consecuencias de los delitos. El apartado *c* versaba sobre la categoría más general de las controversias concernientes a la aplicación o interpretación de las disposiciones de los artículos 9 a 13 de la segunda parte, propuestos por el Sr. Riphagen⁷, relativos al régimen de las contramedidas. Por lo que respecta a esas controversias, cualquiera de las partes podía, de conformidad con el apartado *c*, recurrir al procedimiento de conciliación —establecido en un anexo de los artículos— presentando al Secretario General de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto. El Relator Especial, como no está dispuesto todavía a hacer propuestas concretas sobre lo que el apartado *b* denomina «los demás derechos y obligaciones» dimanantes de los hechos internacionalmente ilícitos a que se refiere el artículo 19 de la primera parte del proyecto⁸, no se ha ocupado por ahora de las disposiciones sobre la solución de controversias relacionadas con los crímenes, en otras palabras, con el apartado *b* del artículo 4 propuesto por el Sr. Riphagen. Las propuestas formuladas en el quinto informe, por consiguiente, versan principalmente sobre el supuesto examinado por el anterior Relator Especial en el apartado *c* del artículo 4. El supuesto de *jus cogens* a que se refiere el apartado *a* de dicho artículo está comprendido implícitamente en todas esas propuestas.

14. De los debates de 1985 y 1986 en la CDI y la Sexta Comisión se desprende claramente que hubo un apoyo general a la solución que se ofrece en el apartado *c* y las disposiciones conexas. Tal apoyo resulta de la idea de que toda disposición relativa a la solución de controversias de la tercera parte del proyecto debe ser de tal índole que no menoscabe directamente la facultad o el derecho del Estado lesionado a recurrir a las contramedidas, así como de la idea de que el procedimiento de conciliación introducido en la tercera parte, conforme a la propuesta del Sr. Riphagen, sólo debe ser operativo, por iniciativa unilateral, cuando se haya adoptado una contramedida y el Estado destinatario de ésta, por decirlo así, haya formulado objeciones a ese respecto.

15. Es especialmente importante el acuerdo general acerca de que el mandato de la comisión de conciliación no debe estar limitado a ninguna cuestión determinada objeto de controversia relativa a la licitud de la contramedida adoptada. De acuerdo con la propuesta de 1986,

aceptada por la Comisión, la comisión de conciliación debe examinar cualquier cuestión de hecho o de derecho que se plantee en relación con la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados, sea la primera o la segunda parte del articulado.

16. También hubo acuerdo general en la Comisión, aunque con algunas voces disidentes, acerca de la posibilidad de sumisión unilateral al arreglo judicial por la CIJ de cualquier controversia relativa a si una contramedida determinada está o no en conformidad con una norma imperativa de derecho internacional. Se trata, sin embargo, de un campo reducido del que no va a ocuparse por ahora.

17. Por lo que respecta al supuesto más frecuente, es decir, el que se refiere a cualquier otra cuestión que se plantee en relación con el derecho de la responsabilidad de los Estados entre el Estado lesionado y el Estado autor del hecho lesivo a raíz de la adopción de una contramedida, la Comisión se ha declarado satisfecha en general con el procedimiento de conciliación propuesto. No ha tomado en consideración el arbitraje ni el arreglo judicial, que son los únicos procedimientos que llevarían a una solución jurídicamente vinculante. Desde el punto de vista práctico, la única defensa posible contra el recurso abusivo e injustificado a las contramedidas es, de acuerdo con la decisión de la Comisión de remitir al Comité de Redacción la tercera parte del proyecto, el dictamen no vinculante de una comisión de conciliación.

18. No obstante el grado de acuerdo alcanzado en la Comisión con respecto a esas soluciones, conviene examinar otras mucho más avanzadas. Tal vez los miembros de la Comisión recuerden cómo en los informes tercero y cuarto⁹ y también en diversas intervenciones efectuadas en la Comisión en 1991 y 1992 se habían subrayado los inconvenientes muy claros de tener que basarse en contramedidas unilaterales para velar por la observancia de las obligaciones internacionales. Algunos miembros incluso habían puesto en tela de juicio, en el período de sesiones anterior de la Comisión, la conveniencia de incluir disposiciones que codificasen un régimen jurídico de las contramedidas unilaterales. Su primera respuesta fue que la forma de solucionar los inconvenientes de las contramedidas no era que la Comisión cerrara los ojos a un uso del derecho consuetudinario que en realidad requería una regulación expresa mediante la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. La solución consistía en adoptar en la tercera parte del proyecto disposiciones más avanzadas y eficaces de solución de las controversias para garantizar que unos procedimientos de solución por intervención de un tercero imparcial estuvieran siempre disponibles en caso de contramedidas injustificadas, desproporcionadas o ilícitas por otra causa. Ese aspecto se desarrolla en la sección B del capítulo I del quinto informe.

19. La justeza de ese planteamiento ha quedado confirmada por encima de toda duda en el debate de la Sexta

⁶ *Ibid.*

⁷ Para el texto de los proyectos de artículos 6 a 16 de la segunda parte, remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 21 y 22, nota 66.

⁸ Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

⁹ Tercer informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/440 y Add.1; cuarto informe: *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3; la Comisión examinó estos dos informes en su 44.º período de sesiones [véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), pág. 21, párrs. 117 y ss.].

Comisión en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, que se recoge en el excelente resumen por temas (A/CN.4/446). Las opiniones expresadas en la Sexta Comisión sobre este tema se resumen también en la sección B del capítulo I del informe del Relator Especial. A este respecto, éste desea subrayar los efectos positivos y beneficiosos que no pueden por menos de derivarse de la adopción de un conjunto de obligaciones realmente efectivas de solución de las controversias como parte integrante, y no como mero protocolo, de una convención sobre la responsabilidad de los Estados, efectos que se examinan en la sección C del capítulo I del informe.

20. El título de la sección D del informe debe decir «Soluciones recomendadas» y, como se señala en el punto 1 de esa sección, la referencia a los procedimientos de solución en el artículo 12¹⁰, que ha sido remitido al Comité de Redacción, abarca sólo los procedimientos que las partes, esto es, un determinado Estado lesionado y un determinado Estado autor del hecho lesivo, tengan a su disposición en el momento en que el Estado lesionado exija la cesación del hecho ilícito y su reparación y estudie si ha de recurrir a contramedidas para obtenerlas. El cuarto informe era suficientemente explícito a este respecto y, en particular, acerca de la cuestión de la «disponibilidad», y la cuestión había quedado aún más clara después del debate efectuado en el 44.º período de sesiones. La cuestión principal que plantea el apartado a del párrafo 1 del artículo 12 es que se refiere, además de a las vagas y usualmente poco eficaces obligaciones generales de solución dimanantes del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas o disposiciones análogas, a las obligaciones más efectivas que en cada caso concreto incumban al Estado lesionado y el Estado autor del hecho lesivo. Se refiere evidentemente a los tratados generales y las cláusulas compromisorias (las cláusulas de solución incluidas en determinados tratados internacionales) que prevén el recurso a los procedimientos de conciliación, arbitraje y arreglo judicial, procedimientos a los que se recurre por acuerdo especial o demanda unilateral. No se propone ahora profundizar más en la cuestión sino que sólo desea insistir en que tales procedimientos están a disposición del Estado lesionado, independientemente de una convención sobre la responsabilidad de los Estados, y deben utilizarse antes de que ese Estado recurra a las contramedidas, como condición previa de su licitud. En otros términos, el artículo 12 sólo se refiere a esos procedimientos y a los textos internacionales con arreglo a los cuales puedan estar a disposición de cualquier Estado lesionado. El apartado a del párrafo 1 del artículo 12 no crea directamente ninguna obligación para el Estado lesionado de recurrir a medios determinados de solución de controversias, salvo, por supuesto, en el sentido de que su aplicación —si están disponibles— constituye una condición previa del recurso a las contramedidas.

21. El problema que hay que resolver en la tercera parte del proyecto de artículos es diferente. Conciérne, precisamente, a las obligaciones de solución que han de

enunciarse de nuevo por medio, por decirlo así, de una «cláusula compromisoria general» del propio proyecto de artículos. Tales obligaciones de solución serían creadas por la tercera parte del proyecto de artículos y, llegado el caso, por la tercera parte de la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados. Los procedimientos servirían para completar, reemplazar o hacer más rigurosas las obligaciones existentes de otro modo entre el Estado lesionado y el Estado autor del hecho lesivo en cualquier caso determinado de presunta violación del derecho internacional.

22. Por lo que respecta a tales obligaciones, teóricamente cabe concebir dos tipos de solución. La primera puede calificarse de maximalista o solución ideal y la segunda de minimalista.

23. La solución maximalista consistiría en eliminar o reducir las dificultades que plantea depender de los acuerdos más o menos efectivos de solución de las controversias existentes entre las partes, o que las partes puedan concertar en un caso determinado. Como se señala en detalle en el informe, el medio para alcanzar este objetivo sería sustituir disposiciones que sólo remiten a obligaciones de solución de las controversias dimanantes de fuentes distintas de una convención sobre la responsabilidad de los Estados, como en el caso del apartado a del párrafo 1 del artículo 12, por disposiciones que enuncien directamente la obligación de agotar determinados procedimientos como condición para recurrir a las contramedidas.

24. Reconociendo que esa solución quizás no sea aceptable para la mayoría de los miembros de la Comisión, el Relator Especial propone también: a) dejar tal como está el apartado a del párrafo 1 del artículo 12, es decir, como una disposición de remisión a obligaciones de solución y no creadora de tales obligaciones; y b) reforzar en la tercera parte el procedimiento de conciliación no obligatorio propuesto en 1986 mediante la inclusión de procedimientos de arbitraje y arreglo judicial sin menoscabar directamente, sin embargo, la prerrogativa del Estado lesionado de adoptar contramedidas. Esa prerrogativa sólo existiría «en la mente», por decirlo así, del Estado lesionado, el cual sabría de antemano que el recurso a una contramedida lo exponía al riesgo de verificación por un tercero de la licitud de su reacción. Sin embargo, el Relator Especial acogerá con satisfacción cualquier propuesta encaminada a la adopción de la solución «maximalista» de índole más avanzada que, idealmente, sería su preferida.

25. En cuanto a la solución recomendada en el informe, es decir, un procedimiento de solución de las controversias por intervención de un tercero en tres fases que se aplicaría sólo después de que el Estado lesionado hubiera recurrido a una contramedida presuntamente de conformidad con los artículos 11 y 12 de la segunda parte¹¹ del proyecto y de que hubiera surgido una controversia con respecto a su justificación y licitud, el Relator Especial remite a los miembros de la Comisión a los proyectos de artículos que figuran en la sección F de su informe, que son del tenor siguiente:

¹⁰ Para el texto de los proyectos de artículos 5 bis y 11 a 14 de la segunda parte propuestos por el Relator Especial y remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), notas 86, 56, 61, 67 y 69, respectivamente.

¹¹ *Ibid.*

TERCERA PARTE

Artículo 1.—Conciliación

Si una controversia suscitada tras la adopción por el Estado pretendidamente lesionado de cualquier contramedida respecto del Estado pretendidamente infractor no se ha solucionado por uno de los medios indicados en el apartado a del párrafo 1 del artículo 12 o no se ha sometido a un procedimiento vinculante de solución por un tercero dentro de los [cuatro] [seis] meses siguientes a la fecha en que se hayan puesto en práctica las medidas, cualquiera de las partes [en la controversia] tendrá derecho a someter ésta a una Comisión de Conciliación de conformidad con el procedimiento previsto en el Anexo a los presentes artículos.

Artículo 2.—Tarea de la Comisión de Conciliación

1. En el cumplimiento de su tarea de conducir a las partes a una solución convenida, la Comisión de Conciliación:

- a) examinará cualquier cuestión de hecho o de derecho que pueda ser pertinente para la solución de la controversia con arreglo a cualquier parte de los presentes artículos;
- b) ordenará, cuando proceda, con efecto vinculante:
 - i) la cesación de cualquier medida adoptada por cualquiera de las partes contra la otra;
 - ii) cualquier medida cautelar provisional que estime necesaria;
- c) procederá a las investigaciones que estime necesarias para la determinación de los hechos del caso, incluida la investigación en el territorio de cualquiera de las partes.

2. Si la Comisión no puede conciliar la controversia, presentará a las partes un informe con su evaluación de ésta y sus recomendaciones para su solución.

Artículo 3.—Arbitraje

Si no se estableciera la Comisión de Conciliación prevista en el artículo 1 o no se llegara a una solución convenida dentro de los tres meses siguientes al informe de la Comisión de Conciliación, cualquiera de las partes tendrá derecho, sin necesidad de un acuerdo especial, a someter la controversia a la decisión de un Tribunal Arbitral, que se establecerá de conformidad con las disposiciones del Anexo a los presentes artículos.

Artículo 4.—Atribuciones del Tribunal Arbitral

1. El Tribunal Arbitral, que resolverá con fuerza de obligar las cuestiones de hecho o de derecho que sean pertinentes con arreglo a cualquiera de las disposiciones de los presentes artículos, actuará conforme a las normas establecidas o mencionadas en el Anexo a los presentes artículos y presentará su decisión a las partes dentro de los [seis] [diez] [doce] meses siguientes a la fecha de la [conclusión por las partes de sus alegatos y exposiciones, escritas y verbales] [su nombramiento].

2. El Tribunal Arbitral tendrá derecho a proceder a cualquier investigación que estime necesaria para la determinación de los hechos del caso, incluida la investigación en el territorio de cualquiera de las partes.

Artículo 5.—Solución judicial

La controversia podrá ser sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia:

- a) por cualquiera de las partes:
 - i) cuando por cualquier razón no se hubiera constituido el Tribunal Arbitral previsto en el artículo 4, si la controversia no se resolviera por negociación dentro de los seis meses siguientes a esa falta de constitución;
 - ii) cuando el referido Tribunal Arbitral no emitiera un laudo dentro del plazo estipulado en el artículo 4;
- b) por la parte contra la que se hubieran adoptado medidas en violación de una decisión arbitral.

Artículo 6.—Exceso de poder o violación de principios fundamentales del procedimiento arbitral

Cualquiera de las partes tendrá derecho a someter a la Corte Internacional de Justicia cualquier decisión del Tribunal Arbitral que adolezca de exceso de poder o que se desvíe de los principios fundamentales del procedimiento arbitral.

ANEXO

Artículo 1.—Composición de la Comisión de Conciliación

Salvo que las partes interesadas convengan en otra cosa, la Comisión de Conciliación estará constituida de la manera siguiente:

La Comisión estará integrada por cinco miembros. Cada una de las partes nombrará un comisionado, que podrá ser elegido de entre los nacionales de sus respectivos países. Los otros tres comisionados serán nombrados por acuerdo de entre los nacionales de terceros Estados. Esos tres comisionados deberán tener nacionalidades diferentes y no habrán de residir habitualmente en el territorio de las partes ni estar al servicio de éstas. Las partes nombrarán al Presidente de la Comisión de entre ellas.

Las vacantes que puedan producirse como resultado de fallecimiento, dimisión o cualquier otra causa se cubrirán dentro del plazo más breve posible en la forma prevista para los nombramientos.

Si el nombramiento de los comisionados que han de designarse conjuntamente no se efectúa dentro del plazo estipulado para proceder a los nombramientos necesarios, se confiará tal nombramiento a un tercer Estado elegido por acuerdo entre las partes o, a petición de ellas, al Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas o, si esta última no estuviera reunida, al Presidente de su último período de sesiones.

Si no se llega a un acuerdo en cualquiera de esos procedimientos, cada parte designará a un Estado diferente y los Estados elegidos de este modo procederán de concierto al nombramiento.

Si, en el plazo de tres meses, esos dos Estados no han podido llegar a un acuerdo, cada uno de ellos presentará un número de candidatos igual al número de miembros que hayan de nombrarse. Seguidamente, se decidirá por sorteo cuál de los candidatos designados de este modo será nombrado.

A falta de acuerdo en contrario entre las partes, la Comisión de Conciliación se reunirá en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar elegido por su Presidente.

La Comisión podrá pedir, en todos los casos, al Secretario General de las Naciones Unidas que le preste asistencia.

Los trabajos de la Comisión de Conciliación no serán públicos salvo que la Comisión adopte una decisión a tal efecto con el consentimiento de las partes.

A falta de acuerdo en contrario entre las partes, la Comisión de Conciliación establecerá su propio procedimiento, en el que, en cualquier caso, deberá preverse la audiencia de ambas partes. En lo que respecta a las investigaciones, la Comisión, salvo que decida otra cosa por unanimidad, actuará de conformidad con las disposiciones de la Parte III de la Convención de La Haya para la Solución Pacífica de las Controversias Internacionales, de 18 de octubre de 1907.

A falta de acuerdo en contrario entre las partes, las decisiones de la Comisión de Conciliación se adoptarán por mayoría de votos, y la Comisión sólo podrá adoptar decisiones sobre el fondo de la controversia si todos los miembros están presentes.

Artículo 2.—Tarea de la Comisión de Conciliación

1. Las tareas de la Comisión de Conciliación consistirán en elucidar la cuestión objeto de controversia, reunir a tal efecto toda la información necesaria mediante investigación o de otro modo, y esforzarse por conducir a las partes a un acuerdo. La Comisión podrá, después de haber examinado el caso, informar a las partes de las condiciones de la solución que estime adecuada y fijar el plazo dentro del cual las partes han de adoptar su decisión.

2. Al concluir el procedimiento, la Comisión levantará un acta para hacer constar, según sea el caso, bien que las partes han llegado a un acuerdo y, de ser necesario, las condiciones de ese

acuerdo, o que ha sido imposible concertar una solución. No se indicará en el acta si la Comisión ha adoptado sus decisiones por unanimidad o por mayoría de votos.

3. Salvo que las partes convengan en otra cosa, el procedimiento de la Comisión deberá quedar concluido dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se haya puesto la controversia en conocimiento de la Comisión.

4. El acta levantada por la Comisión será comunicada sin demora a las partes. Las partes decidirán si ha de ser publicada.

Artículo 3.—Composición del Tribunal Arbitral

1. El Tribunal Arbitral estará integrado por cinco miembros. Cada una de las partes nombrará un miembro, que podrá ser elegido de entre los nacionales de sus respectivos países. Los otros dos árbitros y el Presidente serán elegidos de común acuerdo de entre los nacionales de terceros Estados. Deberán tener nacionalidades diferentes y no habrán de residir habitualmente en el territorio de las partes ni estar al servicio de éstas.

2. Si no se efectúa el nombramiento de los miembros del Tribunal Arbitral dentro de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que una de las partes hubiese solicitado a la otra la constitución de un tribunal arbitral, se pedirá a un tercer Estado elegido por acuerdo entre las partes que proceda a los nombramientos necesarios.

3. Si no se llega a un acuerdo sobre esta cuestión, cada parte designará a un Estado diferente y los Estados elegidos de este modo procederán de concierto a los nombramientos.

4. Si, en el plazo de tres meses, los dos Estados elegidos de este modo no han podido llegar a un acuerdo, los nombramientos necesarios serán hechos por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia. Si este último no pudiera actuar o fuera nacional de una de las partes, los nombramientos serán hechos por el Vicepresidente. Si este último no pudiera actuar o fuera nacional de una de las partes, los nombramientos serán hechos por el miembro más antiguo de la Corte que no sea nacional de ninguna de las partes.

5. Las vacantes que puedan producirse como resultado de fallecimiento, dimisión o cualquier otra causa se cubrirán dentro del plazo más breve posible en la forma prevista para los nombramientos.

6. Las partes establecerán un acuerdo especial en el que se determinen el objeto de las controversias y los particulares del procedimiento.

7. Si el acuerdo especial no incluyera suficientes particulares sobre las cuestiones mencionadas en el artículo anterior, se aplicarán en la medida necesaria las disposiciones de la Convención de La Haya para la Solución Pacífica de las Controversias Internacionales, de 18 de octubre de 1907.

8. Si no se concluyese un acuerdo especial en el plazo de tres meses a partir de la fecha en que se hubiera constituido el Tribunal, la controversia podrá ser sometida al Tribunal a solicitud de cualquiera de las partes.

9. Si no se hubiera estipulado nada en el acuerdo especial o no se hubiera concertado tal acuerdo, el Tribunal aplicará, con sujeción a los presentes artículos, las normas relativas al fondo de la controversia que se enumeran en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Cuando no haya normas aplicables a la controversia, el Tribunal decidirá *ex aequo et bono*.

El procedimiento propuesto en tres fases —conciliación, arbitraje y arreglo judicial— se describe en la sección D del capítulo I del informe.

26. Quizás convenga subrayar los tres rasgos fundamentales que caracterizan el sistema propuesto. La característica principal es la de que, a falta de una solución pactada entre las partes en cualquier fase, el sistema conduce, sin obstaculizar considerablemente la libertad de elección de las partes con respecto a otros procedimientos posibles de solución, a una solución obligatoria. Las dos limitaciones importantes que, en opinión del Relator

Especial, deben imponerse a la libertad de elección de las partes se indican en la sección D del capítulo I del informe. La segunda característica esencial de la solución propuesta, y sin duda la más importante para evaluar su viabilidad, es el hecho de que los procedimientos de solución que se incluyan en el proyecto de artículos no sean de tal naturaleza que menoscaben directamente, en una medida apreciable, la facultad del Estado lesionado de recurrir a contramedidas contra otro Estado que, en su opinión, haya vulnerado alguno de sus derechos. La licitud del recurso a las contramedidas sigue estando sujeta, por supuesto, a requisitos básicos como los constituidos por la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, la atribución del hecho a un Estado determinado y las demás condiciones y limitaciones enunciadas en los artículos 11 a 14 de la segunda parte¹² del proyecto. La apreciación de la conformidad de una contramedida propuesta con esas condiciones y limitaciones seguirían constituyendo, en principio, una prerrogativa que ha de ser ejercida por el propio Estado lesionado unilateralmente, aunque de su cuenta y riesgo, sin perjuicio de cualquier acuerdo en contrario entre las partes. Los procedimientos propuestos sólo se activarían después de que el Estado lesionado hubiera resuelto esa cuestión y actuado en consecuencia. La tercera característica es que, aunque los procedimientos previstos sólo intervendrán con respecto a una controversia que surja después de la adopción de una contramedida, ellos tendrán que abarcar inevitablemente no sólo la licitud de la contramedida en un sentido restrictivo, a saber, de conformidad con los proyectos de artículos 11 a 14 de la segunda parte, sino también cualquier cuestión de derecho o de hecho que constituya una controversia entre las partes. Por ello, los procedimientos previstos no tratarán únicamente de cuestiones tales como la demanda previa (art. 11), la notificación previa y el agotamiento previo de los medios de solución disponibles (art. 12) o la proporcionalidad (art. 13), sino que abordarán también la existencia del hecho ilícito, su imputación al Estado autor del hecho lesivo o todas las circunstancias que excluyen la ilicitud, cuestiones que corresponden a la primera parte del proyecto de artículos.

27. Conviene subrayar otro aspecto para que no quepa el menor equívoco. El «mecanismo de activación» de las obligaciones de solución a que estarían sujetas las partes de conformidad con la tercera parte del proyecto propuesta no es la presunta violación de una norma primaria o secundaria ni la controversia que puede surgir de la acusación de tal violación que se impugna; es sólo la controversia nacida del recurso impugnado a una contramedida por parte del presunto Estado lesionado o, quizás, el recurso a una medida de contrarrepresalia de la parte contraria. La evaluación en primer lugar de la existencia de tal controversia y, por consiguiente, de los requisitos de activación correspondería a la comisión de conciliación propuesta.

28. La diferencia entre el «mecanismo de activación» representado por una controversia en la presente propuesta, por una parte, y el representado por el concepto más difícil de «objeción» en la propuesta de 1986, por otra, es evidente. El sistema recomendado ofrece la ven-

¹² *Ibid.*

taja de que el recurso a un procedimiento de solución por intervención de un tercero por parte de un presunto Estado infractor que haya sido el destinatario de una contramedida no seguiría a la mera objeción a una contramedida prevista y notificada, sino que sólo podría ser promovido después de que la contramedida hubiera sido efectivamente aplicada. Así pues, la solución propuesta, aunque sin duda es más avanzada y más eficaz para luchar contra el abuso de las contramedidas, resultaría en la práctica más respetuosa de los usos consuetudinarios.

29. Otra característica notable es la función que el mecanismo de solución de controversias propuesto desempeñaría en el marco de la relación de responsabilidad de los Estados. Aunque este mecanismo no impediría directamente, como se ha dicho antes, que un Estado lesionado recurriese por su cuenta y riesgo a las contramedidas, la disponibilidad del sistema debería producir un efecto moderador sobre la decisión del Estado lesionado de recurrir a las contramedidas. Al mismo tiempo, no sería un sistema de la índole de los que producen la suspensión de las medidas unilaterales que figuran en otros proyectos de la CDI, como el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación¹³. En el marco del sistema de solución de las controversias propuesto para el presente tema, la contramedida no sería suspendida en absoluto, salvo por resolución de un órgano imparcial después de la incoación de un procedimiento de solución mediante intervención de terceros. El único freno actuaría en la mente del Estado lesionado o presunto Estado lesionado que, es de esperar, se vería inducido a comportarse con la máxima circunspección al sopesar la necesidad y licitud de cualquier contramedida prevista.

30. Es indispensable subrayar que no es necesario seguir en cada caso las tres etapas (conciliación, arbitraje y recurso ante la CIJ) previstas en la tercera parte del proyecto de artículos propuesto. El arbitraje sólo se prevé cuando las partes no pueden ponerse de acuerdo a raíz de un informe de una comisión de conciliación; el recurso ante la CIJ procedería únicamente en el caso en que fracasara el arbitraje o en que se impugnara el laudo por razones importantes. La Comisión no debería temer, sin razón, que los procedimientos previstos fuesen necesariamente prolongados. En la mayoría de los casos se podrá lograr una solución más prontamente que actuando de otro modo.

31. El Relator Especial se ha esforzado por explicar el objeto, el sentido y las consecuencias de los artículos propuestos por considerar, en vista de las posiciones algo «conservadoras» adoptadas a este respecto en la Comisión en 1985 y 1986, que era indispensable ser lo más minucioso posible. Con mucho gusto proporcionará todas las aclaraciones que sean aún necesarias. Confía en que el debate tendrá como resultado una mejora de la forma y el fondo de los artículos propuestos y que llevará a modificar así la elección que, por prudencia, ha hecho al dejar a un lado, como teóricamente ideal pero demasiado poco realista, la solución «maximalista», es decir, la consistente en someter el recurso a cualquier

contramedida por el Estado lesionado a la existencia de una decisión arbitral o judicial y a la negativa del Estado infractor de cumplirla. Esta sería, sin duda, la mejor solución, y hace votos por que algunos miembros la prefieran.

32. La sección E del capítulo I del informe contiene un breve análisis del planteamiento que hasta ahora ha adoptado la Comisión en relación con las disposiciones de sus proyectos relativas a la solución de controversias, planteamiento que el Relator Especial desapruueba. A ese análisis sigue una exposición de algunas de las nuevas tendencias que cabe discernir en la actitud de los Estados y que parecen más prometedoras, ante el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional¹⁴, que las actitudes manifestadas por esos mismos Estados en época reciente. En la sección E se hace asimismo hincapié en la necesidad de que la Comisión considere la elaboración de la tercera parte del proyecto como una valiosa oportunidad para hacer avanzar seriamente la causa de la primacía del derecho en el sistema de relaciones entre los Estados. La Comisión, si adoptara un sistema de solución verdaderamente eficaz, cumpliría una doble e importante finalidad. La primera y más inmediata es introducir una corrección en el rudimentario sistema de reacción unilateral representado por las contramedidas, por muy estrictamente que se regulen. La Comisión debería aportar una contribución indispensable a la amonioración de las desigualdades entre los miembros del «sistema interestatal», expresión que refleja más exactamente la realidad actual que la de «comunidad internacional».

33. Otra razón igualmente importante para adoptar la tercera parte es contribuir a llenar un sorprendente vacío jurídico: la falta de verdaderas obligaciones procesales de los Estados en materia de solución de controversias. En el ámbito nacional, esos problemas son resueltos por el poder judicial, pero los jueces son utilizados raramente en el sistema interestatal.

34. Por último, la Comisión debe dejar de dar por supuesto que los Estados no aprobarían obligaciones más avanzadas ni recurrirían a procedimientos de solución de las controversias. Debe decir a los gobiernos, a los que sirve *uti universi*, en conjunto (y probablemente con sus pueblos), pero no *uti singuli*, lo que considera que constituyen los requisitos mínimos, y debería dejar que sean los gobiernos los que asuman la responsabilidad de aceptarlos o rechazarlos.

35. El Sr. PELLET dice que en un mundo ideal, en el que los Estados se guiaran por el principio de la primacía del derecho, no sólo en el ámbito interno sino también en el internacional, las coherentes tesis del Relator Especial parecerían evidentes. Al estar los Estados sometidos al derecho, lo «normal» sería que aceptasen la decisión de un tercero imparcial para resolver sus controversias. El establecimiento de un mecanismo obligatorio en una esfera de importancia tan decisiva para el derecho internacional como la de la responsabilidad de los Estados representaría un enorme progreso.

¹³ Para el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 71 a 75.

¹⁴ Proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/23.

36. Desgraciadamente, la comunidad internacional no se ajusta al mismo modelo que el Estado en el que el juez es garante del ordenamiento jurídico y el Estado acepta el derecho tal como es interpretado por el juez. En la comunidad internacional, por el contrario, cada Estado soberano aprecia la legalidad de su propia conducta y la de las otras partes con que mantiene relaciones. En esas circunstancias, el principio mismo de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el principio de la prohibición del uso de la fuerza y la obligación de buscar la solución pacífica de las controversias constituyen avances espectaculares. Conviene con el Relator Especial en que esos progresos no son suficientes, pero es importante distinguir entre lo deseable y lo posible.

37. El Relator Especial, aunque presenta su posición como minimalista, propone en realidad una revolución. Los Estados que ratificaran un instrumento de ese género estarían obligados a aceptar la conciliación, y la comisión de conciliación tendría cierto poder de decisión; si la conciliación fracasaba, el arbitraje sería obligatorio, y si el tribunal arbitral a su vez no emitía un laudo o si éste no era respetado, la CIJ sería competente. Todo eso causaría una grave perturbación del orden jurídico internacional.

38. La idea de conciliación obligatoria no es nueva, pero la propuesta de conferir a la comisión de conciliación amplios poderes de decisión priva de parte de su sustancia a la distinción entre conciliación y arbitraje. Así ocurriría si se aprobase el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 2 de la tercera parte, pues el resultado es que la conciliación no sólo sería obligatoria, sino que también su resultado tendría jurídicamente fuerza de obligar, algo que iría contra el principio fundamental de la libertad de elección de los medios de solución de las controversias.

39. El mecanismo del Relator Especial está destinado a aplicarse sólo a la solución de las controversias relativas a la responsabilidad de los Estados. Pero como todos los hechos internacionalmente ilícitos dan lugar a la responsabilidad internacional del Estado, la mayoría de las controversias jurídicas entre Estados plantean la cuestión de la responsabilidad. Por consiguiente, el mecanismo propuesto por el Relator Especial, no obstante su enfoque minimalista, alteraría si fuera adoptado la naturaleza misma del derecho internacional. Cualquier controversia sería justiciable. Esto también constituiría una revolución. Al tratar de conseguir demasiado de una vez, incluso los Estados favorablemente dispuestos a aceptar tal mecanismo se negarían a ello.

40. En el punto 3 de la sección E del capítulo I del quinto informe se utiliza, por cierto, un término en el que no había reparado durante los debates de la Comisión: «contrarrepresalias». El mecanismo sería aplicable a todo el derecho de la responsabilidad de los Estados, y especialmente a las contramedidas. En realidad, sin embargo, la mayoría del informe está dedicado a las contramedidas, especialmente —y eso es particularmente grave— el proyecto de artículo 1 de la tercera parte, a pesar de la precisión aportada en lo que concierne a las controversias jurídicas sobre la interpretación o aplicación de cualquiera de los artículos sobre la responsabili-

dad de los Estados. La competencia del tribunal arbitral y la CIJ está vinculada a ese punto de partida. Así, toda la tercera parte, en su redacción actual, versa sobre las contramedidas. La presentación oral del Relator Especial no ha disipado sus reservas sobre este punto. Se declara partidario de que la tercera parte verse sobre la solución de las controversias, pero ese mecanismo debería abarcar todo el proyecto, y es posible incluso imaginar hacer una distinción entre las distintas controversias, según el problema de que se trate. La Comisión no está obligada a hacer un proyecto aplicable a todos los problemas de responsabilidad; algunos problemas están más maduros que otros para la solución de las controversias. En particular, las controversias relativas a crímenes internacionales, tal como se definen en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos¹⁵, podrían estar sujetas a un régimen más vinculante que otras materias. A este respecto, emite una reserva sobre el título del capítulo II del quinto informe: los crímenes no son una categoría de delitos. Por el contrario, crímenes y delitos son dos categorías distintas de hechos internacionalmente ilícitos. Comparte lo que parece ser la intuición del Relator Especial de que los crímenes deben estar sujetos a un régimen de solución de las controversias distinto del régimen aplicable a los delitos.

41. Lo mismo podría decirse probablemente de las contramedidas. Le gusta la idea que se desprende del artículo 2, según la cual el órgano a que se someta la controversia debería poder decretar medidas cautelares, en la inteligencia, sin embargo, de que en ese caso no sería posible seguir hablando de conciliación en sentido estricto; con todo podría ser aceptable que un órgano *sui generis* tuviera poder de conciliación con respecto al fondo del problema y poder de decisión con respecto a las medidas cautelares. Ni siquiera ese régimen tendría muchas posibilidades de ser adoptado por los Estados y sólo podría establecerse en un protocolo adicional o en un artículo especial sujeto a la aprobación de los Estados mediante una declaración facultativa separada de la ratificación de la convención. Más vale, por consiguiente, no basarse exclusivamente en la solución de las controversias para limitar y configurar el régimen de las contramedidas.

42. Tiene la impresión de que el Relator Especial desea compensar la relativa vaguedad de la segunda parte en lo que concierne a este punto mediante disposiciones obligatorias sobre la solución de controversias. En su opinión, las contramedidas deben ir acompañadas de normas estrictas que establezcan claramente que sólo se puede recurrir a contramedidas si no es posible utilizar otro método más ortodoxo. Plantearse la adopción de un régimen especial con mayor fuerza vinculante para la solución de las controversias relativas a las contramedidas no puede servir de excusa para no enunciar las normas aplicables a las contramedidas ni, en especial, para no indicar lo que se entiende por la necesidad de contramedidas en la segunda parte del proyecto de artículos, sobre todo en el artículo 11¹⁶ del proyecto. Si no se hace así, no alcanza a ver cómo el amigable componedor o el juez podrían limitar los excesos. Aunque el poder legislativo

¹⁵ Véase nota 8 *supra*.

¹⁶ Véase nota 10 *supra*.

no está imperativamente vinculado por el derecho positivo, no cabe decir lo mismo del poder judicial. Si el recurso a las contramedidas no se sujeta en la segunda parte a condiciones estrictas, no está claro cómo un régimen jurídico de la solución de controversias, por avanzado que sea, permitiría al árbitro o la CIJ limitar la aplicación de las contramedidas.

43. La propuesta del Relator Especial se aparta tanto del derecho en vigor que cabe poner en duda su realismo o incluso su compatibilidad con el mandato de la Comisión de proceder al desarrollo progresivo del derecho y no a su radical transformación. Por eso, no está de acuerdo en que se remitan los artículos al Comité de Redacción. En su opinión, lo posible tiene sus limitaciones. En primer lugar, la Comisión debe incorporar a los artículos sobre la responsabilidad de los Estados propuestas relativas a la solución de las controversias. En segundo lugar, en lo que concierne a los crímenes internacionales (artículo 19 de la primera parte del proyecto), podría tomarse en consideración la inclusión de un régimen análogo al propuesto por el Relator Especial, aunque probablemente fuera mejor incorporarlo a un protocolo de firma facultativa de la futura convención. En tercer lugar, por lo que respecta a las demás controversias, no cree que sea posible llegar más lejos que la fase de conciliación obligatoria, en la forma prevista en el artículo 66 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Esto no sería en absoluto un mal resultado, ya que concierne a la responsabilidad internacional, o sea, el mecanismo fundamental regulador de todo el derecho internacional. Aun en ese caso, el éxito no está garantizado. Para citar sólo un ejemplo, varios Estados se opusieron en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE) a la adopción de un mecanismo de conciliación obligatoria en virtud de la Convención de Conciliación y Arbitraje en la CSCE¹⁷, que esos Estados no habían firmado. Se trataba sólo de una mera conciliación obligatoria en un marco regional, y ese ejemplo pone de manifiesto el largo camino que tiene que recorrer todavía la comunidad internacional antes de poder ponerse de acuerdo sobre un mecanismo obligatorio de solución de las controversias en una esfera tan delicada y fundamental. En cuarto lugar, la Comisión podría estudiar la posibilidad de redactar otra cláusula o protocolo adicional sobre el arbitraje obligatorio, pero ello sólo sería realista si la cláusula o protocolo fuera facultativo. En quinto lugar, en lo referente a las controversias en materia de contramedidas, quizás fuera posible conferir al órgano competente, bien un tribunal arbitral, bien una comisión de conciliación, la potestad de decretar medidas cautelares obligatorias para las partes en la controversia. Mas no cree tampoco que fuera posible imponerlo a los Estados. Debe pedirse a los Estados que lo aprueben, bien mediante una declaración o bien mediante la ratificación de un protocolo independiente.

44. La CDI debería señalar esta cuestión a la atención de la Sexta Comisión y pedir a los gobiernos que expresaran su opinión, en la Sexta Comisión o, preferiblemente, por escrito, no sobre la idoneidad de un régimen de solución de controversias, sino más bien sobre el meca-

nismo propuesto por el Relator Especial u otras posibilidades que tome en consideración la CDI.

45. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) estima inaceptable que el Sr. Pellet le atribuya ideas que no ha propuesto, por lo que desea aclarar algunas ambigüedades que podrían inducir a error a otros miembros.

46. La mención del cometido que incumbe a la comisión de conciliación de «conducir a las partes a una solución convenida», que figura en el párrafo 1 del artículo 2, se refiere a la conciliación y nada más. Del artículo 2 del proyecto, de su informe y de su intervención se desprende claramente que la comisión de conciliación no tiene potestad para resolver sobre el fondo de la controversia con efectos obligatorios. El informe de la comisión de conciliación sólo constituirá una recomendación de una solución que las partes aceptarán o rechazarán. La solución se logrará únicamente cuando las partes celebren un acuerdo como en las formas más tradicionales de conciliación. Los únicos aspectos en que propone apartarse del esquema habitual de una comisión de conciliación es la posibilidad de que ésta decrete, cuando proceda, con efecto vinculante, la cesación de las medidas adoptadas por cualquiera de las partes, medidas cautelares y procedimientos de determinación de hechos. El Sr. Pellet claramente ha tergiversado sus opiniones.

47. Los proyectos de artículos 1 y 2, propuestos en su quinto informe, quizá presenten una ligera ambigüedad, que ciertamente tendrá que eliminar el Comité de Redacción, ya que la frase «Si una controversia suscitada tras la adopción por el Estado pretendidamente lesionado de cualquier contramedida...», que figura en el artículo 1, podría dar a entender que la competencia de los órganos internacionales a que se refieren los artículos siguientes ha de restringirse al examen de la cuestión limitada de la licitud o ilicitud de las contramedidas, por ejemplo, de conformidad con los proyectos de artículos 12 a 14 de la segunda parte¹⁸, es decir, la proporcionalidad, la no violación de la prohibición del uso de la fuerza, el *jus cogens*, etc. No obstante ha dejado bien sentado en más de un párrafo de su informe, que evidentemente se ha leído mal, si es que ha sido leído en absoluto, y reiterado en su intervención anterior, que una vez iniciado el procedimiento, aunque haya sido promovido después de la aplicación de la contramedida, a saber, tras la controversia surgida de resultados de la adopción de una contramedida, la comisión de conciliación tiene que examinar, de conformidad con el apartado a del párrafo 1 del proyecto de artículo 2, «cualquier cuestión de hecho o de derecho que pueda ser pertinente para la solución de la controversia con arreglo a cualquier parte de los presentes artículos». En el análisis de las propuestas del anterior Relator Especial en la sección A del capítulo I del informe señalaba que su predecesor quizás no hubiera dejado clara su intención de que la competencia de la comisión de conciliación abarcara todo el conjunto de problemas que pueden surgir en relación con el derecho de la responsabilidad de los Estados, en particular toda cuestión que pudiera ser pertinente en virtud de cualquiera de las disposiciones de las partes primera y segunda del proyecto.

¹⁷ Aprobada por el Consejo de la CSCE en Estocolmo, en diciembre de 1992 (véase documento CSCE/3-C/Dec.1 de 14 de diciembre de 1992).

¹⁸ Véase nota 10 *supra*.

48. Ha deseado aclarar esos aspectos a fin de que otros miembros de la Comisión no resulten influidos por la superficial intervención que acaba de escuchar.

49. En cuanto a la idea de incluir el término «necesidad», el Comité de Redacción la ha examinado ya y no ha alcanzado a descubrir cómo tal inclusión influiría de algún modo en la decisión del Estado lesionado de aplicar una contramedida.

50. Quizá sirva de algo puntualizar el sentido del término «contrarrepresalia» porque aparentemente se ignora. Se trata de un concepto ampliamente reconocido en las obras sobre derecho internacional y designa la situación en que el Estado destinatario de represalias —es decir, de contramedidas— cree tener derecho, para defenderse y mantener su posición, a recurrir a contrarrepresalias o contramedidas.

51. Quizás haya un problema con la traducción al francés de la terminología empleada en el prefacio del quinto informe, en el que se refiere a «las infracciones penales de los Estados tipificadas como “crímenes” en virtud del artículo 19». Si se ha traducido «*delinquencias*» («infracciones penales») por «*délits*», esa traducción es sin duda inexacta. Pero el orador anterior no se ha limitado a discutir la terminología sino que ha acusado al Relator Especial de tratar de «perturbar» el derecho internacional, acusación que éste considera ridícula.

52. El Sr. GÜNEY dice que, en el quinto informe, el Relator Especial enuncia el postulado de una relación intrínseca entre la solución de controversias y la responsabilidad de los Estados y consigue poner de manifiesto la complejidad del problema. Sin embargo, aun cuando uno de sus objetivos fuera ganarse a los medios jurídicos y académicos, podía haber evitado dedicar más de la mitad de su informe a un análisis de la labor realizada por su predecesor y a los debates en la Sexta Comisión. Hubiera sido suficiente la mera remisión a los documentos pertinentes.

53. La cuestión principal que la Comisión debe resolver ahora es la de si el proyecto de artículos debe incluir disposiciones sobre la solución de controversias. Para adoptar esa decisión es necesario tener en cuenta varios factores. Primero, los Estados temen someterse a procedimientos de solución obligatoria por intervención de un tercero y se muestran refractarios a ello. La Comisión debe, por lo tanto, andar con mucho tiento al abordar esta cuestión. Segundo, los mecanismos previstos de solución de las controversias, sean cuales sean, deben respetar el principio de la libre elección de los medios de solución. Tercero, hay que determinar la naturaleza de los procedimientos que tienen que aplicarse, en especial si tienen o no de por sí fuerza ejecutiva. Cuarto, hay que ser flexibles en lo que concierne a las reservas.

54. Conviene en que una convención sobre la responsabilidad de los Estados sería ineficaz si no incluyera un procedimiento adecuado de solución de controversias. Los importantes cambios ocurridos recientemente en el mundo han mejorado las perspectivas de solución de controversias y, por consiguiente, se está cerca de solventar el problema de manera equilibrada. Con todo, al tratar de lograr ese equilibrio, el objetivo debe ser evitar cualquier menoscabo del fin y la efectividad de la futura

convención sobre la responsabilidad de los Estados por falta de procedimientos idóneos de solución de las controversias e impedir que un régimen excesivamente riguroso en ese campo haga desistir de aceptar la convención y adherirse a ella. Ese equilibrio debe lograr asimismo que se dé primacía al mecanismo de solución de controversias ya en vigor entre las partes y que se defina cuidadosamente la relación entre los procedimientos de solución de controversias previstos en el proyecto de artículos y los sistemas existentes para alcanzar el mismo objetivo.

55. Subsiste alguna duda acerca de la conveniencia de establecer un régimen jurídico de las contramedidas en el proyecto de artículos. Se debate todavía si las contramedidas son el medio apropiado para obligar a un Estado presuntamente culpable de un hecho internacionalmente ilícito a aceptar un procedimiento de solución de controversias o reconocer el daño causado y pagar una indemnización. Al fin y al cabo, el recurso a las contramedidas por el Estado lesionado puede dar lugar a una escalada de contramedidas y la mejor manera de eliminar las consecuencias de un hecho ilícito no consiste seguramente en cometer otro hecho ilícito. La dificultad estriba en que la comunidad internacional no ha conseguido establecer un sistema que garantice la escrupulosa observancia de la ley. A pesar de los obstáculos, la Comisión debería centrar sus esfuerzos en las salvaguardias contra el abuso de las medidas unilaterales y tratar de encontrar los medios de reforzar esas salvaguardias.

56. En cuanto a la solución de controversias como aspecto esencial de cualquier régimen que discipline las medidas de autotutela, se trata de una cuestión que merece que sea examinada atentamente por la Comisión. La finalidad de promover el recurso a los procedimientos de solución de controversias como medio para que la aplicación de contramedidas se compadezca mejor con el principio de la primacía del derecho en las relaciones entre los Estados y para reducir al mínimo los aspectos negativos de su utilización es velar por que cualquier actividad de autotutela sea lícita en la medida en que sea aceptable y necesaria. Con arreglo a la propuesta del Relator Especial, el agotamiento de las vías de derecho constituiría una obligación paralela y no una condición previa del recurso a las contramedidas. Así pues, todo giraría en torno a los acuerdos de solución de controversias existentes entre el Estado que hubiera cometido el hecho internacionalmente ilícito y el Estado que alegara haber sido lesionado. A este respecto, está de acuerdo con el Sr. Pellet en que hay que distinguir entre lo deseable y lo posible.

57. Lo realista sería sin duda resolver la cuestión, no en el marco de un sistema innovador que suponga una ruptura del derecho internacional vigente, sino mediante un mecanismo sencillo y flexible que aliente a los Estados a resolver rápidamente sus controversias. En el marco de un mecanismo de esta índole, la solución por cauces jurídicos sólo se contemplaría como último recurso, destinado a ser utilizado con muchas restricciones y una gran prudencia. Para evitar cualquier efecto negativo en la aceptación de la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados y su adhesión a ella, el mecanismo debe incorporar una cláusula facultativa de aceptación o exclusión de su aplicación («*opt in, opt out*» clause).

58. Si bien incumbe a los gobiernos decidir si aceptan o rechazan obligaciones de solución de controversias, en la presente etapa de desarrollo del derecho en esta esfera sería prudente proporcionar unas directrices y dejar la tarea de elaborar los mecanismos idóneos a la conferencia de plenipotenciarios en la que en su día se adopte el texto de la convención sobre la responsabilidad de los Estados.

59. El Sr. FOMBA dice que el informe plantea varias cuestiones fundamentales, la primera de las cuales es cómo justificar el uso común de aplicar contramedidas. El Relator Especial apunta a dos posibles caminos, ambos sensatos y muy interesantes: envolver las contramedidas en una especie de camisa de fuerza definiendo claramente las condiciones y limitaciones de su aplicación y reducir al mínimo sus efectos perjudiciales estableciendo un sistema obligatorio de solución pacífica de las controversias.

60. La segunda cuestión fundamental es hasta dónde puede y debe llegar la Comisión en la regulación de esta cuestión. El Relator Especial opina que debe darse un importante paso adelante en el desarrollo progresivo del derecho de la solución de controversias y, por consiguiente, propone dos soluciones, que figuran en la sección D del capítulo I del informe. La solución que utiliza la vía legislativa parece preferible, por los motivos aducidos por el Relator Especial.

61. Una tercera cuestión es cómo proteger a los países débiles contra los abusos de los fuertes. Habrá que elaborar un sistema claro y riguroso de solución de las controversias y, sobre todo, un sistema que sea asequible a los países más pobres. La necesidad de tal sistema viene a ser subrayada por la violación sistemática por los Estados poderosos de los derechos de los Estados más débiles. La expulsión sumaria de Francia, en 1986, de 101 malienses, muchos de los cuales estaban en posesión de permisos de residencia válidos, es un buen ejemplo. Otro fue el de los trabajadores malienses que buscaban un alojamiento decente en París, muchos de los cuales, incluidos mujeres y niños, fueron objeto recientemente de un trato brutal, en manifiesta violación de los derechos humanos más elementales. Tales situaciones provocarían protestas unilaterales si no fuera por la dependencia económica de los países, como la de Malí con respecto a Francia.

62. Por consiguiente, es importante establecer un mecanismo obligatorio y eficaz de solución de las controversias en relación con el régimen jurídico de la responsabilidad de los Estados. Pero unas obligaciones absolutas no son nada si la gran mayoría de los Estados, es decir, los más pobres, no pueden aplicarlas por falta, entre otras cosas, de recursos financieros. No es ninguna exageración afirmar que la falta de fondos puede dar lugar a una denegación de justicia. Así ocurrió con los problemas a que tuvieron que hacer frente Malí y Burkina Faso durante la solución de su litigio fronterizo¹⁹. Las dos partes habían pedido a la CIJ que nombrara tres expertos para ayudarles a efectuar un levantamiento cartográfico de la frontera entre ellos con arreglo al compromiso alcanzado en virtud de la resolución dictada por la

Corte en 1986. Después, los dos países, aunque aceptaban el fondo de la resolución, reconocieron que no podían sufragar el costo de la labor cartográfica. Finalmente se encontró un bienhechor, el Gobierno suizo, que también contribuyó a la búsqueda de los depósitos ocultos en los bancos suizos de fondos públicos malienses después de la caída del dictador de Malí, general Moussa Traoré, en 1991.

63. Así pues, existe una necesidad clara y urgente de prestar una ayuda jurídica idónea y eficaz a los países en desarrollo. En lo que concierne al acceso a la CIJ, el Fondo Fiduciario del Secretario General de asistencia a los Estados en la solución de controversias por conducto de la CIJ constituye un precedente. El Fondo puede utilizarse para sufragar la elaboración de documentos jurídicos, el pago de honorarios, la financiación de investigaciones jurídicas y otros muchos aspectos jurídico-procesales. La única limitación es importante: el Fondo sólo puede utilizarse en relación con un asunto sometido a la CIJ de común acuerdo entre las partes. Esto significa que no puede utilizarse en casos de arbitraje o conciliación. Y un Estado rico sólo tiene que rechazar ese acuerdo preliminar para impedir que un Estado pobre prepare su defensa de la mejor manera posible. Es necesario revisar este aspecto de las operaciones del Fondo. También es necesario que la Asamblea General apruebe una resolución en la que tome nota de la creación del Fondo y fomenta las contribuciones de los Estados al mismo.

64. Por último, el artículo 5 del proyecto, relativo al arreglo judicial, debe redactarse de manera que se salvaguarde el derecho de los países pobres a recurrir al Fondo. La asistencia financiera a esos países debe abarcar la conciliación y el arbitraje así como la solución por acuerdo mutuo. Debe incluirse una disposición especial concerniente a la ayuda a los países en desarrollo en relación con el acceso a los procedimientos de solución de controversias y su aplicación. Pueden tomarse como referencia diversas fuentes, en particular la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

2306.ª SESIÓN

Viernes 11 de junio de 1993, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Gudmundur EIRIKSSON

más tarde: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodríguez, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock,

¹⁹ *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, pág. 554.*

Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Veshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) (A/CN.4/446, secc. D, A/CN.4/450¹, A/CN.4/L/487 y Corr.1)

[Tema 5 del programa]

**NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)**

1. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que ha tomado debida nota de todas las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión sobre el proyecto de artículos que figura en su noveno informe (A/CN.4/450). Por lo que respecta al capítulo sobre la prevención, admite que habría sido útil incluir en él algunos de los principios y conceptos enunciados en el párrafo 1 del artículo 3 y en los artículos 6 y 8, y que el concepto de prevención debería vincularse al de responsabilidad en el artículo 8. Pero como estos artículos han sido remitidos al Comité de Redacción² es a éste al que incumbe esa tarea. Se ha dicho también que los procedimientos previstos no debían ser demasiado detallados y que los Estados sólo deseaban un marco general de referencia. Un miembro de la Comisión pensaba incluso que el capítulo sobre la prevención podía reducirse al artículo 14. Varios miembros han dicho, por otra parte, que la cuestión de la prevención *ex post facto* debería ser objeto de artículos diferentes y separados, dado que va más allá de la prevención propiamente dicha y consiste en reducir al mínimo el daño o controlarlo. Sobre este punto el Relator Especial no ha hecho más que ajustarse a los términos empleados en la mayoría de las convenciones relativas a la responsabilidad civil, en las que la palabra «prevención» designa de hecho la prevención *ex post facto*. Está dispuesto no obstante a aceptar el principio de los artículos separados, a condición de que esto no modifique la lógica de este capítulo. El Relator Especial es muy sensible a la idea de un trato especial para los países en desarrollo —idea en la que han insistido varios oradores—, pero señala que su propuesta de dedicar a la cuestión un artículo general de la sección relativa a los principios ha sido considerada insuficiente por algunos miembros. Otros han subrayado la necesidad de cuidar de que este trato preferencial no conduzca a eximir a los países en desarrollo de la obligación de prevención. Además de la disparidad cada vez mayor entre los países de reciente industrialización y los demás países en desarrollo podrían surgir algunas dificultades prácticas, sin hablar del caso de los países menos avanzados. En cuanto a los llamamientos hechos en favor de un fortalecimiento de la asistencia que ofrecen las organizaciones internacionales, el Relator Especial no cree que se puedan redactar artículos suficientemente precisos sobre la cuestión, pues la Comisión no puede obligar a estas organizaciones, que

no serán partes en la convención, a facilitar ayuda en una forma u otra. El orador espera que los miembros que han hecho estos llamamientos puedan hallar soluciones a este problema en el seno del Comité de Redacción. De todas maneras, tendrá presentes sus observaciones cuando reelabore los artículos sobre la prevención.

2. Se ha dicho que, como las medidas de prevención deben adaptarse a las diversas actividades, sería de desear establecer categorías de actividades según sus características. A juicio del orador esto sería difícil, si no imposible, aunque sólo sea porque los progresos de la ciencia y la tecnología hacen aparecer sin cesar nuevas actividades. El Sr. Barboza recuerda, por ejemplo, que la definición de la plataforma continental que figura en el artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental, de 1958, resulta anacrónica a partir del momento en que el progreso técnico ha permitido explotar los recursos naturales de todos los fondos marinos. No hay que olvidar tampoco que se supone que la Comisión ha de elaborar una convención marco, es decir un texto en el que se enuncien obligaciones generales para toda actividad, sea cual fuere. El orador duda pues que sea posible reagrupar las actividades por categorías. En apoyo de esta propuesta, un miembro de la Comisión ha dicho que la obligación de información no siempre es aplicable y que todo depende del tipo de actividad: por ejemplo, los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre, aprobados por la Asamblea General en 1992³, imponen una obligación de información al Estado que lance un satélite si éste lleva a bordo una fuente de energía nuclear, mientras que el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales no prevé ninguna obligación de este tipo. Pero esta diferencia se explica por el hecho de que el Convenio trata de la responsabilidad y no de la prevención y de que es en la fase de la prevención en la que interviene la información. Por el contrario, los Principios de 1992 se refieren esencialmente a la prevención y la obligación de información encaja en ellos perfectamente. Se observará por otra parte que en el Principio 4 se precisa que esta obligación concuerda con el artículo XI del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. El régimen aplicado a los satélites que tienen a bordo fuentes de energía nuclear no es pues diferente del régimen general establecido en ese tratado.

3. Por lo que respecta a un régimen de responsabilidad subsidiaria del Estado, el orador señala que si se ha limitado a mencionar la cuestión en una nota a pie de página es porque no se trata más que de una posibilidad que depende de la decisión que adopte la Comisión sobre el tema de la responsabilidad de los Estados. Por lo demás, esta posibilidad ha suscitado reacciones bastante fuertes entre los miembros de la Comisión e incluso ha sido rechazada por los originarios de los países en desarrollo. El orador reafirma que no se trata en todo caso de una propuesta suya y recuerda, para dar más seguridades a los miembros de la Comisión que han manifestado sus preocupaciones a este respecto, que en ninguno de los

¹ Reproducido en *Anuario...* 1993, vol. II (primera parte).

² Véase 2300, ⁸ sesión, nota 18.

³ Resolución 47/68 de la Asamblea General.

artículos propuestos ni en ninguno de sus informes se dice que el Estado tenga la obligación de reparar o indemnizar por crear un riesgo: el Estado sólo está obligado a reparar en caso de daño efectivo.

4. Abordando los proyectos de artículos, el Sr. Barboza reconoce que, como han señalado algunos miembros de la Comisión, la autorización previa (art. 11) dependerá de la definición del riesgo, lo que equivale a decir que esta autorización sólo será obligatoria si el riesgo ligado a la actividad prevista es importante o considerable.

5. Las opiniones están divididas en lo que respecta al artículo 12 (Evaluación del impacto transfronterizo), considerando algunos que es el Estado el que debe proceder a esa evaluación y otros que es el operador. Según el Sr. Barboza, es el Estado el que debe proceder a la evaluación, o al menos verificar que ésta ha sido efectuada por el operador, de suerte que el Estado sea responsable en caso de daño. El orador señala también que según algunos esta evaluación sería una carga demasiado pesada para los países en desarrollo y que para otros sería incluso innecesaria pues después de todo los Estados son responsables de lo que suceda si no toman las medidas preventivas necesarias.

6. El artículo 13 (Actividades preexistentes) ha suscitado varias reacciones. Se ha sugerido que se modifique la última frase mediante la fórmula «sin perjuicio de la responsabilidad del Estado». Se ha dicho también que el Estado de origen está obligado a investigar las actividades preexistentes para determinar si presentan riesgos de efectos transfronterizos. Finalmente se ha propuesto que se suprima este artículo.

7. Para muchos de los miembros de la Comisión, el artículo 14 (Conducción de las actividades) representa el núcleo mismo del capítulo de la prevención. La mayoría opina que en él se debe insistir en el carácter obligatorio del seguro para el operador. Algunos consideran que es innecesario hacer mención de la autorización previa y que basta con decir que el Estado no debe autorizar una actividad de riesgo si no se ha tomado ninguna medida de prevención. En opinión de un miembro de la Comisión en particular, sólo cuenta el artículo 14. Otros estiman que este artículo debería figurar a la cabeza de la serie de artículos sobre las medidas de prevención.

8. El artículo 15 (Notificación e información) no se ha considerado satisfactorio. Se ha dicho que habría que precisar mejor el tipo de información que el Estado de origen debe facilitar al Estado afectado —por ejemplo, sobre las medidas legislativas y otras medidas que prevea— e incluir en esta información la evaluación de los efectos transfronterizos. Se ha propuesto también que se suprima toda mención de las organizaciones internacionales y que se añada un párrafo en el que se indique que el Estado de origen puede solicitar asistencia técnica a una organización internacional en la esfera de la prevención. Algunos miembros de la Comisión han sugerido también que se modifique el texto del apartado d con el fin de precisar que son las autoridades del Estado afectado las que transmitirán la información a las poblaciones que puedan resultar afectadas. Según otros bastaría indicar que hay que dar al público la posibilidad de hacerse oír.

9. El artículo 16 (Intercambio de informaciones) no ha suscitado ningún comentario. En cambio, el artículo 17 (Seguridad nacional y secretos industriales) ha provocado vivas reacciones. Se ha dicho que este texto refleja una cierta desigualdad; que habría que definir las palabras «seguridad nacional» y «secretos industriales»; que no basta con decir que el Estado de origen «cooperará de buena fe»; y algunos miembros llegaban incluso a pensar que este artículo podía privar de toda eficacia a los demás.

10. El artículo 18 (La consulta previa) ha sido también criticado, en particular porque la expresión «soluciones mutuamente aceptables» dejaría entender que la actividad prevista podría tener consecuencias perjudiciales. El Relator Especial precisa que no pretendía con esta fórmula dar una especie de derecho de veto al Estado afectado o presuntamente afectado y que no se opone a que se modifique esa frase para precisar su sentido. La idea básica de este artículo es incluso que la consulta no es obligatoria y que por lo tanto no puede haber derecho de veto.

11. A propósito del artículo 19 (Derecho del Estado presuntamente afectado) se ha dicho que sería preferible que el Estado presuntamente afectado pidiera al Estado de origen o a una organización internacional que hiciera un estudio.

12. Se han expresado opiniones muy divergentes acerca del artículo 20 (Factores del equilibrio de intereses). Algunos miembros están dispuestos a aceptarlo a condición de que se coloque en un anexo. Otros han sugerido que se suprima y otros han pedido que se modifiquen algunas expresiones, como «recursos naturales compartidos».

13. Por lo que respecta a la solución de controversias (art. VIII del anexo⁴), algunos miembros han aprobado la idea de un procedimiento especial para resolver las controversias relacionadas con la consulta, otros se han declarado favorables al establecimiento de un procedimiento de investigación. En términos generales, los miembros de la Comisión han aceptado la idea de dar cabida en el proyecto al principio de no transferencia de riesgos o daños y al principio «contaminador-pagador».

14. Por lo que respecta al «principio precautorio» establecido en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁵, el orador dice que sabe muy bien que se encuentra por ejemplo en la Convención sobre los cambios climáticos y en la Convención sobre la diversidad biológica, pero que este principio sigue siendo discutido y no le parece que encaje en el proyecto de artículos, cuyo objeto es reglamentar la

⁴ Para el texto, véase *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/443, cap. II; véase también *Anuario... 1992*, vol. I, 2268.ª sesión, párr. 5.

⁵ El principio 15 estipula lo siguiente:

«Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.» Véase A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), pág. 5.

cuestión de la responsabilidad por los daños concretos causados por una actividad determinada y los riesgos de daños, siendo así que en las dos convenciones de que se trata este principio se refiere a problemas que son motivo de preocupación para toda la humanidad. Pero el orador deja a la Comisión la tarea de decidir sobre este punto.

15. Finalmente, el Sr. Barboza señala que en el seno de la Comisión parece configurarse un acuerdo en favor de la remisión de los proyectos de artículos al Comité de Redacción, incluido el proyecto de artículo 10 (No discriminación)⁶. Agradece a todos los miembros de la Comisión sus observaciones.

16. El Sr. VERESHCHETIN dice que no comparte la interpretación dada por el Relator Especial del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. A su juicio, ese Tratado no exige la comunicación de informaciones técnicas antes del lanzamiento de satélites.

17. El PRESIDENTE propone, por recomendación de la Mesa Ampliada, que el artículo 10 (No discriminación), que la Comisión examinó en su 42.º período de sesiones, y los artículos 11 a 20 *bis* sean remitidos al Comité de Redacción para que éste pueda centrar sus trabajos en la cuestión de la prevención, como decidió la Comisión en su anterior período de sesiones. Sin embargo, el Comité de Redacción, con la ayuda del Relator Especial, podría ampliar su misión y determinar si los nuevos artículos presentados se insertan en un marco lógico y están completos o si, de no ser así, no sería conveniente completarlos con otras disposiciones. Después de lo cual y partiendo de ahí podría dedicarse a la redacción propiamente dicha de los artículos. Una vez obtenido un conjunto satisfactorio de artículos sobre la prevención del riesgo, el Comité de Redacción podría ver cómo se relacionan los nuevos artículos con las disposiciones generales formuladas en los artículos 1 a 5, los principios enunciados en los artículos 6 a 9 y el artículo 10⁷.

18. El Sr. KOROMA acepta la propuesta del Presidente, a condición de que no comprometa la decisión adoptada en el período de sesiones anterior y de que se estudie primero el régimen de la prevención y después el régimen de la responsabilidad.

19. Da las gracias al Relator Especial por su instructivo resumen, subrayando que no está de acuerdo con él en dos puntos: en primer lugar, la definición de 1958 de la plataforma continental sigue siendo válida, aunque se prevea adaptarla al progreso técnico. En segundo lugar, la noción de «recursos compartidos» no tiene cabida en el tema.

20. El PRESIDENTE precisa que la decisión que la Comisión ha de tomar no afectará en nada a la decisión que tomó en su período de sesiones anterior⁸.

21. El Sr. ROSENSTOCK acoge con satisfacción esta precisión.

22. El Sr. de SARAM piensa que la Comisión debe respetar la decisión que adoptó en su 44.º período de sesiones relativa a la organización de sus trabajos sobre el tema. Será necesario que la Comisión, en una fase posterior de sus trabajos, elabore normas primarias sobre la indemnización por los daños sufridos, conforme a sus decisiones y a las de la Asamblea General. En ese sentido acepta la propuesta del Presidente.

23. El Sr. CALERO RODRIGUES comprende que la Comisión no desee rectificar la decisión que adoptó en el período de sesiones precedente, pero considera inevitable en esta fase que la interprete en cierta medida. Si en efecto estos proyectos de artículos se remiten al Comité de Redacción, ¿qué hará la Comisión mientras tanto? ¿Va a suspender el examen del tema? y ¿deberá el Relator Especial presentar nuevos artículos o esperar el resultado de los trabajos del Comité de Redacción?

24. El PRESIDENTE estima que la decisión adoptada por la Comisión en el 44.º período de sesiones no impide al Relator Especial pensar en la fase siguiente de los trabajos y someter propuestas a la Comisión.

25. El Sr. BARBOZA (Relator Especial), refiriéndose al párrafo 345 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones⁹, dice que se propone presentar artículos sobre las medidas de reparación y luego abordar la cuestión de la responsabilidad propiamente dicha.

26. El PRESIDENTE piensa que los debates del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículos ayudarán a la Comisión a hacerse una idea más clara de la continuación de sus trabajos, sin perjuicio de la decisión adoptada en el período de sesiones precedente.

27. El Sr. TOMUSCHAT está de acuerdo con el Presidente y agrega que el Relator Especial, al pasar a la cuestión de las medidas de reparación, debería tener en cuenta los debates del Comité de Redacción.

28. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER piensa que la decisión adoptada por la Comisión en el período de sesiones precedente es acertada, pero que no debe vincular excesivamente a la Comisión. La Comisión y el Comité de Redacción están examinando una serie de proyectos de artículos, y se trata de progresar lo más posible en los trabajos sobre el tema. Por su parte, el Relator Especial podría presentar, quizá de ahora al fin del período de sesiones en curso, un bosquejo sobre los daños efectivos y las medidas correspondientes que haya que prever.

29. El Sr. GÜNEY se pregunta si no habría que tener en cuenta el hecho de que se convino en que la composición del Comité de Redacción variara en función de los temas.

30. El PRESIDENTE, hablando en nombre del Presidente del Comité de Redacción, dice que la nueva composición del Comité de Redacción se anunciará en breve.

31. El Sr. YANKOV está de acuerdo con la propuesta que ha hecho el Presidente a recomendación de la Mesa Ampliada, pero recuerda que el tema en estudio es un

⁶ Véase *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 114, documento A/CN.4/428 y Add.1, anexo.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), párrs. 344 a 349.

⁹ *Ibid.*

problema de responsabilidad internacional. Refiriéndose al párrafo 345 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones¹⁰, observa en él que el hecho de conceder la prioridad a la prevención no constituía más que un *modus operandi*.

32. Piensa que los debates del Comité de Redacción en el siguiente período de sesiones de la Comisión se facilitarían si el Relator Especial precisara la orientación que se propone dar en adelante a los trabajos, ya que ello permitiría precisar el lugar de la prevención en el conjunto del proyecto. Sin ello, el proyecto de artículos corre el riesgo de no ser más que un conjunto de disposiciones heteróclitas.

33. El PRESIDENTE dice que ha quedado entendido que la Comisión solicitará la opinión del Relator Especial antes de pronunciarse sobre la fase siguiente de su trabajo, dentro del espíritu de la decisión adoptada en el período de sesiones precedente.

34. Salvo objeciones, considerará que la Comisión acepta la propuesta que ha hecho, a recomendación de la Mesa Ampliada, con respecto a la continuación de los trabajos sobre el tema en el actual período de sesiones.

Así queda acordado.

35. El PRESIDENTE dice que la Comisión ha concluido el examen del tema 5 del programa.

El Sr. Barboza ocupa la Presidencia.

Responsabilidad de los Estados (continuación)
[A/CN.4/446, secc. C, A/CN.4/453 y Add.1 a 3¹¹, A/CN.4/L.480 y Add.1, ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1]

[Tema 2 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

36. El Sr. MAHIOU felicita al Relator Especial por su quinto informe (A/CN.4/453 y Add.1 a 3), que sigue la línea de los informes precedentes. Le complace encontrar en él una reseña de los debates sostenidos en 1985 y 1986 en la CDI y en la Sexta Comisión (*ibid.*, cap. I, secc. A), puesto que ello permite observar que ya existe cierto número de puntos de acuerdo sobre esta delicada cuestión. En efecto, nadie ignora las reticencias, pasadas y presentes, de los Estados a aceptar procedimientos obligatorios de solución de controversias. Pero desde 1985 el mundo ha cambiado y acontece que los Estados tienden cada vez más a aceptar procedimientos de este tipo, incluidos los procedimientos judiciales. El programa de la CIJ desde hace una decena de años es prueba de ello. La Comisión no debe sólo acompañar ese progreso sino hacer todo lo posible para promoverlo.

37. Queda por ver qué es lo deseable y lo posible. Tal es, por lo demás, la preocupación del Relator Especial y

de los miembros de la Comisión que se han expresado sobre el tema. Sobre qué sea lo deseable, el Relator Especial comunica en su proyecto su preferencia por la solución en cierto modo ideal, declarándose dispuesto a orientar sus esfuerzos en ese sentido si la Comisión le invita a ello, pero sin hacerse ilusiones y reconociendo que lo deseable está fuera del alcance (*ibid.*, secc. D).

38. Así pues, es menester dejar de lado lo deseable y centrarse en lo posible, es decir en la solución recomendada en la sección D del capítulo I del informe. A este respecto, al Sr. Mahiou le complace observar ciertas zonas de acuerdo que se desprenden de los debates de 1985 y 1986 y que subsisten sin duda. A su juicio, no hay polémica, o es pequeña, al menos sobre dos puntos importantes. El primero se refiere a la oportunidad de la tercera parte del proyecto de artículos, dedicada a los procedimientos de solución de controversias, que la Comisión, si no quiere incumplir su misión, no debe dejar que lo resuelva la futura conferencia diplomática. El segundo punto es la necesidad de prever el recurso obligatorio a los procedimientos de solución de controversias. Sobre este punto, se acepta el principio, pero quedan por precisarse los mecanismos que se han de aplicar, y es en este plano donde se produce el debate. El Relator Especial propone un sistema que se articule en tres fases encadenadas y cuyo carácter obligatorio se acentúe a medida que se pase de la conciliación al arbitraje y del arbitraje a la CIJ. Esta es la propuesta que la Comisión está llamada a debatir.

39. A este respecto, el Sr. Mahiou observa, en primer lugar, que el informe y los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial¹² son un tanto ambiguos. En efecto, el Relator Especial centra su análisis sobre los litigios que se refieren al conjunto de artículos del futuro instrumento y sobre las controversias que se refieren más especialmente a las contramedidas. Incluso a veces parece tomar únicamente en consideración la segunda de estas categorías de controversias. Esto aparece en particular en el punto 2 de la sección D del capítulo I del informe, cuyo primer párrafo parece restringir el alcance del tema y cuyo párrafo siguiente se presta a equívocos. Felizmente la continuación muestra que no es así: se indica claramente que el Relator Especial toma el problema en su conjunto, e incluso si el proyecto de artículo 1 parece restrictivo, el apartado a del párrafo 1 del proyecto de artículo 2 confirma que el sistema de solución de controversias concierne a todos los problemas que puedan resultar de la interpretación o de la aplicación del futuro instrumento, y que sólo se hace hincapié en las contramedidas a causa de la dificultad de este aspecto del problema.

40. Por tanto, queda entendido que el mecanismo de solución de controversias debe ser abierto. Queda por ver cómo asegurar su aplicación y su aceptación por los Estados.

41. Según el Sr. Mahiou, a este respecto la Comisión puede abordar soluciones bastante audaces, a condición de que se ponga de acuerdo sobre ciertas ideas fundamentales. Ahora bien, parece precisamente que hay

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

¹² Para el texto de los proyectos de artículos, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

acuerdo sobre tres puntos: impedir la escalada de las medidas y de las contramedidas; evitar que la desigualdad de hecho entre los Estados no se convierta en una ventaja jurídica para los más fuertes; y prever para las contramedidas, que desgraciadamente es imposible excluir, un régimen restrictivo y obligatorio, con el objeto de prevenir en lo posible que se recurra a medidas de este tipo.

42. Para el Sr. Mahiou, el método que ha de seguirse consiste en consagrar el carácter obligatorio del procedimiento y de sus conclusiones, pero distinguiendo según las fases de que se trate. La conciliación sería obligatoria para todo litigio relativo a cualquier disposición del futuro instrumento; en cambio, sus conclusiones no serían obligatorias, salvo tal vez en el caso de las medidas preventivas, ya conciernen al Estado autor del hecho lesivo o al Estado lesionado. Por lo demás, esto es lo que prevé el Relator Especial y que merece examinarse.

43. En cuanto al arbitraje, importa evitar dos posiciones extremas: la que consiste en hacer el arbitraje obligatorio para todo litigio —lo que no sería aceptable para la totalidad de los Estados— y la que consistiría al contrario en sustituir el arbitraje, con el pretexto de que es preciso dejar a los Estados la libertad de elección y la libertad de medios. Según el Sr. Mahiou, la solución sería que el arbitraje llevase aparejadas dos condiciones. Primera, el arbitraje sería obligatorio en el caso de determinados litigios. En efecto, las partes primera y segunda del proyecto de artículos se refieren a numerosas situaciones en las que las cuestiones de hecho o de derecho que oponen a los Estados podrían resolverse por vía de arbitraje sin que los Estados puedan considerar que se cuestiona su soberanía o libertad de elección. Segunda, el arbitraje sería una opción abierta a todos los Estados que deseen recurrir a él, lo que tendría la ventaja de hacer progresar el derecho internacional sobre este punto. No porque algunos Estados vacilen en recurrir al arbitraje hay que excluirlo.

44. Por último, en lo que respecta a la solución judicial, sería razonable, como en el caso del arbitraje, idear un mecanismo flexible, por decirlo así doble, y que corresponda a situaciones diferentes. Para algunas controversias, cabría prever la competencia obligatoria de la CIJ, por ejemplo cuando esté en juego una norma imperativa de derecho general, como había propuesto el anterior Relator Especial, pero también cuando estén en juego otras normas enunciadas en el futuro instrumento y que la Comisión determine. La competencia de la CIJ sería facultativa en el caso de las controversias sobre otras cuestiones. Como sucede con el arbitraje, no porque algunos Estados sean reacios a ella hay que excluir la competencia de la CIJ. Al contrario, también sobre este punto conviene promover la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional.

45. El Sr. Mahiou no cree que el sistema de solución de controversias en materia de responsabilidad de los Estados pueda ser simple. Sin duda habrá que establecer un mecanismo lo bastante complejo para armonizar la moralización y la eficacia, la flexibilidad y la soberanía de los Estados. Pero la Comisión no debe vacilar en proceder con audacia, a fin de superar las debilidades pasadas y las críticas de que ha sido objeto. En ese sentido, los proyectos de artículos presentados por el actual Relator

Especial, así como los presentados por el Relator Especial precedente que han sido sometidos al Comité de Redacción, son un buen punto de partida.

46. El Sr. de SARAM, a modo de preámbulo de la declaración que se propone hacer ulteriormente, destaca el interés del quinto informe sobre un tema capital para la primacía del derecho y el respeto de los principios jurídicos en las relaciones entre los Estados. El Relator Especial se ha esforzado por impulsar a la Comisión a ejercer su responsabilidad en materia de desarrollo progresivo del derecho, responsabilidad que dimana directamente de la Carta de las Naciones Unidas y de la que la Comisión no debe apartarse. La cuestión de saber qué grado de desarrollo progresivo está dispuesto a aceptar el sistema de relaciones entre los Estados dependerá del juicio de cada uno de los miembros de la Comisión, hasta el momento en que ésta tenga que solicitar las opiniones de los Estados sobre este punto. Hasta entonces, la Comisión no debe limitarse estrictamente a su tarea de codificación del derecho sino que, como ha sido conducida a hacerlo en otras esferas, por ejemplo, sobre el tema del tribunal penal internacional, debe asumir su tarea teniendo en cuenta las normas que ha de fijar en cuanto al derecho aplicable al comportamiento de los Estados. Como ha dicho el Sr. Mahiou, hay que olvidar las limitaciones de una época superada y en la fase actual evitar encerrar la cuestión del procedimiento de solución de controversias en el marco de los precedentes establecidos en otras épocas. Por esta razón, teniendo en cuenta ciertas declaraciones hechas inmediatamente después de la presentación del quinto informe por el Relator Especial, el Sr. de Saram espera que la Comisión siga adelante en este sector del desarrollo progresivo del derecho pero procediendo con el realismo necesario.

Se levanta la sesión a las 11.30 horas.

2307.^a SESIÓN

Martes 15 de junio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados (continuación)
[A/CN.4/446, secc. C, A/CN.4/453 y Add.1 a 3¹,
A/CN.4/L.480 y Add.1, ILC(XLV)/Conf. Room
Doc.1]

[Tema 2 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El PRESIDENTE señala que el Relator Especial ha distribuido a todos los miembros de la Comisión un documento oficioso para aclarar algunos puntos que se han planteado en el debate.

2. El Sr. ROBINSON dice que el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/453 y Add.1 a 3) constituye un alegato apasionado y nada ambiguo en favor de que se aproveche la oportunidad que ofrecen a la Comisión sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados para proponer a la Asamblea General un sistema avanzado de solución de las controversias aplicable a las contramedidas. Lo asombroso es ante todo que tal alegato haya sido necesario. La Comisión tiene el deber de mirar más allá del desasosiego que impera actualmente en la relaciones internacionales y de trazar un derrotero guiado por los principios de justicia y de igualdad soberana. La Comisión, aunque no puede pasar por alto la realidad política actual, que esencialmente sanciona la primacía del fuerte sobre el débil, debe concebir su misión de tal manera que un sistema de solución de las controversias relativas a las medidas unilaterales o de autotutela que tenga debidamente en cuenta los intereses de todos los Estados, débiles o poderosos, no sea en absoluto inimaginable. La reacción que ha provocado en algunos el sistema de solución de controversias propuesto por el Relator Especial también es sorprendente, ya que una valoración razonable pone de manifiesto que, si bien representa casi siempre un progreso respecto de los sistemas anteriores, en algunos aspectos es muy poco ambicioso.

3. El Relator Especial visiblemente cree que, en la actualidad, la situación internacional es propicia para la creación de un sistema de solución obligatoria, por intervención de un tercero, de las controversias relativas a las contramedidas y ha indicado correctamente los elementos en que se basa ese clima favorable. En primer lugar, la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales² ha contribuido a promover el reconocimiento de la necesidad de sistemas eficaces de solución de las controversias. En segundo lugar, los países de Europa oriental han modificado sus planteamientos acerca de la cuestión de la solución de las controversias después de terminada la guerra fría. En tercer lugar, las opiniones expresadas en el 44.º período de sesiones de la CDI y en la Sexta Comisión muestran que la mayoría apoya un sistema muy desarrollado de solución de las controversias para hacer frente a las injusticias a que pueden dar lugar las medidas unilaterales o de autotutela, las cuales, en el estado actual de desorganización y descentralización de las relaciones internacionales, no han sido, por desgracia, proscritas. Se exhorta a la

Comisión a que asuma un papel de vanguardia en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Por consiguiente, la Comisión no debe dudar en formular una propuesta, aunque tema tropezar con la oposición de los Estados. Si considera que la propuesta redundaría en interés de la comunidad mundial, debe someterla a la Asamblea General, donde los Estados darán su respuesta.

4. La esencia de las contramedidas es la fuerza bruta, empleada la mayoría de las veces en detrimento de los principios de igualdad y justicia. Como el ejercicio del poder es actualmente inevitable en las relaciones internacionales, el objetivo debe ser crear sistemas que permitan verificar la legitimidad de ese poder, preferentemente antes de su ejercicio. Sin esos sistemas, las contramedidas conferirán siempre a los Estados fuertes una ventaja sobre los más débiles. Sirve realmente de escaso consuelo que, como las represalias armadas están proscritas, las contramedidas serán principalmente de naturaleza económica, pues tales medidas pueden arruinar un país con la misma seguridad que el uso de la fuerza.

5. ¿Cómo, pues, formular un sistema de solución de las controversias que ayude verdaderamente a los Estados más débiles si el sistema sólo puede entrar en juego después de que se haya aplicado una contramedida? Sería preferible un sistema al que el Estado lesionado tuviera que recurrir necesariamente antes de aplicar una contramedida, un sistema que permitiera determinar la legitimidad de la contramedida y resolver otras cuestiones. Con todo, la existencia de un sistema de solución obligatoria de las controversias por intervención de un tercero que permitiera examinar cualquier contramedida adoptada tendría un efecto disuasorio respecto de la aplicación de contramedidas. Se está formando una fuerte corriente de opinión, tanto en la Comisión como en la Asamblea General, a favor de un sistema de solución de las controversias relativas a las contramedidas que confiera tanto al Estado autor del hecho lesivo como al Estado lesionado el derecho a poner en marcha un mecanismo con fuerza vinculante y no de mera recomendación. Se trata de una corriente de opinión que la Comisión debe ahora intentar recoger en una norma que haga depender el derecho a aplicar contramedidas de determinadas condiciones, incluido un sistema de solución obligatoria de las controversias por intervención de un tercero.

6. Por lo que respecta a los artículos y el anexo de la tercera parte³, habría que armonizar mejor el artículo 1 con el artículo 12 de la segunda parte⁴ para lograr una mayor coherencia en las referencias a los plazos relativos a la activación del sistema de solución de las controversias. Puede aceptar la solución de transacción propuesta por el Relator Especial en lo que respecta al momento de activación del sistema, pero esa propuesta carece de ambición ya que no tiene en cuenta la nueva tendencia a favor del recurso a un sistema de solución obligatoria de las controversias por intervención de un tercero antes de la adopción de contramedidas. Por con-

³ Para el texto, véase 2305.^a sesión, párr. 25.

⁴ Para el texto de los proyectos de artículos 5 bis y 11 a 14 de la segunda parte remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), notas 86, 56, 61, 67 y 69, respectivamente.

¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

² Resolución 37/10 de la Asamblea General, anexo.

siguiente, la propuesta tiene menor alcance que la formulada por el anterior Relator Especial en 1986⁵.

7. En la sección D del capítulo I del informe se explica que el mecanismo de activación del sistema de solución de controversias no es la presunta violación de una norma primaria o secundaria de derecho consuetudinario o convencional ni la controversia que puede surgir de la impugnada acusación de tal violación. Es más bien la controversia nacida del recurso impugnado a una contramedida por parte del Estado presuntamente lesionado o del recurso a una medida de contrarrepresalia de la parte contraria. Ahora bien, aunque la controversia surgida a raíz de la adopción de una contramedida generalmente se refiere a esa medida, también puede ir más lejos y suponer la acusación de una violación de una norma primaria o secundaria, si tal violación no ha dado lugar a una controversia antes de la adopción de la contramedida. Habría que modificar el artículo 1 para destacar más claramente ese aspecto. Ello puede lograrse utilizando las palabras «con motivo de» o «a causa de» en sustitución de las palabras «después de», que podrían tener una connotación exclusivamente temporal y no un sentido causal.

8. Se ha planteado con razón la cuestión de si la Comisión debería concebir un sistema de solución de controversias para resolver cualquier cuestión que surja acerca de la interpretación o aplicación de la totalidad de los artículos relativos a la responsabilidad de los Estados. El orador opina que sí, y que el sistema debería ser análogo al propuesto en relación con las contramedidas. La cuestión de si se puede hacer extensiva la aplicación del sistema de solución de controversias propuesto para las contramedidas a todos los aspectos de la aplicación del articulado sobre la responsabilidad de los Estados tendrá que examinarse más adelante. La Comisión debería formular una recomendación clara a la Asamblea General a este respecto y no dejar la decisión al arbitrio de la conferencia de plenipotenciarios que se reúna para adoptar el texto de una convención sobre la responsabilidad de los Estados. A su juicio, la comisión de conciliación establecida como parte del sistema de solución de las controversias debería estar facultada para examinar sólo las cuestiones que surjan en relación con la adopción de contramedidas.

9. En lo referente al artículo 2, no ve ningún motivo por el que no deba autorizarse a la comisión de conciliación que ordene la cesación de las medidas adoptadas por cualquiera de las partes o decrete medidas cautelares, si lo juzga necesario. Tales atribuciones no suelen concederse a una comisión de conciliación, pero son apropiadas para asegurarse de que determinados intereses no salgan perjudicados. Las medidas cautelares también son necesarias hasta la ejecución de la recomendación no vinculante de la comisión de conciliación, al igual que lo son antes de la ejecución de la decisión vinculante del tribunal arbitral. La facultad de determinación de los hechos que se reconoce a la comisión de conciliación en el apartado c del párrafo 1 del artículo 2 es de la máxima utilidad.

⁵ Para el texto de los proyectos de artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte, propuestos por el anterior Relator Especial, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

10. Por lo que respecta al artículo 3, sobre el arbitraje, y el artículo 5, sobre la solución judicial por la CIJ, como ambos métodos de solución entrañan la adopción de decisiones con fuerza de obligar, cada parte debería tener derecho a someter la controversia directamente al órgano de su elección. El artículo 5, en su redacción actual, sólo admite la sumisión a la CIJ.

11. Por último, desea felicitar al Relator Especial por haber tenido la valentía de presentar un informe que hace época y de instar a la Comisión a que aproveche la oportunidad favorable que se le ofrece para proceder al desarrollo progresivo del derecho internacional mediante el establecimiento de un sistema avanzado de solución de las controversias relacionadas con las contramedidas que responda a los principios de justicia e igualdad soberana.

12. El Sr. BENNOUNA dice que, al leer el quinto informe del Relator Especial, tuvo el sentimiento de hallarse en un confesonario con una persona muy honrada que había cometido un pecado que constituía un grave peso para su conciencia. El pecado que ha cometido el Relator Especial es haber propuesto en la segunda parte del proyecto de artículos varias disposiciones relativas a las contramedidas. Al Relator Especial le resulta doloroso que ciertos miembros de la CDI y ciertos oradores en la Sexta Comisión le recuerden los defectos intrínsecos de las contramedidas, y opina que las críticas que se le han dirigido son más fuertes que las que tuvo que soportar su predecesor. Que el Relator Especial se tranquilice: si las críticas son más fuertes ahora, en 1993, que en 1986 es porque se ha producido un cambio radical en las relaciones internacionales desde el final de la guerra fría. Los pesos y contrapesos de ese período han desaparecido y en la actualidad es necesaria una mayor vigilancia.

13. La decisión, adoptada tanto por el actual Relator Especial como por su predecesor, de hacer girar el sistema de solución de las controversias en torno a la regulación de las contramedidas obedece a que ese sistema está en sí mismo estrechamente relacionado con las contramedidas y los actos unilaterales. Las normas sustantivas y las normas adjetivas en ese campo constituyen un todo orgánico; ninguno de los dos tipos de normas puede existir sin el otro. Sin un sistema idóneo y algo restrictivo de solución de las controversias, la aplicación de contramedidas equivaldría a dejar que las partes se tomaran la justicia por su mano —cosa que representa la negación misma del imperio de la ley— y provocaría elementales luchas por el poder.

14. Los proyectos de artículos y el anexo de la tercera parte propuestos por el Relator Especial⁶ constituyen así en todos los sentidos una propuesta en bloque, que comprende disposiciones sustantivas sobre las contramedidas y normas adjetivas sobre la solución de las controversias conexas. Hace votos por que la Comisión acepte el sistema bastante restrictivo de solución de las controversias propuesto por el Relator Especial; el orador no podrá aceptar la aplicación de contramedidas si no va acompañada de un sistema de ese género.

15. Las contramedidas no pueden ser reguladas del mismo modo que las controversias en general, puesto

⁶ Para el texto, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

que afectan a la esfera sumamente convencional de las obligaciones y procedimientos de solución de las controversias; la norma sustantiva violada puede derivarse de un instrumento internacional que ya establezca un medio idóneo de solución, y el debate sobre las consecuencias de tal violación puede resolverse con arreglo a los medios de solución existentes, con arreglo al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas o con arreglo a un acuerdo especial entre las partes.

16. En definitiva, todas las normas sustantivas de derecho internacional guardan relación con el derecho de la responsabilidad y sería delicado establecer un método concreto de solución para las cuestiones de responsabilidad en general. Una contramedida, en cambio, constituye una desviación excepcional del derecho internacional en cuanto que autoriza a un Estado a violar el derecho como reacción a lo que considera un hecho ilícito que le ha causado un daño. Toda situación excepcional requiere un procedimiento de solución especial. Está totalmente de acuerdo con el Relator Especial en que la Comisión debe mostrar cierta audacia. La audacia tal vez no sea admisible si se trata de legalizar contramedidas aún inaceptables al establecer procedimientos cuyo fin sea no sólo determinar la buena fe del Estado presuntamente lesionado sino también disuadirlo de actuar a la ligera. Indudablemente, como se señala con acierto en el título del punto 1 de la sección C del quinto informe, un sistema idóneo de solución de las controversias es un «complemento indispensable de un régimen que rija las reacciones unilaterales».

17. Por lo que respecta a las secciones D, E y F del informe, advierte que el Relator Especial ha dicho que la solución ideal sería que la licitud de las contramedidas dependiese de una decisión obligatoria previa de un tercero. En ese caso, la evaluación subjetiva del Estado presuntamente lesionado quedaría eliminada, por decirlo así, por la inserción entre el hecho ilícito y la contramedida de una decisión definitiva de un tercero imparcial. Aunque quizás esto sea la solución ideal también es utópica. Equivaldría a someter todo el derecho de la responsabilidad, e indirectamente la evaluación de la observancia de todas las normas sustantivas, a un órgano arbitral o judicial internacional. El Relator Especial conviene en que esto no parece estar en absoluto de acuerdo con la presente etapa de desarrollo de la sociedad internacional moderna, que todavía se compone de Estados soberanos y en la que la justicia es facultativa.

18. Es necesario, por consiguiente, mantener la obligación general enunciada en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, según el cual los Estados tienen derecho a elegir entre los procedimientos disponibles. Sin embargo, si un Estado se toma la justicia por su mano y recurre a medidas de autotutela, tendrá que someterse inevitablemente a controles legales cada vez más estrictos.

19. En cuanto a la conciliación, se pregunta si la orden de cesación de cualquier medida o de aplicación de medidas cautelares no debería limitarse a la etapa arbitral o judicial, dejando que la conciliación conserve su finalidad original, esto es, proponer un informe al concluir el procedimiento que las partes pueden aceptar o rechazar libremente. De los dos modelos de comisión de conciliación propuestos por el Sr. Riphagen, el anterior Relator

Especial, y el actual Relator Especial, respectivamente, el modelo del Sr. Arangio-Ruiz parece el más complicado, aunque quizás pueda simplificarse en el Comité de Redacción. En lo que concierne al arbitraje, convendría incluir una disposición sobre la intervención de un tercero —quizás el Presidente de la CIJ— en caso de que uno de los Estados no nombre árbitro.

20. Habría que abreviar hasta cierto punto y simplificar los distintos procedimientos para evitar que se utilicen las prórrogas como táctica dilatoria. Estas cuestiones, sin embargo, podrían ser discutidas en el Comité de Redacción. La Comisión, por su parte, debería decidir la cuestión de principio, es decir, si acepta o no el sistema propuesto por el Relator Especial. Su respuesta es positiva sin reservas, y da las gracias al Relator Especial por su quinto informe, que facilitará la aceptación de una propuesta global. Sin embargo, de no aceptarse esa propuesta, se verá obligado a formular una reserva respecto de todas las contramedidas en conjunto.

21. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que la Comisión dispone de un bagaje jurídico útil para su examen del presente tema. La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, por ejemplo, cuyo texto fue adoptado sobre la base de los trabajos que la Comisión concluyó en 1969, contiene disposiciones claras y objetivas con respecto a las controversias surgidas en ese campo del derecho. En 1985, el anterior Relator Especial introdujo un nuevo elemento en su informe, es decir, un sistema de conciliación que podía allanar el camino a un procedimiento obligatorio de solución pacífica de las controversias nacidas de hechos ilícitos⁷. El actual Relator Especial, por su parte, ha mencionado en su tercer informe⁸ una resolución del Instituto de Derecho Internacional según la cual no se pueden tomar represalias mientras no se haya recurrido a los procedimientos existentes de solución pacífica de las controversias, y en su cuarto informe la posición adoptada por el Gobierno suizo en 1928 concerniente a la relación directa entre represalias, prohibición de las represalias y obligación de resolver mediante el arbitraje cualquier problema que surja⁹. Ha mencionado asimismo las disposiciones legales vigentes en la época de la Sociedad de las Naciones, que demuestran que siempre ha habido una estrecha relación entre esos elementos.

22. Cuando más cerca ha estado el Relator Especial de lograr poner de relieve la complejidad del problema fue quizás cuando indicó, en su cuarto informe, que las medidas unilaterales o de autotutela seguirían constituyendo por fuerza, durante mucho tiempo, el alma del régimen jurídico de la responsabilidad de los Estados, y que la efectividad de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito, como la cesación y la reparación, descansarían en definitiva en las represalias. Sin embargo, el Relator Especial tal vez prejuzgó el criterio que iba a adoptar la Comisión, que es simplemente reconocer que, guste o no, las represalias existen en derecho consuetudi-

⁷ Véase *Anuario...* 1985, vol. II (primera parte), pág. 16, documento A/CN.4/389, secc. II.

⁸ Véase *Anuario...* 1991, vol. II (primera parte), pág. 20, documento A/CN.4/440 y Add.1, párr. 56.

⁹ Véase *Anuario...* 1992, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3.

nario y el régimen jurídico existente es imperfecto. El dilema que tiene que afrontar el Relator Especial es, pues, decidir qué solución proponer en el marco de ese sistema imperfecto de reglamentación: ¿una solución imperfecta o una solución que represente un progreso? A su juicio, la propuesta del Relator Especial no es revolucionaria y no causaría ninguna perturbación en el orden internacional existente, sino que es pragmática y merece reconocimiento por su lucidez y sólida argumentación jurídica. Se plantea un problema porque el Relator Especial ha propuesto que la reacción a un hecho ilícito, y no el hecho ilícito mismo, constituya el mecanismo de activación del procedimiento de solución obligatoria de las controversias. A este respecto, merece señalarse que, aparte del párrafo 3 del Artículo 2 y el Artículo 33, la Carta de las Naciones Unidas no proporciona una base suficiente para sostener que el hecho ilícito opera como mecanismo de activación, mientras que el derecho consuetudinario y la práctica internacional ofrecen el medio, a través de las represalias, por el que puede establecerse y promoverse un mecanismo de solución obligatoria de las controversias.

23. Opina, en suma, que la propuesta del Relator Especial merece un examen atento, especialmente a la luz del debate celebrado en el Comité de Redacción sobre el artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas)¹⁰. La Comisión no puede ahora actuar de manera incoherente con lo que ha debatido al examinar ese artículo. Tampoco debe preocuparse excesivamente por la fórmula propuesta por el Relator Especial, ya que del manual preparado por la Secretaría sobre los procedimientos de solución de controversias se desprende claramente que puede recurrirse a una amplia variedad de medios, en particular la conciliación, el arbitraje y otros procedimientos.

24. Felicita al Relator Especial por su labor y espera con interés el nuevo capítulo del informe relativo a los crímenes y delitos.

25. El Sr. VERESHCHETIN dice que el Relator Especial tiene razón en señalar en su quinto informe que la Comisión no ha contribuido de manera muy significativa al derecho de la solución de las controversias. Por regla general, la Comisión no va en sus proyectos más allá de proponer procedimientos de conciliación no obligatoria que se consignan en anexos o protocolos de firma facultativa. Es evidente, sin embargo, que ello no se ha debido a la falta de preocupación o competencia de los anteriores miembros de la Comisión, sino que, al examinar si había que incluir o no en el cuerpo del texto estudiado disposiciones de solución obligatoria de las controversias, se han guiado ante todo por el deseo de no arriesgarse a un rechazo del proyecto en su totalidad por el motivo de que las disposiciones sobre solución de las controversias resultaran inaceptables para muchos Estados.

26. El mismo problema sigue planteándose hoy, por desgracia, y duda que la posición de los Estados respecto de la cuestión del arbitraje obligatorio haya cambiado lo suficiente para justificar la actitud optimista de que es probable que las propuestas del Relator Especial sean

generalmente aceptadas. Esa duda es tanto más legítima cuanto que el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados no se ocupa simplemente de un aspecto de las relaciones internacionales, como la mayoría de los proyectos de la Comisión, sino que afecta a todos los aspectos de las relaciones internacionales y el derecho internacional. En el quinto informe, el Relator Especial reconoce la existencia de todos esos problemas pero, con todo, preconiza una mayor audacia.

27. Tal vez sea porque el propio Relator Especial no está totalmente convencido de la aceptabilidad de sus propuestas que se ha limitado a esbozar un procedimiento encaminado, no a impedir que se adopten contramedidas, sino sólo a determinar la licitud de una contramedida ya adoptada. Aun reconociendo que esa limitación del alcance del mecanismo de solución de las controversias propuesto obedece al deseo de aplacar a los «conservadores», no puede por menos que preguntarse si la propuesta es realmente tan atrevida o revolucionaria como se ha sostenido. ¿Qué tiene de atrevido una propuesta cuya aceptación no afectaría a la facultad de los Estados de adoptar contramedidas ni retrasaría siquiera temporalmente la aplicación de las contramedidas? En su opinión, la propuesta no es lo bastante «revolucionaria» para representar un auténtico progreso en derecho internacional; al mismo tiempo, es excesivamente complicada, como ha señalado antes el Sr. Bennouna.

28. El derecho de la solución de las controversias constituye un tema importante y separado que debe examinar la Comisión. Dicho tema excede del ámbito del tema de la responsabilidad de los Estados y no puede examinarse, por decirlo así, de pasada. A este respecto, no está de acuerdo con el argumento aducido por el Relator Especial según el cual, teniendo en cuenta la ineficacia de los múltiples tratados generales sobre la solución de las controversias, no tiene mucho sentido intentar de nuevo el desarrollo progresivo de procedimientos de solución de las controversias de carácter general y que sería más apropiado emprender, en relación con el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, un importante desarrollo progresivo de los procedimientos de solución de las controversias mediante el establecimiento de una cláusula compromisoria más eficaz. En realidad, los dos planteamientos no se excluyen mutuamente. Por otra parte, acontecimientos recientes en la esfera de la solución de las controversias, en especial la Convención de Conciliación y Arbitraje firmada recientemente en el marco de la CSCE¹¹, dan a entender que los tratados generales sobre la solución de las controversias no tienen que ser por fuerza ineficaces.

29. Las precedentes observaciones no significan que el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados no deba incluir disposiciones relativas a la solución de las controversias. Como algunos otros miembros de la Comisión, opina que ésta, al elaborar tales disposiciones, debería basarse muy especialmente en las propuestas del Relator Especial. Sin embargo, el alcance de esas futuras disposiciones no debe limitarse exclusivamente al problema de las contramedidas, sino referirse a la aplicación e in-

¹⁰ Véase nota 3 *supra*.

¹¹ Aprobada por el Consejo de la CSCE en Estocolmo, en diciembre de 1992 (véase documento CSCE/3-C/Dec.1 de 14 de diciembre de 1992).

interpretación de la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados en su conjunto. Ahora bien, si las disposiciones sobre solución de las controversias tuvieran que estar relacionadas específicamente con las contramedidas, sin duda habría que examinarlas conjuntamente con los artículos relativos a las contramedidas que ya han sido remitidos al Comité de Redacción.

30. En el prefacio del informe se habla de un segundo capítulo relativo a las consecuencias de las infracciones penales de los Estados tipificadas como «crímenes» en virtud del artículo 19 de la primera parte del proyecto¹² de artículos y se indica que dicho capítulo —que no ha sido presentado todavía a la Comisión— no incluye un articulado. Por otra parte, el Relator Especial señala que no está dispuesto todavía a hacer propuestas concretas sobre los demás derechos y obligaciones dimanantes de los hechos internacionalmente ilícitos a que se refiere el artículo 19 de la primera parte. Por consiguiente, ¿en qué orden tiene que examinar la Comisión las secciones del proyecto aún pendientes? ¿Debe abordar el examen de los artículos de la tercera parte del proyecto antes de estudiar una sección de la segunda parte que es de la máxima importancia, esto es, las consecuencias sustantivas y adjetivas de los crímenes de los Estados? ¿No sería eso empezar la casa por el tejado? Se pregunta por qué el Relator Especial ha considerado necesario incluir un capítulo sobre las consecuencias de los crímenes en un informe relativo a los procedimientos de solución de las controversias. ¿Acaso el Relator Especial tiene la intención de no proponer ningún artículo sobre las consecuencias sustantivas y adjetivas de los crímenes internacionales? Se trata de una cuestión al parecer fundamental, puesto que en informes anteriores el Relator Especial ha subrayado siempre que sólo se refiere a los delitos, no a los crímenes, y el Comité de Redacción, al examinar el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, parte de esa base. Desearía obtener una respuesta antes de que el Pleno de la Comisión adopte una decisión sobre los artículos de la tercera parte del proyecto.

31. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) observa que no es la primera vez que el Sr. Vereshchetin ha preguntado cuáles son sus intenciones en relación con la cuestión de los crímenes. La preparación del capítulo II —que puede asegurar a la Comisión que realmente se está llevando a cabo— plantea una multitud de problemas muy difíciles. Confía en que el debate previsto para comienzos de julio le ayudará a preparar un informe satisfactorio sobre el tema para el próximo período de sesiones de la Comisión.

32. Como ha dicho muchas veces en otras ocasiones, los crímenes son hechos ilícitos de naturaleza más grave. Hay que entender que todas las propuestas que hace sobre el tema de los delitos —sobre las contramedidas, sobre las consecuencias sustantivas o adjetivas o sobre la solución de las controversias— contienen alguna indicación acerca de sus propuestas futuras, *mutatis mutandis*, relativas a los crímenes. Como se recordará sin duda, su predecesor había previsto en el apartado *b* del artículo 4 propuesto en 1986¹³, la posibilidad de recurrir directa-

mente a la CIJ. El Relator Especial, por su parte, prevé tal recurso sólo en la tercera fase del procedimiento de solución. No debe olvidarse que el artículo 19 de la primera parte, aprobado por la Comisión en primera lectura, ha suscitado grandes reservas tanto en la CDI y la Sexta Comisión, como en la doctrina. El problema encierra una gran dificultad y exige un planteamiento gradual. No cree que el Comité de Redacción tropiece con dificultades por no disponer todavía de la totalidad del informe e insta al Sr. Vereshchetin a que siga armándose de paciencia. Reitera su desaprobación de la idea de que sus propuestas sobre la solución de controversias constituyan una tentativa de «perturbar» el orden jurídico internacional.

33. El Sr. KOROMA no está de acuerdo con la opinión de que el Relator Especial esté tratando de «perturbar» el orden jurídico internacional, pero ciertamente espera que no abriga la intención de descartar, reelaborar o suavizar el artículo 19, sobre los crímenes internacionales y los delitos internacionales, ya aprobado por la CDI en primera lectura y que obtuvo una apoyo total en la Sexta Comisión. Cabe pensar que la cuestión de mantener o suprimir el artículo 19, que indiscutiblemente es un artículo problemático, será adoptada por la Comisión en su conjunto y no sólo por el Relator Especial.

34. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que el Sr. Koroma puede tener la seguridad de que, no obstante los problemas y dificultades que ha mencionado, no tiene la intención de prescindir del artículo 19. Por el contrario, a causa precisamente de la importancia de ese artículo, considera que es su deber tratar la cuestión con la seriedad y prudencia que ésta merece.

35. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que los trabajos sobre la responsabilidad de los Estados, que están a punto de finalizar gracias a los incansables y ejemplares esfuerzos del Relator Especial, constituyen una importante contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional. Se suma a los demás miembros que han felicitado al Relator Especial por su excelente quinto informe, sus claras propuestas y sus valientes conclusiones, que han allanado el camino para un debate especialmente fructífero.

36. El ámbito de aplicación de los procedimientos de solución de las controversias de la tercera parte del proyecto y la naturaleza de la solución propuesta por el Relator Especial requieren algunas observaciones. El ámbito de aplicación de los procedimientos examinados en el quinto informe ha dado pie a que se plantearan algunas cuestiones bien fundadas, especialmente con respecto a los títulos de los proyectos de artículos. Se ha hecho hincapié en que el Relator Especial, como su predecesor el Sr. Riphagen, ha manifestado la intención de respetar el planteamiento adoptado por la Comisión según el cual a una primera parte, sobre el origen de las normas de responsabilidad, llamadas normas primarias por razones de simplicidad, y a una segunda parte, sobre las consecuencias jurídicas de la violación de esas normas, es decir, sobre las normas secundarias, han de seguir disposiciones especiales sobre el modo de «hacer efectiva» la responsabilidad y sobre la solución de las controversias dimanantes de la aplicación e interpretación de esas normas primarias y secundarias.

¹² Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

¹³ Véase nota 4 *supra*.

37. El quinto informe, en especial el artículo 1 de la tercera parte propuesto, no parece estar totalmente en consonancia con la intención inicial y el deseo de la mayoría de los miembros de la Comisión. El informe se centra casi exclusivamente en el discurso en torno a la necesidad de procedimientos de solución de las controversias relativas a las contramedidas. El Relator Especial no ha eludido el problema, como ha dejado bien sentado la nota oficiosa distribuida anteriormente. En el quinto informe ha señalado la necesidad de identificar las disposiciones (sustantivas o adjetivas) a las que deberían aplicarse, en relación con su aplicación e interpretación, los procedimientos previstos y ha señalado que, en opinión del Sr. Riphagen, las dos partes del proyecto son interdependientes. El Relator Especial aclara su posición a este respecto; no obstante, los seis artículos de la tercera parte, que constituyen un todo coherente e indisoluble, sólo versan sobre las controversias surgidas a raíz de la adopción por el Estado presuntamente lesionado de contramedidas contra el Estado presuntamente autor del hecho lesivo y que no han sido resueltas por ninguno de los medios a que se refiere el apartado a del párrafo 1 del artículo 12. Es forzoso concluir que la tercera parte sólo se refiere a los artículos 11 y siguientes de la segunda parte¹⁴ y excluye los artículos 6 a 10¹⁵. De ahí que el Relator Especial se haya apartado al parecer del planteamiento adoptado por su predecesor, que en el artículo 1 de la segunda parte¹⁶ se remitía al artículo 6, que corresponde a los artículos 6 a 10 del actual Relator Especial. El Relator Especial ha tratado de aclarar esa omisión en su nota. El orador opina que ese vacío puede llenarse más adelante, por ejemplo redactando otro artículo de carácter general sobre el ámbito de aplicación.

38. El Relator Especial ha realizado un examen completo y minucioso de la estructura y naturaleza del procedimiento de solución de las controversias propuesto, teniendo en cuenta la necesidad de restringir el recurso a las contramedidas o de reducir, por lo menos, sus aspectos desfavorables, y ha tratado de responder a las graves preocupaciones expresadas acerca de la inclusión de las contramedidas en el proyecto. A este respecto, el orador se declara de acuerdo con las perspicaces observaciones que se formulan en el informe sobre la necesidad de un sistema idóneo de solución de las controversias como complemento indispensable de un régimen regulador de las reacciones unilaterales. Por el contrario, en el marco de la solución recomendada, las explicaciones acerca de la aplicación del apartado a del párrafo 1 del artículo 12 de la segunda parte, concerniente al agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa disponibles antes de recurrir a las contramedidas, no siempre son claras. Esa disposición, tal como aparece redactada en el cuarto informe¹⁷, menciona toda una serie de medios de solución, cuya fuente no es la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados. En su forma actual, la disposición parece ser una condición del recurso a las contramedidas, mientras que los procedimientos de la

tercera parte sobre la solución de las controversias sólo se aplicarán, según se indica en el artículo 1 de la tercera parte, tras la adopción de contramedidas. Es un sistema sencillo y viable. Sin embargo, la interpretación que ha dado el Relator Especial del apartado a del párrafo 1 del artículo 12 debilita considerablemente el alcance de la disposición, en cuanto que, en su opinión, sólo se refiere a los medios de solución sin prescribir directamente tales medios y no enuncia directamente la obligación de agotar determinados procedimientos como condición para recurrir a las contramedidas. Confía, pues, en que el Comité de Redacción aprobará finalmente un texto del apartado a del párrafo 1 del artículo 12 que sea a la vez más preciso y más coherente con esa interpretación restrictiva.

39. El deseo del Relator Especial de reforzar los procedimientos de solución de las controversias relativas a las contramedidas es comprensible. El Relator Especial propone a este respecto dos soluciones: bien condicionar a la existencia de una resolución vinculante de un tercero la licitud del recurso a las contramedidas, o bien reforzar el procedimiento no vinculante mediante la inclusión de procedimientos de arbitraje y arreglo judicial. La primera solución parece la más adecuada para restringir apreciablemente la utilización de las contramedidas y hubiera sido impensable en la época en que las relaciones internacionales estaban dominadas por el antagonismo entre el Este y el Oeste. Pero en la actualidad no parece la opción más realista, aunque sea la única que realmente tenga en cuenta la situación de los países débiles. La segunda solución es la que se recomienda en el quinto informe y a la cual el Sr. Pellet (2305.ª sesión) ha calificado de revolucionaria. Esto es en cierto modo exagerado, porque la solución se basa simplemente en el planteamiento adoptado en las convenciones recientes, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. Por otra parte, no trata de menoscabar en absoluto la «prerrogativa» del Estado lesionado de adoptar contramedidas o incluso suspenderlas después de adoptadas, a menos que se haya aplicado un procedimiento de solución por intervención de un tercero y éste haya ordenado la suspensión de las contramedidas.

40. Los procedimientos de solución de las controversias de la tercera parte hacen pensar en cierto modo en modelos similares del derecho mercantil internacional, salvo que se ordenan en tres fases: la conciliación, que sólo puede dar lugar a recomendaciones y tiene fuerza de obligar sólo con respecto a las medidas cautelares; el arbitraje, que es vinculante, si fracasa la conciliación; y, por último, el arreglo judicial por la CII, especialmente en caso de que no se haya conseguido constituir el tribunal arbitral. Aunque quizás pueda sostenerse que el sistema es complicado y poco manejable, conviene con el Relator Especial en que podría tener un efecto disuasorio y reforzar las garantías contra el abuso de las reacciones unilaterales. Atribuirle un carácter no obligatorio haría posible que los Estados poderosos se tomaran la justicia por su mano, como demuestran los desgraciados ejemplos que tanto abundan en la historia reciente.

41. En cuanto al texto propiamente dicho de los artículos, el término «medidas», del artículo 1, es ambiguo y debería sustituirse por «contramedidas». En la versión francesa del artículo 3, el término *compromis (special*

¹⁴ Véase nota 3 *supra*.

¹⁵ Para el texto de los proyectos de artículos 6 a 16 de la segunda parte, remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 21 y 22, nota 66.

¹⁶ Véase nota 4 *supra*.

¹⁷ Véase nota 7 *supra*.

agreement, «acuerdo especial») debería sustituirse por *clause compromissoire*, porque de lo que se trata es del derecho a someter la controversia a arbitraje, no de la redacción de un documento que defina el objeto de la controversia y el procedimiento que ha de seguirse una vez sometida ésta al arbitraje. Esto estaría más en consonancia con el «acuerdo especial» mencionado en los párrafos 6 a 9 del artículo 3 del anexo. Finalmente, la última parte del inciso i) del apartado a del artículo 5 debería modificarse así: «... dentro de los seis meses siguientes a la presentación del informe de la Comisión de Conciliación».

Se levanta la sesión a las 12.25 horas.

2308.^a SESIÓN

Miércoles 16 de junio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados (continuación)
[A/CN.4/446, secc. C, A/CN.4/453 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/L.480 y Add.1, ILC(XLV)/Conf. Room Doc.1]

[Tema 2 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA señala que el quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/453 y Add.1 a 3) está, en el fondo, dedicado exclusivamente a la cuestión de la licitud de las contramedidas, es decir, a los motivos, las condiciones de aplicación y las modalidades de funcionamiento del régimen instituido mediante el artículo 12 del proyecto, que fue remitido en 1992 al Comité de Redacción². Con eso está dicho todo acerca de la importancia del tema tratado y la

originalidad del informe, en el que se exponen, por una parte, los términos del debate sobre la complementariedad del régimen general de las contramedidas y de un régimen especial de solución de las controversias y, por otra, las recomendaciones y propuestas concretas formuladas por el Relator Especial.

2. El sistema propuesto refleja la audacia y la ingeniosidad de su autor y, en cuanto al fondo, esto es, de la fórmula para poner fin a la situación antijurídica resultante de la violación recíproca del derecho por dos Estados, no peca por defecto de realismo, dígase lo que se diga. Al primar la imparcialidad gracias a la intervención imparcial de un tercero, reúne hábilmente las ventajas de la solución política y de la solución jurisdiccional. Desgraciadamente, ese deseo de no menoscabar las soberanías no aparece siempre en la construcción propuesta por el Relator Especial. Sin embargo, la eficacia de esa construcción depende de ello, puesto que, en caso de quebrantamiento del orden jurídico por un acto ilícito, la vuelta a la normalidad es ante todo un problema de medios. Hay que preguntarse, pues, si la fórmula teórica propuesta por el Relator Especial es utilizable. La Comisión, cuando tuvo que examinar los informes de Georges Scelle sobre el arbitraje, reprochó a éste que hubiese concebido un sistema que era *de lege ferenda*³. ¿Da el «sistema Arangio-Ruiz» pábulo a la misma crítica?

3. El orador hace observar a este respecto que, en un momento en que sobre un fondo de derecho de injerencia parece esbozarse un nuevo orden internacional, la solución de las controversias sigue a merced de la soberanía de los Estados, de la que las contramedidas son precisamente el brazo secular. Ahora bien, la práctica de la injerencia —es decir, menos soberanía para más solidaridad— corresponde a un derecho internacional en gestación y, aunque se considera de *lege ferenda*, ella no es objeto de críticas. Entonces, ¿por qué unas normas escritas que limiten la soberanía de los Estados en su propensión a manipular la legalidad internacional iban a ser *de lege ferenda*? Los riesgos de intransigencia mencionados en el quinto informe contienen en germen el riesgo de guerra, y la CDI, que tiene el deber de combatir la guerra mediante el derecho, no debe vacilar en obligar a los Estados a hacer frente a sus responsabilidades. Sean cuales sean los reproches que puedan dirigirse al Relator Especial, es forzoso reconocer que su sistema está en armonía con el espíritu de los tiempos. Queda por hacer una labor de redacción y aclaración de algunos puntos.

4. El informe plantea un problema de fondo que concierne al funcionamiento y la eficacia del sistema propuesto. La contramedida, en efecto, no da origen en sí misma a ninguna controversia, puesto que se trata por definición del ejercicio de un derecho; la controversia que surge es, según el artículo 1 propuesto por el Relator Especial, la «controversia suscitada tras la adopción por el Estado pretendidamente lesionado de cualquier contramedida». Mas, ¿cómo encargar entonces a la comisión de conciliación que aprecie ante todo la existencia de la controversia —es decir, cómo reconocerle asimismo el poder de afirmar, llegado el caso, que no hay controversia—, cuando incluso el Estado lesionado ha

¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

² Para el texto de los proyectos de artículos 5 bis y 11 a 14 de la segunda parte, remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), notas 86, 56, 61, 67 y 69, respectivamente.

³ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, octavo período de sesiones, Suplemento N.º 9 (A/2456), cap. II, párr. 15.

recurrido a las contramedidas? Se plantea a este respecto un problema de fondo, esto es, el de la eficacia, y que concierne a la activación misma del sistema propuesto. En cuanto a la calificación de la controversia, depende sobre todo de la pertenencia del acto de que se trata a una categoría jurídica. En la primera fase del sistema, la discrepancia de calificación jurídica de la situación de hecho entre las partes es, pues, lo que da lugar a la controversia. La calificación de la comisión de conciliación sólo puede tener lugar después de que la controversia haya surgido a raíz de un conflicto de calificaciones entre los Estados. En otras palabras, son los Estados quienes crean la controversia y no la comisión de conciliación. Conviene eliminar ese malentendido.

5. Por lo que respecta a las disposiciones propuestas⁴, el artículo 2 plantea también un problema de fondo, que obedece a que la conciliación no es más que un método de solución de carácter político. El amigable componedor no es un juez. El amigable componedor propone y los Estados, soberanos puesto que sujetos originarios de derecho internacional, disponen. Así pues, el amigable componedor debe convencer sin poder imponer. La eficacia del sistema tiene ese precio. Sería acertado, por consiguiente, sustituir en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 2 la palabra «ordenará» por «propondrá», y hacer que el apartado *a* termine con las palabras «solución de la controversia».

6. Convendría también modificar el artículo 3 del proyecto en favor de una concepción más ortodoxa de la institución arbitral, a fin de prevenir las objeciones que se formularán sin falta en nombre de la soberanía nacional. No parece, por otra parte, que se haya estudiado suficientemente la cuestión, como demuestra la contradicción que aparece entre la constitución de un tribunal arbitral «sin necesidad de un acuerdo especial» (art. 3) y la existencia de un «acuerdo especial en el que se determinen el objeto de las controversias y los particulares del procedimiento» (párr. 6 del artículo 3 del anexo), contradicción tanto más de lamentar cuanto que el sistema prevé la posibilidad de apelar ante la CIJ de los laudos arbitrales viciados por abuso de poder o defecto de forma.

7. En lo que se refiere a la función de la CIJ, el orador, aun reconociendo la necesidad de conciliar eficacia y libre elección de los medios y de hacer efectiva la distinción entre crímenes y delitos, estima que, como el concepto de abuso de poder depende de su interpretación según el estado actual del texto, la competencia de la CIJ debería ser más limitada. Además, habida cuenta de la escasa celeridad que caracteriza el funcionamiento de la CIJ, la intervención de ésta podría tener graves consecuencias para los intereses implicados, los del Estado lesionado especialmente.

8. Para concluir, afirma que las bases del «sistema Arangio-Ruiz» son buenas, pero que la construcción propuesta sigue en obras y que la Comisión debe tomarse el tiempo necesario para edificar a partir de los materiales reunidos.

9. El Sr. KABATSI señala que unos estiman que el quinto informe es más bien tímido, mientras que otros

ven en él el esbozo de una revolución, es decir, una exposición de lo ideal y no de lo posible. El Relator Especial ha dicho claramente que la situación ideal sería aquella en la cual ningún Estado estuviera autorizado jurídicamente a tomarse la justicia por su mano y en la cual, en caso de controversia, el Estado lesionado, o que se estimara lesionado, pudiese pedir que resolvieran personas distintas de los protagonistas, aun conservando la posibilidad de recurrir a las contramedidas, pero sólo con el fin de hacer volver al Estado culpable al camino de la legalidad. Muchos son los Estados —y los miembros pasados o presentes de la Comisión— que desde hace mucho tiempo preconizan convertir ese ideal en realidad, y sin embargo la Comisión, que lleva casi 40 años examinando esta cuestión, no ha progresado mucho. La razón es simple: muchos son también los Estados —y los miembros de la Comisión— que prefieren que los Estados sigan siendo libres de obrar como les parezca cuando consideren que se ha cometido un acto ilícito unilateral, y que los procedimientos de solución de la controversia sólo entren en juego en una fase ulterior, si el Estado lesionado entiende que redundará en su interés recurrir a ellos. No hay más claro reconocimiento de que las técnicas jurídicas se encuentran todavía en la primera etapa de su evolución y que el orden jurídico internacional sigue siendo imperfecto. No es que se haga caso omiso de los peligros de la situación. Todo el mundo sabe que las medidas unilaterales y las contramedidas producen un efecto contrario al buscado al favorecer la intransigencia de las partes y la escalada de la violencia, hasta poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. Además esa situación hipotética, que a menudo sólo se imagina entre Estados fuertes y Estados débiles, es aún más peligrosa cuando existe igualdad o casi igualdad de fuerzas entre ambas partes. Pero, como pone claramente de manifiesto el informe, los partidarios de las soluciones unilaterales aparentemente han ganado la partida frente a los defensores de la solución pacífica de las controversias antes de recurrir a las contramedidas.

10. El informe, en efecto, sólo versa sobre un régimen de solución de las controversias que tiende a corregir o mejorar los aspectos negativos de ese supuesto sistema de reacciones unilaterales. Tal es el objeto del modo de solución de las controversias en tres fases —conciliación, arbitraje y arreglo judicial— que propone el Relator Especial y que no prevé imponer condiciones especiales a los Estados interesados ni, en particular, al Estado lesionado, intimándole a que se abstenga de recurrir a cualquier contramedida antes del agotamiento de los procedimientos existentes de solución de las controversias, incluso de los procedimientos que instituya el futuro instrumento sobre la responsabilidad de los Estados. El apartado *a* del párrafo 1 del artículo 12 inicialmente propuesto por el Relator Especial⁵ tendía a imponer al Estado lesionado una obligación de ese género, pero, de acuerdo con la tendencia que desde hace poco va tomando forma en el Comité de Redacción, esa idea ha sido abandonada, al menos por ahora.

11. Por consiguiente, no cree que el quinto informe permita muchos progresos. No es que el Relator Especial no tenga ideas sobre los medios de desarrollar el derecho

⁴ Véase 2305.ª sesión, párr. 25.

⁵ Véase nota 2 *supra*.

internacional en esta materia. Incluso expone la solución teóricamente ideal, que consistiría en enunciar el principio de la prohibición de las contramedidas a falta de decisión obligatoria dictada por un tercero, y se declara dispuesto, si ese es el deseo de la Comisión, a presentar los proyectos de artículos correspondientes. Mas naturalmente, y a pesar de las tendencias a que se refiere, el Relator Especial indica que es consciente de lo indecisa que se ha mostrado hasta ahora la Comisión en completar sus proyectos mediante decisiones más audaces sobre la solución de las controversias, y declara al mismo tiempo que la Comisión no debería desaprovechar la oportunidad de aportar una contribución importante al desarrollo del derecho de la solución de las controversias, sobre todo durante el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional⁶.

12. En conclusión, el orador se adhiere a la opinión expresada en el último párrafo de la sección E del capítulo I del informe. Piensa incluso que ha llegado el momento de que los internacionalistas se independicen de sus gobiernos para decir lo que es justo y no lo que es aceptable. Da las gracias al Relator Especial por sus propuestas que, aunque no sean revolucionarias, son sin embargo audaces por las perspectivas que ofrecen.

13. El Sr. CALERO RODRIGUES da las gracias al Relator Especial por su quinto informe, que proporciona amplia materia para la reflexión y que, como se desprende del debate, ayudará útilmente a la Comisión en el estudio de la cuestión de la solución de las controversias.

14. Si bien es cierto que la Comisión ha dudado a menudo en completar sus proyectos de artículos mediante disposiciones sobre la solución de las controversias, no lo es menos que parece no haber tenido ninguna dificultad en concluir que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados debía comprender disposiciones de esa naturaleza.

15. Frente a las razones generalmente invocadas contra esta conclusión, hay una, muy concreta, que al contrario aboga en su favor. En efecto: el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, una vez definidos el hecho internacionalmente ilícito y sus consecuencias jurídicas de fondo —cesación, reparación, garantías de no repetición—, reconoce al Estado que se considera lesionado por lo que, a su juicio, es un hecho internacionalmente ilícito, la facultad de no cumplir una o varias de sus obligaciones para con el Estado que considera culpable, en otras palabras, de adoptar contramedidas. Sin embargo, si se demuestra después que su apreciación de la situación era equivocada, entonces esas contramedidas constituyen a su vez un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado que ha recurrido a ellas, de donde resulta un riesgo evidente de engranaje. Hay, pues, que encontrar una solución en algún momento, pero preferiblemente lo antes posible, para evitar la perpetuación de un sistema de contramedidas y de contra-contramedidas y, si esa solución no se alcanza mediante acuerdo entre los Estados implicados, debe lograrse por la vía de la solución por intervención de un tercero.

⁶ Proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/23.

16. Además, parece reconocerse que las contramedidas son un mal medio de resolver el problema porque hacen que, por lo menos temporalmente, el Estado lesionado se convierta en juez y parte, lo que mantiene la aplicación del derecho internacional en un estado primitivo que desde hace mucho tiempo ha desaparecido en los sistemas organizados de derecho interno. Por último, las contramedidas tienen por efecto acentuar la desigualdad entre los Estados, en violación del principio fundamental según el cual los Estados, como los hombres, son todos iguales ante la ley.

17. El orador vuelve a referirse a este respecto, como ejemplo de la injusticia inherente al sistema de las contramedidas, a un asunto mencionado por el Sr. Fomba (2305.ª sesión). Un Estado A expulsa a un determinado número de nacionales del Estado B en violación, según este último, de un tratado en vigor entre los dos Estados. El Estado B, que es un Estado débil, protesta invocando la ilegalidad del acto. El Estado A mantiene su posición e insiste, por el contrario, en la legalidad de su actuación, puesto que ese tratado no prevé más procedimiento de solución de las controversias que la negociación. El Estado B no tiene otra solución que aplicar contramedidas; por ejemplo ordenando la expulsión de un número igual de nacionales del Estado A. El Estado A puede entonces considerar que esas contramedidas no son lícitas y decidir que aplicará contra-contramedidas. Esa escalada no puede por menos que perjudicar más al Estado B, de suerte que éste queda sin protección, quizás hasta el momento en que la agravación de la controversia conduzca a un modo de solución más eficaz que el previsto en el tratado correspondiente. O bien, quizás, las relaciones entre los dos Estados empeorarán en perjuicio del Estado más débil, es decir, el Estado B, y éste, incapaz de recurrir a contramedidas, deberá ceder. Tal vez pueda algún día demostrar que tenía razón. Pero, entre tanto, saldrá herido en su orgullo y sus intereses sólo porque es débil y porque las contramedidas siempre favorecen al poderoso. He aquí un caso —entre muchos otros— en que un sistema de solución eficaz y que se aplique de entrada a las controversias concernientes a la responsabilidad internacional de los Estados permitiría acabar con la injusticia.

18. Uno de los elementos esenciales en materia de responsabilidad es precisamente, a juicio del orador, el establecimiento de un vínculo o nexo entre el derecho a recurrir a contramedidas y la obligación de someter las controversias a un sistema de solución pacífica. Desde este punto de vista, la Comisión, que ha decidido mantener el recurso a las contramedidas porque, siendo como es el orden internacional actual, desea atenerse a la esfera de lo posible, debería por lo menos moralizar las contramedidas y, para ello, como señala el Relator Especial en su informe, hacer que «la licitud de cualquier recurso a las contramedidas... [estuviera] condicionada a la existencia de [la] decisión obligatoria dictada por un tercero». No cree el orador, a diferencia de algunos, que se trate de un quebrantamiento del orden jurídico internacional, sino que opina por el contrario, como el Relator Especial, que se trata de un «salto» —en su opinión modesto— en el desarrollo de ese derecho, y que la justicia y la igualdad quedarían mejor salvaguardadas.

19. El Relator Especial no está seguro de que la Comisión esté preparada para aceptar esa idea, pero dice estar dispuesto a presentar proyectos de artículos en ese sentido si la Comisión lo desea. El orador, por su parte, se declara plenamente partidario de ello y hace votos por que la Comisión se decida a ir por esa vía.

20. El Relator Especial propone un sistema de solución de las controversias en tres fases, bien concebido aunque bastante clásico, que comienza con la conciliación para pasar después, en caso necesario, al arbitraje y, finalmente, siempre de ser necesario, al arreglo judicial. Ese sistema podría ser satisfactorio en el caso de controversias relacionadas con la aplicación o la interpretación de los artículos del futuro instrumento, pero lo es menos, especialmente a causa de los plazos que requiere, en el caso de controversias relativas a las contramedidas, las cuales quedarían así autorizadas mucho tiempo sin control exterior. El Relator Especial, consciente de ese problema, ha tratado de resolverlo incorporando a los proyectos de artículos dedicados a la conciliación⁷ una disposición por la que se autoriza a la comisión de conciliación a que ordene, cuando haya lugar, la cesación de las contramedidas y decrete medidas cautelares. Así, atribuye evidentemente a la comisión de conciliación poderes que por lo general corresponden a los tribunales arbitrales o los tribunales de justicia. La licitud de las contramedidas debe sin duda ser objeto de una decisión imparcial, dictada en el más breve plazo después de la incoación del procedimiento de solución de la controversia. Pero, aunque no es tan hostil como otros a que se confieran a la comisión de conciliación tales poderes, se pregunta si esa excepción a las normas tradicionales es indispensable. Cabría imaginar, por ejemplo, que la cuestión de la legalidad de las contramedidas se sometiese desde el principio al arbitraje. Bien es verdad que así se suprimiría la fase de la conciliación, a la que cabe considerar como un primer paso muy útil en la vía hacia los procedimientos de solución por intervención dirimente de un tercero.

21. ¿No se podría solventar la cuestión distinguiendo entre la decisión sobre la licitud de las contramedidas y la solución de las controversias surgidas en relación con la aplicación o la interpretación de las disposiciones del futuro instrumento? A su juicio, esa vía presentaría una doble ventaja. Primeramente, permitiría dictar sin dilación una decisión imparcial sobre la admisibilidad de las contramedidas, lo que redundaría tanto en interés del Estado culpable, que puede sufrir los efectos de contramedidas injustificadas, como en interés del Estado lesionado, que de ese modo tendría la seguridad de no ser sancionado ulteriormente por haber actuado *ultra vires*. En segundo lugar, el recurso a los procedimientos de solución en caso de controversia sobre la aplicación o la interpretación de los artículos del futuro instrumento se ampliaría y no estaría subordinado —como ahora ocurre según el artículo 1 propuesto por el Relator Especial— a la aplicación de contramedidas. Intencionalmente o no, en efecto, la totalidad del sistema propuesto sólo se activa si surge «una controversia [...] tras la adopción por el Estado pretendidamente lesionado de cualquier contramedida respecto del Estado pretendidamente infractor»

(art. 1). Si no se ha adoptado ninguna contramedida, no se pueden invocar las disposiciones relativas a la solución de las controversias, aunque exista una controversia sobre la aplicación o la interpretación del futuro instrumento.

22. El orador opina que los problemas que se plantean se resolverían más fácilmente si se evitase regular en las mismas disposiciones y por los mismos medios dos cuestiones diferentes: la necesidad de establecer un sistema general de solución de las controversias que surjan en relación con la aplicación o la interpretación de los artículos del futuro instrumento y la necesidad de concebir disposiciones especiales para la solución de las controversias relativas a la legitimidad de las contramedidas. Por lo que respecta a la primera categoría de controversias, bastaría introducir algunas modificaciones en el sistema propuesto por el Relator Especial, en particular con miras a garantizar una gran libertad de elección, aunque el orador duda que una aplicación tan amplia de los procedimientos de solución por intervención dirimente de un tercero sea actualmente posible. En lo que se refiere a la segunda categoría de controversias, se podría prever un sistema basado en el modelo del arbitraje. Las disposiciones que se elaborasen en ese sentido deberían tener plenamente en cuenta el hecho de que la controversia debe solucionarse sin dilación; la elección de los árbitros debería ser simplificada, debería acelerarse la constitución del tribunal arbitral y su reglamento debería ser lo más simple posible a fin de que el tribunal pudiera llegar rápidamente a una conclusión. La función del tribunal arbitral sería exclusivamente determinar si las contramedidas son lícitas y si deben cesar o no. Sólo por acuerdo expreso entre las partes estaría facultado el tribunal para llegar más lejos. A este respecto, cree incluso el orador que sería mejor, en vez de mantenerse dentro del marco de las instituciones existentes y hablar de tribunal arbitral y de arbitraje, hablar simplemente de «comisión» o «comisión de contramedidas». Esa comisión de contramedidas también podría estar facultada para tratar de conducir a las partes a una solución de transacción mutuamente satisfactoria, antes de ejercer su potestad de dictar una decisión ejecutoria. En realidad, la comisión podría ser un órgano arbitral, de mediación y, por supuesto, de investigación. No cree que sea demasiado difícil redactar disposiciones en ese sentido, y está persuadido de que el Relator Especial es capaz de hacerlo.

23. Se ha mencionado varias veces la necesidad de establecer un equilibrio entre lo deseable y lo posible y también de no proponer disposiciones que los Estados no podrían aceptar. Pero nada garantiza que los Estados acepten los artículos que prepare la Comisión y desgraciadamente son los Estados, y no la Comisión, quienes hacen el derecho internacional. Ha ocurrido ya que la Comisión elabore artículos concebidos en función de lo que ella suponía ser el deseo de los Estados y que, después, la Asamblea General los haya dejado a un lado sin que siquiera la mayoría de los Estados representados en la Asamblea General fuera contraria a esos textos. El orador está convencido, al igual que otros miembros de la Comisión, de que ésta debe asumir sus propias responsabilidades y de que no puede contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional sin actuar, sobre todo en la esfera de la responsabilidad de los Estados, con la temeridad razonable deseada por el Sr. Mahiou.

⁷ Para el texto, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

24. El Sr. YANKOV dice que, antes de examinar con detalle los artículos propuestos sobre la conciliación y el arbitraje, hará dos observaciones generales sobre el sistema de solución de las controversias previsto por el Relator Especial. Señala en primer lugar que, aparte de las consideraciones generales sobre el interés de los procedimientos de solución por intervención de un tercero, el Relator Especial hace hincapié sobre todo en la utilidad de un sistema obligatorio de solución que sirva de contrapeso a las eventuales contramedidas y a fin de reducir al máximo los aspectos negativos de las medidas unilaterales. Ciertamente, el efecto disuasorio, e incluso preventivo, que el establecimiento de un sistema de solución de las controversias tendría respecto de la adopción inconsiderada de contramedidas es indiscutible, y el quinto informe del Relator Especial aporta muchos argumentos en ese sentido. Sin embargo, como reconoce el propio Relator Especial, habría que establecer en la tercera parte del proyecto unos procedimientos eficaces de solución por intervención de un tercero. Como esa tercera parte no se refiere únicamente a las contramedidas, hay que plantearse entonces el problema del alcance del sistema de solución de las controversias, que lógicamente debería aplicarse a todas las cuestiones sobre las que versa esa tercera parte. Como ha señalado el Sr. Bennouna (2307.^a sesión), el Relator Especial ha pensado quizás que, en lo que concierne a muchas de esas cuestiones, cabía remitirse a la práctica establecida. En cualquier caso parece que ha estimado preferible por ahora centrar sus esfuerzos en la función atribuida a un sistema de solución por intervención de un tercero en caso de acción unilateral, como se desprende del informe, en el que puntualiza que las controversias a que se referiría este procedimiento son las controversias jurídicas... nacidas como consecuencia de las contramedidas o contrarrepresentaciones a que recurran las partes en una relación de responsabilidad internacional.

25. Teniendo en cuenta los numerosos tratados generales de solución de las controversias que no se aplican y son ineficaces, no se puede reprochar al Relator Especial sino que es preciso incluso reconocer con él que, en vez de intentar de nuevo el desarrollo progresivo de procedimientos de solución de las controversias de carácter general, sería más apropiado emprender, en relación con el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, un importante desarrollo progresivo de los procedimientos de solución de las controversias mediante el establecimiento de una cláusula compromisoria más eficaz. Pero cabe pensar asimismo que la evolución actual de la situación internacional y el número creciente de tratados internacionales y otros instrumentos que reconocen la utilidad práctica de un sistema de solución de las controversias por intervención de un tercero constituyen un terreno favorable para el desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera. Por supuesto, no hay que ser demasiado ambicioso. El final de la guerra fría no representa el fin de los conflictos entre Estados, y los problemas de medio ambiente o los problemas religiosos o étnicos son fuentes de contienda aún más complejos. La meta que se persigue no es evidentemente elaborar textos que queden grabados en la historia de los trabajos de la Comisión sin llegar nunca a ser aplicados.

26. Una segunda observación de carácter general es la que concierne a la cuestión de si los procedimientos de

solución de las controversias en caso de contramedidas deberían aplicarse antes o después de la adopción de esas contramedidas. A este respecto, aunque respeta el punto de vista del Relator Especial, el orador habría deseado que éste se preguntara si no hay esferas en las que el recurso a procedimientos obligatorios de solución de las controversias antes de la adopción de las contramedidas sería útil y digno de ser tomado en consideración.

27. Pasando a considerar el texto mismo de los proyectos de artículos⁸, no está totalmente de acuerdo con el Relator Especial cuando éste afirma, con respecto a la conciliación, que el carácter no vinculante del resultado de la conciliación hace que ese procedimiento no sea adecuado para corregir los aspectos negativos de las contramedidas unilaterales. Todo depende de lo que se espera de la conciliación. Se reconoce generalmente —y cabe a este respecto remitirse al Manual de las Naciones Unidas sobre la solución pacífica de las controversias entre Estados⁹— que la conciliación tiene como finalidad determinar los hechos del litigio y conducir a las partes a una avenencia proponiéndoles soluciones mutuamente aceptables.

28. A su juicio, no se debe tratar de reformar la institución de la conciliación atribuyéndole funciones que corresponden más bien al arbitraje o al arreglo judicial. Pero se podría muy bien concebir que la conciliación fuera obligatoria, a condición de que las partes en la controversia convengan en recurrir, en caso de que la conciliación fracase, al arbitraje o a otra forma de solución por intervención de un tercero. Esta solución presentaría tres ventajas: evitar toda confusión entre conciliación y arbitraje; simplificar la tarea de las partes al permitirles acudir directamente al arbitraje sin tener que pasar por la fase intermedia e hipotética de la comisión de conciliación; y ahorrarse los esfuerzos de desarrollo progresivo del derecho en relación con una institución sólidamente arraigada en la práctica de los Estados.

29. Por otra parte, los dictámenes de la comisión de conciliación deberían conservar su carácter de recomendación; si los Estados no llegan a una avenencia, se activarán los demás mecanismos de solución. Además, la corrección que ha hecho publicar el Relator Especial para que se inserten las palabras «cuando proceda» después de la palabra «ordenará» en el apartado b del párrafo 1 del artículo 2 va quizás en ese sentido, aunque, para una mayor claridad, se hubiera podido sustituir «ordenará» por «recomendará». En el mismo orden de ideas, el orador desearía que se incluyese al final del artículo 3, dedicado al arbitraje, una fórmula de esta índole: «No obstante, las partes podrán acordar someter su controversia al arbitraje sin recurrir previamente a la conciliación». Esto abriría el camino a un modo de solución más rápido. Tal vez habría que añadir también en este artículo una reserva destinada a precisar que la «decisión» dictada por el tribunal arbitral tendrá fuerza de obligar, aunque ello ya esté sobreentendido.

30. A pesar de todas esas observaciones, el orador está de acuerdo, en general, con las conclusiones del Relator

⁸ Para el texto, véase 2305.^a sesión, párr. 25.

⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento N.º 33 (A/46/33 y Corr.1), anexo.*

Especial, que indiscutiblemente permiten avanzar en el examen del tema.

31. El Sr. THIAM felicita al Relator Especial, no sólo por la calidad de su informe, sino también por su generosidad y coraje. Tras reconocer, al final de la sección E del capítulo I del informe, el fracaso de la comunidad internacional en crear un verdadero sistema legislativo y de solución de las controversias por intervención de un tercero, comparable al sistema de derecho interno, el Relator Especial añade que los internacionalistas no pueden eludir esa responsabilidad recurriendo al anticuado argumento de que los gobiernos no aceptarán obligaciones de solución más adecuadas. La Comisión podría adoptar esta declaración como lema, ya que su cometido es abrir nuevas perspectivas al desarrollo progresivo del derecho internacional. Si se pasa revista a las razones generalmente invocadas contra un régimen de solución obligatoria de las controversias, es posible percatarse de que la primera de ellas es una interpretación restrictiva de la misión de la Comisión, cuya tarea sería codificar el derecho internacional y no desarrollarlo. No está de acuerdo. La Comisión debe al mismo tiempo codificar y desarrollar el derecho. Por otra parte, el hecho mismo de codificar materias que hasta ahora correspondían a la esfera de la costumbre es ya una labor de desarrollo progresivo.

32. Otro argumento que se alega con frecuencia es el temor de que los gobiernos no acepten las obligaciones de fondo que puedan resultar de un sistema de solución de las controversias. Mas ¿no es acaso función de la Comisión mostrarse persuasiva y avanzar sin reparar en obstáculos? Todo el mundo reconoce que las contramedidas son odiosas. Pero no es mediante una tímida codificación que será posible combatirlas. Es preciso que la comunidad internacional sepa afrontar sus responsabilidades. Las contramedidas son peligrosas desde cualquier punto de vista, e incluso con independencia de la relación de fuerza, ya que son contrarias al principio según el cual nadie tiene derecho a tomarse la justicia por su mano.

33. El sistema que proponen los proyectos de artículos¹⁰ está muy bien estructurado, con sus sucesivas fases de conciliación, arbitraje y arreglo judicial. El orador señala, sin embargo, que la práctica de la conciliación no está todavía muy extendida en África, donde desde hace mucho tiempo se viene recurriendo a la solución política de las controversias en el marco de conferencias interestatales. Esto no quiere decir que un sistema organizado de conciliación sea inconcebible, sino que su establecimiento requiere cierta prudencia. Teme, por ejemplo, que las funciones de la comisión de conciliación presenten un carácter excesivamente híbrido al reunir al mismo tiempo aspectos de la conciliación y del arbitraje. Le molesta especialmente que la comisión esté facultada para ordenar la suspensión de toda contramedida a la que cualquiera de las partes haya recurrido. En su opinión, la comisión de conciliación debería limitarse a formular recomendaciones.

34. ¿Por qué también esperar a que se hayan adoptado contramedidas para activar la aplicación del procedimiento de conciliación? Ese modo de ver le parece de-

masiado restrictivo y, a su juicio, el procedimiento debería poder promoverse desde el momento en que existe un hecho ilícito que ha dado lugar a una controversia.

35. No alcanza a comprender tampoco por qué las tres fases de la solución deben ser necesariamente sucesivas. Las partes deberían ser libres de elegir el modo de solución que juzguen conveniente. Por último, las disposiciones del artículo 6 sobre la posibilidad de recurrir a la CIJ en caso de abuso de poder del tribunal arbitral no le parece que aporten nada nuevo.

36. En conclusión, propone que se remita el texto de los artículos al Comité de Redacción, si así lo desea el Relator Especial. Aunque algunos miembros de la Comisión sean de otra opinión, esa etapa forma parte del desarrollo normal de los trabajos de la Comisión. El Comité de Redacción se ocupa a la vez de la forma y del fondo, lo que no quiere decir, por otra parte, que se apruebe el proyecto.

37. El Sr. TOMUSCHAT no desea insistir sobre ciertas ambigüedades del informe ya puestas de relieve por el Sr. Pellet (2305.ª sesión) y el Sr. Mahiou (2306.ª sesión), pero subraya que esas incertidumbres son reales y no resultan únicamente de una lectura superficial.

38. Una cosa es cierta: el alcance del proyecto de artículos debe definirse claramente, y para ello existen tres maneras de proceder, la primera de las cuales sería concebir unos artículos encaminados exclusivamente a la solución de las controversias relativas a las contramedidas. El Relator Especial ha indicado claramente que no es esa su intención, y el orador está de acuerdo con él. Por lo demás, el artículo 12, que versa sobre esta cuestión, está siendo examinado en el Comité de Redacción, lo que hace superfluo el debate en el Pleno sobre ese punto. Sin embargo, es difícil sostener la idea de un régimen único. En la vida internacional se da una multiplicidad de situaciones cada una de las cuales debe ser abordada en función de sus características. Por ejemplo, en caso de conflicto armado, es indudable que los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977 prohíben las contramedidas en muchos campos, aunque no en todos. Análogamente, es inimaginable que, para poder responder mediante represalias a una violación de las normas de la guerra, la parte víctima de esa violación deba respetar primero un procedimiento prolongado de solución de las controversias. Desgraciadamente, la Comisión se encuentra, por decirlo así, cogida en la trampa —que podría llamarse la «trampa Ago»— puesto que ha reconocido que le incumbe redactar un proyecto idéntico para todas las controversias imaginables que puedan surgir entre los Estados. Por eso, el orador, aunque resuelto partidario de instituir un sistema de solución por intervención de un tercero en el caso de las contramedidas, opina que la Comisión no debería vacilar en hacer distinciones según la materia de que se trate. Pregunta, a este respecto, por qué los procedimientos perfeccionados que sobre ese punto establece la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados no han sido nunca, después de tantos años, aplicados. Sea como sea, estima, como muchos otros miembros de la Comisión, que el mecanismo de solución de las controversias en caso de contramedidas debe separarse del sistema general de solución de las controversias en la esfera de la responsabilidad de los

¹⁰ Para el texto, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

Estados. Por lo que respecta a las contramedidas, un sistema especial es particularmente necesario cuando quienes aplican esas medidas son terceros no directamente perjudicados. A pesar de lo que han afirmado varios oradores y sea cual sea el parecer del Relator Especial, el orador opina que debe distinguirse entre los Estados directamente lesionados y los Estados que actúan, por decirlo así, en calidad de agentes de la comunidad internacional. Es lo que Georges Scelle denominaba el «desdoblamiento funcional», al referirse a los supuestos en que un Estado adopta una medida —que, por lo tanto, constituye un acto de soberanía nacional— pero, en realidad, ese Estado actúa con miras a que prevalezcan los intereses de la comunidad internacional. Se trata de una distinción importante, de la que deberían derivarse algunas consecuencias en la esfera de los mecanismos procesales.

39. La segunda manera de delimitar el alcance del proyecto de artículos sería limitar el sistema de solución a las controversias relativas a la interpretación y aplicación del futuro instrumento, conforme al modelo habitual de las cláusulas convencionales de solución de las controversias, que estrictamente sólo se aplican a las controversias que caen dentro del marco del tratado considerado. No obstante, cabe poner en duda que esta solución sea viable o recomendable. En efecto: aun suponiendo que de los trabajos de la Comisión resulte finalmente un tratado sobre la responsabilidad de los Estados, dicho tratado establecerá normas secundarias y constituirá en cierto modo la parte general del derecho de la responsabilidad de los Estados. Siendo así, ¿es posible, u oportuno, distinguir entre la cuestión general de la responsabilidad de los Estados y el problema de las normas primarias de que se trata, cuya violación da lugar a esa responsabilidad? Ello es dudoso, ya que muchas cuestiones a que se refiere el proyecto de artículos están íntimamente relacionadas con las normas primarias, por ejemplo, la diferencia entre obligación de resultado y obligación de medios. El artículo 19 de la primera parte del proyecto¹¹, relativo a los crímenes internacionales, es otro caso en que las normas denominadas secundarias rebasan la frontera artificial entre las normas primarias y secundarias, lo que hace necesario un examen detenido de la norma de fondo que habría sido violada por el presunto Estado culpable en perjuicio del presunto Estado víctima. Hay que deducir de ello que un sistema de solución limitado a las controversias relativas a la interpretación y la aplicación de la futura convención no tendría mucho sentido; a este respecto, la conclusión del orador difiere de la opinión expuesta por el Sr. Yankov.

40. Queda, pues, un tercer medio de delimitar el alcance del proyecto de artículos, que parece ser el preconizado por el Relator Especial, y que consistiría en prescribir un sistema obligatorio de solución de las controversias respecto de toda violación de una obligación internacional sea cual sea su objeto, de conformidad con lo que podría llamarse la «doctrina Ago», enunciada en el artículo 1 de la primera parte, según la cual no se tiene en cuenta la importancia sustantiva de la norma considerada. El Sr.

Pellet dijo (2305.ª sesión) que la realización de tal designio significaría una revolución del derecho internacional. El Relator Especial, a juzgar por su respuesta, no ha apreciado ese calificativo; pero no por ello es menos cierta la veracidad de la observación del Sr. Pellet, si éste no entendía por ello un derrocamiento del derecho internacional sino un gran paso adelante hacia la concretización del concepto de comunidad internacional. Hasta ahora, efectivamente, los Estados han defendido siempre su derecho a elegir el modo de solución de las controversias que mejor se acomoda a sus necesidades. Pero la aplicación de ese principio, aunque enunciado en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, reiterado en la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales¹², y considerado todavía como una de las piedras angulares del orden jurídico internacional, lleva aparejados graves inconvenientes, aunque sólo sea porque los Estados poderosos dan preferencia invariablemente a las negociaciones en las que, de hecho, gozan de una posición privilegiada. Es preciso, pues, mejorar el sistema. Pero cabe preguntarse si es posible por eso establecer un mecanismo rígido de solución aplicable a toda controversia internacional, sean cuales fueren su naturaleza, su importancia para el país de que se trate o sus repercusiones a largo plazo. Actualmente, la materia de que se trata tiene una gran importancia. Por ejemplo, los Estados generalmente están más dispuestos a aceptar un modo obligatorio de solución de las controversias cuando se trata de cuestiones de carácter técnico, y aun en ese caso examinan cuidadosamente, antes de someterse a un modo de solución por intervención de un tercero, cuáles serán sus posibles consecuencias para sus intereses. Esto explica que la situación concreta de la solución de las controversias sea muy diversa y entrañe una multitud de fórmulas. ¿Puede sustituirse esa arquitectura complicada por un modelo uniforme? ¿Hay que excluir la negociación o reducirla invariablemente a la primera fase de un proceso que, en todos los casos, podría llevar ante la CIJ? No hay nada cierto a este respecto, y el orador opina que la Comisión debe reflexionar más a fondo antes de decidirse. Si se decide a proceder a una revolución jurídica, la Comisión deberá, en contra de lo que ocurre en caso de revolución, sopesar cuidadosamente el pro y el contra y determinar si sus propuestas son factibles y viables. Dicho sea de paso, también deberá interesarse por la cuestión del costo. La negociación suele ser el procedimiento menos costoso, mientras que cualquier otra fórmula puede dar lugar a gastos que quizás sean insoportables para los países en desarrollo. Para terminar, el Sr. Tomuschat subraya que, tratándose de una cuestión de principio, sólo un debate en el Pleno puede indicar a la Comisión qué camino seguir.

41. El Sr. SZEKELY recuerda las reiteradas advertencias formuladas en el curso de los recientes trabajos sobre la responsabilidad de los Estados por algunos miembros de la Comisión, en el sentido de que el proyecto de articulado no debe alentar la práctica de las contramedidas. Sólo ese elemento de equilibrio ha permitido superar las divergencias entre los miembros de la Comisión que dudan en incluir las contramedidas en el proyecto y los que, por el contrario, no se oponen a ello. El excelente quinto informe del Relator Especial contiene propues-

¹¹ Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

¹² Resolución 37/10 de la Asamblea General, anexo.

tas de desarrollo progresivo del derecho que pueden conducir a un avance en los trabajos, pero existe el riesgo de que se rompa el equilibrio antes mencionado de resultados del vínculo estrecho que se establece en el informe entre las contramedidas y la solución de las controversias. Según parece desprenderse del informe, el Estado víctima de un acto internacionalmente ilícito sólo podrá recurrir a los procedimientos establecidos si adopta contramedidas, lo que da la impresión de que son las contramedidas las que suscitan la controversia, cuando, en realidad, sólo son el resultado del hecho ilícito original. Así pues, aunque aprueba el sistema de obligaciones sucesivas encaminadas a la cesación del hecho ilícito y la reparación, sería deseable, en su opinión, permitir el recurso a los procedimientos establecidos en el proyecto independientemente de que se hayan tomado o no contramedidas. Para ello, habría que modificar el artículo 1¹³. Más aún, el orador cree descubrir, si se compara el quinto informe con el cuarto¹⁴, una importante contradicción, ya que en el cuarto informe se alentaba a los Estados a que se abstuvieran de recurrir a las contramedidas sin antes haber agotado los medios de solución.

42. Opina también, basándose en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que habría que suprimir en el artículo 12 la cláusula relativa al agotamiento de los procedimientos de solución.

43. Por consiguiente, el sistema propuesto debería comprender varias etapas o fases sucesivas: en primer lugar, el Estado víctima debería exigir la cesación del hecho de que se tratase. De no recibir respuesta del Estado autor del acto ilícito, se iniciaría una segunda fase durante la cual el Estado víctima debería agotar de buena fe todas las posibilidades para que el Estado autor del acto ilícito aceptase participar en procedimientos de solución amistosa. De no tener éxito, el Estado víctima abordaría la tercera fase ejerciendo su derecho de acudir a una comisión de conciliación y, después, a los otros medios establecidos en los artículos 3 a 5 de la tercera parte del proyecto. El problema es determinar dónde quedan en este sistema las contramedidas. Si la primera fase tiene éxito, es decir, si hay cesación del hecho ilícito y reparación al Estado víctima, no parece ciertamente que haya mucho lugar para tales medidas. Tampoco parece haberlo si el Estado lesionado consigue obtener la aplicación de buena fe de un procedimiento de solución amistosa. Durante esas dos etapas el Estado lesionado debe tener solamente derecho a adoptar medidas cautelares, incluidas contramedidas provisionales, con el único objeto de proteger sus intereses y alentar al Estado autor del hecho ilícito a que pase por la primera o la segunda etapa. Desde el momento en que el Estado lesionado consigue lo que quería, debe suspenderse toda contramedida.

44. Si todo falla, es preciso que el Estado víctima pase a la tercera etapa, que sólo tiene sentido si se conservan la estructura fundamental del edificio propuesto por el Relator Especial y los pilares en que aquélla descansa. Si, en efecto, la Comisión procediera a un mero ejercicio de codificación, sin desarrollo progresivo del derecho, su contribución no sería suficiente para hacer frente al desa-

lfo que representa la creación de un mecanismo eficaz que permita poner orden en las relaciones internacionales.

45. En consecuencia, si todo falla es imprescindible que el Estado lesionado pueda recurrir a una comisión de conciliación y que el Estado autor acepte ese procedimiento. Si esa comisión no tiene las facultades propuestas por el Relator Especial para obtener la cesación del acto ilícito y ordenar medidas cautelares, el Estado lesionado no se verá incitado a buscar ese tipo de solución.

46. Si, además de la comisión de conciliación, hay que llegar, como propone el Relator Especial, al arbitraje y después al arreglo judicial, las propuestas formuladas en el informe contienen un conjunto de elementos suficientes para inducir al Estado culpable a cesar en el hecho ilícito y prestar reparación, lo que constituye un estímulo a la solución pacífica de las controversias y no puede por menos que reforzar la primacía del derecho en las relaciones internacionales.

47. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión que han hecho uso de la palabra sobre el tema, estén o no a favor de sus propuestas. Huelga decir que las propuestas de un relator especial tienen siempre carácter provisional y están expuestas a la crítica pero, en general, la impresión es favorable. Antes de salir de Roma con su proyecto, el Relator Especial lo discutió con jóvenes juristas, algunos de los cuales se mostraron bastante pesimistas en cuanto a la acogida que iba a reservarse a sus propuestas. Si, a pesar de todo, se ha decidido a presentarlas, ha sido primeramente con la esperanza de que obtuvieran por lo menos el apoyo de algunos miembros, pero también porque, aun en el caso de que el proyecto resultara en una condena absoluta e inapelable, siempre quedaría un mensaje para transmitirlo a las generaciones futuras de juristas internacionales que abordarán la cuestión en condiciones más favorables que las actuales, aun cuando éstas son mejores que las que prevalecían hace sólo diez años o incluso menos.

48. El Relator Especial expresa su reconocimiento a los Sres. Bennouna, Calero Rodrigues, Fomba, Güney, Kabatsi, Mahiou, Pambou-Tchivounda, Razafindralambo, Szekely, Thiam, Tomuschat y Yankov por el interés positivo que han manifestado por el tema, incluso si sus reacciones no han sido unánimemente favorables al informe.

49. Lamenta tener que excluir de esa expresión general de gratitud a uno de los miembros de la Comisión, que fue el primero en hacer uso de la palabra, por la razón muy sencilla de que éste ciertamente no ha leído el informe sino muy parcialmente o muy superficialmente. Es posible a este respecto que haya surgido un malentendido a causa del documento que el Relator Especial hizo distribuir el 14 de junio. Ese breve documento no constituye una corrección al informe, ni tampoco una adición, sino que se trata de citas literales del informe que muestran que en éste se dice a la letra que las medidas propuestas por el Relator Especial están destinadas a aplicarse después de que se haya adoptado una contramedida y de que haya surgido una controversia en relación con esa contramedida. Lo mismo cabe decir en lo que concierne a la función de la comisión de conciliación: en

¹³ Para el texto, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

¹⁴ *Anuario...* 1992, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3.

ninguna parte se discute que el resultado de su misión tiene estrictamente carácter de recomendación, de mediación, de conciliación, con la única salvedad de que también debe poder ordenar la cesación de las contramedidas que haya adoptado una de las partes contra la otra o decretar medidas cautelares y/o investigaciones, también *in loco*.

50. El Relator Especial desea también, con carácter provisional asimismo, hacer algunas puntualizaciones en respuesta al Sr. Tomuschat, quien ha planteado tres cuestiones que merecen ser examinadas. En primer lugar, ¿cómo explicar que las disposiciones relativas a la solución de las controversias que figuran en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados no hayan sido utilizadas hasta ahora? La observación es exacta, y ese hecho ha sido señalado por un investigador francés que ha enviado al Relator Especial un artículo sobre la solución de las controversias y la política de la Comisión en este campo que el Relator Especial ha citado dos o tres veces en su informe. Ahora bien: como han destacado, entre otros, el Sr. Bennouna y el Sr. Calero Rodrigues, la idea fundamental en el presente contexto es instaurar un equilibrio entre el hecho de autorizar las contramedidas, por una parte, y la consecuencia que se deriva de este hecho, a saber, la necesidad de establecer alguna forma de medida correctiva de esas contramedidas unilaterales, por otra. Esta es la idea básica, aun cuando el Relator Especial ha tenido que completarla con algunos detalles para no ser superficial, pero cabe dejar los detalles al Comité de Redacción si se acuerda la remisión a éste de los artículos. Ahora bien, si se parte de esa idea, el Relator Especial no tiene la impresión de que la situación sea la misma en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y en la convención sobre la que trabaja la Comisión, en el supuesto, como ha dicho el Sr. Tomuschat, de que algún día haya una convención sobre la responsabilidad de los Estados. A este respecto, el Relator Especial tiene confianza: el día llegará en que haya una convención o un tratado sobre la responsabilidad de los Estados, incluso si, cuando se adopte, él ya no es de este mundo, e incluso preferiría no ser ya de este mundo cuando se adopte la convención, pero que sea una buena convención, antes que ver en vida una convención que no tenga mucho sentido desde el punto de vista del desarrollo progresivo del derecho internacional.

51. En lo que concierne al «desdoblamiento funcional», mencionado también por el Sr. Tomuschat, el Relator Especial no es partidario de ese concepto, aunque de buen grado lo discutirá con el Sr. Tomuschat, por ejemplo, con ocasión de una mesa redonda del Seminario sobre el derecho internacional.

52. Con respecto a la negociación, el Sr. Tomuschat ha señalado que, si bien en el informe se estudian la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial, no se hace en él ninguna referencia a la negociación. Pero el hábil jurista que es el Sr. Tomuschat sabe muy bien que la negociación precederá sin duda al recurso mismo a la comisión de conciliación y que proseguirá durante todo el procedimiento de la conciliación, dado que el cometido principal de la comisión es servir de intermediario entre las partes y tratar de conducir las a una avenencia, lo cual claramente constituye una negociación; y que la negociación continuará aun en caso de que la conciliación fracase,

puesto que siempre habrá la posibilidad de que las partes lleguen a una avenencia sobre la base de las recomendaciones de la comisión, incluso después de la creación del tribunal arbitral y durante el procedimiento de arbitraje, sin perjuicio de que esa avenencia sea confirmada en el laudo arbitral.

53. En cuanto a la revolución, el Sr. Calero Rodrigues ha afirmado amablemente que el proyecto no tiene en realidad nada de revolucionario. Por el contrario, el Sr. Tomuschat, aunque está de acuerdo en que no se trata de una perturbación, como dijo un orador cuyo punto de vista, tal como fue expresado en su intervención, no aprueba el Relator Especial, considera sin embargo que se trata de tal paso adelante que en la práctica lleva consigo un cambio. Ahora bien, el Relator Especial insiste en que sus propuestas no introducen en absoluto ningún cambio en la estructura del sistema interestatal. Los Estados seguirán siendo los «creadores» del derecho internacional y son ellos quienes, individualmente, decidirán ante todo si ha habido hecho ilícito. Los únicos sistemas aplicables de solución por intervención de un tercero serán la conciliación, con resultado no obligatorio (salvo para cuestiones de procedimiento), el arbitraje (que existe desde hace siglos) y el arreglo judicial (que no es ninguna novedad, puesto que ya existe la CIJ desde hace unos 75 años).

54. Ciertamente, como ha señalado el Sr. Tomuschat, en determinados sectores, sobre todo técnicos, existen obligaciones más amplias de solución de las controversias. Pero, además de esos sectores técnicos, existen esferas que no son técnicas y a las que se refieren múltiples resoluciones de la Asamblea General, incluida la Declaración de Manila¹⁵, que todas sin excepción entrañan obligaciones generales conducentes a la búsqueda de una avenencia en caso de controversia. Esta es la cuestión fundamental y la razón por la cual el Relator Especial ha afirmado la necesidad de interesarse por las cláusulas compromisorias como posible vía de progreso, especialmente en la convención sobre la responsabilidad de los Estados que cabe esperar que se celebre, a fin de superar la etapa de las resoluciones, declaraciones, tratados —generales, bilaterales o multilaterales— y otros acuerdos de arbitraje o arreglo judicial cuyos límites demuestran los hechos. El Relator Especial estima que era oportuno exponer esas pocas reflexiones y subraya nuevamente la necesidad de no confundirse respecto al documento distribuido el 14 de junio, que no es una corrección, sino que se limita a aclarar su propósito; quienquiera que no tenga esto en cuenta, no puede pretender haber leído su informe.

55. El Sr. GÜNEY señala que, al responder al Sr. Tomuschat, el Relator Especial ha intentado convencer a los miembros de la Comisión de que, como la negociación forma parte integrante del procedimiento de conciliación que preconiza, no ha lugar a incluirla en el proyecto como medio independiente de solución de las controversias. Sin embargo, la negociación desempeña un papel preponderante, sea cual sea el sistema previsto, como recuerda el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que la menciona como primer medio de solución de las controversias. Si las partes no han agotado el me-

¹⁵ Véase nota 12 *supra*.

dio más eficaz, es decir, la negociación de buena fe, ¿qué posibilidades hay de que decidan o acepten pasar a otros medios de solución de las controversias?

Organización de los trabajos del período de sesiones (*conclusión**)

[Tema 1 del programa]

56. El PRESIDENTE señala que, de conformidad con los principios aprobados en el 44.º período de sesiones, la composición del Comité de Redacción varía según los temas. Por lo que respecta a la labor sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, los Sres. Güney, Sreenivasa Rao, Razafindralambo y Tomuschat han sido designados para sustituir a los miembros salientes. En consecuencia, la composición del Comité de Redacción es la siguiente: Sr. Al-Baharna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Eiriksson, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekeli, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin y Sr. Villagrán Kramer.

57. Participarán en las sesiones del Comité el Sr. Julio Barboza, en calidad de Relator Especial, y el Sr. de Saram, en calidad de Relator de la Comisión.

58. El Sr. EIRIKSSON anuncia además que debe incluirse al Sr. Yamada en la lista de los miembros del Grupo de Planificación.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

* Reanudación de los trabajos de la 2298.ª sesión.

2309.ª SESIÓN

Viernes 18 de junio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados (*continuación*) [A/CN.4/446, secc. C, A/CN.4/453 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/L.480 y Add.1, ILC(XLV)/Conf. Room Doc.1]

[Tema 2 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. YAMADA dice que el quinto informe (A/CN.4/453 y Add.1 a 3), si bien podía pensarse que estaría dedicado a los procedimientos de solución de las controversias de carácter general, versaba primordialmente, en cambio, sobre los procedimientos de solución de las controversias relativas al régimen de las contramedidas y sobre los procedimientos de solución de las controversias relativas a los «crímenes» de los Estados a tenor del artículo 19 de la primera parte². En lo que concierne a estos últimos, sin embargo, no se ha presentado el texto de los artículos correspondientes, por lo que se reservará hasta más adelante sus observaciones al respecto. Desearía, con todo, pedir que se aclare o, tal vez, modifique la expresión «los delitos internacionales tipificados como crímenes de los Estados», que figura en el título del capítulo II del quinto informe³, puesto que la Comisión ya ha decidido distinguir entre «crímenes» y «delitos» en la primera parte del proyecto.

2. El Relator Especial dedica una parte importante de su meditado informe a defender la importancia de prever en el marco de la responsabilidad de los Estados en general unos procedimientos eficaces de solución de las controversias y se centra, en especial, en la necesidad de velar por que las reacciones y medidas unilaterales de los Estados sean debidamente coartadas. Pese a tan laudables intenciones, el informe no consigue necesariamente presentar un argumento convincente en favor de los procedimientos propuestos. El Relator Especial intenta, al parecer, establecer dos restricciones paralelas para coartar, en virtud del derecho internacional, las reacciones unilaterales: mediante la definición de un régimen jurídico, si el Estado lesionado recurre a contramedidas (artículos 11 a 14 de la segunda parte⁴), y mediante el enunciado de la obligación del Estado lesionado de agotar todos los procedimientos eficaces de solución de las controversias antes de recurrir a las contramedidas.

3. Sin duda es deseable crear procedimientos eficaces de solución de las controversias, en particular procedimientos obligatorios, como una de las medidas destinadas a coartar las reacciones unilaterales frente a los hechos ilícitos. Desde este punto de vista, considera muy útil que el Relator Especial dedique una gran parte de su informe a exponer por qué esos procedimientos son importantes. Además, como el propio Relator Especial ha

¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

² Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

³ Título original del capítulo II tal como figura en el documento A/CN.4/453 (mimeografiado) y que fue posteriormente modificado.

⁴ Para el texto de los proyectos de artículos 5 bis y 11 a 14 de la segunda parte remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), notas 86, 56, 61, 67 y 69, respectivamente.

reiterado, es apropiado que, con ocasión del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional⁵, la Comisión fomente los procedimientos de solución de las controversias por intervención de un tercero.

4. No obstante, el problema fundamental que plantea el informe es la estructura general de esos procedimientos. Primeramente, el sentido del quinto informe no está suficientemente claro, especialmente en lo que concierne a si los procedimientos propuestos se refieren a la responsabilidad de los Estados en general o sólo a las contramedidas. Esa ambigüedad ha suscitado críticas que ahora se consideran basadas en una mala comprensión de las intenciones del Relator Especial, pues éste señala en el documento que hizo distribuir entre los miembros de la Comisión el 14 de junio de 1993 que los procedimientos previstos de solución por intervención de un tercero están destinados a abarcar, no sólo la interpretación o aplicación de los artículos sobre las contramedidas, sino también la interpretación o aplicación de cualquier disposición de la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados. Si el quinto informe se hubiera redactado con claridad en lo que concierne a este punto, no se habrían planteado cuestiones acerca de la aplicabilidad de los procedimientos propuestos a la responsabilidad de los Estados. Tal vez el hecho de que sólo un tercio del informe se refiera a las cuestiones de fondo relativas a los procedimientos propuestos sea la causa de esa falta de claridad. Está seguro de que, en la continuación de su labor, el Relator Especial expondrá sus argumentos con mayor precisión.

5. Sin embargo, quedan en pie algunas cuestiones, incluso después de leer el documento del 14 de junio. El artículo 1 propuesto para la tercera parte⁶ del proyecto parece dar a entender que el procedimiento descrito en el anexo sólo se activará después de haberse agotado los procedimientos de solución amistosa a que se refiere el artículo 12 de la segunda parte. Si esa interpretación es correcta, parecería que los procedimientos previstos de solución por intervención de un tercero sólo abarcarán la interpretación o aplicación de los artículos relativos a las contramedidas. Si el punto de partida ha de ser dicho documento, el Comité de Redacción deberá modificar el artículo 1 para ponerlo en consonancia con las verdaderas intenciones del Relator Especial.

6. El planteamiento adoptado por el Relator Especial al subordinar el recurso a las contramedidas al agotamiento de todos los procedimientos disponibles de solución de las controversias por intervención de un tercero es un intento de imponer a los Estados lesionados condiciones ajenas al régimen de las contramedidas. Tal planteamiento daría lugar a una nueva obligación que limitaría el recurso a las contramedidas por los Estados lesionados, creando así nuevas normas primarias. Cabe dudar que los Estados acepten imponer límites tan estrictos a las contramedidas y el esquema propuesto podría poner en peligro, no sólo el éxito de los procedimientos de solución de las controversias, sino incluso el régimen mismo de las contramedidas.

⁵ Proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/23.

⁶ Para el texto de los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial, véase 2305.^a sesión, párr. 25.

7. En cuanto al sistema propuesto de solución de las controversias en tres fases, la libertad de elección de los medios de solución de las controversias es un principio firmemente arraigado del derecho internacional contemporáneo, que también enuncia la obligación de los Estados de resolver pacíficamente sus controversias. El sistema propuesto en tres fases sería demasiado rígido y menoscabaría esa libertad de elección. El planteamiento restrictivo adoptado por el Relator Especial suscitará probablemente la firme oposición de los Estados. El orador no niega la utilidad de un régimen obligatorio de solución en tres fases jerárquicamente ordenadas. Algunos tipos de controversias pueden ser adecuadas para un procedimiento jerárquico, pero en definitiva se trata de un sistema sumamente novedoso, cuando no revolucionario, como dijo el Sr. Pellet (2305.^a sesión), habida cuenta del estado actual de la sociedad internacional y el derecho internacional. En sí mismo, el sistema va más allá de un desarrollo progresivo del derecho internacional y no es probable que los Estados soberanos lo acepten. En su opinión, se espera de la Comisión que trate de establecer un equilibrio entre el arraigado principio de la libertad de elección de los medios de solución y un mecanismo de solución obligatoria firmemente estructurado.

8. La idea parece ser que cada fase sea obligatoria y siga, con arreglo a un orden estricto, a la precedente. Ese sistema es atractivo puesto que permitiría resolver las controversias de manera imparcial y exclusivamente sobre la base de los hechos y del derecho. Pero la realidad es que la mayoría de las controversias entre Estados no se someten al arreglo judicial y que menos de un tercio de los Estados partes en el Estatuto de la CIJ han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte. Las dificultades del sistema propuesto son: una estructura muy rígida, basada en tres fases sucesivas; las amplias atribuciones de la comisión de conciliación; y el hecho de que la CIJ sea, al menos parcialmente, competente para actuar como tribunal de segunda instancia respecto de los laudos arbitrales.

9. Por lo que respecta a la primera fase del sistema propuesto, la conciliación, el enunciado del artículo 1 podría interpretarse en el sentido de que ese procedimiento sólo es aplicable en el caso de las contramedidas y no en el de la responsabilidad de los Estados en general. Esto apunta claramente a la necesidad de que el Comité de Redacción refunda el texto del artículo para hacerlo aplicable generalmente a las controversias sobre la responsabilidad de los Estados.

10. Por otra parte, el procedimiento de conciliación propuesto es obligatorio cuando se han agotado todos los procedimientos de solución amistosa de la controversia y la comisión de conciliación puede ordenar, con efecto vinculante, la suspensión de las contramedidas o decretar medidas cautelares. Estos aspectos obligatorios o vinculantes del procedimiento no han sido reconocidos todavía en el derecho internacional general. Además, la comisión de conciliación no tendría competencia para resolver con efecto obligatorio la controversia misma en su totalidad, y esa conciliación parcialmente vinculante no parece gozar de amplia aceptación entre los Estados.

11. El artículo 6 de la tercera parte del proyecto establece la sumisión unilateral a la CIJ de toda decisión vi-

ciada por exceso de poder o que se desvíe de los principios del procedimiento arbitral. Parece convertir a la CIJ en una especie de tribunal de segunda instancia. La función de la CIJ como tribunal de segunda instancia figura en algunas convenciones, como el Convenio sobre aviación civil internacional, y una propuesta en ese sentido es absolutamente apropiada como desarrollo progresivo del derecho internacional, pero sería deseable reconocer a la CIJ una competencia en segunda instancia más amplia y no limitada a los supuestos de exceso de poder o defecto de forma.

12. En lo que se refiere a la importancia de la determinación de hechos en el procedimiento de solución de las controversias, la primera cuestión que hay que resolver en una controversia sobre la responsabilidad de los Estados es si el Estado presuntamente autor del hecho lesivo ha cometido realmente o no una violación de una obligación internacional. Menciona a este respecto, a título de ejemplo, el asunto *Dogger Bank*⁷ o el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra. Según el proyecto del Relator Especial, la función de determinación de hechos incumbiría a la comisión de conciliación. Sin embargo, dada la amplitud de las competencias conferidas a la comisión de conciliación, en la propuesta del Relator Especial, algún tipo de comisión de investigación con competencia limitada a la determinación de los hechos sería más aceptable para los Estados y, por lo tanto, más fácil de establecer.

13. El presente informe y el texto de los artículos que en él figuran constituyen una propuesta innovadora y ambiciosa. En su opinión, la Comisión no debe limitarse al ámbito de la codificación, sino tratar de lograr el desarrollo progresivo del derecho internacional por medio de la consolidación del principio de la primacía del derecho, sin perder de vista por ello que, si los resultados de sus trabajos no son aceptados por lo que el Relator Especial llama el «sistema interestatal», los infatigables esfuerzos de la Comisión y el Relator Especial habrán sido en vano. Desgraciadamente, el procedimiento de solución en tres fases que propone el Relator Especial plantea demasiadas dificultades para obtener la aprobación de la gran mayoría de los Estados. Un sistema tan innovador no es el único medio para inducir a los Estados a aceptar un procedimiento obligatorio de solución por intervención de un tercero. El sistema de solución de las controversias sin duda será mejorado, no directamente en relación con la codificación de la responsabilidad de los Estados, sino a través de diversos medios de persuasión, como la diplomacia multilateral o las resoluciones de la Asamblea General. Es esencial, pues, que la Comisión siga esforzándose por afirmar poco a poco la primacía del derecho en la sociedad internacional, aunque a veces parezca que se da un largo rodeo. No se ganó Zamora en una hora.

14. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) expresa la esperanza de que la terminación de los trabajos de la Comisión sobre el tema no lleve tanto tiempo como el que se necesitó para tomar Zamora y se declara dispues-

to a proporcionar la aclaración solicitada por el Sr. Yamada. El término *delicts* (delito) se ha utilizado en el informe por inadvertencia en lugar de *delinquency* (infracción penal). Su intención fue señalar que más adelante se ocuparía de las infracciones penales que en el artículo 19 se denominan crímenes de los Estados. De acuerdo con una arraigada práctica, emplea la expresión «infracción penal» como sinónimo de «hecho internacionalmente ilícito».

15. El Sr. AL-BAHARNA felicita al Relator Especial por un informe que incita a la reflexión y dice que su tesis principal es la de que la inclusión de un sistema idóneo y razonablemente eficaz de solución de las controversias constituiría una ayuda decisiva para reducir al mínimo o eliminar las contramedidas y que la necesidad de reforzar los procedimientos existentes de solución de las controversias en relación con el régimen de las contramedidas fue subrayado por muchos oradores con ocasión del debate de la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI. El informe sostiene asimismo que se han producido cambios perceptibles en las relaciones internacionales con respecto a los procedimientos de solución por intervención de un tercero y, por consiguiente, alienta a la Comisión a que invierta su tendencia a interpretar estrictamente su competencia con respecto a los procedimientos de solución de las controversias y a exagerar la resistencia de los gobiernos a aceptar compromisos más rigurosos en ese campo. ¿Es correcta la tesis del Relator Especial? ¿Cuáles son, de haber alguna, las consecuencias generales del sistema de solución de controversias en materia de responsabilidad de los Estados para las normas de fondo sobre las contramedidas? ¿Cuál es el fundamento empírico de la hipótesis de que el momento es propicio para un régimen más avanzado de solución de las controversias? Todas esas preguntas exigen un análisis imparcial. Por deseables que sean en abstracto, los procedimientos de solución por intervención de un tercero deben ser aceptables para la comunidad internacional de los Estados. No hay que olvidar lo que aconteció con el Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral propuesto por la Comisión en 1958⁸.

16. En cuanto a la tesis del Relator Especial, quizás esté en lo cierto al sostener que el régimen de reacciones unilaterales por el Estado lesionado aventajaría a los países ricos y poderosos en detrimento de los Estados más débiles. Ahora bien: ¿constituye el procedimiento de solución de las controversias por intervención de un tercero un freno al recurso a las contramedidas unilaterales por parte de los Estados más poderosos? Partiendo de la base de que las contramedidas se centran en las cuestiones políticas, ¿servirían de algo los procedimientos de solución por intervención de un tercero? ¿Sigue siendo válida la tesis del Relator Especial si el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito y el Estado que adopta la contramedida son Estados más o menos igualmente poderosos? Es cierto que debe haber un fuerte freno a la aplicación de medidas desproporcionadas y excesivas, pero el procedimiento de solución de controversias no es un medio viable para tal fin. La solución radica más bien en una definición clara y positiva de los límites de las contramedidas. Por consiguiente, la Comisión debería

⁷ Correspondance et documents concernant l'incident de la mer du Nord — affaire Hull — du 23 octobre 1904 au 24 février 1905, en G. F. de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, 2.^a série, vol. XXIII, págs. 641 a 716.

⁸ Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimotercer período de sesiones, Suplemento N.º 9, documento A/3859, párr. 22.

concentrarse en la labor de aclarar las normas de fondo en vez de los mecanismos de solución de las controversias.

17. El tema de la responsabilidad de los Estados abarca en cierto modo todo el ámbito del derecho internacional. Cualquier disposición relativa a la solución de las controversias surgidas en relación con la responsabilidad de los Estados afectará a obligaciones primarias y secundarias, independientemente de su contenido. Por ejemplo, la legalidad del ataque armado y la legítima defensa, la ayuda a insurgentes o contrainsurgentes o los delitos internacionales en relación con actos de retorsión, como un embargo económico, la suspensión de la aplicación de un tratado y otras medidas unilaterales análogas estarían comprendidas en el ámbito del sistema de solución de las controversias. Para que el sistema tenga fuerza vinculante, esas cuestiones, por definición, han de constituir materia justiciable. Tal sería probablemente el efecto no intencionado de las normas relativas a la solución de las controversias incluidas en el articulado sobre la responsabilidad de los Estados. Pero ese resultado es inevitable. El Relator Especial trata de responder a la crítica según la cual las obligaciones de solución de las controversias por intervención de un tercero constituyen una carga intolerable afirmando que el hecho de autorizar una prerrogativa general (o facultad) de recurso a las contramedidas sin un freno adecuado sería aún más intolerable. Con todo, la explicación no es convincente. No es probable que los Estados recurran a procedimientos obligatorios de solución por intervención de un tercero en relación con cuestiones como las que acaba de indicar el orador. Es cierto que la CIJ resolvió en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*⁹ que la siembra de minas frente a los puertos nicaragüenses por parte de los Estados Unidos no constituía un acto de legítima defensa colectiva en derecho internacional consuetudinario y negó asimismo que hubiera habido un ataque armado por parte de Nicaragua que sirviera de justificación a la alegación por los Estados Unidos de la legítima defensa colectiva. Pero ese asunto se refería a la cuestión de la licitud de la intervención de los Estados Unidos después, y no antes, de ocurrir los incidentes. En cualquier caso, es una sentencia única en muchos aspectos que no justifica la conclusión de que los Estados están dispuestos a someter a procedimientos obligatorios de solución por intervención de un tercero cuestiones como las de «ataque armado», «legítima defensa», «retorsión» o «embargo económico». Por eso, la Comisión debería centrar su atención en la aclaración e incluso el desarrollo de las normas de fondo que disciplinan las contramedidas. En resumen, la cuestión requiere una aclaración legislativa y no judicial. La Comisión debe definir las normas y principios por los que se rigen los delitos y crímenes internacionales y las contramedidas correctivas en vez de dejar esa tarea a la solución obligatoria por intervención de un tercero mediante un prolongado y complejo procedimiento de solución en tres fases.

18. El Relator Especial ha citado la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Inter-

nacionales¹⁰ y la Convención de Conciliación y Arbitraje en la CSCE¹¹. Pero esos instrumentos no constituyen una base empírica suficiente para concluir que ha llegado el momento de incluir en el proyecto de artículos procedimientos obligatorios de solución por intervención de un tercero. Las sospechas acerca de la imparcialidad de los mecanismos basados en la intervención de un tercero, propias de la guerra fría, se están desvaneciendo, y cada vez más Estados recurren a la CIJ, pero es prematuro todavía empezar a adoptar procedimientos obligatorios de solución de las controversias. Sólo un tercio, aproximadamente, de los Estados Miembros de las Naciones Unidas han aceptado la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria de la CIJ y un sinnúmero de Estados han formulado reservas con respecto a las cláusulas compromisorias de los tratados multilaterales. Frente a esa realidad incontestable no puede sostenerse que los tiempos están maduros para adoptar un planteamiento más audaz en relación con los procedimientos obligatorios de solución por intervención de un tercero. Lo que la Comisión debe aportar no son lo que el Relator Especial ha llamado «soluciones teóricamente ideales» sino soluciones prácticas y realistas.

19. Por lo que se refiere al sistema propuesto de solución en tres fases¹², el Relator Especial propone en el artículo 1, con respecto al procedimiento de conciliación, que cualquiera de las partes pueda, en determinados supuestos, compeler unilateralmente a la otra a someterse a un procedimiento de conciliación. Por consiguiente, la comisión de conciliación se constituirá a instancia de cualquiera de las partes, de conformidad con las disposiciones del anexo, lo que significa que la comisión de conciliación se constituye en virtud de un acto unilateral. La objeción fundamental del orador se refiere al aspecto obligatorio del procedimiento. La comisión de conciliación puede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2, ordenar medidas cautelares «con efecto vinculante»; el orador se opone a que se atribuya a la comisión de conciliación la función de decretar tales medidas. La naturaleza obligatoria del procedimiento y sus funciones puede resultar contraproducente. En cualquier caso, es algo contradictorio con el concepto de conciliación tal como se entiende normalmente. Por otra parte, si el informe o dictamen definitivo que la comisión de conciliación ha de someter a las partes tiene mero valor recomendatorio, como se establece en el párrafo 2 del artículo 2, es evidente que el proceso de conciliación debería ser voluntario.

20. Por otra parte, aunque el dictamen de la comisión de conciliación tiene carácter recomendatorio, el Relator Especial le incorpora un elemento obligatorio al afirmar que los Estados pueden acudir al arbitraje obligatorio cuando no se llega a una solución después de la presentación del informe. Es dudoso que los Estados acepten que sus candidatos a la comisión de conciliación sean nombrados por sorteo, según lo dispuesto en el artículo 1 del anexo, o que consientan en someterse a procedimientos de conciliación tan complicados. Conviene con el Sr.

¹⁰ Resolución 37/10 de la Asamblea General, anexo.

¹¹ Aprobada por el Consejo de la CSCE en Estocolmo, en diciembre de 1992 (véase documento CSCE/3-C/Dec.1 de 14 de diciembre de 1992).

¹² Véase 2305.ª sesión, párr. 25.

⁹ C.I.J. Recueil 1986, pág. 14.

Bennouna y otros oradores en que las propuestas del Sr. Riphagen, anterior Relator Especial del tema, sobre el procedimiento de conciliación son menos complicadas. Se limitan a confiar al Secretario General el cometido de constituir la comisión de conciliación y, a diferencia de los presentes artículos, el procedimiento de conciliación del Sr. Riphagen¹³ no era obligatorio para las partes. El procedimiento de arbitraje descrito en los artículos 3 y 4 adolece de los mismos defectos que la conciliación: su aspecto obligatorio. La cuestión se complica aún más por el hecho de que las funciones del tribunal arbitral están vinculadas a las de la comisión de conciliación.

21. Los inconvenientes de los artículos y el anexo propuestos son que los Estados partes en una controversia, si recurrieran al sistema en tres fases, necesitarían como mínimo tres años para agotar los procedimientos de solución. Mientras tanto, las contramedidas impuestas por el Estado presuntamente lesionado habrían podido ocasionar un daño inmenso a la economía del Estado acusado de un acto lesivo; si los recursos económicos de ese Estado fueran escasos, los resultados podrían ser catastróficos. Otro inconveniente del proceso en tres fases es el costo exorbitante que han de sufragar los Estados partes en la controversia. El Sr. Fomba (2305.ª sesión) se ha referido incluso a un fondo especial para ayudar económicamente a los Estados más pobres a costear esos gastos.

22. Algunos miembros de la Comisión han sugerido que se reduzca de tres a dos el número de fases de este complicado sistema, esto es, la conciliación y el arreglo judicial, prescindiendo del arbitraje, pero esta solución no es satisfactoria ya que no acortaría los prolongados procedimientos de conciliación propuestos en el proyecto ni reduciría los gastos que esos procedimientos entrañan.

23. En el informe se afirma que el arreglo judicial por la CIJ sólo debería tomarse en consideración en última instancia; sin embargo, todo Estado puede promover unilateralmente un proceso ante la Corte. De esa manera, la jurisdicción por consenso se hace obligatoria con respecto a diversas cuestiones, algunas de las cuales quizás no constituyan siquiera cuestiones jurídicas. Ese planteamiento equivale a una revisión radical del sistema del arreglo judicial vigente en el ámbito internacional, en especial el de la CIJ.

24. Las propuestas sobre los procedimientos de solución de las controversias son contrarias a la letra y el espíritu del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que confiere a los Estados Miembros la libertad de elección de los medios de solución de controversias. Numerosos tratados, tanto bilaterales como multilaterales, prescriben modos de solución de las controversias. El sistema descrito por el Relator Especial podría afectar al régimen establecido en esos tratados y podría plantearse el problema de tener que conciliar tratados preexistentes con los artículos del proyecto relativos al arreglo judicial.

25. Para elaborar un sistema obligatorio de solución de las controversias por intervención de un tercero más sen-

cillo que el propuesto en estos artículos y su anexo, el Relator Especial debería buscar inspiración en el Protocolo de firma facultativo sobre la jurisdicción obligatoria en la solución de controversias, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1958. Puede también alcanzarse el mismo objetivo confiriendo jurisdicción obligatoria a la CIJ con respecto a los artículos relativos a las contramedidas y la responsabilidad de los Estados.

26. Cabría adoptar varias disposiciones en materia de contramedidas. Cuando se suscitara una controversia en relación con un hecho internacionalmente ilícito supuestamente cometido por un Estado, el Estado presuntamente lesionado debería ponerse en comunicación con ese Estado a los efectos de celebrar negociaciones para la solución de la controversia. La solución debería buscarse por medios pacíficos de conformidad con los procedimientos mencionados en el párrafo 1 del Artículo 33 de la Carta. De no llegarse a una solución por tales medios en un plazo de seis a ocho meses contados desde la fecha de incoación de esos procedimientos, cualquiera de las partes en la controversia debería poder acudir, mediante solicitud unilateral, a la CIJ. Cualquiera de las partes podría pedir asimismo a la Corte que decretara medidas cautelares o provisionales. Debería concederse a las partes un plazo de dos meses, a partir del vencimiento del plazo de seis a ocho meses, para someter la controversia a la CIJ.

27. Durante el plazo de seis a ocho meses previsto para la solución amistosa de la controversia debería estar prohibido que el Estado presuntamente lesionado adoptase contramedidas. Dicho Estado, sin embargo, podría decidir aplicar contramedidas en cualquier momento después del vencimiento de ese plazo, con tal que tales contramedidas no se adoptasen antes de que la CIJ conociera efectivamente del litigio. Si se aplicaran contramedidas, el Estado presuntamente autor del hecho lesivo podría impugnarlas mediante solicitud unilateral a la Corte y podría pedir a ésta una resolución judicial sobre medidas provisionales de protección contra las contramedidas.

28. Se podría dar a los dos Estados la posibilidad de elegir entre el recurso al arbitraje obligatorio o el recurso a la CIJ, especialmente en los casos en que el Estado presuntamente lesionado hubiere adoptado ilícitamente una contramedida antes de someter la controversia a la Corte, con tal que el sistema de arbitraje se organizara de forma mucho menos engorrosa que el propuesto en los artículos. En tales casos, el sistema sería dual y se podría optar entre el arbitraje o el arreglo judicial por la CIJ, con una decisión vinculante en ambos supuestos. El sistema seguiría permitiendo que cualquiera de las partes acudiera a la Corte en relación con la aplicación del laudo del tribunal arbitral y el Presidente de la Corte podría desempeñar una función en el nombramiento de los miembros de ese tribunal. Por último, la Comisión podría limitar las disposiciones a las contramedidas calificadas de lícitas, y ello simplemente mediante la aprobación del artículo 13, sobre proporcionalidad, y el artículo 14, sobre contramedidas prohibidas. Ambos artículos han sido remitidos al Comité de Redacción.

29. Los elementos que ha expuesto en sus líneas generales constituyen un procedimiento mucho más fácil, ba-

¹³ Véase el anexo de la tercera parte del proyecto de artículos en *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 37, nota 86.

rato y rápido, que no infringe ninguna norma tradicional o consuetudinaria de derecho internacional. También sería más aceptable tanto para el Estado autor del hecho lesivo como para el Estado presuntamente lesionado. Sienta unas bases neutrales para la solución imparcial de las controversias surgidas en relación con las contramedidas y evita introducir para esa solución un sistema de conciliación como procedimiento vinculante. Si se recurre en absoluto a la conciliación, ello será en el contexto del párrafo 1 del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, como es apropiado.

30. Al igual que el Sr. Vereshchetin (2307.^a sesión), lamenta que el Relator Especial no haya juzgado oportuno examinar la cuestión en relación con las consecuencias de las infracciones penales calificadas de crímenes de los Estados en el artículo 19 de la primera parte del proyecto¹⁴. Esa cuestión, juntamente con las contramedidas y el sistema de solución de las controversias, constituyen un todo orgánico, y toda la documentación pertinente debe someterse a la consideración del Comité de Redacción.

31. El Sr. KOROMA dice que el tema de la responsabilidad de los Estados es uno de los temas centrales del derecho internacional ya que abarca todos los aspectos de la actividad estatal. Hace ya más de 40 años que fue considerado idóneo para su codificación por la Comisión y, dada la importancia del tema, el período de gestación ha sido comprensiblemente largo. La violación de las obligaciones internacionales constituye la faceta principal del tema y, por lo tanto, el quinto informe del Relator Especial trata de la manera de resolver pacíficamente las demandas de reparación por tales violaciones. Ya en la Edad Media, los tratados enunciaban los deberes y los procedimientos específicos que había que seguir en caso de violación. En tiempos más modernos, la prohibición de las represalias privadas y el desarrollo de normas que restringen el recurso a las medidas violentas de autotutela han contribuido a la formación de un concepto de la responsabilidad internacional basado en la primacía del derecho. El Relator Especial, pues, no propone una revolución, sino un renacimiento.

32. Los objetivos fundamentales perseguidos en el sistema propuesto por el Relator Especial son reducir al mínimo la adopción de medidas unilaterales de consecuencias dañosas, impedir la violación de las obligaciones internacionales, servir de factor de disuasión de violaciones futuras y proveer a la reparación del comportamiento ilícito. El Relator Especial propone un sistema de solución de las controversias en tres fases, que comprende la conciliación obligatoria, el arbitraje y el arreglo judicial. Las razones que aduce para adoptar un sistema de solución por un tercero imparcial, así como las imaginativas propuestas que formula a este respecto, son convincentes e irresistibles. Para que el régimen de la responsabilidad de los Estados sea eficaz es indispensable un mecanismo idóneo de solución de las controversias que no sólo proteja contra las medidas unilaterales, sino que proporcione también al Estado presuntamente lesionado la ocasión de comprobar el fundamento de su pretensión antes de adoptar contramedidas.

33. La inclusión del régimen de las contramedidas en el proyecto ha sido deplorada por muchos miembros de la Comisión por considerarlo como algo un tanto retrógrado, en especial si puede utilizarse para legitimar las medidas de autotutela y la desigualdad entre los Estados. Sin embargo, tal inclusión se ha estimado indispensable para que el texto resulte aceptable para toda la comunidad internacional e impedir que el recurso a las contramedidas sea automático siempre que se pretenda que ha habido violación de una obligación. Es comprensible, por tanto, que las propuestas sobre solución de las controversias presentadas por el Relator Especial hayan obtenido un apoyo casi unánime. Si las aprueba, la Comisión no estará abriendo nuevos caminos sino solamente adaptándose a las tendencias actuales de los tratados bilaterales y multilaterales. Se ha objetado que algunas de las propuestas llegan demasiado lejos, rebasan el mandato de la Comisión y significan que todo Estado que acepte el proyecto de artículos aceptará al mismo tiempo la conciliación obligatoria, el arbitraje y el arreglo judicial, lo que va en contra del principio de la libertad de elección de los medios.

34. El orador considera que las propuestas están en consonancia con las recomendaciones formuladas por ciertos miembros de la Sexta Comisión de que se amplíen los procedimientos de solución de las controversias para incluir planteamientos innovadores. Al establecer que las recomendaciones de la comisión de conciliación serán vinculantes, las propuestas del Relator Especial abren un nuevo camino, pero no faltan precedentes. Modernamente, la conciliación ha sido utilizada con éxito en la distribución del activo común de la Comunidad del África Oriental, que comprendía a Kenya, Uganda y la República Unida de Tanzania, después de la disolución de la Comunidad. La recomendación original del amigable componedor, aunque no fue aceptada por las partes, sirvió de base a las negociaciones que finalmente llevaron a la solución de la controversia. Otro precedente es la feliz intervención de una comisión de conciliación en la controversia sobre la isla Jan Mayen¹⁵, que dio lugar a la recomendación de un acuerdo de desarrollo en común para una zona con importantes perspectivas de producción de hidrocarburos. Esos asuntos, aunque diferentes, ponen de manifiesto la flexibilidad del procedimiento de conciliación.

35. La conciliación entraña aspectos de negociación institucionalizada, al fomentar el diálogo y la investigación y al proporcionar información acerca del fundamento de las posiciones respectivas de las partes, lo que da por resultado una propuesta de solución correspondiente a lo que cada una de éstas merece y no a lo que cada una de ellas pretende. Los procedimientos de conciliación propuestos, aunque han sido calificados de vinculantes u obligatorios, conservan el rasgo distintivo de la conciliación, o sea, la elaboración de propuestas. El informe también parece dar a entender que el régimen sólo sería obligatorio cuando se hubieran adoptado determinadas medidas, mientras que los procedimientos del arbitraje y el arreglo judicial se aplican a todo el ámbito de la responsabilidad de los Estados. A este respecto, ciertas

¹⁴ Véase nota 2 *supra*.

¹⁵ *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, pág. 38.*

ideas expresadas en el informe parecen estar en contradicción con el artículo 12, que actualmente examina el Comité de Redacción. El orador acoge con satisfacción la nota explicativa distribuida por el Relator Especial, que trata de esas contradicciones, pero habría que enumerar claramente en el proyecto los supuestos en que será posible recurrir a procedimientos de solución de las controversias por intervención de un tercero. Esa aclaración contribuiría a disipar el temor de que los procedimientos puedan dar lugar a una escalada de contramedidas o a un empeoramiento de las relaciones entre las partes. Una disposición claramente redactada sobre la solución de controversias por un tercero imparcial quizás no sirva para curar todos los males, pero al menos desalentará la aplicación de contramedidas, que resulta tan costosa.

36. En cuanto a los temores de que la inclusión de disposiciones sobre la solución de controversias por intervención de un tercero pueda disuadir a los Estados de aprobar el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, el orador se remite a lo que un ex miembro de la Comisión, Sir Ian Sinclair, ha escrito a favor de los procedimientos automáticos de solución de las controversias incluidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

37. El Sr. ROSENSTOCK dice que el informe que la Comisión tiene ante sí refleja una gran erudición y amplitud de miras. La Comisión no debería seguir negándose, por sistema, a regular la solución de las controversias. Como Relator Especial del tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, tiene la intención de proponer insistentemente que se incluyan en el proyecto de artículos que está elaborando disposiciones especiales sobre esa cuestión.

38. No obstante, una cosa es estudiar la solución de las controversias en un contexto limitado y otra muy distinta contemplarla en relación con la totalidad del ordenamiento jurídico internacional. Los Estados han demostrado estar cada vez más dispuestos a aceptar la solución de las controversias por un tercero imparcial en esferas determinadas, incluido el medio ambiente. Sin embargo, aun en el ámbito relativamente homogéneo de la CSCE, los Estados se han mostrado más renuentes a aceptar la solución de las controversias por un tercero imparcial en todos los casos. Por consiguiente, cierta moderación en los planteamientos parece de rigor, especialmente habida cuenta del número relativamente pequeño de Estados que han aceptado la jurisdicción de la CIJ de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 36 de su Estatuto y el número aún más reducido que ha aceptado esa jurisdicción sin hacer importantes reservas. El análisis de la aceptación de esa disposición por los Estados muestra que los países pobres son tan poco entusiastas como los ricos. Al mismo tiempo, el creciente número de causas enjuiciadas ante la CIJ indica que los Estados están dispuestos a aceptar la intervención de un tercero imparcial en determinadas esferas, pero no a aceptarla con carácter general. La solución de controversias en el contexto de la responsabilidad de los Estados sería una solución de controversias de carácter general. El hecho de que el mecanismo esté centrado en las contramedidas no restringe el ámbito posible de aplicación, salvo quizás de una ma-

nera irregular, y un sistema en el cual el acceso al mecanismo de activación del proceso de solución está limitado a los Estados dispuestos a adoptar contramedidas no parece totalmente racional. Además, el proceso de solución parece más complejo de lo necesario, con su combinación de arbitraje y arreglo judicial.

39. Sea cual sea la actitud de los Estados frente a los procedimientos, es discutible que la Comisión deba emprender el estudio detallado de la tercera parte del proyecto antes de haber concluido la primera lectura de las partes primera y segunda. Se han logrado importantes progresos, pero aún queda mucho por hacer. Una de las cuestiones pendientes que hay que resolver es la de los crímenes de los Estados, mencionados en el artículo 19 de la primera parte¹⁶. Un reexamen a fondo de ese artículo debería preceder a la elaboración de otras disposiciones relativas a los hechos ilícitos.

40. La idea del Sr. Mahiou (2306.ª sesión) de limitar las obligaciones a determinadas categorías es interesante, pero la determinación de esas categorías puede reabrir el debate sobre porciones enteras de las partes primera y segunda del proyecto. Quizás sea aconsejable que la Comisión se tome algún tiempo de reflexión antes de remitir la tercera parte al Comité de Redacción. Un nuevo informe del Relator Especial, en el que se examinen a fondo las cuestiones planteadas por el Sr. Mahiou y el Sr. Tomuschat (2308.ª sesión), ayudaría sin duda a la Comisión en su intento de resolver el difícil problema que se le ha planteado.

41. La Comisión debería asimismo examinar la posibilidad de solicitar la opinión de los Estados sobre la solución de las controversias en materia de responsabilidad de los Estados, en particular sus puntos de vista sobre si algunos de los procedimientos de solución de las controversias, o todos ellos, deben estar sujetos a algún tipo de cláusula potestativa de aceptación y exclusión de su aplicación. En sus trabajos sobre el estatuto de un tribunal penal internacional, la Comisión prudentemente ha solicitado la orientación de la Asamblea General antes de empezar a redactar el texto de los artículos. La cautela también parece ser indispensable en lo que respecta al presente tema, para no vincular irrevocablemente las partes primera y segunda a una tercera parte que no flote y, por consiguiente, hunda todo el proyecto.

42. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que todo el mérito por haber sabido estimular el debate que ha tenido lugar en la Comisión sobre la importante cuestión de las controversias corresponde sobre todo al Relator Especial y a su erudito quinto informe y sugerente declaración preliminar. El debate ha puesto claramente de relieve algunas de las cuestiones más fundamentales relativas a la función de la Comisión, y hasta la función del derecho, en lo que el Relator Especial denomina acertadamente «sistema de relaciones interestatales estructurado inorgánicamente».

43. El hecho central e innegable es que si la Comisión sanciona expresamente en una convención de codificación el recurso unilateral a las contramedidas, abrirá paso de ese modo a muchos abusos probables y también

¹⁶ Véase nota 2 *supra*.

consagrará una norma capaz de interpretaciones muy divergentes, incluso en los casos en que puede presumirse con seguridad que existe buena fe. A la Comisión no se le ocultan, por supuesto, esas consecuencias negativas y ha tratado de minimizarlas mediante prohibiciones absolutas en determinadas esferas enumeradas en el artículo 14 del proyecto y también mediante la regla de la proporcionalidad propuesta en el artículo 13. En el 44.º período de sesiones expresó el punto de vista¹⁷ de que la regla de la proporcionalidad representaba un magro consuelo, pues daba a entender que podía servir de pauta para verificar objetivamente la licitud o ilicitud de las contramedidas en una situación determinada cuando, en realidad, esa pauta no existe. Sigue manteniendo ese punto de vista, por lo que le parece que, con respecto al derecho aplicable, que es el fundamento mismo en que se basa la idea misma de codificación, es preciso que el proyecto de artículos establezca un mecanismo eficaz de solución obligatoria de las controversias por un tercero imparcial. Por «eficaz» se entiende un mecanismo ágil y vinculante para los Estados implicados en la controversia. El hecho de no establecer un mecanismo de esa índole daría lugar a unas normas de fondo elásticas y dejaría a los Estados cuyo derecho hubiera sido conculcado sin ningún medio de obtener reparación; es decir, el presente proyecto, en lugar de hacer realidad las múltiples esperanzas depositadas en él, daría lugar al desmoronamiento del derecho de la responsabilidad de los Estados.

44. El problema es realmente muy delicado, pero seguramente no es un loco desvarío creer que debe pedirse a los Estados que acepten someterse a medios de solución por un tercero imparcial en cuestiones relativas a su comportamiento en relación con un tratado. No puede tampoco sumarse a la opinión de que un procedimiento de solución obligatoria por un tercero imparcial en el contexto de la futura convención de la responsabilidad de los Estados constituiría una revolución o «metamorfosis» del derecho internacional, como lo calificó el Sr. Tomuschat en el debate de 1986¹⁸. En fin de cuentas, se han aceptado obligaciones análogas, aunque con respecto a esferas mucho más reducidas de controversia, en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. El hecho de que no se haya recurrido a los procedimientos establecidos en esos instrumentos no importa a los efectos de determinar si los Estados pueden o no aceptar la idea de solución de las controversias por intervención de un tercero.

45. El propósito del Relator Especial es abrir un proceso evolutivo conservador que los miembros de la Comisión, como juristas, tienen el deber de promover por prurito profesional. Como cualquier otro sistema de derecho, el ordenamiento jurídico internacional no es ni puede ser estático. Su meta final, por definición, tiene que ser el mantenimiento del imperio de la ley en las relaciones interestatales, por inorgánicamente estructuradas que estén esas relaciones. La otra alternativa de la evolución no es el mantenimiento del *statu quo*, sino el estancamiento y la decadencia.

46. El argumento principal contra ese planteamiento parece estar basado en las perspectivas de aceptación por los Estados del proyecto en su conjunto. El argumento es de peso, aunque muchas veces exagerado. Evidentemente, la Comisión no debe elaborar proyectos condenados a la indudable repulsa de la mayoría de los Estados, pero nada hay en los debates de la Sexta Comisión que permita deducir que esa trágica suerte aguarda al presente proyecto. En realidad, no existe mucha correlación entre las conclusiones que cabe deducir de los debates de la Sexta Comisión y la aceptación definitiva de tratados calculada según el número de ratificaciones y adhesiones. La razón por la cual el tratado A obtiene un mayor número de ratificaciones que el tratado B depende a veces, por lo menos en parte, de si existe lo que puede denominarse una «agencia de comercialización» que se encargue de la promoción de ese tratado. Por ejemplo, el amplio número de adhesiones obtenido por los convenios de derecho humanitario puede atribuirse en gran parte, no obstante los méritos intrínsecos de esos convenios, a los esfuerzos del CICR. Otros tratados, como la reciente Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, van logrando aceptación porque uno o varios Estados influyentes están interesados en persuadir a otros Estados que los acepten y cuentan con medios para ello. Como ha dicho el Relator Especial, para definir las perspectivas de aceptabilidad del proyecto serían necesarios los servicios de un hábil matemático, cuando no de un mago.

47. Siendo así, la principal preocupación de los miembros de la Comisión debería ser elaborar un proyecto que sea moral y lógicamente defendible. El criterio definitivo es la calidad e integridad de la labor de la Comisión. No hay que olvidar tampoco que los trabajos de los sucesivos relatores especiales encargados del tema de la responsabilidad de los Estados han sido citados frecuentemente por la doctrina y en las resoluciones judiciales.

48. Un segundo argumento contra la inclusión de procedimientos de solución por intervención de un tercero en el sentido propuesto por el Relator Especial es de carácter más técnico, a saber, que la Comisión, al establecer un procedimiento obligatorio de solución, corre el riesgo de salirse del ámbito de la parte general del tema, en la que se codifican y desarrollan progresivamente las normas secundarias, para entrar en el de las normas primarias. Ese argumento es muy semejante al aducido por el representante de Francia en la Sexta Comisión, en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General¹⁹, y mencionado por el Relator Especial en el quinto informe. Aunque el argumento tiene cierta fuerza, no cree que la Comisión, al establecer una serie de normas procesales sobre la solución de las controversias, rebase los límites de su mandato, ya que la división entre obligaciones primarias y obligaciones secundarias no es más que una herramienta lógica para velar por que el proyecto sea coherente. Adoptar ese método no supondría plantear más cuestiones de interpretación del tratado que, por ejemplo, con el apartado f del párrafo 2 del artículo 5 de la segunda parte, ya aprobado por la Comisión

¹⁷ Véase *Anuario...* 1992, vol. I, 2278.ª sesión, párrs. 14 a 24.

¹⁸ Véase *Anuario...* 1986, vol. I, 1955.ª sesión, párr. 23.

¹⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 26.ª sesión, párr. 5.

en un período de sesiones anterior²⁰. A su juicio, la división de las normas en normas primarias y normas secundarias se debe abordar con cierta flexibilidad para tener en cuenta, en particular, la existencia de obligaciones que se sitúan en lo que se podría calificar de «zona gris».

49. El problema, en la medida en que se plantee en absoluto, surge en relación tanto con las contramedidas como con los procedimientos de solución de las controversias. Reivindicar el derecho a recurrir a las contramedidas de conformidad con el proyecto y, al mismo tiempo, oponerse a la solución obligatoria de las controversias por los motivos técnicos de que la solución de controversias puede llevar a una definición de normas primarias o a cuestiones de interpretación del tratado en esferas delicadas es indefendible porque la misma lógica se aplica con igual fuerza a las contramedidas.

50. Un tercer argumento contra la elaboración de procedimientos obligatorios de solución por intervención de un tercero es que los procedimientos abarcarían controversias de todo género, desde las principalmente técnicas a las políticamente delicadas. A diferencia de otros miembros de la Comisión, considera ese aspecto bastante atractivo. Significa que ningún Estado puede estar seguro de antemano de que se beneficiará siempre —o bien no se beneficiará nunca— de la inclusión en el proyecto de una serie de artículos sobre solución por un tercero imparcial. A este respecto también conviene recordar que los Estados ya han aceptado obligaciones relativas a la solución de controversias por intervención de un tercero en las Convenciones de Viena ya mencionadas (párr. 44).

51. En cuanto al texto de los proyectos de artículos²¹, si bien el planteamiento del Relator Especial es equilibrado y realista en general, tal vez sea deseable introducir algunas mejoras. En primer lugar, habría que tener en cuenta de algún modo en el proyecto las opiniones consultivas de la CIJ, de acuerdo con las sugerencias que hizo el Presidente de la Corte, Sir Robert Jennings, en su intervención ante la Asamblea General en 1991²². En segundo lugar, el Relator podría examinar, como ha sugerido el Sr. de Saram (2306.ª sesión), la posibilidad de atribuir una función más destacada al procedimiento de constitución de salas de la CIJ, procedimiento que es considerablemente más barato que el arbitraje.

52. Una cuestión más general es la de si las controversias relativas a la interpretación y aplicación de los artículos sobre el recurso a las contramedidas deben regirse por un sistema especial y, probablemente, más riguroso de procedimientos de solución que las controversias relativas a la interpretación y aplicación de los artículos que no tratan de las contramedidas, a los que probablemente se aplicaría el sistema tradicional. La sugerencia que a este respecto ha hecho el Sr. Calero Rodríguez (2308.ª sesión) es muy digna de atención. Habría que estudiar más a fondo si los dos sistemas pueden separarse claramente. La sugerencia del Sr. Yamada de que la ape-

lación del laudo de un tribunal arbitral no se limite a los supuestos de exceso de poder merece un atento examen, y también está de acuerdo en que convendría reforzar el aspecto de determinación de hechos del procedimiento.

53. Por fin, es partidario de remitir el texto de los proyectos de artículos al Comité de Redacción. La sugerencia del Sr. Rosenstock de que la Comisión solicite primero la autorización de la Asamblea General es difícil de aceptar, no sólo porque el tema se ha debatido en la Asamblea, sino también por la cuestión de principio que esa sugerencia plantea. Es indudable que la Comisión no está obligada a consultar nuevamente a la Asamblea General cada vez que concluye una pequeña parte de su labor. La Comisión, por supuesto, es responsable ante la Asamblea General, pero es un órgano de expertos independientes y, como tal, no debe abdicar de sus responsabilidades.

54. El Sr. BENNOUNA dice que, aunque no es miembro del Comité de Redacción, recientemente asistió a una sesión y advirtió que el debate sobre el artículo 12 se hallaba bloqueado provisionalmente porque el texto de los artículos sobre la materia conexa de la solución de controversias²³ no había sido remitido todavía al Comité. Ahora se dice a la Comisión que no ha llegado el momento todavía de remitir los artículos sobre la solución de las controversias al Comité de Redacción, no obstante la recomendación explícita del Relator Especial en tal sentido y no obstante el hecho de que esos artículos son complementarios de otros que el Comité ya tiene ante sí. Recuérdese que, en el 44.º período de sesiones, no todos los miembros estaban de acuerdo con las disposiciones relativas a las contramedidas pero aceptaron, sin embargo, que esos artículos se remitiesen al Comité de Redacción. En el presente caso es necesario adoptar la misma actitud. Los progresos de la Comisión sobre el tema dependen de la remisión de los artículos de la tercera parte al Comité de Redacción.

55. El Sr. ROSENSTOCK dice que algunos miembros del Comité de Redacción consideran, como ha indicado el Sr. Bennouna, que existe un vínculo entre el artículo 12 y los artículos de la tercera parte²⁴, mientras que otros, entre los que se cuenta, no creen que fuera prudente establecer tal vínculo. En cuanto a la cuestión que acaba de plantear el Sr. Al-Khasawneh, desea aclarar que su sugerencia no es que se remita la cuestión de la tercera parte a la Asamblea General con objeto de obtener el permiso de ésta para proseguir la labor, sino sólo que se solicite la opinión de la Asamblea. Una encuesta de opinión efectuada en la Asamblea General sobre las propuestas formuladas por el anterior Relator Especial en 1985 y 1986 puso de manifiesto una falta de entusiasmo general. Opina que la tercera parte tiene consecuencias a largo plazo para el resto de la labor de la Comisión sobre el tema y que, por consiguiente, está justificado volver a consultar a la Asamblea General.

56. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que el Sr. Rosenstock debe puntualizar que, de todos los miembros del Comité de Redacción, es el único que desea suprimir el artículo 12. Por lo que respecta a la sugerencia de que se remita a la Asamblea General toda la

²⁰ Para el texto de los artículos 1 a 5 de la segunda parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 38.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 41.

²¹ Para el texto, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

²² Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Sesiones Plenarias*, 44.ª sesión.

²³ Para el texto, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

²⁴ *Ibid.*

tercera parte del proyecto, hay que comprender que toda la cuestión de las contramedidas y las correspondientes medidas correctivas ha evolucionado considerablemente desde 1985-1986. Por último, en lo que se refiere a la cuestión de la responsabilidad de los Estados por los crímenes, ya ha dejado bien sentado que sus propuestas a este respecto estarán en consonancia con el artículo 19 de la primera parte²⁵, con la inclusión del recurso obligatorio a la CIJ.

Clausura del Seminario de derecho internacional

57. El PRESIDENTE, tras recordar a la Comisión que la 29.ª reunión del Seminario de derecho internacional concluye ese día, pasa revista a las actividades del Seminario y hace votos por que los participantes regresen a su país considerablemente enriquecidos por la experiencia vivida. Les desea buen viaje y toda clase de éxitos en sus actividades profesionales.

58. La Sra. NOLL-WAGENFELD (Directora del Seminario), haciendo uso de la palabra en nombre del Director General, a quien desgraciadamente le ha sido imposible asistir a la sesión, expresa la esperanza de que la reunión que ahora termina haya alcanzado su doble objetivo de permitir a los participantes familiarizarse con la labor de la Comisión y establecer lazos y contactos duraderos entre ellos. El programa de la 29.ª reunión del Seminario se ha centrado principalmente en Europa y, más especialmente, en la ex Yugoslavia. Los participantes han asistido también a la Conferencia anual en memoria de Gilberto Amado y han disfrutado de la amable hospitalidad de las Misiones Permanentes del Brasil y los Estados Unidos de América. No duda que la experiencia que los participantes han obtenido en el Seminario les resultará útil en su futura carrera.

59. El Sr. CANCHOLA, hablando en nombre de los participantes en el Seminario de derecho internacional, dice que la oportunidad que se les ha brindado de presenciar los trabajos de la Comisión en esta época de la historia ha sido especialmente instructiva. Da las gracias a los miembros de la Comisión por sus enseñanzas y consejos y dice que los participantes esperan un día poder seguir sus pasos.

El Presidente hace entrega de los certificados de participación en la 29.ª reunión del Seminario de derecho internacional.

El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (A/CN.4/446, secc. E, A/CN.4/447 y Add. 1 a 3²⁶, A/CN.4/451²⁷, A/CN.4/L.489)

[Tema 4 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

60. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su primer informe sobre el tema del derecho de

los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (A/CN.4/451) y, a este respecto, señala a la atención de los miembros de la Comisión los artículos 1 a 10 aprobados en primera lectura²⁸, cuyo texto es el siguiente:

PARTE I

INTRODUCCIÓN

Artículo 1.—Ámbito de aplicación de los presentes artículos²⁹

1. Los presentes artículos se aplican a los usos de los cursos de agua internacionales y de sus aguas para fines distintos de la navegación y a las medidas de conservación relacionadas con los usos de esos cursos de agua y de sus aguas.

2. El uso de los cursos de agua internacionales para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de los presentes artículos salvo en la medida en que otros usos afecten a la navegación o resulten afectados por ésta.

Artículo 2.—Términos empleados³⁰

A los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por «curso de agua internacional» un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

b) se entiende por «curso de agua» un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y fluyen a un término común;

c) se entiende por «Estado del curso de agua» un Estado en el territorio del cual se encuentra parte de un curso de agua internacional.

Artículo 3.—Acuerdos de curso de agua³¹

1. Los Estados del curso de agua podrán celebrar uno o varios acuerdos, en adelante denominados «acuerdos de curso de agua», que apliquen y adapten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de parte de ese curso de agua.

2. Si entre dos o más Estados del curso de agua se celebra un acuerdo de curso de agua, ese acuerdo definirá las aguas a las que se aplique. Dicho acuerdo podrá celebrarse respecto de la totalidad de un curso de agua internacional o respecto de cualquiera de sus partes o de un proyecto, programa o uso particular, siempre que el acuerdo no menoscabe apreciablemente el uso de las aguas del curso de agua por otro Estado u otros Estados del curso de agua.

3. Si un Estado del curso de agua considera que las características y usos de un curso de agua internacional determinado requieren la adaptación o aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, los Estados del curso de agua celebrarán consultas con el propósito de negociar de buena fe a fin de celebrar uno o varios acuerdos de curso de agua.

Artículo 4.—Partes en acuerdos de curso de agua³²

1. Todo Estado del curso de agua tiene derecho a participar en la negociación de cualquier acuerdo de curso de agua que se aplique a la totalidad de ese curso de agua internacional y a llegar a ser parte en tal acuerdo, así como a participar en cualesquiera consultas pertinentes.

²⁸ Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 71 a 73.

²⁹ Aprobado inicialmente como artículo 2. El comentario figura en *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 26 y 27.

³⁰ El apartado c fue aprobado inicialmente como artículo 3. Para el comentario, *ibid.*, pág. 27. El comentario a los apartados a y b figura en *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 76 y 77.

³¹ Aprobado inicialmente como artículo 4. El comentario figura en *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 27 a 31.

³² Aprobado inicialmente como artículo 5. Para el comentario, *ibid.*, págs. 31 y 32.

²⁵ Véase nota 2 *supra*.

²⁶ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

²⁷ *Ibid.*

2. El Estado del curso de agua cuyo uso de un curso de agua internacional puede resultar afectado apreciablemente por la ejecución de un acuerdo de curso de agua propuesto que solamente se aplique a una parte del curso de agua o a un proyecto, programa o uso particular tendrá derecho a participar en las consultas sobre tal acuerdo y en su negociación, en la medida en que su uso resulte afectado por ese acuerdo, y a llegar a ser parte en él.

PARTE II

PRINCIPIOS GENERALES

*Artículo 5.—Utilización y participación equitativas y razonables*³³

1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua.

2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en los presentes artículos.

*Artículo 6.—Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable*³⁴

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua internacional de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros:

- a) los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales;
- b) las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua interesados;
- c) los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua;
- d) los usos existentes y potenciales del curso de agua;
- e) la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas a tal efecto;
- f) la existencia de alternativas, de valor correspondiente, respecto de un uso particular existente o previsto.

2. En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 de este artículo, los Estados del curso de agua interesados celebrarán, de ser necesario, consultas con ánimo de cooperación.

*Artículo 7.—Obligación de no causar daños apreciables*³⁵

Los Estados del curso de agua utilizarán un curso de agua internacional de manera que no se causen daños apreciables a otros Estados del curso de agua.

*Artículo 8.—Obligación general de cooperación*³⁶

Los Estados del curso de agua cooperarán con arreglo a los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial y el provecho mutuo a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada del curso de agua internacional.

*Artículo 9.—Intercambio regular de datos e información*³⁷

1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los datos y la información de que razonablemente puedan disponer sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico, así como las previsiones correspondientes.

2. El Estado del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información de los que razonablemente no pueda disponer hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la reunión y, en su caso, elaboración de esos datos e información.

3. Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, elaborar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los otros Estados del curso de agua a los que se comuniquen.

*Artículo 10.—Relación entre los usos*³⁸

1. Salvo pacto o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos.

2. El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá basándose en los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales.

61. El Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial) dice que, como la Comisión quería concluir la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el tema en 1994, ha sometido a la Comisión diez artículos, la mayoría de los cuales son idénticos a los textos elaborados en primera lectura. Ninguno de los cambios propuestos modificaría fundamentalmente la orientación del proyecto aprobado en primera lectura; la mayor parte de los cambios que propone lo son en respuesta a las observaciones de los gobiernos (A/CN.4/447 y Add.1 a 3).

62. Una cuestión que ciertos gobiernos han planteado en sus observaciones es la que se refiere a la forma que debería revestir el resultado de los trabajos de la Comisión: la de unas normas tipo o de una convención marco. Sea cual sea la decisión que finalmente adopte la Comisión a este respecto, lo mínimo sería que, en atención a esas observaciones, examinase la cuestión en sus debates sobre el tema.

63. Propone que se supriman en el artículo 2 las palabras «y fluyen a un término común» por dos razones. En primer lugar, no es fácil distinguir la razón de ser de esa limitación un tanto artificial en un texto destinado a formar parte de unas normas tipo o una convención marco. En segundo lugar, la supresión de esas palabras es una de las formas más sencillas de empezar a ocuparse del problema de las aguas subterráneas confinadas «sin relación con las aguas de superficie». Aunque no insistirá en su propuesta, si ésta no obtiene un apoyo general, señala que ha recibido el respaldo del prestigioso Comité de Recursos Hídricos de la Asociación de Derecho Internacional, que también opina que la exclusión de las aguas subterráneas confinadas sin relación con las aguas de superficie no se basa en criterios hidrogeológicos idóneos. El mismo Comité está de acuerdo también con su reco-

³³ Aprobado inicialmente como artículo 6. Para el comentario, *ibid.*, págs. 32 a 37.

³⁴ Aprobado inicialmente como artículo 7. Para el comentario, *ibid.*, págs. 37 a 39.

³⁵ Aprobado inicialmente como artículo 8. El comentario figura en *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 39 a 45.

³⁶ Aprobado inicialmente como artículo 9. Para el comentario, *ibid.*, págs. 45 a 47.

³⁷ Aprobado inicialmente como artículo 10. Para el comentario, *ibid.*, págs. 47 a 49.

³⁸ Para el comentario, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 78 y 79.

mendación de que, en el párrafo 2 del artículo 3, se sustituya el término *appreciable* por *significant*, por las razones que indica en el párrafo 12 de su informe.

64. Como cuestión de redacción, propone trasladar la definición de contaminación del artículo 21³⁹ al artículo 2.

65. Por los motivos indicados en los párrafos 21 a 23 del informe, recomienda enérgicamente que se modifique el artículo 7 en la forma propuesta en el párrafo 27 de dicho informe. Aunque algunos especialistas y algunos gobiernos en sus observaciones han instado a que se suprima completamente el artículo 7, aduciendo que se contradice con el artículo 5 o es redundante, esa solución sería, a su juicio, demasiado extrema. El texto que propone, por consiguiente, es una transacción destinada a conferir pleno sentido a la utilización óptima y el desarrollo sostenible, reconociendo al mismo tiempo los peligros de ciertos tipos de daño irreparable. Sin embargo, apartarse del texto esencialmente simple de 1991 para adoptar un planteamiento más complejo crearía mayores posibilidades de desacuerdo y contienda. Por consiguiente, la aceptación de los cambios que propone en relación con el artículo 7 implica volver a examinar la decisión —en su opinión poco acertada— de no incluir textos sobre la solución de controversias. A este respecto, su predecesor, el Sr. McCaffrey, propuso que se estableciese un procedimiento de conciliación seguido de arbitraje, pero en ese caso el problema sería que, en realidad, los Estados estarían obligados a considerar el recurso al arbitraje en vez de asumir la obligación clara de acudir a él. Confía en que sea posible que todo procedimiento de solución de las controversias tenga un elemento vinculante u obligatorio, pero estima indispensable por lo menos un procedimiento razonablemente desarrollado de solución por un tercero imparcial.

66. También tiene el propósito de examinar la posibilidad de reforzar las relaciones institucionales entre los Estados del curso de agua y basarse para ello en lo que ha averiguado acerca de la situación imperante entre los Estados Unidos de América y el Canadá y entre los Estados Unidos de América y México. Muchas posibles controversias se resuelven, mucho antes de que se conviertan en verdaderos litigios, en el plano técnico.

67. Hace votos por que el mayor número de miembros de la Comisión que sea posible reexamine los dos últimos informes de su predecesor⁴⁰, que no recibieron toda la atención que merecían.

68. El Sr. AL-BAHARNA felicita al Relator Especial por su primer informe y dice que la orientación general del proyecto de artículos es aceptable, aunque se beneficiaría de algunos «retoques».

69. Como el Relator Especial indica acertadamente en el párrafo 6 de su informe, la Comisión haría bien en acelerar sus trabajos con objeto de resolver lo antes posi-

ble la cuestión de la forma que debe revestir el proyecto de artículos. El orador, por su parte, se inclina por una convención más bien que unas normas, pues en una época de creciente conciencia ecológica, la importancia de la cuestión justifica la celebración de un tratado multilateral; las normas tipo tienen más el carácter de directrices.

70. En cuanto a las cuestiones planteadas en relación con la parte I del proyecto, cabría mejorar el artículo 2, aunque no es partidario de la propuesta de que se supriman las palabras «y fluyen a un término común». No referirse al término común significa no determinar el elemento central de todo sistema fluvial que, casi seguramente, comprenderá varios tributarios que confluyen desde distintos Estados. Además, el criterio del término común favorecería la distinción entre dos cursos de agua que fluyen uno junto al otro. Cualquier modificación del artículo 2 debe hacerse en relación con las aguas subterráneas que aportan una contribución escasa o insignificante a las aguas de superficie y que, por lo tanto, deben quedar excluidas del concepto de sistema de curso de agua. Sería preferible, pues, limitar el ámbito del proyecto de artículos a las aguas subterráneas que sean esenciales para el sistema en su conjunto. Está de acuerdo, en cambio, en que la definición de contaminación enunciada en el párrafo 1 del artículo 21 debería transferirse al artículo 2.

71. Los párrafos relativos al artículo 3 merecen un examen atento. En particular, el adjetivo «apreciable», utilizado en el artículo 7, no tiene un sentido tan amplio como el adverbio «apreciablemente», empleado en el párrafo 2 del artículo 3. Como no hay ningún motivo para que en el proyecto de artículos se utilicen fórmulas diferentes para el daño, en supuestos semejantes, la variante B del párrafo 2 del artículo 3 propuesta por el Relator Especial, en la que se sustituyen las palabras «menosca-be apreciablemente» por «cause un daño importante» (*significant harm*), constituye claramente una mejora respecto del texto actual del párrafo 2 del artículo 3. Conviene, asimismo, en que probablemente tendría que utilizarse una fórmula análoga en el párrafo 2 del artículo 4, los artículos 7 y 12, el párrafo 1 del artículo 18, el párrafo 2 del artículo 21, el artículo 22 y el párrafo 2 del artículo 28.

72. El Relator Especial se refiere en el párrafo 15 de su informe a la sugerencia formulada por algunos gobiernos de que el futuro instrumento recoja una disposición según la cual, si un Estado adquiere la condición de parte en la convención, ello no afectará de por sí a los acuerdos de curso de agua existentes. El Relator Especial considera que una disposición de ese género no podría por menos que plantear problemas y, por consiguiente, ha intentado resolver la cuestión por remisión al concepto de *lex posterior* y al principio aplicable a los tratados sucesivos. Se trata, no obstante, de un principio que plantea difíciles cuestiones jurídicas, y la Comisión tendrá que estudiar su aplicación en relación con el examen de la situación de los tratados anteriores relativos al curso de agua y de los principios referentes al grado de modificación, terminación y suspensión de la aplicación de esos tratados. La Comisión también tendrá que examinar la cuestión de la salvaguardia de los derechos y obligaciones adquiridos por los Estados en virtud de tratados ante-

³⁹ Véase nota 28 *supra*.

⁴⁰ Estos informes han sido reproducidos como sigue:

Sexto informe: *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 43, documento A/CN.4/427 y Add.1;

Séptimo informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 47, documento A/CN.4/436.

riores, así como las sugerencias del Relator Especial con respecto a las declaraciones individuales hechas por los Estados en el momento de la firma y la ratificación. En especial, tendrá que determinar las consecuencias jurídicas de tales declaraciones y decidir si los derechos adquiridos en un proceso diplomático bilateral o multilateral pueden quedar modificados unilateralmente por las declaraciones. La Comisión habrá de examinar minuciosamente todas esas cuestiones antes de dar respuestas definitivas.

73. En lo que concierne a la reordenación de los artículos 8 y 26, sólo parcialmente está de acuerdo con el Relator Especial. La disposición del artículo 8 debería, sin duda, figurar antes que el artículo 3, pero no es necesario cambiar de lugar el artículo 26. Más aún, una obligación de cooperación quizás no sea siempre realista para los Estados del curso de agua, muchos de los cuales se hallan enzarzados en disputas. Por eso habría que sustituir en el artículo 8 la palabra «cooperarán» por las palabras «procurarán cooperar», a fin de subrayar la importancia de la cooperación sin hacerla obligatoria para los Estados.

74. Convendría mantener los párrafos 1 y 2 del artículo 4, puesto que versan sobre dos aspectos diferentes de la participación en acuerdos de curso de agua. El párrafo 1 crea un derecho general de participación en los acuerdos relativos a todo el curso de agua, mientras que el párrafo 2 trata de la participación en el caso de un acuerdo que se aplique a una parte del curso de agua o a un proyecto particular.

75. Aunque está de acuerdo en que los artículos 5 y 7 son elementos esenciales del proyecto, no alcanza a discernir ningún motivo convincente para modificar su enunciado. Es esencial reconocer que, aunque enuncian conceptos afines, cada uno tiene su alcance particular. El artículo 5 se refiere a la utilización equitativa y razonable del curso de agua en los ámbitos interno e internacional, mientras que el artículo 7 impone a los Estados la obligación de no causar, en la utilización del curso de agua, daños apreciables a otros Estados del curso de agua. Ciertamente es que el concepto de utilización equitativa y razonable del curso de agua puede coincidir parcialmente con el concepto de daño apreciable (*appreciable*) o sensible (*significant*), pero las diferentes circunstancias de los supuestos concretos justifican su distinción. Tal vez fuera más razonable, desde el punto de vista de la disponibilidad de recursos, que dos Estados ribereños adopten un programa de utilización en común del curso de agua en vez de que cada uno de ellos trate de aplicar por sí solo un proyecto de ese género. La propuesta contenida en el informe de hacer del «uso equitativo y razonable» el criterio determinante, salvo en el caso de la contaminación, exige que vuelva a examinarse cuidadosamente. No está justificado crear reglas cuando ni la normativa aplicable ni las circunstancias apuntan a la necesidad de hacerlo. En el párrafo 23 del informe, en efecto, el Relator Especial señala la dificultad de proporcionar una orientación detallada sobre esta cuestión: muchos acuerdos bilaterales reflejan la realidad propia de un problema determinado y no pueden reducirse a principios generales.

76. Si se convierte el uso equitativo y razonable en el criterio predominante, sin embargo, todo daño sensible (*significant*) causado a un Estado del curso de agua sería excusable mientras fuera también equitativo y razonable. En eso estriba la principal dificultad del nuevo texto del artículo 7 propuesto por el Relator Especial. Por las mismas razones, difícilmente puede aceptar el nuevo enunciado sobre la contaminación, que modificaría radicalmente el equilibrio en materia de contaminación y perturbaría la estructura misma del proyecto de artículos. La fórmula del Relator Especial parece proporcionar a los Estados contaminantes un útil pretexto para que prosigan sus actividades invocando los términos de los apartados *a* y *b* del nuevo artículo 7 propuesto. Es preferible, con gran diferencia, la simplicidad del texto actual del artículo 7.

77. Dudaría en apoyar cualquier tentativa de modificar el texto del artículo 8, con respecto al cual el Relator Especial indica, en el párrafo 28 del informe, que un enunciado general sería más apropiado. Tal vez podría lograrse mayor precisión, pero ello a expensas de sacrificar el carácter general de la disposición. No obstante, conviene en que no hay lugar en el proyecto de artículos para los conceptos de buena fe y buena vecindad, por benéficos que sean en sí mismos.

78. El Sr. EIRIKSSON dice que el cometido principal de la Comisión debe ser ceñirse al objetivo de concluir la segunda lectura del proyecto de artículos al final del próximo período de sesiones, en 1994. Habría que tener en cuenta en el próximo informe toda posible sugerencia acerca de la elaboración de disposiciones sobre gestión y la inclusión de un sistema de solución de controversias.

79. Le preocupa la propuesta de sustituir el término «apreciable» (*appreciable*) por «sensible» (*significant*), que puede interpretarse como un cambio de fondo que eleva el umbral del proyecto de artículos. Si la palabra *appreciable* es ambigua en inglés, tal vez podría tratarse ese punto en el comentario. En realidad, el mismo problema surgió en el Comité de Redacción en relación con el proyecto de artículos sobre el tema de la responsabilidad internacional. Así pues, el Relator Especial tal vez podría solicitar otras opiniones antes de que la cuestión se examine en el Comité de Redacción.

80. El Sr. KOROMA felicita al Relator Especial por su excelente informe y señala que el Relator Especial ha resistido a la tentación de «jugar», para usar su propia palabra, con el proyecto de artículos, salvo cuando era absolutamente necesario. Esto es prueba indiscutible de un buen relator.

81. En la presente etapa de las relaciones internacionales, se mostraría remiso a optar entre unas normas tipo o una convención marco, pero la decisión definitiva dependerá, en su opinión, de la calidad de la labor de la Comisión. El proyecto de artículos, si es equilibrado y solvente, no necesitará ningún encarecimiento ante la comunidad internacional.

82. La sustitución del término *appreciable* («apreciable») por *significant* («sensible») quizás plantee algún problema a quienes no están familiarizados con el *common law*, pero haría más claro el texto. Como señala el Relator Especial en su informe, el término *appreciable*

tiene dos sentidos diferentes, mientras que la palabra *significant* designa claramente las cuestiones de que se trata. Está de acuerdo con la recomendación de trasladar la definición de contaminación al artículo 2, relativo a los términos empleados, y cuanto antes mejor.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2310.^a SESIÓN

Martes 22 de junio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados (*continuación*) [A/CN.4/446, secc. C, A/CN.4/453 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/L.480 y Add.1, ILC(XLV)/Conf. Room Doc.1]

[Tema 2 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. de SARAM dice que la Comisión, en sesión plenaria, y el Comité de Redacción tratan simultáneamente dos aspectos estrechamente relacionados entre sí: el primero de los cuales se refiere a la situación en la que aún no se ha adoptado una contramedida (la fase anterior a las contramedidas, cuestión que se aborda en el cuarto informe del Relator Especial² y que en la actualidad examina el Comité de Redacción), y el segundo versa sobre la situación en la que ya se ha adoptado una contramedida (la fase posterior a las contramedidas, que constituye el objeto del quinto informe del Relator Especial y que la Comisión examina en sesión plenaria).

2. El planteamiento global que preconiza el Relator Especial en sus informes cuarto y quinto es el siguiente: todo Estado que se proponga adoptar una contramedida debe comunicar previamente su intención al Estado con-

tra el que va dirigida esa contramedida y pedir que se acuda sin demora a un modo de solución de la controversia, que no tiene que ser por fuerza un procedimiento de solución obligatoria por intervención de un tercero. Ahora bien, sea cual sea el modo de solución, si la controversia no se resuelve y se adopta una contramedida, es indispensable entonces recurrir rápidamente a una solución obligatoria por un tercero imparcial —al menos en última instancia, en caso de fracaso de la negociación o la conciliación—, en el marco de la cual habrá de determinarse la legitimidad de la contramedida.

3. El orador está dispuesto, para facilitar un consenso en la Comisión, a aceptar esa tesis, aunque no sin reparos. Considera que habría que poder intercalar, antes de la adopción de cualquier contramedida, un procedimiento de solución obligatoria por intervención de un tercero, de tal manera que ese procedimiento no sea de ningún modo entrabado por una actitud recalcitrante deliberada y que se establezcan las medidas cautelares necesarias, hasta que se resuelva la cuestión de si ha habido o no realmente hecho ilícito y, en caso afirmativo, en qué debe consistir la reparación. Sean cuales fueren las demoras que podría ocasionar en la observancia del derecho la interposición de un procedimiento de solución obligatoria por intervención de un tercero, previo a la adopción de una contramedida, esas demoras serían muy inferiores y causarían al derecho una lesión mucho menor que en el caso de una violación del derecho por modo de reacción (una contramedida). Además, siempre es posible que una contramedida se adopte de prisa, sin que se valoren plenamente todas las circunstancias; una contramedida que pueda resultar innecesaria, desproporcionada o que podría ocasionar una pérdida a quienes no puedan soportarla. Advuértase, por otra parte, que el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, había propuesto en el artículo 10³ de su proyecto que el recurso a los medios de solución de las controversias fuera una condición previa para la adopción de contramedidas que no fueran aplicadas a título de reciprocidad. La Comisión no debe olvidar tampoco que no prever la interposición de un procedimiento de solución de las controversias anterior a la adopción de las contramedidas equivaldría a autorizar y mantener durante largo tiempo todavía los vestigios de una época anterior en que la idea de tomarse la justicia por su mano, mediante represalias contra un hecho considerado lesivo, constituía la doctrina y la práctica predominantes, doctrina y práctica que el sistema interestatal ha decidido que era oportuno repudiar en otras esferas.

4. No es necesario enunciar de nuevo las razones por las cuales el derecho prevé, en ciertos casos, un procedimiento de solución obligatoria de las controversias por intervención de un tercero. Pero hay una razón que, por encima de todas las demás, debe destacarse, a saber: que el derecho debe sin duda tomar en consideración, no sólo los casos en que los Estados en litigio se hallan más o menos en un pie de igualdad, sino también los de desigualdad, porque es en esos casos que la presencia de un tercero y la obligación de una solución vinculante por un tercero imparcial pueden garantizar, sean cuales sean las demás causas de desigualdad, la igualdad ante la ley (al

¹ Reproducido en *Anuario...* 1993, vol. II (primera parte).

² Reproducido en *Anuario...* 1992, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3.

³ Para el texto de los artículos 5 a 16 presentados por el anterior Relator Especial en su quinto informe, véase *Anuario...* 1984, vol. II (primera parte), págs. 2 a 4, documento A/CN.4/380, secc. II.

menos en la medida en que los procedimientos jurídicos puedan establecerla). No es posible efectivamente, para garantizar esa igualdad, confiar en los procedimientos de negociación, mediación o conciliación, de carácter voluntario y que sólo tienen fuerza de recomendación, pues su propósito esencial es lograr una solución amistosa.

5. Así pues, el orador es partidario de remitir al Comité de Redacción el texto de los artículos propuestos por el Relator Especial en su quinto informe para la fase de una controversia «posterior a las contramedidas», a fin de que los examine en relación con las propuestas que el Comité estudia ahora concernientes a la fase de una controversia «anterior a las contramedidas». Si no, debería al menos invitarse al Comité de Redacción a que no concluyera su labor sobre los proyectos de artículos relativos a la fase anterior a las contramedidas antes de haber tomado posición con respecto a la formulación de los proyectos de artículos que versan sobre la fase posterior a las contramedidas. Si la Comisión no prevé el recurso a un procedimiento de solución obligatoria por intervención de un tercero, por lo menos inmediatamente después de la adopción de una contramedida, al orador le parece inevitable que volverá a plantearse toda la cuestión de la inclusión de disposiciones relativas a las contramedidas en el futuro instrumento sobre la responsabilidad de los Estados.

6. Por lo que respecta al texto de los artículos propuestos por el Relator Especial en su quinto informe⁴, opina que la Comisión, antes de abordar la redacción de artículos concretos, debe examinar dos problemas. En primer lugar, cuál es la naturaleza de las cuestiones que deben ser resueltas desde que se adopta una contramedida. En segundo lugar, y teniendo en cuenta la importancia de la prontitud en cualquier situación posterior a la adopción de contramedidas, ha de examinar en qué momento puede invocarse la solución obligatoria por intervención de un tercero. La primera versa esencialmente sobre elementos de hecho: la situación anterior a la adopción de contramedidas, las obligaciones jurídicas entonces en vigor, la realidad de la presunta violación de esas obligaciones y, en caso de violación efectiva, la necesidad de la contramedida y su proporcionalidad. Se trata principalmente de cuestiones de hecho que exigen decisiones que versen sobre los hechos y que indiquen cuáles son las obligaciones jurídicas aplicables; la negociación, la mediación o la conciliación, que tienden a lograr en general una solución espontánea y amistosa, difícilmente pueden responder a esas cuestiones. Por eso aprueba las conclusiones del Sr. Calero Rodrigues (2308.ª sesión), esto es, que no se lograría ningún propósito significativo en la fase de una controversia posterior a las contramedidas imponiendo la conciliación antes de toda solución obligatoria por intervención de un tercero; que la naturaleza de la controversia surgida a raíz de una contramedida impone que sea tratada independientemente de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados, y que habría que prever la creación de un órgano especial al que pueda someterse rápidamente cualquier controversia posterior a una contramedida.

⁴ Para el texto, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

7. Sería de lamentar, por otra parte, que la Comisión desechara por demasiado engorrosa o inapropiada, o por ser poco probable que los Estados la aceptaran, toda posibilidad de que un Estado someta a la CIJ, en calidad de tercero imparcial, una controversia en una fase posterior a las contramedidas. En efecto, en relación con la decisión de las Naciones Unidas de fomentar el recurso a la Corte por parte de los Estados, esfuerzo que comprendió la aprobación por la Asamblea General de la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales⁵, la Corte ha modificado su reglamento sobre la composición de sus salas especiales, lo que ha determinado que el procedimiento de esas salas sea objeto de una mayor atención que en el pasado. Además, las facilidades administrativas y de otra índole que podría proporcionar a las partes una institución permanente de las Naciones Unidas, como la Corte, dan lugar a que, desde el punto de vista del costo por lo menos, recurrir a una sala especial de la Corte sea una fórmula sumamente interesante.

8. Una consideración primordial en la elección de los procedimientos adecuados de solución de una controversia debe, naturalmente, incluir la agilidad del procedimiento y el menor costo posible. Hay que evitar que un Estado objeto de una contramedida decida, ante la cuantía de los gastos que debe realizar, que es preferible sufrir las contramedidas en vez de impugnar su legitimidad. Por consiguiente la Comisión podría examinar la posibilidad de conceder al Estado objeto de una contramedida la facultad de optar, entre varios procedimientos de solución obligatoria por intervención de un tercero, por el que considere más idóneo desde su punto de vista.

9. Una solución sería evidentemente dar a los Estados la posibilidad de pedir la apertura de una investigación sobre los hechos por una autoridad internacional o bajo su propia autoridad, inspirándose en la misión encomendada al Secretario General de las Naciones Unidas en el asunto del *Rainbow Warrior*⁶. En este asunto, sin embargo, las responsabilidades del Secretario General rebasan las de una investigación sobre los hechos.

10. Teniendo en cuenta la gran variedad de controversias posibles sobre la interpretación y aplicación de una convención sobre la responsabilidad de los Estados, queda en pie la cuestión de si la Comisión no debería asimismo prever en última instancia, es decir, en caso de fracaso de los modos de solución cuyo resultado tiene fuerza de recomendación, un procedimiento de solución obligatoria por intervención de un tercero en la tercera parte de su proyecto de artículos. En esta etapa preliminar, el orador opina, como otros miembros de la Comisión, que la tercera parte del proyecto debería establecer efectivamente como último recurso la posibilidad de recurrir a un procedimiento de solución obligatoria por intervención de un tercero, y ello por dos razones principales: primeramente, porque es la obligación de recurrir a una solución vinculante por un tercero imparcial lo que garantizará, en la medida en que los procedimientos jurídicos puedan hacerlo y cualesquiera que sean las demás

⁵ Resolución 37/10 de la Asamblea General, anexo.

⁶ Règlement du 6 juillet 1986 opéré par le Secrétaire général (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, págs. 197 y ss.).

desigualdades, que habrá al menos igualdad ante la ley; en segundo lugar, porque la Comisión tiene como función aconsejar a la Asamblea General en el ejercicio de las atribuciones que incumben a ésta de conformidad con el apartado *a* del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas con objeto de «impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación». En consecuencia, la Comisión tiene la responsabilidad de aconsejar a la Asamblea acerca de las normas que, según la Comisión, deberían recomendarse a los gobiernos para garantizar «el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación». Al asumir esta responsabilidad, la Comisión ha logrado disfrutar de un gran prestigio en la comunidad jurídica internacional. La Comisión fue estructurada con ese objetivo.

11. Para concluir, el orador da las gracias y felicita al Relator Especial por la franqueza y claridad con que ha sabido dar a la Comisión su opinión acerca del camino que hay que seguir en un tema de capital importancia.

12. El Sr. IDRIS dice que el quinto informe y las explicaciones verbales del Relator Especial no constituyen un sueño, ni son tampoco el fruto de una imaginación desatada en el campo del pensamiento jurídico, sino que representan una innovación progresiva y una lectura nueva y valiente de una cuestión compleja que, sin embargo, no pretenden dar soluciones hechas, sobre todo en lo que concierne al régimen general de la solución de las controversias. El problema fundamental estriba en que las contramedidas siempre tendrán como defecto principal estar basadas en una evaluación unilateral del derecho violado y de la legitimidad de las contramedidas, las cuales pueden provocar a su vez una reacción por parte del Estado presuntamente culpable en forma de contrarrepresalias. Cualquier contramedida puede, por propia naturaleza, desembocar en una injusticia si los Estados partes en conflicto se encuentran en situación de desigualdad. De ahí la necesidad de examinar de cerca, antes de pasar a la construcción propuesta para la solución de las controversias, el régimen jurídico de las contramedidas y sus relaciones con el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

13. Sería deseable a este respecto que el Relator Especial estudiase a fondo la cuestión de si las contramedidas tienen que preceder necesariamente a la solución de las controversias por intervención de un tercero, es decir, si aquél es el único medio de inducir al Estado acusado de haber cometido un hecho ilícito a resolver la controversia; o, por el contrario, si la solución de las controversias por intervención de un tercero puede preceder a las contramedidas sin perder por ello su aceptabilidad por parte de la comunidad internacional. A este respecto, es preciso tener en cuenta que no existe ningún medio de determinar de manera rápida e imparcial la existencia de un hecho lesivo y que el alcance de los daños y el agotamiento de los medios de solución son cuestiones que dependen exclusivamente de la apreciación del Estado víctima.

14. Por consiguiente, el orador, sin hacer nuevamente la reseña histórica de la cuestión, desea formular cinco observaciones. La primera es que habría que encontrar otros medios, distintos del recurso a las contramedidas, o, por lo menos, habría que refrenar el recurso a las con-

tramedidas a fin de evitar cualquier abuso de una de las partes, lo que corresponde al planteamiento adoptado por el Relator Especial en su quinto informe.

15. En segundo lugar, el orador aprueba el principio de la solución de las controversias por intervención de un tercero, si ha de reemplazar a las contramedidas y las medidas adoptadas unilateralmente, con objeto de atenuar las consecuencias de la desigualdad entre los Estados.

16. En tercer lugar, la solución de las controversias por intervención de un tercero constituye una mejora de la práctica de las contramedidas, que garantiza que el Estado que alega ser víctima del hecho ilícito respetará las condiciones y criterios definidos en el proyecto de artículos para aplicar ese tipo de medidas.

17. En cuarto lugar, la inclusión en el proyecto de un régimen eficaz de solución de las controversias reforzará todas las normas de derecho internacional, incluso los acuerdos pasados o futuros. A este respecto se han mencionado muy diversos instrumentos jurídicos internacionales, como el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁷, la Declaración de Manila⁸, la Carta de la Organización de los Estados Americanos⁹, el Pacto de Bogotá¹⁰ o la Carta de la Organización de la Unidad Africana y su Protocolo¹¹. El orador, por otra parte, no está totalmente de acuerdo con el Relator Especial cuando éste afirma que no es útil desarrollar esos instrumentos porque son demasiado vagos para aportar una protección eficaz contra las violaciones de las obligaciones internacionales. La Carta de la OUA y su Protocolo han permitido resolver pacíficamente varios conflictos sobre la base del principio de conciliación. De todos modos, aun si esos instrumentos internacionales no son la mejor respuesta posible al problema de la solución de las controversias en el ámbito del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, su existencia dista de ser incompatible con la creación de un régimen de solución como el previsto por el Relator Especial.

18. En quinto lugar, el régimen de solución de las controversias en tres fases —conciliación, arbitraje, arreglo judicial— induce a pensar que el procedimiento de solución de las controversias por intervención de un tercero sólo puede promoverse después de que se hayan adoptado contramedidas. Se trata de una innovación con respecto al apartado *a* del párrafo 1 del artículo 12, que establecía como condición de recurrir a las contramedidas el agotamiento de los procedimientos de solución amistosa disponibles, con independencia de que esos procedimientos sean anteriores a la controversia o hayan sido

⁷ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

⁸ Véase nota 5 *supra*.

⁹ Firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 119, pág. 4); modificada por el «Protocolo de Buenos Aires» de 27 de febrero de 1967 (*ibid.*, vol. 721, pág. 266).

¹⁰ Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 30, pág. 56).

¹¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 479, pág. 39.

creados después, sin imponer con todo un modo de solución determinado.

19. El orador desearía, en conclusión, que el Relator Especial contestara a dos preguntas que estima importantes. Primero, ¿por qué el procedimiento vinculante de solución de las controversias por intervención de un tercero no debe iniciarse antes de recurrir a las contramedidas? Segundo, ¿hay que deducir del régimen en tres fases propuesto por el Relator Especial, que se basa en la hipótesis de que el «mecanismo de activación» de las obligaciones de solución es la controversia surgida del recurso a una contramedida por el Estado pretendidamente lesionado contra el Estado pretendidamente culpable, que la cuestión fundamental de hecho y de derecho guarda relación con las contramedidas, o bien que el Estado pretendidamente lesionado puede invocar, tanto de hecho como de derecho, el acto supuestamente ilícito que constituye el origen del conflicto?

20. Por último, da las gracias al Relator Especial por haber puntualizado en el documento distribuido el 14 de junio que los procedimientos previstos de solución por intervención de un tercero no conciernen sólo a la interpretación o aplicación de los artículos relativos a las contramedidas, sino también a la interpretación y aplicación de todas las disposiciones de la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados.

21. El Sr. EIRIKSSON dice que el quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados contiene el texto de unos artículos¹² que constituyen en ciertos aspectos un modo de solución de las controversias de carácter innovador. No le parece, sin embargo, que el sistema propuesto haya recogido en el seno de la Comisión un asentimiento suficiente para convertirlo en lo sucesivo en la única base de trabajo. La cuestión estriba incluso en determinar de manera más general si hay que prever disposiciones relativas a la solución de las controversias en la esfera de la responsabilidad de los Estados. Fue sólo en el 44.º período de sesiones de la Comisión, en efecto, que ésta decidió hacer lo posible para que el proyecto de artículos comprendiera una tercera parte relativa a la solución de las controversias. El orador ha comprobado que, tanto en los debates de la CDI como en otros foros, se manifiesta una tendencia a denigrar a los gobiernos, siendo así que habría por lo menos que partir del supuesto de que los Estados representan a sus pueblos y pueden tener razones legítimas para expresar determinado parecer sobre diferentes cuestiones, incluida la de la solución de las controversias. La Comisión no debería temer tampoco que la labor que realice desagrade a los Estados, sino esforzarse por efectuar una labor innovadora en relación con esta cuestión al igual que con respecto a otras.

22. Existe una relación evidente entre el artículo 12, que está examinando el Comité de Redacción, y las propuestas del quinto informe que, según el Relator Especial, están destinadas a aplicarse al conjunto de las partes primera y segunda del proyecto. Sin embargo, el aspecto más importante de la cuestión de la solución de las controversias concierne a las contramedidas. El orador, aunque opuesto por principio a las contramedidas como modo de solución de las controversias, ha aceptado que

la Comisión trate de someterlas a un régimen jurídico a fin de que resulten menos inaceptables. Considerando que un sistema de solución de las controversias para los casos en que se prevea recurrir o en que se hayan adoptado ya contramedidas contribuiría a ello, el orador ha aprobado los trabajos del Comité de Redacción sobre el artículo 12. Sin embargo, ya no es seguro, al parecer, que el artículo 12 se apruebe en el presente período de sesiones, sino que el examen de esa disposición podría aplazarse hasta después de los trabajos relativos a la tercera parte. El Sr. Calero Rodrigues (2308.ª sesión) ha hecho a este respecto una propuesta muy interesante, relativa a un mecanismo especial en caso de que se proyecte adoptar contramedidas, propuesta en la que la Comisión debería profundizar. A juicio del orador, la tercera parte debe remitirse al Comité de Redacción, no para que éste proceda a un examen artículo por artículo del sistema propuesto, sino para que examine el conjunto del proyecto de artículos y determine hasta qué punto podría finalizar en un plazo razonable el examen de esa tercera parte y, por tanto, la primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

23. El Sr. Sreenivasa RAO dice que la responsabilidad de los Estados, a diferencia de otras cuestiones estudiadas por la Comisión, abarca todo el campo del derecho internacional, y que la parte del tema que constituye el objeto del quinto informe, o sea, la solución de las controversias, afecta al fondo mismo del principio de la primacía del derecho en las relaciones internacionales. La Comisión, habida cuenta del mandato que le ha sido conferido, debe poner el máximo empeño, aun a riesgo de que se la critique por su lentitud, en concebir un régimen jurídico cuyas características sean la claridad, la uniformidad y la universalidad. Como dijo en el período de sesiones anterior en relación con las contramedidas, la primacía del derecho en las relaciones internacionales se compadece mal con el derecho de los Estados a decidir unilateralmente lo que es lícito o ilícito y a convertir ese juicio unilateral en base jurídica de unas contramedidas. Por eso considera una contradicción que se diga, como hace el informe, que las contramedidas forman parte del derecho internacional consuetudinario y que los procedimientos de solución de las controversias corresponden a la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional. Las contramedidas forman parte indiscutiblemente de la realidad, pero ningún Estado, ni siquiera entre los que las aplican, infiere que está facultado para decidir el derecho y aplicarlo unilateralmente. Según el orador, la práctica de las contramedidas no puede justificar el juicio de valor que las convierte en un elemento del derecho internacional consuetudinario. El Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas excluye el recurso unilateral al empleo de la fuerza y vincula esa disposición con la obligación de solución pacífica de las controversias. Esa es la base sobre la que la Comisión debe apoyarse en su intervención al servicio del imperio de la ley. La solución pacífica de las controversias es una obligación internacional fundamental existente. Esta obligación, y la obligación de no recurrir a la fuerza, son las dos caras de una misma realidad y no se puede clasificar una en el derecho internacional consuetudinario y la otra en la esfera del desarrollo progresivo del derecho internacional.

24. Afirmar el principio de la primacía del derecho equivale a decir que la comunidad internacional no pue-

¹² Para el texto, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

de tolerar ni legitimar la definición unilateral de los derechos de cada uno, y aún menos su aplicación unilateral, sino que se incorpora un nuevo elemento: la solución de las controversias por intervención de un tercero. Ahora bien, no hay que subestimar las objeciones que suscita esa solución ideal ni las dificultades prácticas que entraña en un mundo en que la divisoria entre la esfera del derecho y la ley de la jungla aparece algo difuminada por las maniobras de los Estados grandes y poderosos. De ahí la necesidad de innovar y elaborar otras estrategias. Señala a este respecto que el Artículo 33 de la Carta, desarrollado en el Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados¹³, pone a disposición de los Estados toda una serie de medios para cumplir de manera democrática e igualitaria la obligación de solución pacífica de las controversias; y que, en la práctica, en el 90% de los casos los Estados terminan por resolver sus controversias por medios libremente elegidos por ellos. En esas condiciones, la Comisión no debería sobre todo dar la impresión de que, fuera del modo de solución por intervención de un tercero, sólo existe la ley de la jungla, para no desalentar a los Estados que intenten resolver pacíficamente sus controversias y no privarse incluso de la posibilidad de imponer esta obligación fundamental; conviene dejar a la elección de los Estados el modo de cumplir dicha obligación, sin perjuicio de alentarlos a que opten por el recurso a un tercero imparcial.

25. La obligación de solución pacífica de las controversias no debe tener como único objeto determinar la legalidad de las contramedidas ya adoptadas, sino abarcar todo el campo de la responsabilidad de los Estados, en la inteligencia de que las contramedidas son por definición un abuso de derecho; que, puesto que son inevitables, deben ir acompañadas de cierto número de requisitos previos, el primero de los cuales debe ser la obligación previa de recurrir a un procedimiento de solución pacífica; y que cabe esperar que los Estados grandes y poderosos y los que aplican contramedidas hagan prevalecer su calidad de miembros de la comunidad internacional sobre sus intereses egoístas. Sin embargo, en la labor realizada hasta ahora parece predominar una concepción estrecha de la obligación de solución pacífica de las controversias en la que subsiste la posibilidad de que los Estados con medios suficientes sean a la vez juez y parte. Si ello es así, sería mejor dejar a un lado las contramedidas y limitarse a incluir al final del proyecto de artículos disposiciones sobre la solución pacífica de las controversias. El caso es que el modo de solución por un tercero imparcial sería sin duda el único medio de asentar sólidamente el imperio de la ley, como dice el Relator Especial, pero por el momento sigue siendo una hipótesis.

26. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice que el Relator Especial ha demostrado en su quinto informe que, para una aplicación correcta del capítulo relativo a las contramedidas, deben darse dos condiciones: que la propia convención establezca los medios de solución de las controversias y no se limite a remitir a los medios de solución que existan

entre las partes; y que el medio de solución elegido conduzca sin duda a resolver el litigio, es decir, que el recurso a modos de solución por intervención de un tercero sea obligatorio en caso de fracaso de los demás medios. Por haber hecho esa demostración, se ha presentado al Relator Especial, bien como un peligroso revolucionario que quiere destruir los cimientos del derecho internacional, o bien como un tímido reformador que no propone nada nuevo. En realidad, no es ni lo uno ni lo otro.

27. La Comisión no puede ciertamente pasar por alto que la aprobación de las propuestas contenidas en el quinto informe llevaría consigo cambios importantes, pero ello no debe impedir que haga suyas las ideas que sirven de base al informe, en especial los dos elementos de importancia capital que acaba de mencionar. La Comisión, que no es un órgano político, debe proponer un sistema que, prescindiendo de si los Estados lo adoptarán o no, sea idóneo para mejorar la situación actual, pues ésta es inaceptable. Debe al mismo tiempo esforzarse por concebir un sistema lo más práctico posible. Un sistema que de entrada fuera rechazado por los Estados no podría contar con el apoyo del orador.

28. El Relator Especial propone un sistema bastante complejo que consiste, en primer lugar, en mantener en lo esencial el artículo 12 de la segunda parte, según el cual los Estados implicados deben recurrir previamente a los medios de solución a su disposición, pero modificando el apartado a del párrafo 1 a fin de subordinar la licitud del recurso a contramedidas a la existencia de «dicha decisión vinculante dictada por un tercero», y, en segundo lugar, en reforzar en la tercera parte¹⁴ el procedimiento de conciliación no obligatoria sin menoscabar la facultad del Estado lesionado de aplicar contramedidas.

29. Se habrá observado que el Relator Especial defiende el mantenimiento del artículo 12 al mismo tiempo que demuestra convincentemente, en su quinto informe, que lo que verdaderamente importa es incluir en el proyecto un sistema más o menos orgánico de procedimientos de solución de las controversias por intervención de un tercero que, a falta de acuerdo, conduzcan finalmente a una decisión obligatoria dictada por ese tercero. Además, la tercera parte contiene mucho más que un procedimiento de conciliación más o menos reforzado, puesto que, si la conciliación fracasa, está previsto el recurso al arbitraje obligatorio seguido, si éste tampoco da resultado, del recurso a la CIJ. A este respecto, el Relator Especial parece hacerse una idea un poco exagerada de la fragilidad de los mecanismos de solución cuando formula unas previsiones apocalípticas según las cuales la comisión de conciliación no podría llevar a cabo su tarea y los tribunales arbitrales no conseguirían constituirse o dictar su laudo dentro de plazo, de manera que sería necesario acudir a la CIJ. Sin embargo, si se establece un procedimiento automático a tal efecto, esos órganos no deberían tropezar con dificultades insuperables para constituirse y cumplir su cometido. La OEA, por ejemplo, dispone de un sistema completo y orgánico de solución de las controversias que aparece plasmado en uno de sus tres instrumentos constitutivos, el Pacto de Bogotá¹⁵.

¹³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento N.º 33 (A/46/33 y Corr.1), anexo.*

¹⁴ Véase 2305.^a sesión, párr. 25.

¹⁵ Véase nota 10 *supra*.

30. El sistema propuesto por el Relator Especial es demasiado complicado y muy largo; si se suman los distintos plazos, su aplicación puede durar dos o tres años, o incluso más. Por lo demás, no se alcanza a discernir el interés de un procedimiento de conciliación, que por definición no es obligatorio, seguido de un procedimiento de solución obligatoria por intervención de un tercero. ¿Por qué no contentarse con este último procedimiento? Cabe preguntarse, por fin, si las contramedidas requieren un sistema tan engorroso; después de todo, una contramedida no es una declaración de guerra.

31. En su opinión, un sistema que cumpliera las dos condiciones que el Relator Especial estima indispensables sería suficiente, sobre todo si da pie a un consenso en la Comisión. Podría consistir en un mecanismo muy simple, establecido quizás en la segunda parte, que garantizase la solución del litigio. El mantenimiento del sistema bastante confuso que establece el artículo 12, en la forma propuesta por el Relator Especial o con otro enunciado, modificado pero esencialmente idéntico, podría menoscabar el buen funcionamiento del proyecto de artículos.

32. El Comité de Redacción ha considerado una idea que merecería ser examinada por la Comisión, ya que parece reunir las condiciones enunciadas por el Relator Especial y permitiría resolver las controversias relativas a las contramedidas con arreglo a un método establecido en la propia convención: se trataría de autorizar al Estado lesionado a adoptar contramedidas a condición de que ofrezca simultáneamente acudir a un procedimiento de solución por un tercero imparcial. Tal sistema, al garantizar una apreciación imparcial de la legalidad de las contramedidas, constituiría una mejora considerable respecto de lo que ahora se propone. Evidentemente, esto se aplica sólo a los principales elementos del sistema examinado en el Comité de Redacción y no a las cláusulas accesorias que acompañen a esos elementos.

33. El orador podría aceptar un sistema basado en esos principios generales, a condición de que el procedimiento de arbitraje sea absolutamente automático y que su aplicación no pueda ser bloqueada por ninguna de las partes. Para ello, sería preciso definir claramente en la tercera parte las diversas fases y modalidades del procedimiento, a fin de que la constitución y el funcionamiento del tribunal arbitral —nombramiento de los árbitros y del presidente, elaboración del compromiso por el tribunal a falta de acuerdo entre las partes, etc.— sean totalmente automáticos. Además, el tribunal arbitral debería poder ordenar la cesación inmediata de la contramedida o decretar las medidas cautelares o de otra índole que estimara necesarias para cumplir su cometido.

34. En conclusión, el orador opina como el Sr. Eiriksson que no es necesario proseguir el debate sobre esta cuestión en sesión plenaria. Procede remitir el texto de los artículos de que se trata al Comité de Redacción, llegado el caso con la reserva formulada por el Sr. Eiriksson.

35. El Sr. VERESHCHETIN tiene la impresión, confirmada por la intervención del Sr. Eiriksson, de que subsisten dudas acerca de la necesidad de incluir en el proyecto una tercera parte, autónoma y tan importante como las dos primeras, relativa al modo de hacer efectiva la

responsabilidad y a la solución de las controversias. Se pregunta, pues, hasta qué punto era necesario que la Comisión adoptase formalmente una decisión a este respecto y, si la respuesta a esa pregunta fuera afirmativa, debería saber cuándo se adoptó esa decisión y si se ha definido el alcance de esa tercera parte.

36. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en 1985 y 1986, en particular, la Comisión remitió al Comité de Redacción el conjunto de las propuestas presentadas por el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen. Por eso, el Sr. Mahiou (2306.ª sesión) señaló acertadamente que se ha sometido al Comité de Redacción, en forma debida, un proyecto relativo a la tercera parte que el Comité debe en todo caso examinar. Pero, por supuesto, la Comisión es libre de adoptar la decisión que estime oportuna a este respecto.

37. El PRESIDENTE señala que en el informe sobre la labor realizada en el 44.º período de sesiones de la Comisión¹⁶ se indica que, desde 1986, la Comisión dio por sentado que se incluiría en el proyecto de artículos una tercera parte dedicada a la solución de las controversias y al modo de hacer efectiva (*mise en œuvre*) la responsabilidad internacional. Así pues, esta cuestión está cerrada.

38. El Sr. EIRIKSSON puntualiza que la Comisión, con objeto de eliminar la ambigüedad que se desprendía de las palabras «una posible tercera parte, si la Comisión decidía incluirla, trataría de la cuestión de la solución de las controversias y del modo de “hacer efectiva” (*mise en œuvre*) la responsabilidad internacional», que figuraban en la introducción del capítulo del informe de la Comisión relativo a la responsabilidad de los Estados, ésta decidió en 1992 sustituirlas por la frase a la que acaba de dar lectura el Presidente.

39. El Sr. YANKOV, apoyado por el Sr. VILLAGRÁN KRAMER y el Sr. THIAM, hace observar que los trabajos de la Comisión sobre el tema parten desde hace varios años de la hipótesis de que habrá una tercera parte que, además, ha sido objeto de varias propuestas.

40. El Sr. TOMUSCHAT estima que la Comisión debería concluir el examen de los artículos relativos a las cuestiones de fondo antes de enunciar las normas de procedimiento de la tercera parte del proyecto.

41. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en este caso es muy difícil distinguir entre cuestiones de fondo y cuestiones «procesales». Sin duda él mismo ha debido, por razones de método, distinguir entre las consecuencias de fondo del hecho ilícito, es decir, la obligación de reparar, y las consecuencias «procesales», es decir, las contramedidas, pero el resultado es que la segunda parte del proyecto, relativa a las contramedidas, contiene muchas disposiciones de procedimiento. Es preciso a este respecto evitar todo formalismo excesivo; en lo que a él concierne, el Relator Especial se estima incapaz de separar netamente el fondo del procedimiento, pues no está convencido de que en esta materia tal distinción sea muy acertada.

¹⁶ Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), párr. 108.

42. El PRESIDENTE dice, en conclusión, que la Comisión está autorizada desde ahora para decir que el proyecto comprende una tercera parte, relativa al modo de «hacer efectiva» la futura convención y a la solución de las controversias, sin que ello signifique prejuzgar el contenido de esa tercera parte.

Se levanta la sesión a las 11.45 horas.

2311.^a SESIÓN

Jueves 24 de junio de 1993, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (*continuación*) (A/CN.4/446, secc. E, A/CN.4/447 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/451², A/CN.4/L.489)

[Tema 4 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación**)

1. El Sr. TOMUSCHAT felicita al Relator Especial por el sucinto informe que ha presentado, en el que aborda todas las cuestiones sin rodeos innecesarios. Conviene con el Relator Especial en que la Comisión tiene contraída una gran deuda con el anterior Relator Especial, Sr. McCaffrey, bajo cuya dirección el proyecto de artículos cobró forma en un plazo relativamente corto.

2. Confiesa una clara preferencia por un proyecto de convención y no por unas normas tipo, y ello porque muchas de las disposiciones versan sobre mecanismos procesales que sólo pueden adquirir plena eficacia en el marco de un tratado. Además, la única manera de conseguir que el proyecto de artículos desarrolle todo su potencial es incorporándolo a un instrumento con fuerza de obligar.

3. Está de acuerdo con el Relator Especial en que no es necesario introducir ningún cambio en el artículo 1.

4. Por lo que respecta al apartado *b* del artículo 2 no alcanza a comprender por qué el Relator Especial ha propuesto que se supriman las palabras «y fluyen a un término común», a las que por su parte no tiene nada que objetar. Coincide con él, en cambio, en que habría que transferir al artículo 2 la definición de contaminación del artículo 21³. De hecho, si no recuerda mal, tal fue siempre la intención de la Comisión.

5. Otra cuestión más grave es la que se refiere a la propuesta de sustituir el término «*appreciable*» («apreciable») por «*significant*» («sensible»). Siempre ha tenido el convencimiento de que el término «apreciable» no indica el umbral deseado. En primer lugar, adolece de cierta ambigüedad. Asimismo, como se ha indicado ya, puede interpretarse en el sentido de «no insignificante». Una palabra que encierra ese significado no puede servir para designar el punto en que debe trazarse la divisoria. Esa divisoria se cruza cuando se causan daños no insignificantes, daños que rebasen los parámetros de lo que es habitual en las relaciones entre los Estados que utilizan las aguas en provecho propio. Si bien está de acuerdo, pues, en que se sustituya el término «*appreciable*» por «*significant*», opina que debe mantenerse la referencia del artículo 3 al grado o alcance («*extent*») del menoscabo. Tampoco le parece totalmente convincente el argumento a favor de la armonización de los artículos 3 y 7.

6. No respalda la enmienda propuesta al párrafo 3 del artículo 3 ya que, en su opinión, no es necesario referirse a los acuerdos de curso de agua existentes. Para que las partes en un convenio existente ratifiquen la futura convención tendrán que estar convencidas de que ambos instrumentos son plenamente compatibles. No es preciso recordarles que quizás tengan que revisar su acuerdo anterior. Al Relator Especial no se le oculta ese hecho, como se desprende de la afirmación que hace en el párrafo 16 de su informe.

7. No cree que la nueva redacción del artículo 7 propuesta por el Relator Especial mejore la calidad de la norma que enuncia. Dicho artículo puede ser criticado por su excesiva rigidez, especialmente si se tiene en cuenta que una lectura superficial puede llevar a la conclusión de que el hecho de que se produzcan daños puede de por sí determinar la ilicitud del uso. Sin embargo, esa interpretación sería equivocada. Lo que el artículo 7 exige a los Estados es que ejerzan la diligencia debida, cuyos requisitos varían según el grado de peligro que entraña una actividad determinada. Por consiguiente, puede apoyar la primera parte del nuevo texto propuesto por el Relator Especial, que dice: «Los Estados del curso de agua ejercerán la diligencia debida para utilizar el curso de agua internacional de manera que no se causen daños sensibles [*significant*] a otros Estados del curso de agua». Los restantes elementos adicionales simplemente califican o restringen la norma de manera que estima que induce a confusión. Considera evidente que una utilización equitativa y razonable siempre se sitúa por debajo del umbral del daño sensible. No es necesaria ninguna

* Reanudación de los trabajos de la 2309.^a sesión.

¹ Reproducido en *Anuario...* 1993, vol. II (primera parte).

² *Ibid.*

³ Véase *Anuario...* 1991, vol. II (segunda parte), pág. 74.

coordinación entre los artículos 5 y 7 por medio de una remisión explícita.

8. Es alentador advertir que el Relator Especial se remite, en general, a las decisiones de principio aprobadas por la Comisión en primera lectura. Queda por ver si el Relator Especial, en la medida en que desee introducir innovaciones, podrá convencer a la Comisión de que su propio criterio es preferible al criterio colectivo que inspiró la aprobación del proyecto de artículos en primera lectura⁴.

9. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que el estilo del primer informe del Relator Especial, que es breve y no invoca a tratadistas ni instrumentos en apoyo de verdades evidentes, es muy reconfortante. No trata de perturbar el delicado equilibrio que existe entre los distintos conceptos recogidos en los artículos y facilitará considerablemente la segunda lectura de la Comisión. Los artículos fueron muy bien recibidos en conjunto por la Asamblea General y la Comisión se encuentra en el buen camino. El Relator Especial está siguiendo las huellas del Sr. McCaffrey, su predecesor en el cargo de Relator Especial, con el cual la Comisión tiene contraída una deuda por la forma como dirigió la primera lectura.

10. El Relator Especial ha planteado dos cuestiones generales en su informe, la primera de las cuales es si hay que incluir en el proyecto disposiciones sobre la solución de las controversias. El orador señala, a este respecto, que el hecho de que tales disposiciones no hayan sido incluidas en el proyecto en primera lectura no significa que la Comisión haya rechazado la idea. En realidad, el Sr. McCaffrey las incluyó en su sexto informe⁵, pero no hubo tiempo para examinarlas. Por su parte, es partidario de incluir disposiciones sobre la solución de las controversias. No es necesario un sistema complejo. Bastaría indicar en algún momento que existe la obligación de aceptar un procedimiento de solución por un órgano imparcial. Habría, por supuesto, libertad de elección entre la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial, cada uno de los cuales tiene sus ventajas e inconvenientes. El Relator Especial, sin embargo, no tendría siquiera que redactar unas disposiciones ya que las elaboradas por el Sr. McCaffrey, que acertadamente había optado por la conciliación obligatoria, podrían servir de base a los trabajos de la Comisión.

11. La segunda cuestión general planteada por el Relator Especial es la de si el proyecto debe adoptar la forma de una convención marco o de unas normas tipo. Aunque la Comisión no ha adoptado formalmente una decisión sobre esa cuestión, tiene entendido que siempre se ha trabajado sobre la base de que se llegaría finalmente a un acuerdo marco. La idea del acuerdo marco también había encontrado amplio respaldo en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. No obstante, el Relator Especial ha expresado dos razones posibles en favor de las normas tipo, aunque sin apoyar ese planteamiento. La primera de ellas es que no tendría mucho sentido abogar por el criterio de la convención marco si no hay ciertas expectativas de que tenga una aceptación ge-

neralizada. Ese argumento no es muy convincente, ya que los Estados han expresado una amplia aceptación de los artículos como base de un acuerdo marco. La segunda observación del Relator Especial es que el criterio de las normas tipo requeriría que la Asamblea General le diese su plena aprobación. Tal aprobación, sin embargo, no sería mayor que el apoyo prestado a la convención marco. El Relator Especial ha indicado asimismo que las normas tipo facilitarían la inclusión de directrices más concretas, afirmación que parece discutible dada la gran variedad de ríos y situaciones de que se trata. Sólo un instrumento general puede proporcionar una orientación general.

12. Pasando a considerar el proyecto de artículos, no está de acuerdo con el Relator Especial en que el articulado fija una pauta digna de observar pero difícil de seguir, pero conviene en que lo que más se necesita en esta etapa es afinar. Como esos últimos retoques en su mayor parte sólo pueden ser efectuados en el Comité de Redacción, circunscribirá sus observaciones a cinco puntos principales.

13. En primer lugar, no está de acuerdo con la propuesta del Relator Especial de que se supriman las palabras «y fluyen a un término común», que figuran en el apartado *b* del artículo 2. En opinión del Relator Especial, esa idea no parece añadir nada... aparte de la posibilidad de confundir y podría limitar artificialmente el alcance del proyecto. Sin embargo, como la Comisión señala en el párrafo 7 de su comentario al artículo 2⁶, el requisito de un término común se incluyó para establecer ciertos límites al ámbito geográfico de los artículos. El hecho de que dos cuencas de drenaje diferentes estén conectadas por un canal no debería bastar para considerarlas parte de un solo «curso de agua» a los efectos de los artículos. En Francia, por ejemplo, casi todos los ríos están conectados mediante canales. Si se suprimiera el elemento del término común, todos los sistemas de cursos de agua de Francia quedarían reducidos, por consiguiente, a uno solo; en otras palabras, el Ródano y el Rin constituirían el mismo sistema, cosa claramente absurda. Así pues, la expresión «término común» es, a su juicio, necesaria.

14. En segundo lugar, la indicación del Relator Especial de que se inclina a incluir en el concepto de «curso de agua», definido en el apartado *b* del artículo 2, las aguas subterráneas confinadas «sin relación» con las aguas de superficie, no parece muy lógico. ¿Cómo unas aguas subterráneas que no estén relacionadas con las aguas de superficie pueden llegar a considerarse parte de un sistema de aguas que, «en virtud de su relación física», constituye «un conjunto unitario»? Si no hay relación física, ¿cómo pueden tales aguas formar parte de un conjunto unitario? La cuestión de las aguas confinadas tiene que ser regulada, pero requiere un conjunto de normas diferentes. Pocos artículos, de haber alguno, salvo los que enuncian principios generales, pueden aplicarse a las aguas subterráneas confinadas. Incluso si en virtud del estudio que ha propuesto el Sr. Bowett⁷ y que ha aprobado el Grupo de Planificación⁸ se llega a la conclu-

⁴ *Anuario...* 1991, vol. I, 2231.ª sesión, párr. 71.

⁵ *Anuario...* 1990, vol. II (primera parte), pág. 43, documento A/CN.4/427 y Add.1.

⁶ *Anuario...* 1991, vol. II (segunda parte), pág. 76.

⁷ Documento ILC/WG/LTPW/93/1/Add.1.

⁸ Documento ILC/(XLV)/PG/R.1, párr. 5.

sión de que la reglamentación de tales aguas debe figurar en una parte independiente del articulado sobre los cursos de agua, seguirá estando a favor de un instrumento separado. Sea como sea, hasta que se estudie la cuestión más a fondo, se opone a la idea de incluir las aguas subterráneas confinadas en el concepto de curso de agua.

15. Su tercera observación concierne a las palabras inglesas «*appreciable*» y «*significant*». El término «*appreciable*» («apreciable») se utiliza en ocho artículos por lo menos para calificar el grado en que un Estado puede resultar afectado, los efectos perjudiciales de un uso particular o los daños causados. Como es evidente que, en todos los casos, los efectos perjudiciales o los daños rebasan la simple posibilidad de «apreciación» o «medición», lo que realmente se quiere decir sin duda es «*significant*», en el sentido de algo que no es insignificante, pero que no alcanza necesariamente el nivel de considerable o importante. En los párrafos 13 a 15 de su comentario al artículo 4⁹, que ha pasado a ser el artículo 3, la Comisión no consiguió aclarar del todo la cuestión. En el párrafo 5 de su comentario al artículo 8, que ha pasado a ser el artículo 7¹⁰, dice que «el término “apreciablemente” expresa un criterio de hecho» y que «[e]l daño ha de poder determinarse mediante pruebas objetivas», pero añade que «[d]ebe darse un verdadero menoscabo del uso, es decir, un efecto nocivo de cierta importancia» y que «[d]años “apreciables” son... aquellos que no son insignificantes o meramente detectables pero tampoco necesariamente “graves”». Por consiguiente, el término «apreciable» contiene dos elementos: la posibilidad de apreciación, detección o medición objetiva y cierto grado de importancia que lo sitúa entre lo insignificante y lo considerable. El problema es que «*appreciable*» puede entenderse que contiene sólo el primero de esos elementos. Todo lo que puede medirse puede considerarse «*appreciable*». De hecho, el Sr. Barboza, Relator Especial encargado del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, ha adoptado ese concepto al afirmar que por riesgo apreciable se entiende el riesgo que puede ser determinado mediante el mero examen de la actividad y lo que entraña. En su opinión, sin embargo, ambos elementos tienen que estar presentes en cualquier calificativo del daño. Así pues, está de acuerdo con el Relator Especial en que se sustituya en todo el proyecto el término «*appreciable*» por «*significant*».

16. En cuarto lugar, no parece dudoso que los acuerdos de curso de agua que se celebren en el futuro, y a los que se refiere expresamente el articulado, tendrán precedencia sobre las disposiciones del proyecto. A este respecto, no está de acuerdo con el Relator Especial, que se pregunta si tales acuerdos, de ser incompatibles con los artículos, han de ser considerados como válidos. Dado el carácter supletorio de los artículos, los Estados son libres de incluir en los acuerdos de curso de agua cualquier estipulación que consideren como una adaptación de lo dispuesto en el articulado, con tal que no resulten afectados terceros Estados. La cuestión quizás sea más dudosa en lo que se refiere a los acuerdos de curso de agua ya en vigor. ¿Tendrán esos acuerdos prioridad sobre los artícu-

los? Para resolver el problema, el Relator Especial propone que los Estados, al adquirir la condición de partes en los artículos, indiquen su intención o interpretación en relación con algunos de los acuerdos vigentes o con todos ellos. Aunque esa parece una solución lógica, seguirá habiendo un problema si no todas las partes en un acuerdo vigente adoptan la misma posición. El Relator Especial quizás podría examinar más a fondo el problema y proponer una disposición a fin de evitar dificultades futuras. Mientras tanto, conviene con el Sr. Tomuschat en que esa disposición es innecesaria.

17. En quinto y último lugar se referirá a una cuestión mucho más de fondo, a saber, las relaciones entre los artículos 5 y 7 y los conceptos de utilización equitativa y razonable, por una parte, y daño, por otra. El Relator Especial ha señalado acertadamente que los artículos 5 y 7 representan un elemento esencial de todo el proyecto pero que no dejan de ser ambiguos. Sin embargo, esa ambigüedad resulta de la transacción entre quienes estiman que la utilización «equitativa y razonable», enunciada en el artículo 5, debe ser la principal consideración, que puede llevar implícitamente aparejado el derecho a causar algún daño, y quienes, como el propio orador, dan primacía al daño aduciendo que ningún uso puede considerarse «equitativo y razonable» si produce un daño a otro Estado. Se refiere, por supuesto, a un daño por encima del umbral razonable. El Relator Especial propone ahora que se modifique el texto del artículo 7 para imponer a los Estados sólo la obligación de ejercer «la diligencia debida» y no la obligación de no causar daños; así, en los casos en que el uso fuera equitativo y razonable, serían admisibles algunos daños, con lo que el uso equitativo y razonable se convertiría en la consideración preferente. Como excepción al principio general, sólo los daños resultantes de la contaminación darían lugar a que un uso dejara de ser equitativo y razonable aunque, incluso en ese caso, serían admisibles los daños si no hubiese un riesgo inminente para la salud y la seguridad de las personas y se demostrase claramente la existencia de circunstancias especiales que hagan imperioso un ajuste propio. Ni que decir tiene que se opone a esa modificación, ya que perturbaría el delicado equilibrio logrado en primera lectura. El concepto de *alienum non laedas* quedaría subordinado a la imprecisa noción de uso «equitativo y razonable», que no constituye un criterio objetivo y no puede aceptarse en sí mismo como principio básico de la regulación de los problemas dimanantes de la utilización de los cursos de agua que puedan causar daños transfronterizos. El hecho de que el concepto de utilización equitativa y razonable encuentre apoyo en muchos tratadistas y figure en muchos instrumentos internacionales no lo convierte en un elemento apto para sustituir el principio básico de que la consideración suprema es la obligación de no causar daños de entidad a otros Estados. El orador acepta el artículo 5 en la inteligencia de que se incluiría en el proyecto el artículo 7 en su versión actual. La segunda lectura del articulado será muy difícil si se insiste en destruir el actual equilibrio entre los dos artículos.

18. El Sr. IDRIS felicita al Relator Especial por su primer informe y rinde homenaje al Sr. McCaffrey, el Relator Especial anterior, por su contribución a la elaboración del texto del proyecto de artículos. El informe

⁹ Véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y 30.

¹⁰ Véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 39 y 40.

proporciona un sucinto análisis de las cuestiones fundamentales que se sitúan en el centro del tema.

19. Conviene en que las propuestas de la Comisión deberían adoptar la forma de un acuerdo o convención marco que guíe a los Estados en la elaboración de acuerdos especiales sobre los cursos de agua comunes. No obstante, el Relator Especial tiene razón cuando dice que el planteamiento de la convención marco supone que haya una expectativa de amplia aceptación por parte de los Estados. Al elaborar acuerdos especiales, los Estados conservarán, desde luego, su plena libertad de acción para aceptar o no la decisión de la Comisión. En cualquier caso, es demasiado pronto para juzgar los resultados de la labor de la Comisión.

20. La Comisión ciertamente debe proponer disposiciones sobre la solución de las controversias, pues ello favorecerá la credibilidad del texto y alentará a los Estados a aceptarlo. Sin embargo, la Comisión debe concluir sus trabajos sobre el propio articulado antes de pasar a considerar la solución de controversias.

21. El párrafo 2 del artículo 1, en su redacción actual, es ambiguo y puede crear confusión. Por eso, el Comité de Redacción debería estudiarlo más a fondo.

22. El apartado *b* del artículo 2, en el que se define la expresión «curso de agua», sería más claro si se refiriese a un sistema de aguas que comprende varios elementos: ríos, lagos, aguas de superficie y aguas subterráneas, canales y embalses. Tampoco está de acuerdo con la recomendación del Relator Especial de que se supriman las palabras «y fluyen a un término común», porque expresan una realidad y su supresión podría dar pie a interpretaciones totalmente opuestas a la manera como entiende esa realidad.

23. En cuanto al artículo 3, apoya la recomendación del Relator Especial de que se sustituya el término «*apreciable*» por «*significant*». No obstante el análisis que el Sr. Calero Rodrigues acaba de hacer de esas palabras, la enmienda no afectaría al contenido del artículo. A la luz del estudio de esa cuestión realizado anteriormente por la Comisión, es evidente que «*significant*» significa «*important*». La convención marco no afectaría necesariamente a los acuerdos internacionales de curso de agua a menos que los Estados partes en esos acuerdos decidieran otra cosa. Como ha sugerido el Sr. Calero Rodrigues, esa cuestión quizás debería incluirse en el artículo 3. La misma enmienda debería introducirse, por supuesto, en el artículo 4.

24. El contenido del principio de utilización equitativa y razonable, a que se refieren los artículos 5 y 6, será determinado por los Estados, pero el artículo 5 debería indicar formas tipo de utilización, concernientes, por ejemplo, a la división de un curso de agua entre Estados, pues ello facilitaría la solución de las controversias. Existían ya muchos acuerdos útiles sobre el tema. El artículo 7 resultaría entonces superfluo porque constituiría una excepción al principio de la utilización de los bienes privados sin causar daños a otros. En virtud del artículo 7, el daño se evaluaría subjetivamente y no objetivamente, con lo que se debilitaría el texto.

25. El sentido del artículo 31¹¹ no está claro porque la segunda frase parece contradecir la primera. Sea como sea, la información vital de que se trata puede ser protegida por leyes nacionales que tendrán que ser observadas. Conviene con el Relator Especial en que no es preciso modificar el artículo 8, que cuenta con su pleno apoyo.

26. Se adhiere a las observaciones formuladas por el Sr. Calero Rodrigues acerca de la cuestión de las aguas subterráneas confinadas, pues no parece que las aguas subterráneas guarden una relación directa con el tema de que trata el proyecto de artículos. Su inclusión podría causar dificultades fundamentales porque esa cuestión requiere realmente una serie distinta de disposiciones.

27. El Sr. CALERO RODRIGUES confiesa haberse equivocado en su referencia a las propuestas del Sr. McCaffrey relativas a la solución de las controversias, pues éstas no incluyen sólo la conciliación sino también la obligación de recurrir al arbitraje.

28. El Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial) dice que fue en su primera intervención cuando el Sr. Calero Rodrigues estaba en lo cierto. Las propuestas del Sr. McCaffrey apuntan al arbitraje, pero no imponen una obligación en tal sentido.

29. El Sr. GÜNEY felicita al Relator Especial por su primer informe en el que adopta un criterio pragmático, pero se muestra dispuesto a transigir. También rinde homenaje al Sr. McCaffrey por su contribución al proyecto de artículos. El Relator Especial trabaja en un campo en que existen muchos acuerdos internacionales vigentes que contienen principios difíciles de codificar dadas las diferencias entre las situaciones reguladas.

30. Debería darse al proyecto de artículos la forma de un acuerdo marco que enunciara recomendaciones generales que pudieran seguir los Estados al elaborar acuerdos adaptados a sus situaciones respectivas. Salvo el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, todos los gobiernos que han hecho observaciones sobre el tema prefieren un acuerdo marco a unas normas tipo. La Comisión debería formular finalmente recomendaciones sobre la solución de las controversias, pero sería prematuro hacerlo ahora antes de que se haya aprobado el propio proyecto de artículos.

31. Conviene con el Relator Especial en que habría que trasladar la definición de «contaminación» del artículo 21¹² al artículo 2. La definición de «curso de agua» que figura en el apartado *b* del artículo 2 ha sido muy criticada porque amplía el alcance del proyecto de artículos. La Comisión se excedería, de hecho, en su mandato si regulase tanto las aguas de superficie como las aguas subterráneas. Esa definición entrañaría un nuevo trazado general de mapas, que actualmente no indican las aguas subterráneas. Ello constituiría una carga para los países en desarrollo y, en cualquier caso, no se dispone de datos suficientes para la representación exacta de las aguas subterráneas. También es difícil distinguir entre aguas subterráneas y aguas de superficie, por lo que

¹¹ Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 75.

¹² Véase nota 3 *supra*.

surgirían controversias acerca de si unas aguas son confinadas o no confinadas. Por consiguiente, habría que volver a redactar el apartado *b* del artículo 2 para que abarque sólo las aguas de superficie. Entonces no habría problema en suprimir las palabras «y fluyen a un término común».

32. Puede aceptar que se sustituya el término «*appreciable*» por «*significant*» en el artículo 3 y los demás artículos del proyecto, aunque preferiría la palabra «*substantial*».

33. Cabe que el párrafo 2 del artículo 5 sea superfluo, puesto que su objeto principal —la participación equitativa y razonable en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional— ya está comprendido en el párrafo 1. En su opinión, convendría suprimir el párrafo 2. Abriga serias dudas acerca de la propuesta de modificación del artículo 7 formulada por el Relator Especial porque podría tener como resultado la destrucción del precario equilibrio que convierte el uso equitativo y razonable en el elemento decisivo del proyecto de artículos.

Se levanta la sesión a las 11.20 horas.

2312.^a SESIÓN

Viernes 25 de junio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (continuación) (A/CN.4/446, secc. E, A/CN.4/447 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/451², A/CN.4/L.489)

[Tema 4 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El Sr. MAHIOU examina las propuestas del Relator Especial relativas a las partes I y II del proyecto de arti-

culado aprobado en primera lectura³ y señala, en lo que concierne a la forma que habrá de revestir el texto, que la Comisión viene trabajando desde el principio con la perspectiva de una convención marco, a lo que opina que hay que atenerse. La Comisión es un órgano de codificación y no un «grupo de reflexión» llamado a preparar dictámenes sobre diferentes temas.

2. Sería útil, sin duda, que el proyecto incluyera cláusulas sobre la solución de las controversias. El anterior Relator Especial había redactado ya disposiciones en ese sentido; sería posible volver a examinarlas, y espera con interés las propuestas que el actual Relator Especial hará a este respecto en el próximo período de sesiones.

3. No tiene ninguna observación que hacer sobre el artículo 1 de la parte I del proyecto, pero abriga grandes reservas en lo que concierne a la propuesta del Relator Especial de suprimir en el artículo 2 las palabras «y fluyen a un término común». El Relator Especial señala, sin más explicaciones, que esa fórmula podría inducir a confusión y «limitar artificialmente el alcance del proyecto». Pero la supresión de esas palabras también podría dar a entender que existe una unidad artificial entre cursos de agua o sistemas de cursos de agua muy diferentes entre sí. El orador hace observar que la Comisión, en el párrafo 7 del comentario al texto del artículo 2 aprobado en primera lectura⁴, procuró explicar que no había que considerar como un solo curso de agua o sistema de curso de agua dos cuencas de drenaje diferentes por el mero hecho de que estuvieran conectadas entre ellas por un canal. Se trata, pues, de un aspecto delicado. No obstante, como no tiene ideas preconcebidas a este respecto, está dispuesto a aceptar la propuesta del Relator Especial si éste aporta argumentos convincentes, cosa que no ha hecho por ahora.

4. Como la Comisión ha pedido al Relator Especial que estudie el problema de las aguas subterráneas confinadas y examine si debe incluirse esta cuestión en el proyecto o si, por el contrario, hay que tratarla por separado, esperará a conocer el informe del Relator Especial sobre ese punto antes de pronunciarse.

5. En lo que concierne al artículo 3, no tiene nada que objetar a que se sustituya en inglés el término *appreciable* por *significant* en la variante A. En cambio, no es partidario de la variante B propuesta, que en el texto francés hace referencia a los *dommages sensibles* causados. A su juicio, con ello se introduce en el artículo un elemento nuevo que, de hecho, lleva a restringir su alcance. La diferencia entre *porter atteinte de façon sensible* (variante A) y *causer un dommage sensible* (variante B) no es despreciable. El Relator Especial propone incluir en el artículo 3 una referencia a los «acuerdos existentes». No está seguro el orador de que eso sea útil sino que, por el contrario, teme que entrañe un riesgo de complicación y rigidez. Las normas usuales dimanantes del derecho de los tratados y, en particular, las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados le parecen suficientes para resolver la cuestión de los acuerdos sucesivos.

³ Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 71 y ss.

⁴ Para el comentario a los artículos 2, 10, 26 a 29 y 32, *ibid.*, págs. 76 a 84.

¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

² *Ibid.*

6. Por lo que respecta al lugar del texto en que deben figurar los artículos 8 y 26, no ve ningún inconveniente en que la cuestión sea debatida en el Comité de Redacción, ya que se trata de un problema de forma más que de fondo.

7. En lo que se refiere a la parte II del proyecto de artículos, el Relator Especial tiene razón cuando dice que se plantea un delicado problema de equilibrio entre los artículos 5 y 7. Quizás haya también cierta ambigüedad en lo que concierne a la naturaleza y el alcance de la responsabilidad de los Estados con respecto a la aplicación de esos artículos. Mas ello no justifica que se modifique el artículo 7 tan radicalmente como desearía el Relator Especial. El texto que propone podría precisamente romper el equilibrio sobre el cual ha deseado llamar la atención de la Comisión.

8. Deplora también que el Relator Especial se haya creído obligado a reservar un lugar especial a la contaminación en el artículo 7. La aparición de ese concepto sólo puede tener como resultado la apertura de un nuevo debate, de incierto final. Aun en el supuesto de que se apruebe la propuesta del Relator Especial, la fórmula que propone no dejaría de plantear dificultades. La fórmula empleada, según la cual toda utilización que cause daños apreciables consistentes en alguna forma de contaminación se presumirá que constituye una utilización no equitativa ni razonable a menos «que no haya un riesgo inminente para la salud y la seguridad de las personas», da pie para poner en tela de juicio el fundamento de esa limitación. Piénsese, por ejemplo, en la importancia para ciertos Estados ribereños de la contaminación que causara la muerte de todos los peces del curso de agua. Esa larga y sustancial modificación del artículo 7 no parece indispensable.

9. En resumen, aunque aprueba algunas de las modificaciones del texto propuestas por el Relator Especial, no puede aceptar por ahora algunas de las más importantes, en especial las que se refieren a los artículos 5 y 7.

10. El Sr. YAMADA quisiera hacer algunas observaciones generales antes de pasar a examinar en detalle los artículos revisados por el Relator Especial, quien ha presentado un «informe modelo», especialmente conciso y práctico.

11. A juzgar por los debates de la Sexta Comisión (A/CN.4/457, secc. E) y por los comentarios y observaciones de los gobiernos (A/CN.4/447 y Add.1 a 3), los textos resultantes del examen del proyecto en primera lectura parecen haber sido acogidos favorablemente por los Estados, lo que sin duda se debe a la excelente labor realizada por el anterior Relator Especial. La Comisión debería seguir adelante y tratar de concluir el examen del proyecto en segunda lectura antes del final del próximo período de sesiones.

12. Una manera de acelerar los trabajos sería, como subraya el Relator Especial, resolver desde ahora la cuestión de la forma que ha de revestir el articulado. El orador es partidario de una convención marco. Pero es preciso dejar bien sentado lo que se entiende por eso. En otras palabras, ¿cuáles serán los límites de la libertad de que gozarán los Estados del curso de agua para celebrar acuerdos particulares? En el párrafo 1 del artículo 3 se

hace referencia a los acuerdos de curso de agua que «apliquen y adapten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de parte de ese curso de agua». Si la Comisión quiere seguir con la perspectiva de una convención marco, quizás convendría aclarar el sentido y el alcance del término «adaptan».

13. El Relator Especial señala en su informe que varios gobiernos han pedido a la Comisión que examine la posibilidad de incorporar al texto disposiciones sobre la solución de las controversias. El orador desearía que se incluyeran también disposiciones sobre la solución de las controversias relativas a la interpretación y aplicación de la futura convención. Las controversias que puedan surgir en relación con los usos de los cursos de agua internacionales son efectivamente de una índole particular y requieren modos de solución particulares. Al leer los artículos de la parte II se advierte que las controversias probablemente versarán sobre la «utilización equitativa y razonable» de un curso de agua internacional determinado, es decir, que los procedimientos de investigación, de determinación de hechos y de evaluación tendrán una importancia especial. Parecería útil, pues, establecer un sistema de solución amistosa por un tercero, con posibilidad de recurso al arbitraje.

14. El orador señala asimismo a la atención de la Comisión el problema de la cohesión y coordinación entre los trabajos que lleva a cabo sobre los distintos temas de su programa. Los artículos de la parte IV del proyecto (Protección y preservación) y los de la parte V (Efectos nocivos y casos de urgencia)⁵ están estrechamente relacionados con las cuestiones de prevención abordadas en el marco de los trabajos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Habrá que velar por la coherencia entre los conceptos tratados y los proyectos de artículos redactados en relación con cada uno de esos dos temas con objeto de salvaguardar la universalidad y uniformidad del orden jurídico internacional.

15. Pasando a examinar los artículos propiamente dichos, señala que el primer informe del Relator Especial sólo versa sobre los artículos de las partes I y II y que, por lo tanto, por ahora hay que circunscribirse a ellos. Mas ello no es óbice para formular ciertas observaciones sobre el lugar que han de ocupar los diferentes artículos en el conjunto del proyecto. A su juicio, los artículos de la parte VI (Disposiciones diversas)⁶ podrían redistribuirse entre otras partes del proyecto. Por ejemplo, el artículo 31 (Datos e información vitales para la defensa y la seguridad nacionales) podría ir junto al artículo 9 (Intercambio regular de datos e información) y el artículo 32 (No discriminación) colocarse en la parte II (Principios generales).

16. En el mismo orden de ideas, aprueba la propuesta del Relator Especial de incorporar al artículo 2 (Términos empleados) el párrafo 1 del artículo 21, en el que se define la «contaminación». Se podría hacer lo mismo con el párrafo 1 del artículo 25, que define el «caso de urgencia», y con el párrafo 2 del artículo 26, que define

⁵ Véase nota 3 *supra*.

⁶ *Ibid.*

la «gestión». Aprueba asimismo la propuesta del Relator Especial de que se sustituya en la versión inglesa del párrafo 2 del artículo 3 el término *appreciable* por *significant*. Sin embargo, en lo que se refiere al vocabulario utilizado, lo importante es a su modo de ver la uniformidad con los términos utilizados en el proyecto sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. A este respecto habría que aclarar en el comentario el sentido del término *significant*.

17. Mientras que el Relator Especial parece preferir la variante B del párrafo 2 del artículo 3, la fórmula utilizada, «no cause un daño importante al uso [de las aguas] del curso de agua», inspira ciertas reservas al orador, pues le parece más natural decir, como en la variante A, «no menoscabe en una medida importante el uso [de las aguas] del curso de agua».

18. El Relator Especial sugiere también en su informe que los artículos 8 y 26 se coloquen delante del artículo 3. El orador no se opone a esa modificación, pero habrá que estudiar cuidadosamente el lugar en que vaya a figurar cada una de esas disposiciones.

19. En cuanto al párrafo 2 del artículo 10, que versa sobre la cuestión de los conflictos entre diferentes usos de un curso de agua internacional, opina que quizás fuera útil, para dar efecto a esas disposiciones, que la Comisión concibiera un sistema flexible de consultas.

20. El Grupo de Planificación ha recomendado a la Comisión que pida al Relator Especial que realice un estudio para determinar si sería posible incorporar al proyecto la cuestión de las «aguas subterráneas confinadas», y parece que el Relator Especial opina que eso es algo que podría hacerse bastante fácilmente. De ser así, el orador no tiene ningún inconveniente en que se haga. Por el contrario, si ello debiera plantear dificultades y acarrear una importante sobrecarga de trabajo, sería mejor estudiar esta cuestión por separado y proseguir la tarea iniciada en el marco inicialmente previsto.

21. El Sr. BENNOUNA rinde tributo al actual Relator Especial, así como a su predecesor, cuyo excelente proyecto de artículos, aprobado ya en primera lectura, no le parece que requiera muchas modificaciones. Teme además, a este respecto, que las propuestas del actual Relator Especial no tengan suficientemente en cuenta el conjunto del proyecto y no conduzcan en realidad a romper el equilibrio del texto aprobado en primera lectura.

22. Sobre las cuestiones de carácter general, señala que la Comisión ha adoptado ya la decisión de trabajar con miras a la elaboración de una convención marco y afirma que hay que atenerse a ese objetivo inicial. El único interés de la labor sobre los cursos de agua es la armonización de cierto número de normas mínimas, mediante la definición de un marco básico que pueda obtener el asentimiento de todos los Estados, y ello sobre todo porque la parte III del proyecto es una parte fundamentalmente de naturaleza procesal, lo que, por otro lado, demuestra que en esta esfera, como en otras, fondo y procedimiento están estrechamente relacionados.

23. En lo que concierne a la solución de las controversias, la Comisión no puede abrigar muchas esperanzas de

hacer una obra original en el tema que se examina y quizás podría prescindir de la elaboración de disposiciones sobre esta materia, más aún cuando la parte III del proyecto ya establece un sistema de negociación y consultas. Quizás podría hacerse referencia al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Pero no parece útil imponer a los Estados procedimientos obligatorios en un proyecto que no debe perder su flexibilidad.

24. Por lo que hace al artículo 3, no se opone a que se sustituya la palabra *appreciable* por *significant* en el texto inglés de la variante A. En cambio, no ve el interés de proponer una variante B que, por otra parte, no guarda relación con las preocupaciones terminológicas expuestas por el Relator Especial. El análisis del Relator Especial parece, además, un poco confuso, como lo demuestra su propuesta de que se mencionen los acuerdos existentes en el párrafo 3 del artículo 3. Tal vez el Relator Especial no ha calculado bien todas las consecuencias: ¿para qué serviría un acuerdo marco así debilitado? Además, como se desprende de la lectura del conjunto del proyecto, esa propuesta es inútil ya que la cuestión está resuelta por el artículo 10, que puntualiza: «Salvo pacto o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos». En su opinión, la mejor solución a este respecto es atenerse al derecho general de los tratados.

25. Más importante le parece la relación entre los artículos 5 y 7, que se sitúa en el centro mismo del tema. A este respecto, la nueva redacción propuesta para el artículo 7 le parece confusa; tiene además el inconveniente de introducir el problema de la contaminación, que ya se trata en el artículo 21, sin remitirse a ese texto. El Relator Especial va verdaderamente demasiado lejos cuando restringe el concepto de daño a los supuestos de contaminación.

26. Esta serie de observaciones induce al orador a pensar que el proyecto aprobado en primera lectura era el mejor posible. Quizás requiere algunas modificaciones de forma, pero debería conservarse globalmente.

27. El Sr. YANKOV opina que el informe presentado a la Comisión se presta bien a un examen en segunda lectura que gire en torno al análisis de las observaciones de los gobiernos y tenga en cuenta los hechos nuevos que conciernen al proyecto de artículos.

28. Por lo que respecta a las cuestiones de carácter general y, ante todo, a la forma definitiva del proyecto de artículos, la Comisión, en el párrafo 2 de su comentario al artículo 3⁷, expresó ya su preferencia por una convención marco «que proporcione a los Estados partes los principios y reglas generales por los que se rigen los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación a falta de un acuerdo determinado entre los Estados interesados y las pautas para la negociación de los futuros acuerdos». Sin duda, habida cuenta de la diversidad de los cursos de agua y de los intereses a menudo antagónicos de los Estados, la fórmula de unas normas tipo enunciadas en una resolución o una declaración de la Asamblea General permitiría eludir el

⁷ Aprobado inicialmente como artículo 4. Para el comentario, véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 27 a 31.

problema de la ratificación. Pero eso no puede hacer olvidar las ventajas jurídicas que presentaría un instrumento obligatorio concebido en forma de convención marco, sobre todo porque el proyecto existente presenta todas las calidades y todos los elementos de una convención de esa naturaleza.

29. Otra cuestión general tratada en el informe es la que se refiere a la solución de las controversias y, a este respecto, el orador aprueba en principio la propuesta del Relator Especial de incluir en el proyecto normas generales a tal efecto, que enuncien los procedimientos clásicos de solución de las controversias y que prevean, en especial, el recurso a mecanismos particulares para los acuerdos concretos, con ayuda, llegado el caso, de órganos especializados. Conviene, sin embargo, con el Sr. Bennouna en que no hay que esperar demasiado de un capítulo sobre la solución de las controversias en una convención de este género que, sobre este punto, se distinga de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, por ejemplo.

30. Por el contrario, se podría establecer como norma general la creación de comisiones fluviales u otros órganos análogos, lo que correspondería a una práctica bastante extendida. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano recomendó que «los gobiernos interesados estudien la posibilidad de establecer comisiones internacionales de cuencas hidrográficas u otro mecanismo adecuado para la colaboración entre los Estados interesados cuando se trate de recursos hidráulicos comunes a más de una jurisdicción»⁸, y la experiencia de esas comisiones técnicas es muy alentadora. Así ocurre, por ejemplo, con el Organismo de la Cuenca del Níger, la Organización Hidrográfica del Río Gambia y la Comisión Internacional para la Protección del Rin contra la Contaminación. El mismo tipo de mecanismo existe igualmente para la protección del medio ambiente en la cuenca del Danubio y en relación con otros ríos que contribuyen a la contaminación del Mar Negro, como el Dniéper y el Dniéster, así como el Don y el Kubán, que desembocan en el mar de Azov, que a su vez comunica con el Mar Negro. Por eso, opina que sería conveniente que figurasen en el proyecto algunas normas generales sobre los sistemas de cooperación regional.

31. El proyecto tendría que reflejar asimismo los conceptos y principios pertinentes formulados con ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en particular, en el Programa 21⁹ y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁰. Se trata, en especial, del concepto de desarrollo sostenible y del denominado planteamiento integrado de la protección del medio ambiente, que integra consideraciones económicas y sociales y problemas de desarrollo. Por ejemplo, el principio 4 de la Declaración de Río afirma:

⁸ Véase *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14), pág. 19, Recomendación 51.

⁹ A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), págs. 7 y ss.

¹⁰ *Ibid.*, págs. 2 a 6.

A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.

Esta idea se recoge en el capítulo 18 del Programa 21, relativo a la protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce y a la aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce, en el que se establece en el párrafo 18.5:

Para el sector de los recursos de agua dulce se proponen las siguientes áreas de programas:

a) Ordenación y aprovechamiento integrados de los recursos hídricos;

b) Evaluación de los recursos hídricos;

[...]

y que trata asimismo de otras esferas de la protección y la gestión del medio ambiente que podrían guardar relación con los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

32. Sería lamentable que el proyecto no reflejara esos elementos, entre otros, que son sumamente pertinentes, como, por ejemplo, el principio, expresado en el párrafo 18.8 del Programa 21, según el cual:

La ordenación integrada de los recursos hídricos se basa en la percepción de que el agua es parte integrante del ecosistema, un recurso natural y un bien social y bien económico cuya cantidad y calidad determinan la naturaleza de su utilización.

Asimismo, en el párrafo 18.9 se subraya que:

La ordenación integrada de los recursos hídricos, incluida la integración de los aspectos relativos a las tierras y a las aguas, tendría que hacerse a nivel de cuenca o subcuenca de captación; [...]

principio que merecería encontrar también un lugar en el proyecto, al que haría más actual.

33. Habría que prestar igualmente una atención especial a la exigencia de evaluación de los efectos sobre el medio ambiente, tal como se formula en el principio 17 de la Declaración de Río:

Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de la autoridad nacional competente.

Esta regla general de evaluación del impacto ambiental figura ya en varios instrumentos, como la Convención sobre la Evaluación de los Efectos en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo o el Convenio sobre la Protección y el Uso de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales.

34. Todos estos conceptos tendrían cabida en la parte II del proyecto, relativa a los principios generales, y podrían desarrollarse después en la parte III, especialmente en relación con las cuestiones de gestión, y en la parte IV, en relación con un planteamiento global de la protección y preservación del medio ambiente de los cursos de agua.

35. Pasando a examinar el texto de los artículos, el orador dice que el concepto de gestión integrada de los cursos de agua, puesta de relieve en los párrafos 18.8 y 18.9 del Programa 21, debería incorporarse al párrafo 1 del artículo 1. El Comité de Redacción podría incluir las pa-

labras «gestión integrada» antes de la palabra «conservación».

36. Por lo que hace al artículo 2, el orador discrepa también de la propuesta del Relator Especial de que se supriman las palabras «y fluyen a un término común», ya que, como se indica en el párrafo 7 del comentario relativo al artículo 2¹¹, el término común es un elemento importante de la definición de los sistemas de cursos de agua. Con respecto a la posible inclusión en el proyecto de las «aguas subterráneas confinadas» señala que, a juicio del Relator Especial, al parecer no habría que cambiar mucho, o tal vez nada, en ninguno de los demás artículos. El orador no está convencido de que ello sea tan fácil y que una simple enmienda de forma pueda bastar para resolver un problema que constituye en sí mismo todo un tema. La Comisión, en el párrafo 5 de su comentario sobre el artículo 2, sugirió la posibilidad de que las aguas subterráneas confinadas fueran estudiadas por separado. En cambio, el orador aprueba la idea de colocar en el artículo 2 la definición de la contaminación que figura en el artículo 21¹². Sólo desea que el Comité de Redacción reexamine esa definición de contaminación para ponerla más a tono con la realidad.

37. En el artículo 3 (Acuerdos de curso de agua), el problema esencial concierne a la posible sustitución de *appreciable* por *significant* en el texto inglés. Aunque esa propuesta parece acertada y ha logrado algún apoyo, el orador no está convencido de su necesidad. El término *significant* supone ciertamente la idea de un umbral, lo que es una ventaja, pero ese umbral no está definido mediante criterios objetivos. Por consiguiente, el empleo de ese término tendría el inconveniente de hacer depender su interpretación de elementos subjetivos. En cuanto al término *appreciable*, designa algo que puede determinarse mediante criterios objetivos y puede expresar también, del mismo modo que *significant* o *substantial*, la idea de importancia. Sin embargo, existen supuestos en los diferentes artículos en que la entidad del daño no es el elemento determinante para los intereses de los Estados del curso de agua. Por eso es por lo que el término *appreciable* se utiliza con frecuencia en los tratados, aunque hay que señalar que en la Declaración de Río se utiliza en dos ocasiones el término *significant*, a saber en los principios 17 y 19. El debate, pues, no está tan claro como podría parecer. Además, la adopción del término *significant* podría tener algunas repercusiones sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Por consiguiente, estima que la Comisión debería examinar de nuevo las ventajas e inconvenientes de los dos términos antes de adoptar una decisión definitiva. Por otra parte, la Comisión ya ha tenido la ocasión de abordar la cuestión en su comentario sobre el artículo 3¹³, en especial en los párrafos 7 y 14.

38. El orador se opone al traslado del artículo 26 a la parte II (Principios generales), pero desea que el Comité de Redacción examine la posibilidad de formular un principio general sobre el planteamiento integrado que se

inspire en el principio 4 de la Declaración de Río, dejando en su forma actual la parte relativa a la gestión que figura en el artículo 26.

39. Por lo que respecta al artículo 6, la lista de factores que figura en el párrafo 1 no es exhaustiva, pero las seis categorías enumeradas en ese párrafo son muy pertinentes. Por eso, habría que mantener el artículo en la forma propuesta.

40. Por último, formula algunas observaciones sobre el artículo 7, relativo a la obligación de no causar daños apreciables (o sensibles), y subraya en primer lugar que el texto revisado que propone el Relator Especial está redactado de una forma inútilmente recargada para enunciar un principio general. La mención de la «diligencia debida» es aceptable, pero quizás sea insuficiente, pues ese concepto no abarca todos los aspectos del principio de vigilancia o cuidado que figura en los instrumentos más recientes. El resto del texto propuesto, esto es, la mención del acuerdo de los demás Estados a título excepcional, así como la presunción en materia de contaminación y las modalidades y límites de esa presunción, no parece que contribuya en general a mejorar ese artículo. Si, a pesar de todo, el texto presentado por el Relator Especial fuera aceptado, propondría que se incluyese en el apartado *b* una referencia explícita al medio ambiente, ya que estima que la referencia a «la salud y la seguridad de las personas» es excesivamente restrictiva y no corresponde a la definición exacta de contaminación, que comprende también, en especial, los daños causados a los recursos biológicos. Sin embargo, preferiría que el artículo tuviera un enunciado más conciso, que recogiera no sólo la referencia a la «diligencia debida» sino también el principio de vigilancia.

41. En conclusión, exhorta a la Comisión a que se muestre prudente y no retoque demasiado el proyecto.

42. El Sr. SHI estima, como el Relator Especial, que en general la Comisión no debe esperar a finalizar sus trabajos para resolver la cuestión de la forma definitiva de sus proyectos de artículos. Con todo, en este caso le parece útil que la Comisión aplaze su decisión definitiva por dos razones fundamentales. En primer lugar, los gobiernos que han transmitido sus observaciones sobre el proyecto de artículos parecen divididos en lo que concierne a esta cuestión y se muestran partidarios unas veces de una convención marco o unas normas tipo y otras de recomendaciones o principios rectores. En segundo lugar, y sobre todo, muchos Estados que tienen cursos de agua transfronterizos en su territorio no han dado a conocer todavía sus observaciones. Es el caso de China, cuyo territorio atraviesan 14 cursos de agua internacionales, dos de los cuales constituyen una frontera, mientras que, con respecto a otros 12, China es, bien Estado ribereño del tramo inferior, bien Estado ribereño del tramo superior. Los gobiernos de los países que se encuentran en esa situación tropiezan con algunas dificultades para formular rápidamente sus observaciones sobre el proyecto de artículos, lo que induce a pensar que otros gobiernos probablemente darán a conocer su reacción. Ahora bien, es preferible, para el éxito del proyecto de artículos y para el prestigio de la Comisión, que la recomendación que ésta dirija a la Asamblea General tenga en cuenta las opiniones del mayor número posible de gobiernos. Ello

¹¹ Véase nota 4 *supra*.

¹² Véase nota 3 *supra*.

¹³ Véase nota 4 *supra*.

no obsta para que la Comisión adopte como hipótesis de trabajo un proyecto de convención marco.

43. Por lo que hace a la solución de las controversias, los gobiernos que han dado a conocer sus observaciones son favorables en general a la inclusión en el proyecto de artículos de disposiciones relativas a esta materia. El orador está dispuesto a aceptar que el Relator Especial haga propuestas a tal efecto, aun cuando normalmente, en el supuesto de que la Asamblea General decida dar al proyecto de artículos la forma de una convención internacional, prefiere que las disposiciones dedicadas a la solución de las controversias sean formuladas y aprobadas por la conferencia diplomática. Sin embargo, la inclusión de disposiciones relativas a la solución de las controversias no redundará en perjuicio del proyecto de artículos, aunque la Comisión decida finalmente recomendar que éste revista la forma de normas tipo, recomendaciones o principios rectores.

44. Pasando a considerar el texto de los artículos, advierte que los gobiernos se muestran en general favorables a la expresión «cursos de agua» y no a la de «cuenca de drenaje». Por eso no procede, en su opinión, modificar el artículo 1. En cuanto a las variantes «cursos de agua internacionales» o «aguas transfronterizas», puede aceptar ambas expresiones, aunque la segunda se presta menos a equívoco.

45. Los gobiernos parecen, en cambio, bastante divididos en lo que concierne a la cuestión, fundamental para el artículo 2, de si hay que suprimir las palabras «y fluyen a un término común». La expresión «término común» se añadió para excluir del ámbito de aplicación del articulado las «aguas subterráneas confinadas» y las dificultades que plantea esa cuestión. No obstante, las aguas subterráneas confinadas atravesadas por fronteras adquieren cada vez más importancia, hasta el punto que algunos proponen que constituya un tema distinto y se planteen su inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión. La definición de los «cursos de agua» por remisión a un «término común» se inspira, por lo demás, en las Normas de Helsinki de la ILA¹⁴, Asociación que parece estar de acuerdo con el Relator Especial sobre la supresión de ese concepto. Si el Relator Especial pudiera realmente elaborar, en el plazo fijado por la Comisión para la conclusión de sus trabajos sobre el tema, el texto de unos artículos sobre las «aguas confinadas» sin modificar los demás artículos del proyecto, estaría de acuerdo en que esas palabras figurasen entre corchetes. Pero si el Relator Especial no consigue encontrar una solución, esas palabras deben seguir como están. En cuanto a la definición del término «contaminación», si los miembros de la Comisión están de acuerdo en que figure en un lugar distinto del artículo 21, a pesar de las ideas del Relator Especial sobre el artículo 7, no se opondrá a que se transfiera al artículo 2.

46. En lo que concierne al artículo 3, la sustitución del término *appreciable* por *significant*, en favor de la cual

el Relator Especial aduce dos argumentos, parece que hace algo más que eliminar una ambigüedad puesto que quizás introduzca una especie de umbral más allá del cual el daño ya no sería aceptable. Según el comentario del artículo 7¹⁵, el término «apreciable» traduce el criterio más fáctico y más objetivo y, en el marco del artículo 3, debe interpretarse en el sentido de «sensible». Ahora bien, para un gobierno por lo menos, el criterio «sensible» es diferente del criterio «apreciable». Cabe señalar que la Comisión se enfrenta con el mismo problema en relación con el examen del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Dado que la Comisión se encuentra en la fase de segunda lectura del proyecto de artículos, los cambios son siempre posibles, pero después de un examen completo de la cuestión y teniendo en cuenta las opiniones del Relator Especial y las observaciones de los gobiernos. Si se acepta el cambio propuesto en relación con el artículo 3, sin duda habrá que tenerlo en cuenta en relación con otros artículos.

47. En lo que se refiere a la relación entre el proyecto de artículos y los acuerdos de curso de agua existentes, se declara conforme con las opiniones expresadas por el Relator Especial y acepta la modificación que propone que se introduzca en el párrafo 3 del artículo 3. En cambio, a diferencia de lo que opina el Relator Especial, entiende que colocar los artículos 8 y 26 delante del artículo 3 tendría repercusiones sobre la concatenación lógica de los artículos. Esos dos artículos, dedicados a la cooperación y la gestión, no estarían en su lugar en la parte I (Introducción), que está dedicada fundamentalmente al ámbito de aplicación del proyecto.

48. En el capítulo III de su informe, el Relator Especial señala la ambigüedad del texto actual de los artículos 5 y 7, ambigüedad que también ha suscitado las observaciones de varios gobiernos. El orador está de acuerdo con los gobiernos que, por estimar que debe hallarse un equilibrio razonable entre utilización y protección del medio ambiente, hacen hincapié en la utilización con la perspectiva de un desarrollo sostenible. El Relator Especial propone que se aclare el problema modificando el artículo 7 a fin de establecer un régimen en el que el criterio determinante fuera el carácter equitativo y razonable de la utilización, salvo en los casos de contaminación, en los que el artículo 5 estaría subordinado al artículo 7. Esa modificación parece aceptable, en líneas generales, pero debe estudiarse en detalle.

49. El Sr. FOMBA resume las cuestiones de carácter general que plantea el primer informe del Relator Especial en los siguientes términos: ¿Hay que prever un proyecto de convención o unas normas tipo? ¿Hay que resolver esta cuestión desde ahora? ¿Hay que completar el proyecto mediante disposiciones relativas a la solución de las controversias? Si hay un principio fundamental en una materia como la del derecho de los cursos de agua, ese principio es el de la especialización, y por lo tanto todo el problema estriba en concebir un *jus generalis* a partir de una acumulación de *jus specialis*. Teniendo en cuenta la doctrina de la Comisión en materia de normas tipo y el ejemplo de las normas elaboradas por la

¹⁴ Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966; véase ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, págs. 484 y ss.; reproducido en parte en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 389 y ss., documento A/CN.4/274, párr. 405.

¹⁵ Aprobado inicialmente como artículo 8. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 39 a 45.

CNUDMI, parece imponerse lógicamente la solución de la convención marco. Además, como es importante conocer de antemano la naturaleza jurídica del resultado final de los trabajos de la Comisión a fin de delimitar su marco conceptual, esa elección debe hacerse sin tardanza; por otra parte, la Comisión muy cuerdamente ya ha resuelto esa cuestión, como han recordado varios oradores. Por último, el Relator Especial tiene razón cuando dice que el proyecto de artículos debe incluir disposiciones relativas a la determinación de hechos y la solución de controversias, dos aspectos que son fundamentales habida cuenta de la naturaleza de las cuestiones que se plantean en relación con los cursos de agua.

50. Pasando a considerar la parte I del proyecto (Introducción), conviene con el Relator Especial en estimar, con respecto al artículo 1, que no hay ninguna diferencia de fondo entre las expresiones «curso de agua», «cuenca de drenaje» y «aguas transfronterizas», aun cuando en la práctica convencional africana parece predominar el término «cuenca». En lo que concierne al artículo 2, se opone a la supresión de las palabras «y fluyen a un término común», que figuran en el apartado *b*, porque la definición de «curso de agua» debe reflejar una concepción «lineal» de éste. También se opone a la idea de hacer extensivo el proyecto a las aguas subterráneas confinadas, de las que se dice explícitamente que no guardan relación con el curso de agua. Aprueba en cambio las otras dos propuestas del Relator Especial, que consisten en tomar el texto actual del artículo 2 como base de trabajo para el examen del proyecto de artículos en segunda lectura y trasladar la definición del término «contaminación» del artículo 21 al artículo 2.

51. Con respecto al fondo del artículo 3, estima que los términos «apreciable» y «sensible» son intercambiables, y que no hay tampoco una verdadera diferencia entre «no menoscabe sensiblemente» y «no cause daños sensibles». Por lo que respecta a la forma, conviene en que quizás no ha lugar a precisar cada vez que se trata de las «aguas» del curso de agua. El problema de la relación entre el proyecto de artículos y los acuerdos existentes da pie a puntualizaciones muy interesantes, pero no parece que plantee un problema real de derecho intertemporal. No parece tampoco que haya que añadir el concepto de acuerdos a las «características» y «usos» en el párrafo 3 del artículo, si se presume que se aplicarán prioritariamente los acuerdos preexistentes, que precisamente corresponden a las características y usos del curso de agua de que se trata. En cuanto a la idea de colocar los artículos 8 y 26 en la parte I del proyecto, el Comité de Redacción debería hacerla suya si de ese modo ha de lograrse una concatenación más lógica de los artículos. Ahora bien, cabe efectivamente preguntarse, en relación con el artículo 26, sobre el alcance exacto de las expresiones «equitativa y razonable», «racional y óptima» y «aprovechamiento sostenible».

52. Las cuestiones que se plantean en relación con los principios generales se refieren fundamentalmente a los artículos 5 y 7 y al vínculo entre esas dos disposiciones. El orador estima muy importante a este respecto la intervención de un tercero en caso de que los Estados interesados no puedan llegar a una solución mutuamente aceptable, y el párrafo 2 del artículo 6 puede constituir, como dice el Relator Especial, una buena base para ello. El Relator Especial propone asimismo modificar el artículo 7,

que cambiaría de título y sería mucho más largo, pero esa solución plantea problemas delicados de definición y de delimitación que hacen que tal vez sea mejor atenerse al texto actual, más general pero suficientemente expresivo.

53. En cuanto al artículo 8, se adhiere a la conclusión de la Comisión, que estima preferible adoptar una fórmula general para los objetivos de la cooperación y no comprende las prevenciones del Relator Especial en lo que concierne a los principios de buena fe y buena vecindad.

54. Para terminar, analiza algunos aspectos de la práctica convencional africana, de la que se desprende primeramente que los numerosos acuerdos de curso de agua utilizan expresiones muy cercanas a la fórmula «utilización equitativa y razonable», y algunos textos precisan además que las obligaciones de los Estados a este respecto deben definirse teniendo en cuenta todas las consideraciones hidrológicas, ecológicas, económicas y sociales, los efectos previstos de los proyectos de ordenación, las superficies afectadas, el acceso directo o indirecto al curso de agua principal y otras consideraciones. Siempre en relación con la terminología, esos textos utilizan tanto «apreciable» como «sensible» e incluso «considerable».

55. La cuestión de las aguas subterráneas se aborda de manera diversa. A veces, el acuerdo sólo es aplicable a ellas si su utilización puede producir efectos nocivos apreciables en uno o varios de los otros Estados. En otros casos, el texto impone la celebración de consultas en caso de que surja un problema en relación con la utilización común de esos recursos. A veces incluso se habla de aguas subterráneas sin más precisión. Dos acuerdos abordan la cuestión de la relación entre los distintos usos: la Convención relativa a la creación de la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del río Senegal, cuyo artículo 20 faculta a la Comisión permanente de las aguas para definir los principios y las modalidades de la distribución de las aguas del río entre los Estados y entre los sectores; y la Convención constitutiva de la Autoridad de la cuenca del río Níger, cuyo inciso v) del apartado *a* del párrafo 2 del artículo 4 menciona las prioridades de los usos, proyectos y sectores alternativos. Por último, todos los acuerdos establecen procedimientos de solución de las controversias aproximadamente idénticos. En líneas generales, la negociación se prevé en todos los casos, el recurso a una comisión de mediación, conciliación y arbitraje de la OUA en nueve casos de cada diez y el recurso a la CIJ en un caso de cada dos.

Cooperación con otros organismos (*continuación**)

[Tema 7 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ EUROPEO DE COOPERACIÓN JURÍDICA

56. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. de Sola, Observador del Comité Europeo de Cooperación Jurídica.

* Reanudación de los trabajos de la 2304.^a sesión.

ca, y le invita a hacer uso de la palabra ante la Comisión.

57. El Sr. de SOLA (Observador del Comité Europeo de Cooperación Jurídica) dice que el órgano del Consejo de Europa competente en materia de derecho internacional público es el Comité de Asesores Jurídicos en Derecho Internacional Público, entre cuyos miembros está el Sr. Eiriksson, quien lo mantiene informado de los trabajos de la Comisión. Dicho Comité es un órgano en el que los miembros del Consejo proceden a cambios de impresiones sobre cuestiones de actualidad. Las dos cuestiones principales de que se ha ocupado recientemente han sido la sucesión de Estados, por una parte, y la creación de un tribunal internacional sobre los crímenes de guerra, por otra. Además, el Comité ha creado un grupo de trabajo que acaba de terminar su labor sobre un plan modelo de documentación sobre la práctica de los Estados en la esfera de la sucesión de Estados y las cuestiones de reconocimiento. El grupo de trabajo debe someter ese plan a la aprobación del Comité de Asesores Jurídicos; el plan prevé la recogida y el tratamiento de datos a nivel nacional y en el ámbito del Consejo de Europa para su difusión y, probablemente, publicación.

58. En lo que concierne a los derechos humanos y los derechos de las minorías, el Convenio Europeo de Derechos Humanos parece en estos momentos ser víctima de su propio éxito: se presentan cada año muchas demandas que resulta cada vez más difícil atender en un plazo razonable. El sistema comprende dos órganos, la Comisión y el Tribunal, que corresponden más o menos a dos grados de jurisdicción, lo que retrasa mucho los trabajos. Con objeto de simplificar el sistema y conservar al mismo tiempo su eficacia, un grupo de trabajo está estudiando un proyecto que se someterá a los Jefes de Estado o de gobierno de los países miembros del Consejo de Europa en la reunión que debe celebrarse en Viena en octubre de 1993.

59. En lo que concierne más especialmente a las minorías —cuestión que guarda relación con la doctrina de la seguridad democrática que está elaborando el Consejo de Europa—, el Consejo estima que su protección es una condición para la paz en el continente europeo y que, por lo tanto, es imperativo garantizar sus derechos. El Presidente del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha expresado el deseo de que en la reunión ya mencionada de los Jefes de Estado o de gobierno se encargue al Consejo la elaboración de instrumentos jurídicos para la protección de las minorías.

60. En materia de derecho civil, el Consejo de Europa ha adoptado el Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente. Este Convenio, que desarrolla el principio 13 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁶, no es muy original en todos sus aspectos, puesto que toma prestados varios conceptos de convenios ya existentes, en particular, el Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera y por ferrocarril y en embarcaciones de navegación interior. Pero es el primer convenio con vocación general. Se basa en el concepto de responsabilidad objetiva

(*strict liability*) y abarca una gama muy amplia de actividades que califica de peligrosas. La dificultad a este respecto era enunciar conceptos que fueran lo bastante generales para tener en cuenta el conjunto de actividades peligrosas y velar al mismo tiempo por cierta seguridad jurídica. El Convenio contiene, pues, una definición general, pero también unos anexos, en los que se enumeran centenares de sustancias definidas como peligrosas. Esta lista no es, por lo demás, exhaustiva, y el Convenio podrá aplicarse finalmente a nuevas sustancias o a nuevas mezclas de sustancias. El Convenio se aplica asimismo a los organismos genéticamente modificados así como a los residuos.

61. La responsabilidad se imputa a la persona que posee el control de la actividad peligrosa. La cuestión fue bastante debatida, sobre todo en relación con los residuos, pero finalmente, por razones tanto teóricas como prácticas, se estimó que era necesario que la víctima de un daño pudiera identificar fácilmente al responsable del mismo.

62. Los daños que se toman en consideración son los daños a las personas, los bienes y el medio ambiente propiamente dicho, así como la pérdida económica que se puede derivar de la degradación del medio ambiente. Se ha pensado en particular en la industria del turismo, la agricultura y la pesca.

63. Se planteó la cuestión de si había que prever un seguro de responsabilidad obligatorio; pero, en realidad, el Convenio deja a los Estados la posibilidad de determinar las modalidades de esa protección y de definir las actividades a que debe referirse.

64. El Convenio no tiene solamente como objetivo dar unas definiciones teóricas, sino que debe ser asimismo un instrumento práctico, y por eso toma prestadas una serie de nociones existentes en derecho comunitario o en ciertos derechos nacionales. Así, enuncia un derecho de acceso a los datos relativos al medio ambiente en posesión de los poderes públicos; cualquier persona, y no sólo las víctimas, puede obtener esos datos. En segundo lugar, la víctima de un daño puede acudir al juez para obligar a un industrial a que le proporcione datos que podrá utilizar contra él en los tribunales. Se trata de una disposición del derecho alemán del medio ambiente que se generaliza a todo Europa por medio del Convenio. Ha sido considerada necesaria porque, muy a menudo, la única persona que posee los datos necesarios para probar la responsabilidad es el propio autor del daño. En tercer lugar, las asociaciones de protección del medio ambiente pueden presentar una demanda ante el juez para obligar a un industrial a que adopte medidas preventivas para evitar un daño al medio ambiente o reparar el daño causado. Como el medio ambiente es un bien común, se ha estimado que no incumbía exclusivamente a los poderes públicos velar por su protección y que la población debía poder desempeñar un papel activo por medio de las asociaciones.

65. El Convenio, que fue abierto a la firma en Lugano, ha sido ya suscrito por ocho países. Otros han anunciado su intención de firmarlo y el Comisario del Medio Ambiente de la Comunidad Europea ha recomendado a los Estados miembros de la Comunidad que así lo hagan.

66. En otro campo, un comité sobre el derecho de familia prepara un proyecto de convenio sobre el ejercicio

¹⁶ Véase nota 10 *supra*.

de los derechos del niño. Ese convenio no pretende definir nuevos derechos con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño, sino determinar las modalidades de ejercicio de los derechos que en ella se enuncian.

67. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica ha decidido asimismo iniciar los trabajos relativos a un convenio sobre las cuestiones de nacionalidad. El Convenio sobre la reducción de los casos de nacionalidad múltiple y sobre las obligaciones militares en los casos de nacionalidad múltiple, adoptado en el marco del Consejo de Europa, ha sido superado en varios aspectos. La situación demográfica en Europa ha cambiado, en especial a causa de los fenómenos de inmigración, y el número de personas con doble nacionalidad y con problemas por ese hecho es considerable. El Comité considera que el futuro convenio deberá ser flexible y tener en cuenta los intereses tanto de los Estados como de los individuos y que no deberá erigir obstáculos a la nacionalidad múltiple ni exigir de los Estados que acepten la pluralidad de nacionalidades. Los trabajos se iniciarán en el segundo semestre de 1993.

68. A raíz de las convulsiones políticas que han tenido lugar en el continente europeo, el Consejo de Europa ha establecido con los países de Europa central y Europa oriental un programa de cooperación que consta de tres elementos. En el plano constitucional, la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, denominada Comisión de Venecia, colabora con esos países en la elaboración de normas fundamentales compatibles con los principios democráticos. El Japón ha solicitado asistir a las sesiones de la Comisión de Venecia en calidad de observador y Sudáfrica ha pedido asimismo que se la autorice a participar en esos trabajos. En el plano legislativo, un programa ambicioso de cooperación, *Demodroit*, iniciado hace varios años, tiene por objeto ayudar a las autoridades nacionales a formular nuevas normas compatibles con los principios democráticos. El tercer elemento, *Themis*, concierne a la formación de las profesiones jurídicas, ya que no basta elaborar unas normas sino que es preciso también poder aplicarlas.

69. El Sr. EIRIKSSON da las gracias al Sr. de Sola y manifiesta que ha tenido el honor de representar a la Comisión en el 58.º período de sesiones del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, celebrado en Estrasburgo en diciembre de 1992. En esa ocasión presentó un documento sobre la labor realizada por la Comisión en su 44.º período de sesiones y pudo comprobar que los miembros del Comité Europeo seguían con vivo interés el desarrollo de esa labor. Por su parte quedó muy impresionado por la variedad de las cuestiones jurídicas examinadas en el marco del Consejo de Europa y se interesó especialmente por los resultados de sus trabajos acerca del Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente. Habiendo sido invitado a participar en la última reunión de negociación dedicada a ese Convenio, ha podido proporcionar datos de primera mano al Relator Especial de la Comisión encargado del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

70. Señala que el Grupo de Planificación de la Comisión ha recomendado que se incluyan en el programa de trabajo de la CDI la cuestión de la sucesión de Estados y

las cuestiones de nacionalidad, y opina que podría establecerse una cooperación en esos campos con el Comité Europeo de Cooperación Jurídica, puesto que éste ha decidido preparar un proyecto de convenio sobre las cuestiones de nacionalidad.

71. Señala asimismo que, en su calidad de asesor jurídico de su Gobierno, participa regularmente en las reuniones del Comité de Asesores Jurídicos en Derecho Internacional Público del Consejo de Europa y que, con ocasión de las reuniones celebradas a finales de 1992, presentó un documento sobre los trabajos de la Comisión, que tradicionalmente son objeto de un amplio debate en esas reuniones.

72. Se felicita además de que los debates jurídicos celebrados con los auspicios del Consejo de Europa lleguen a ser realmente paneuropeos gracias a la presencia de juristas de los países de Europa central y Europa oriental, cuya contribución en los últimos años ha tenido por otra parte la ocasión de apreciar. Por último, expresa su agradecimiento al Sr. de Sola y, por su conducto, a sus colegas del Servicio Jurídico del Consejo de Europa por la hospitalidad y asistencia profesional que le han prestado a él y a los observadores de la Comisión que le precedieron en Estrasburgo.

73. El PRESIDENTE confirma que los miembros de la Comisión siguen con el mayor interés los trabajos del Comité Europeo de Cooperación Jurídica y que aprecian su calidad y diversidad. Más de una vez, esos trabajos han sido fuente de inspiración para la Comisión, como ha vuelto a ocurrir ahora con el Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, tan próximo al tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. El Convenio adoptado por el Consejo de Europa es de buen augurio en lo que concierne a la posibilidad de un instrumento por el que se cree un régimen de responsabilidad aplicable, no a una actividad determinada, sino a todo el conjunto de actividades que entrañan un riesgo.

74. Hace votos por que prosigan la cooperación y los intercambios de información entre el Comité Europeo de Cooperación Jurídica y la Comisión.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2313.ª SESIÓN

Martes 29 de junio de 1993, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

más tarde: Sr. Gudmundur EIRIKSSON

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-

Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (continuación) (A/CN.4/446, secc. E, A/CN.4/447 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/451², A/CN.4/L.489)

[Tema 4 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El Sr. SZEKELY discrepa del veredicto personal emitido por el Relator Especial acerca del proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales. Aunque menos del 10% de los miembros de la comunidad internacional han presentado observaciones por escrito, éstas han sido en buena parte contrarias y no menos desfavorable ha sido la reacción de la comunidad académica especializada. Sin embargo, aunque reconoce esa situación, el Relator Especial ha manifestado que lo único que se necesita ahora es «afinar» o «retocar» el proyecto de artículos. En realidad, la reacción externa al proyecto parece aconsejar una profunda compostura y replanteamiento de los artículos.

2. El Relator Especial aduce en su primer informe (A/CN.4/451) que el proyecto de artículos ha sobrevivido a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, cosa nada difícil dado el bajo nivel del producto jurídico de la Conferencia, que ha sido incapaz de elaborar la prometida «Carta de la Tierra» ni el convenio sobre los bosques, tan urgentemente necesario, y sólo ha dado dos débiles tratados en los que se minimizan las obligaciones jurídicas de los Estados.

3. Discrepa de la opinión del Relator Especial de que el proyecto de articulado no requiere ser replanteado fundamentalmente para tener en cuenta los importantísimos acontecimientos ocurridos después de la primera lectura, como el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales y la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo. Habría que poner al día el proyecto precisamente para recoger los avances logrados mediante esos instrumentos.

4. El Relator Especial se ha limitado a sugerir algunos cambios mínimos y cosméticos, con dos excepciones notables. La primera es la propuesta de suprimir en la definición de curso de agua las palabras «y fluyen a un término común», lo que tendrá un efecto positivo al corregir un lamentable error del proyecto original. La segunda propuesta de fondo, desgraciadamente, constituye un lastimoso retroceso. Se trata de la propuesta de susti-

tuir en el artículo 3 y, más grave aún, en el artículo 7 el término «apreciable» por «importante» o, en inglés, *significant*. Esa propuesta va mucho más allá que la necesaria distinción entre un daño intrascendente que no puede ser siquiera medido o identificado, por una parte, y un daño trascendente, por otra. Esa propuesta, de adoptarse, elevaría el umbral hasta el punto de tener efectos muy nocivos, pues la subjetividad inherente al término «importante» (*significant*) deja al Estado víctima potencial en situación de indefensión, no sólo en perjuicio de sus intereses sino también en perjuicio de la protección del propio curso de agua. Se hace caso omiso así de los efectos acumulativos de daños de menor entidad, que pueden ser considerables, especialmente en combinación con otros elementos.

5. El proyecto versa sobre ríos internacionales cuyo equilibrio ecológico viene en la mayoría de los casos siendo perturbado desde tiempo inmemorial, al punto que guardan escasa resistencia frente a nuevas perturbaciones. El criterio propuesto por el Relator Especial no tiene en cuenta las condiciones particulares de cada curso de agua, los antecedentes de su utilización, que pueden significar diferentes grados de tolerancia y de vulnerabilidad respecto del daño. Por consiguiente, cualquier calificación del daño debe ir precedida de otra calificación más, que sería la de las condiciones o factores particulares de cada curso de agua y su resistencia a las perturbaciones nocivas. En un medio con un equilibrio ecológico relativamente intacto, se justificaría rebajar el umbral o nivel de protección. Pocos ríos internacionales poseen tal resistencia y lo menos que se puede decir es que se preserve el criterio de «apreciabilidad» del proyecto, que ya es alto de por sí, pero con sujeción explícita a las condiciones particulares de cada curso de agua. En ningún caso, sin embargo, debe elevarse el nivel, como se propone.

6. Desgraciadamente, las observaciones recibidas de los Estados no son suficientemente representativas y pocas proceden de Estados ribereños del tramo inferior, que deben resignarse a sufrir daños como resultado de niveles demasiado altos que los dejan indefensos. En el artículo 3 los intereses de esos Estados están ya amenazados cuando se permite que otros Estados ribereños acuerden usos del curso de agua que les causan un daño sin darles siquiera la ocasión de participar en la negociación de los acuerdos.

7. El Relator Especial no considera prudente ni adecuado tratar de aplicar el principio de buena fe ni incluir el concepto de buena vecindad en el instrumento que se examina. En realidad, esos principios encuentran el lugar que les corresponde en un articulado que trata de regular las relaciones entre Estados vecinos y comprende términos tan subjetivos como el de «daños importantes» (*significant harm*), que al menos deberían estar sujetos a una interpretación de buena fe. Sólo de este modo el proyecto contribuirá de manera importante a mitigar algunos de los problemas relacionados con el agua con que se enfrentará la humanidad en los próximos decenios, para utilizar las palabras del Relator Especial. En realidad, el informe contribuye a frustrar ese fin con su propuesta de modificar la calificación del «daño» de una manera que no hará sino aumentar las posibilidades de

¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

² *Ibid.*

fricción y controversia entre los Estados del curso de agua.

8. La Comisión, con objeto de alentar a los Estados a aceptar el proyecto, debería realizar un resuelto esfuerzo por incorporar y definir factores pertinentes para la calificación del daño e incluir normas como las relativas al abuso de derecho. La insistencia del informe en mantener la pobreza de los principios incorporados en el proyecto —cuando proyectos anteriores fueron mucho más ricos que el actual en materia tanto de principios como de factores pertinentes para la utilización equitativa y razonable de los cursos de agua internacionales— pone en peligro la efectividad del proyecto en su conjunto.

El Sr. Eiriksson ocupa la Presidencia.

9. El Sr. THIAM subraya que es indispensable, antes de introducir un cambio en un texto que la Comisión ha adoptado en primera lectura, comprobar que la propuesta correspondiente contribuye a mejorarlo y representa un progreso. A su parecer, los cambios propuestos por el Relator Especial difícilmente van en esa dirección. Unos pocos ejemplos bastan. El primero ha sido tomado de lo que el Relator Especial denomina «cuestiones de carácter general». En lo referente a la cuestión de la elección entre una convención marco y unas normas tipo, es importante recordar que la propia Comisión se ha pronunciado ya al respecto. Dadas las importantes divergencias y contradicciones entre los Estados sobre el tema de los cursos de agua internacionales, la Comisión acordó que no era aconsejable tratar de imponer normas obligatorias; en realidad, toda tentativa de esa índole equivaldría a una condena a muerte del proyecto. Por consiguiente, discrepa del Relator Especial en su intento por reabrir el debate sobre esta cuestión, que no haría más que complicar el problema.

10. La segunda cuestión general es la de si el proyecto de artículos debe incluir una cláusula sobre la solución de las controversias. Como se ha señalado ya durante el debate, en la mayoría de los casos los medios a que se refiere el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas estarán siempre a disposición de las partes interesadas. No parece, por lo tanto, que haya necesidad de introducir una cláusula específica sobre la materia en el proyecto mismo.

11. La experiencia de Africa demuestra que la mejor manera de resolver la mayoría de las controversias de ese género es por medios políticos y no mediante procedimientos jurisdiccionales. Aunque jurista, no puede por menos que reconocer que los órganos políticos pueden resolver mucho más fácilmente a satisfacción de todos ese género de dificultades. Cabe mencionar como ejemplo la Organización para el aprovechamiento de la cuenca del río Senegal; las dificultades y conflictos que han surgido han sido resueltos generalmente por la Conferencia de Jefes de Estado o en reuniones ministeriales. Teniendo en cuenta esa experiencia, no está convencido de la conveniencia de incluir en el proyecto una cláusula sobre la solución de las controversias.

12. En cuanto a las propuestas del Relator Especial relativas al texto mismo de los artículos, cambios de redacción como la sustitución del término inglés «*appreciable*» por «*significant*» no suponen ninguna ventaja espe-

cial. Merece señalarse que la Comisión examinó detenidamente el término «apreciable» y estimó que traducía satisfactoriamente el sentido de daño capaz de ser evaluado o medido. Por consiguiente, es aconsejable mantener el término «apreciable» que la Comisión en conjunto ha aceptado ya.

13. En relación con los cambios de fondo, se opone a la sugerencia de suprimir las palabras «y fluyen a un término común» en el apartado *b* del artículo 2. Esa propuesta, al modificar totalmente de ese modo la definición de «curso de agua», socavaría el fundamento mismo de todo el proyecto. No ha encontrado en el informe ninguna explicación satisfactoria en apoyo de una propuesta tan general. Uno de los efectos del cambio de definición sería incluir las aguas subterráneas confinadas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Ese resultado, sin embargo, estaría en contradicción con las decisiones ya adoptadas por la Comisión que indican que las aguas subterráneas confinadas deben ser examinadas como tema separado. Se trata de una cuestión de gran interés para los países menos adelantados, especialmente los de Africa. Las aguas subterráneas confinadas son muy importantes en Africa, un continente con vastas zonas desérticas; debe por fuerza regularse como un concepto distinto y constituir el objeto de un tema separado del de los cursos de agua internacionales. Ese planteamiento es esencial para que los países africanos puedan aprovechar en el futuro sus aguas subterráneas confinadas.

14. También discrepa de la idea del Relator Especial de que los conceptos de buena fe y buena vecindad no deben formar parte de los artículos. En un proyecto que versa fundamentalmente sobre acuerdos de cooperación relativos a los cursos de agua, esos conceptos son, por el contrario, absolutamente indispensables. Es inconcebible que tales acuerdos de cooperación se celebren en un clima de desavenencia o de falta de buena fe.

15. El nuevo texto del artículo 7 es excesivamente largo y difícil de comprender. En materia de codificación, la regla de conducta tiene que ser siempre la brevedad. Por último, insta a la Comisión a que no acepte los cambios propuestos, que modificarían completamente el fondo del proyecto, y que se atenga en lugar de ello al texto aprobado en primera lectura. El anterior Relator Especial, Sr. McCaffrey, elaboró un texto muy claro que ha dado satisfacción al conjunto de la Comisión.

16. El Sr. Al-KHASAWNEH se opone a la idea del Relator Especial de que la cuestión de la forma definitiva del proyecto se resuelva, o por lo menos se celebre un breve cambio de impresiones al respecto, antes de proseguir la labor de redacción. Aunque la Comisión no ha adoptado oficialmente una decisión sobre este punto, es justo decir que ha habido amplio, aunque no unánime, consenso en que el proyecto revestirá finalmente la forma de una convención marco. Una convención marco o básica significa ordinariamente que contiene normas generales supletorias que se aplicarán a falta de acuerdos más específicos.

17. No ha estado nunca convencido de que una convención marco sea la mejor solución en el presente caso y sigue manteniendo la opinión de que una convención general que enuncie en detalle los derechos y obligacio-

nes de los Estados del curso de agua constituiría una contribución más significativa en una esfera de las relaciones internacionales cada vez más importante y de actualidad. Las diferencias que se advierten entre las características de los distintos cursos de agua no constituyen un verdadero obstáculo a la aplicación efectiva del derecho sobre los cursos de agua. Además, la elaboración de la convención general es políticamente viable. La firma en Helsinki en marzo de 1992 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales demuestra que es política y jurídicamente posible regular las actividades estatales relativas a diversos cursos de agua por medio de normas uniformes, específicas y directamente aplicables. Sin embargo, la Comisión ha mostrado una clara preferencia por una convención marco, razón por la cual está dispuesto a aceptar esa tendencia general, aun cuando una convención marco sea insuficiente para los fines y propósitos de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho. Por consiguiente, no puede aceptar la sugerencia de que el presente empeño culmine en una serie de normas tipo.

18. Comparte la opinión del Relator Especial de que dada la naturaleza de los problemas, la Comisión haría una importante contribución si recomendara un conjunto de disposiciones a la medida sobre determinación de hechos y arreglo de controversias en caso de que decidiera recomendar un proyecto de tratado y es de suponer que también si optara por las reglas modelo. El orador, por su parte, iría más lejos y propondría que los Estados que consintieran en adquirir la condición de parte en un tratado acepten que su observancia de ese tratado esté sujeta a vigilancia por un tercero. La naturaleza de las normas de fondo del proyecto, y no simplemente «la naturaleza de los problemas», hace indispensable que se establezcan procedimientos obligatorios y vinculantes de determinación de hechos y solución de controversias por un tercero imparcial. Elementos decisivos del proyecto, como la prevención del daño apreciable y la utilización equitativa y razonable, se caracterizan por su vaguedad y elasticidad. Difícilmente cabe imaginar que sin un procedimiento objetivo de determinación de hechos y solución por intervención de un tercero pueda resolverse cualquier controversia surgida en relación con la interpretación o aplicación de tales normas.

19. El Relator Especial no ha explicado a qué tipo de normas se refiere cuando habla de disposiciones «a la medida». El anterior Relator Especial, Sr. McCaffrey, presentó en su sexto informe³ una serie de normas hechas a la medida y caracterizadas por unos procedimientos de determinación de hechos y conciliación obligatoria. Ahora bien, la conciliación prevista en esas normas se calificaba de obligatoria en el sentido de que las partes en una controversia estaban obligadas a recurrir a ella, pero su resultado no era vinculante para las partes. No obstante, sean cuales sean sus méritos, el hecho es que esa serie de normas no podrían resolver debidamente las situaciones que pueden surgir cuando la interpretación y aplicación de las normas de fondo se convierte en objeto de controversia. Para hacer frente adecuadamente a esas situaciones es preciso que el procedimiento de so-

lución de controversias prevea el recurso obligatorio y vinculante al arbitraje y el arreglo judicial en caso de fracaso de la negociación y la conciliación. Las organizaciones internacionales tienen también una función que desempeñar en materia de asesoramiento y determinación de hechos.

20. Por lo que respecta al artículo 2, el Sr. Calero Rodrigues (2311.ª sesión) ha explicado correctamente los antecedentes de la expresión «término común». Al mismo tiempo, se han construido y siguen construyéndose canales que conectan dos o más cursos de agua. Es necesario, por lo tanto, regular convenientemente ese aspecto y el de las desviaciones de las aguas de los cursos de agua, que está estrechamente relacionado con aquél. El proyecto no lo regula debidamente, salvo para establecer como presunción que serán aplicables las normas gemelas sobre prevención del daño apreciable y sobre utilización equitativa. Es necesario examinar más a fondo esta cuestión.

21. El tema de las aguas subterráneas confinadas —que el Relator Especial está muy calificado para tratar— merece sin duda ser objeto sin tardanza de codificación y desarrollo progresivo. No encaja, sin embargo, en el presente proyecto. Los cursos de agua internacionales vienen siendo objeto de regulación desde hace miles de años, pero el uso de las aguas subterráneas confinadas es un fenómeno relativamente nuevo. El argumento de la diversidad, que ha llevado a adoptar el planteamiento de un acuerdo marco con respecto a los cursos de agua, es menos contundente en el caso de las aguas subterráneas confinadas. Por otra parte, las normas jurídicas relativas a las aguas subterráneas son más semejantes a las que disciplinan la explotación de los recursos naturales, especialmente el petróleo y el gas natural. El método más adecuado es tratar por separado los temas de los cursos de agua internacionales y el derecho de las aguas subterráneas confinadas, de la misma manera que la Comisión ha estudiado el derecho de los tratados o la sucesión de Estados.

22. En lo que se refiere al artículo 3, el empleo de los adjetivos «*appreciable*» o «*significant*» para definir el umbral del daño tiene muy larga historia en la Comisión. La elección entre ambos términos es más una cuestión de gusto que de técnica jurídica. Por lo que a él le toca, prefiere con creces el término «*significant*» por las razones aducidas en el informe y expuestas también por el Sr. Calero Rodrigues (*ibid.*). Ahora bien, la observación que hace el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte⁴ en el párrafo 5 de sus comentarios, según la cual el umbral del daño establecido en el artículo 7 debe atenerse a la labor de la Comisión sobre los otros temas, no carece de fundamento. El Comité de Redacción debería tender al logro de una amplia coherencia, cuando no una verdadera uniformidad, con la calificación del umbral del daño en el proyecto relativo a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

³ *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 43, documento A/CN.4/427 y Add.1.

⁴ Véase *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/447 y Add.1 a 3.

23. La interpretación que el Relator Especial da al artículo 4 confirma las dudas del orador acerca de la idoneidad de ese texto. El derecho de un Estado del curso de agua a llegar a ser parte en los acuerdos, se apliquen tales acuerdos a la totalidad o sólo a una parte del curso de agua, es una excepción al principio fundamental según el cual los Estados gozan de libertad para elegir a las partes con las que quieren concertar un tratado. Esa excepción tiene que interpretarse de modo muy restrictivo. Es muy posible que un acuerdo de curso de agua, incluso un acuerdo que se aplique a todo el curso de agua, no cause ningún daño, o casi ninguno, a los intereses de otro Estado del curso de agua. En el párrafo 2 del comentario al artículo 4 puede leerse incluso: «Es cierto que puede haber acuerdos relativos a toda la cuenca que presenten poco interés para uno o varios Estados del curso de agua»⁵. En tales casos, no hay ningún motivo para restringir la libertad de los Estados para elegir a las partes con que desean establecer relaciones convencionales dando a otros Estados no afectados, o casi no afectados, carta blanca para invalidar ese principio fundamental. Los usos por terceros Estados de un curso de agua internacional pueden y deben ser protegidos contra los efectos perjudiciales dimanantes de la celebración de acuerdos de curso de agua por otros Estados del curso de agua, pero deben serlo por medios menos restrictivos que los previstos en el artículo 4. Por ejemplo, podría imponerse a los Estados que proyecten celebrar un acuerdo la obligación de entablar consultas con los terceros Estados del curso de agua para velar por que sus usos no resulten afectados por la celebración de ese acuerdo. Se puede aducir otra razón por la cual sería útil modificar el artículo 4. De conformidad con el plan general del proyecto, y especialmente a tenor de lo dispuesto en el artículo 7, todo Estado del curso de agua puede emprender obras que afecten a la totalidad o a partes del curso de agua con tal que no se produzcan efectos perjudiciales apreciables para otros Estados del curso de agua. Ese Estado no estaría obligado, a tenor del proyecto, a establecer relaciones convencionales con otros Estados del curso de agua. Sin embargo, si el mismo Estado emprendiera las mismas obras conjuntamente con otro Estado del curso de agua, su libertad para elegir a las partes con las que quiere establecer relaciones convencionales quedaría restringida puesto que un tercer Estado tendría derecho a llegar a ser parte en el acuerdo. Si uno de los principales objetivos del proyecto es alentar la negociación de acuerdos de curso de agua, cabe preguntarse si el artículo 4 no iría en contra de ese objetivo. Más aún, el umbral del daño apreciable, que ocupa un lugar tan central en el proyecto, sería sustituido por un umbral mucho más bajo.

24. Otra razón aún por la cual el artículo 4 debe ser reexaminado es la de que el artículo 30⁶, que fue aprobado después del artículo 4, considera el supuesto en que las obligaciones de cooperación establecidas en el proyecto sólo pueden cumplirse mediante procedimientos indirectos. Esa libertad de acción, que responde a un planteamiento similar al adoptado en la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, es

un reconocimiento realista de que el mero hecho de que un curso de agua atraviese el territorio de dos o más Estados, aunque pueda afirmarse que crea una especie de comunidad de intereses, no es el único factor que debe tener en cuenta el derecho. La unidad de propósito del proyecto se vendría abajo si los Estados dispusieran del necesario margen de maniobra con respecto a la elección de los métodos por los cuales pueden cumplir sus obligaciones pero estuvieran obligados rígidamente a establecer relaciones directas.

25. Probablemente el artículo 4 no se aplicaría a los casos en que un Estado del curso de agua concertase un acuerdo con un Estado no ribereño del curso de agua o con un organismo financiero internacional con objeto de iniciar nuevas obras en el curso de agua; en tales casos, la relación se regiría por las normas generales del derecho de los tratados relativas a los terceros Estados. No hay ningún motivo para que las normas que rigen los acuerdos entre Estados del curso de agua sean diferentes de las normas generales del derecho de los tratados, en especial la norma fundamental *pacta sunt servanda*.

26. Está totalmente de acuerdo con las razones que ha mencionado el Sr. Calero Rodrigues (*ibid.*) para no arriesgar el delicado equilibrio que existe entre la obligación de prevenir el daño apreciable, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7, y la norma de la utilización equitativa, enunciada en los artículos 5 y 6. Sin embargo, pueden aducirse otras tres razones para ello. En primer lugar, la norma de la utilización equitativa es muy subjetiva, en la medida en que los factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable, enumerados en el artículo 6, no constituyen una lista exhaustiva y se refieren prácticamente a todos los aspectos de la vida. Probablemente, el Relator Especial confía en poder aminorar los efectos perjudiciales de esa norma por medio de procedimientos de solución de las controversias. Mientras no se sepa si tales procedimientos abarcarán el arreglo judicial obligatorio, es muy importante velar por la certeza de las normas de fondo. La tarea de los llamados a resolver sobre lo que constituye daño apreciable o *significant* se complicaría aún más si la regla de no causar daños se subordina a la regla de la utilización equitativa. No deja de ser significativo que los organismos financieros internacionales, en especial el Banco Mundial, tiendan a aplicar en sus directivas la regla de la prevención del daño apreciable, que se presta a una verificación objetiva más fácilmente que la regla de la utilización equitativa.

27. En segundo lugar, el Relator Especial propone una excepción en el caso de los usos que causan contaminación y, de nuevo, una excepción a esa excepción en los casos en que se aprecien claramente circunstancias especiales que indiquen la necesidad imperiosa de un ajuste especial y la inexistencia de un riesgo inminente para la salud y la seguridad de las personas. Aparte de la incertidumbre que probablemente creará la interpretación de esa norma, la contaminación está definida de forma tan amplia en el artículo 21⁷ que priva de cualquier interés práctico la distinción entre las actividades que causan un daño apreciable o *significant* y las actividades que causan contaminación.

⁵ Aprobado inicialmente como artículo 5. Para el comentario, véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

⁶ Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 75.

⁷ *Ibid.*, pág. 74.

28. En tercer lugar, es importante tener presente que la prevención de los daños por encima del umbral del daño apreciable es la formulación más débil de la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Sería prácticamente imposible reparar el daño por encima de ese nivel. Cualquier retoque de una norma ya definida de manera restrictiva estaría totalmente injustificado.

29. El Sr. Sreenivasa RAO acoge con satisfacción el informe claro y conciso del Relator Especial. El planteamiento que ha adoptado es un tributo a los esfuerzos de los anteriores Relatores Especiales encargados del tema y, en especial, del Sr. McCaffrey, bajo cuya dirección la Comisión finalizó la primera lectura del articulado.

30. Como es probable que varios otros Estados presenten observaciones sobre el tema, sería aconsejable que la Comisión esperase hasta 1994 por lo menos para ultimar su labor sobre los artículos en segunda lectura. Las observaciones recibidas hasta ahora son en general favorables a la labor de la Comisión. Casi todos los Estados, sin embargo, abordan el proyecto de artículos desde el punto de vista de su interés nacional, lo que supone que se hayan expresado diversas preferencias acerca de la forma como habría que finalizar la labor sobre los artículos. Algunos Estados han hecho hincapié acertadamente en la necesidad de integrar derecho y política en materia de cursos de agua internacionales, en los casos en que los intereses son similares, en el contexto más amplio del interés general relativo a la preservación del medio ambiente y el desarrollo sostenible. Aunque varios de los comentarios aprueban el planteamiento de la convención marco, otros se inclinan aparentemente a favor de unas normas tipo o recomendaciones para conceder a los Estados cierto grado de flexibilidad. También se ha acogido favorablemente la idea de adoptar una disposición adecuada sobre la solución de controversias en el marco general del proyecto.

31. En cuanto a los artículos y comentarios terminados en primera lectura, el artículo 1, sobre la relación entre la navegación y otros usos de los cursos de agua internacionales, no establece un equilibrio apropiado. Cualquier conflicto que se produzca debería regularse como un problema de gestión de usos múltiples. Tal como ha quedado redactado el artículo 1, y como se explica la cuestión en el comentario⁸, cabe la interpretación de que los artículos se aplican también a los usos relacionados con la navegación, que claramente no están comprendidos en el ámbito del proyecto. Habría que intentar corregir ese desequilibrio en segunda lectura.

32. Mientras que las definiciones del artículo 2 se centran en determinados factores físicos, se desprende claramente del comentario⁹ y de los artículos siguientes que la relación entre los distintos Estados del curso de agua depende principalmente de sus intereses comunes y de la necesidad de evitar los daños por encima de un umbral acordado. En su opinión, para que el ámbito de aplicación de los artículos siga siendo claro, conviene mante-

ner en el apartado *b* del artículo 2 las palabras «y fluyen a un término común». Asimismo, las aguas subterráneas no deben quedar comprendidas en el ámbito de los artículos. A este respecto, si bien acoge con satisfacción la oferta del Relator Especial de estudiar la conveniencia de incluir las «aguas subterráneas confinadas» en el ámbito del proyecto de artículos, conviene en que la Comisión obraría con acierto si concluyera lo antes posible el examen de esos artículos y no añadiera un nuevo tema que necesitará tiempo para madurar. Por otra parte, no tiene nada que objetar a la sugerencia de transferir la definición de contaminación del artículo 21 al artículo 2 ya que, como señala el propio Relator Especial, ese cambio de ningún modo significaría que se estaba de acuerdo con la introducción de cambios en la parte II o en la parte III del proyecto actual. La inclusión de esa definición en el artículo 2 no tendría ninguna repercusión en lo que concierne al cambio propuesto en el artículo 7.

33. Aprueba el esquema del acuerdo marco en que se basa el artículo 3. Como se indica en el párrafo 2 del comentario¹⁰, tal acuerdo tiene por objeto proporcionar «las pautas para la negociación de los futuros acuerdos», y «la mejor manera de lograr una utilización, protección y aprovechamiento óptimos de un curso de agua internacional determinado es por medio de un acuerdo que se ajuste a las características de ese curso de agua y a las necesidades de los Estados interesados». Una cuestión importante que plantea el artículo 3 es la que se refiere a la definición de un umbral o nivel de daño que determine la aplicación del proyecto de artículos. A este respecto, opina también que habría que sustituir en el párrafo 2 del artículo 3 el término «*appreciable*» por «*significant*». Además de las ventajas evidentes de fijar un nivel uniforme y jurídicamente reconocible de daño, a diferencia de un umbral meramente objetivo, es un criterio que ha sido aprobado por la comunidad de Estados en sus intentos por establecer un programa para la protección y preservación del medio ambiente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y en el contexto europeo. Además, el establecimiento de un umbral idóneo es decisivo para que el proyecto logre una aceptación universal. Por lo que toca a las variantes del artículo 3 propuestas en el párrafo 12 del informe, se inclina a aceptar la variante B, por los motivos aducidos por el Relator Especial. Otra cuestión es el efecto del artículo en los acuerdos existentes. A su juicio, no es necesario modificar el párrafo 3 del artículo 3 y la mejor solución sería dejar la cuestión al arbitrio de los Estados. Como ha señalado el Relator Especial en el párrafo 14 del informe, los Estados están en condiciones de evitar de varios modos la aplicación no intencionada de la convención, en particular mediante una declaración inequívoca de intención o una declaración interpretativa; bastaría una declaración general a tal efecto efectuada en el momento de la firma o la ratificación de la convención. De lo contrario, como se ha dicho ya, habría que especificar en términos inequívocos que los artículos no afectan de ningún modo a los tratados preexistentes entre Estados, salvo en lo que concierne a los cambios que las partes en esos tratados juzguen necesarios. La propuesta

⁸ Aprobado inicialmente como artículo 2. Para el comentario, véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 26 y 27.

⁹ El apartado *c* del artículo 2 fue aprobado inicialmente como artículo 3. Para el comentario, *ibid.*, pág. 27. Para el comentario de los apartados *a* y *b*, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 76 y 77.

¹⁰ El artículo 3 fue aprobado inicialmente como artículo 4. Para el comentario, véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 27 a 31.

de colocar los artículos 8 y 23 delante del artículo 3 no está, a su juicio, en consonancia con el plan actual de la parte I del proyecto, que versa sólo sobre los principios generales.

34. El Relator Especial está en lo cierto cuando dice que no es necesario introducir cambios en el artículo 4: el excelente comentario de la Comisión sobre el artículo¹¹ basta para disipar cualquier ambigüedad.

35. El artículo 5 enuncia el principio fundamental según el cual todos los Estados ribereños tienen derecho a utilizar los cursos de agua internacionales de manera equitativa y razonable. Ese derecho está sujeto a la obligación de los Estados del curso de agua de velar por que la utilización óptima y el consiguiente disfrute sean compatibles con la protección adecuada del curso de agua. En ese sentido, el concepto de utilización óptima abarca el de desarrollo sostenible. El comentario sobre este artículo¹² es aceptable en general, aunque es discutible la afirmación que se hace en el párrafo 3 de que una utilización óptima no significa conseguir el uso «máximo» por cualquiera de los Estados del curso de agua que sea compatible con un uso económico o eficiente sino más bien lograr el disfrute máximo posible para todos los Estados del curso de agua. Esa interpretación no refleja debidamente la práctica de la mayoría de los Estados que, a falta de acuerdo expreso en contrario, se basan en su capacidad y recursos propios para maximizar los beneficios, con sujeción en cualquier caso a las necesidades de la economía y a la obligación de proteger el curso de agua y no causar daños apreciables o *significant* a otros Estados corribereños, noción hábilmente condensada en el criterio de utilización equitativa y razonable del curso de agua. Por otra parte, el artículo 5 debería concentrarse en el principio básico de uso equitativo y razonable que se recoge más claramente en el artículo IV de las Normas de Helsinki¹³, que enuncia la idea del derecho de los Estados del curso de agua de manera más positiva que el párrafo 1 del artículo 5. El párrafo 2 del artículo 5 debería suprimirse, ya que el derecho de participación no es más que un derecho de cooperación que se enuncia con más detalle en el artículo 8, relativo a la cooperación.

36. El artículo 6 contiene una lista enunciativa de factores, cada uno de los cuales tendría que cotejarse con los demás para lograr cierto equilibrio. El concepto de «usos existentes» se ha generalizado en la práctica de los Estados como factor importante para medir el daño apreciable o considerable. No obstante, habría que otorgar la misma prioridad a la necesidad de adecuar ese factor a la consideración igualmente importante de las necesidades de desarrollo de los Estados.

37. El artículo 7, que establece la obligación de los Estados de utilizar cualquier curso de agua de manera que no se causen daños apreciables o *significant* a otros Estados del curso de agua, enuncia un criterio que ya ha sido incorporado a varios artículos para promover diversos procedimientos, como los relativos a la notificación, las consultas y las negociaciones. Algunos gobiernos, en sus

observaciones sobre este artículo¹⁴, han opinado con razón que, en el mejor de los casos, esa disposición no hace más que reiterar ese criterio y que, en el peor, socava el concepto básico de uso equitativo y razonable; sea como sea, conviene suprimirla en ese artículo. El orador recomendaría también que se suprimiera integralmente y, a este respecto, está de acuerdo con el razonamiento expuesto por el Relator Especial. La prevención de la contaminación y la gestión de los recursos hídricos son objetivos que todos comparten; habría que incluir en el comentario sobre el artículo 5 una explicación de los conceptos de uso óptimo o uso razonable, o de ambos conceptos.

38. El logro de los fines de la utilización y gestión de los cursos de agua depende de la obligación de cooperar, enunciada en el artículo 8. Esos fines han de promoverse, no sólo con arreglo a la igualdad soberana, la integridad territorial y el provecho mutuo, como dispone el artículo, sino también, como se señala en el comentario¹⁵, con debida atención a la buena fe y la buena vecindad. La cooperación no puede imponerse, sólo puede cultivarse en reciprocidad. El interés común propio del proceso de utilización de los recursos hídricos promovería esa cooperación, que es tan necesaria porque los múltiples usos, a menudo contradictorios, requieren un planteamiento integrado. El artículo 9, sobre el intercambio de datos e información, es fundamentalmente una prolongación del artículo 8 y da pie a las mismas consideraciones de provecho mutuo, reciprocidad e igualdad soberana. El intercambio de datos estaría sujeto en gran parte, por supuesto, a los acuerdos celebrados entre los Estados.

39. El artículo 10, sobre la relación entre los distintos usos, enuncia el importante principio de que ha de atribuirse a cada uso la importancia que le corresponde en un intento por conciliar usos múltiples y distintos y factores e intereses diferentes. El problema de la gestión de usos múltiples y conflictos es suficientemente importante para que los Estados exijan que las características especiales se equilibren cuidadosamente en sus propios acuerdos separados.

40. La cuestión de la solución pacífica de las controversias es especialmente importante en relación con los usos de los cursos de agua internacionales. A medida que aumentan las necesidades de la población y se hacen más escasos los recursos de agua, es posible que proliferen las controversias sobre la utilización de los cursos de agua internacionales, controversias que podrían asumir proporciones graves si no se resuelven en el plano técnico y profesional. Todo intento de politizar las controversias sería forzosamente contraproducente. Por consiguiente, conviene alentar la designación desde el inicio de la controversia de comisiones mixtas de carácter técnico con el mandato de dar prioridad a la gestión óptima del curso de agua. Siempre que fuera posible, habría que proceder a la solución de las controversias por medio de la negociación y por otros medios, incluido el recurso a los procedimientos por intervención de un tercero. Por

¹¹ Véase nota 5 *supra*.

¹² Aprobado inicialmente como artículo 6. Para el comentario, véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), págs. 32 a 37.

¹³ Véase 2312.ª sesión, nota 14.

¹⁴ Véase nota 4 *supra*.

¹⁵ El artículo 8 fue aprobado inicialmente como artículo 9. Para el comentario, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47.

consiguiente, está de acuerdo en que se incluyan en el proyecto disposiciones adecuadas sobre la solución de las controversias, pero el Relator Especial ha de tener presente que los Estados deben seguir teniendo reservada la libre elección de los medios.

41. Como ha señalado el Gobierno suizo en sus observaciones¹⁶, la futura convención marco, para cumplir su finalidad, debe ser equilibrada y no debe favorecer a los Estados del tramo superior ni a los Estados del tramo inferior del curso de agua.

42. El Sr. VERESHCHETIN dice que el tema es de la máxima importancia para Rusia, cuya frontera terrestre más larga atraviesa varios cursos de agua, ríos, lagos e incluso mares interiores. Algunos cursos de agua que discurren por los territorios de tres o más Estados han adquirido carácter internacional desde que la Unión Soviética dejó de existir y su régimen jurídico probablemente requiera una reglamentación internacional en el próximo futuro.

43. Da las gracias al Relator Especial por su bien preparado primer informe que, aunque conciso, proporciona una buena visión de conjunto de los problemas que se plantean y de la postura del Relator Especial. Confía en que la Comisión, a la luz del informe y de las observaciones favorables recibidas de los Estados, podrá concluir sus trabajos sobre el proyecto en 1994. A este respecto, opina que no sería deseable hacer extensivo el proyecto de artículos a las aguas subterráneas confinadas. Como algunos otros miembros, no alcanza a discernir ningún vínculo orgánico entre los dos problemas desde el punto de vista de su regulación jurídica. No se opondrá, sin embargo, a que el Relator Especial lleve a cabo un estudio de viabilidad, siempre que tal estudio no afecte a la fecha límite para la conclusión de los trabajos sobre el tema. Aunque apoya la propuesta de que el proyecto de artículos revista finalmente la forma de una convención marco, conviene con el Relator Especial en que hay argumentos sólidos a favor de unas directrices o normas tipo. Como han señalado muchos miembros, cuanto más flexible sea el documento final tanto mayores serán las posibilidades de que los Estados adapten las normas generales al régimen aplicable a los distintos cursos de agua y, por lo tanto, el documento obtenga un reconocimiento más amplio.

44. Por lo que respecta al artículo 1, conviene en que el empleo de la expresión «aguas transfronterizas», en lugar de «curso de agua internacional», estaría más en consonancia con la práctica. No puede, en cambio, aceptar la propuesta del Relator Especial de suprimir en el apartado b del artículo 2 las palabras «y fluyen a un término común», porque tal supresión ampliaría el alcance del proyecto de artículos y haría más difícil su aplicación en la práctica. Por el contrario, no tiene nada que objetar a la propuesta de trasladar del artículo 21 al artículo 2 la definición del término «contaminación», lo que permitiría poner de relieve uno de los objetivos principales del proyecto, esto es, proteger las aguas transfronterizas contra la contaminación.

45. Aunque es difícil en ruso distinguir entre «*appreciable*» y «*significant*», puede aceptar los argumentos del Relator Especial a favor del término «*significant*» y prefiere la variante B del artículo 3. Habrá que seguir estudiando la relación entre el proyecto de artículos y los acuerdos existentes, especialmente a la luz de la decisión que adopte más adelante la Comisión sobre la forma y la fuerza jurídica del futuro instrumento. La propuesta de colocar los artículos 8 y 26 delante del artículo 3 es razonable y mejoraría la estructura del texto. El Comité de Redacción podría examinar la posibilidad de reunir en el artículo 2 todas las definiciones, de conformidad con el procedimiento seguido en otros instrumentos internacionales.

46. Comparte la opinión general de que los artículos 5 y 7 constituyen un elemento clave de todo el proyecto. El empleo de las palabras «equitativa y razonable» significa que los cursos de agua deben utilizarse sin causar daños apreciables o «*significant*» a otros Estados. Parecería lógico incluir en el artículo 5 el requisito contenido en el artículo 7 y suprimir este último. Sin embargo, como ambos artículos son considerados por muchos miembros como una solución de transacción resultante de los trabajos anteriores de la Comisión, no se opondrá a que se mantenga separado el artículo 7. En cuanto a la nueva redacción del artículo 7, apoya la propuesta del Sr. Tomuschat (2311.ª sesión) de que sólo se utilice la primera frase del nuevo texto.

47. Duda de que una sección sobre la solución de controversias sea útil, especialmente si el instrumento futuro reviste la forma de unas normas tipo. Dadas la naturaleza y las características especiales del uso de los distintos cursos de agua, cabe que sea necesario aplicar en cada caso un mecanismo específico de solución de controversias, que una controversia requiera el arbitraje y la conciliación mientras que en otra tal vez sea preferible recurrir a una comisión bilateral o multilateral; en otros casos, quizás lo mejor sea el recurso a la CIJ o a algún otro órgano, tal vez regional.

El Sr. Barboza vuelve a ocupar la Presidencia.

48. El Sr. KABATSI da las gracias al Relator Especial por su primer informe, que pone de manifiesto su honda comprensión del tema y sigue la pauta establecida por los anteriores relatores especiales. El proyecto de artículos ha obtenido una respuesta generalmente favorable de los gobiernos. Conviene con varios otros miembros de la Comisión en que el tema había sido bien estudiado antes de que fuera sometido el presente informe y que el proyecto de artículos, en palabras del Relator Especial, sólo necesita unos «últimos retoques».

49. En cuanto a la forma del futuro instrumento, pueden aducirse muchos argumentos a favor tanto de la convención marco como de las normas tipo. El Relator Especial parece partidario de unas normas tipo, pero personalmente se inclina más a favor de una convención marco.

50. La Comisión podría ciertamente aportar una importante contribución adicional si recomendase procedimientos de solución de las controversias. Aunque conviene con el Sr. Sreenivasa Rao en que convendría dejar abiertas todas las posibilidades, es partidario de procedi-

¹⁶ Véase nota 4 *supra*.

mientos vinculantes de arbitraje y arreglo judicial. La utilización de los cursos de agua internacionales es cada vez mayor y proliferarán las controversias. Algunas de ellas podrían ser graves y culminar, incluso, en una guerra. Por eso es importante incorporar al instrumento procedimientos obligatorios de solución. Por lo que respecta al artículo 5, en caso de controversia se necesitaría sin duda un tercero imparcial para que decidiese si la utilización y participación eran equitativas y razonables. No está de acuerdo en que las disposiciones existentes, por ejemplo el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, sean suficientes.

51. No cree aconsejable incluir ahora en el proyecto de artículos la cuestión de las aguas subterráneas; no está claro que las aguas subterráneas guarden relación con el tema y sus características físicas no han sido estudiadas minuciosamente ni han sido objeto de levantamientos cartográficos detallados.

52. Por las razones aducidas por otros miembros de la Comisión, es partidario de conservar las palabras «y fluyen a un término común» en el apartado *b* del artículo 2. Podría aceptar la sustitución de «*appreciable*» por «*significant*» en el artículo 3 y en otras partes del texto y conviene con el Relator Especial en que es lógico trasladar del artículo 21 al artículo 2 la definición de «contaminación». También es de la opinión de que el artículo 7 no cumple ninguna finalidad útil, ya que su contenido está comprendido en el artículo 5; el artículo 7, pues, debería ser suprimido.

53. El Sr. EIRIKSSON señala que el Relator Especial propone trasladar la definición de «contaminación» al artículo 2 porque facilitaría su propuesta relativa al artículo 7. En principio, sin embargo, un término que figura sólo una vez en el proyecto de artículos suele definirse en el lugar en que aparece. Por consiguiente, no es necesario trasladar esa definición.

54. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, está de acuerdo con la observación de un gobierno de que el proyecto representa un logro notable. Fruto de una prolongada negociación, es muestra de la habilidad y paciencia de todos los relatores especiales, especialmente del Sr. McCaffrey, que no conviene en forma alguna poner en peligro. Por consiguiente, el actual Relator Especial tiene razón al señalar que lo que ahora se necesita es «afinar». Sin embargo, algunas de sus propuestas van más allá de los simples retoques.

55. Esta observación se aplica especialmente a uno de los elementos esenciales del proyecto de artículos, es decir, la relación entre la utilización equitativa y razonable (artículo 5) y la obligación de no causar daños apreciables (artículo 7), ya que esa obligación debe ser un límite a la utilización equitativa y razonable del curso de agua internacional. Por otra parte, la sugerencia del Relator Especial de que el proyecto de artículos revista la forma de unas normas tipo en vez de una convención marco también excede de los meros retoques. El Relator Especial señala que no insistirá en resolver la cuestión de la forma en la presente etapa, pero la Comisión ha avanzado en su labor en la inteligencia de que el producto final será una convención marco que, en la mayoría de sus disposiciones, codificará el derecho existente en esta ma-

teria. Las soluciones de transacción a que se ha llegado sobre los artículos del proyecto se basan en esa idea y tienen en cuenta la naturaleza obligatoria de las disposiciones. En vista de la forma que puede revestir el proyecto de artículos, es importante dejar bien sentada en el texto la intangibilidad de los acuerdos existentes salvo que las partes en ellos acuerden otra cosa. No hay que olvidar que existen muchísimas convenciones multilaterales que rigen las relaciones entre los Estados ribereños de los principales sistemas de cursos de agua del mundo.

56. No puede aceptar la recomendación del Relator Especial de que se supriman en el apartado *b* del artículo 2 las palabras «y fluyen a un término común». En cualquier caso, el Relator Especial tendrá que aportar argumentos menos lacónicos que los contenidos en el párrafo 11 de su informe en apoyo de lo que parece considerar como una verdad evidente. Por su parte, el orador no tiene *a priori* nada que objetar a la inclusión en el artículo de las aguas subterráneas confinadas «sin relación con las aguas de superficie», pues los principios aplicables a los sistemas de curso de agua pueden hacerse extensivos a los sistemas de aguas subterráneas compartidos entre varios Estados. No obstante, el tema es totalmente nuevo en derecho internacional y, para incluirlo, el Relator Especial tendrá que realizar un estudio de viabilidad y ocuparse de la materia más extensamente que en el presente informe. La Comisión tiene que ser informada acerca de las condiciones físicas que imperan en las aguas subterráneas confinadas, del tipo de relación entre las diferentes partes de lo que podría ser un sistema de aguas subterráneas transfronterizas y de la participación de las aguas subterráneas en el ciclo general del agua. También habrá de determinarse si el concepto de «curso de agua» es aplicable a las aguas subterráneas.

57. La propuesta del Relator Especial de sustituir «*appreciable*» por «*significant*» en el artículo 3 y en todo el texto se basa en las observaciones de ciertos gobiernos concernientes a la práctica seguida hasta ahora en instrumentos más o menos comparables en que el concepto «apreciable» es ambiguo porque tiene dos significados muy diferentes: capaz de ser detectado, e indicativo de un nivel que supera el de las meras molestias que deben ser toleradas entre Estados en consonancia con el principio de buena vecindad.

58. Las cuestiones que se plantean en este punto son diversas, a las que hay que agregar las complicaciones de traducción. No hay en realidad ambigüedad en el sentido de «apreciable» sino dos significados distintos, que son ambos aplicables al daño causado a los cursos de agua. No hay nada malo en exigir que el daño pueda ser apreciado o tasado, pero nadie ha pensado que el término «apreciable» utilizado en muchos instrumentos existentes signifique solamente capaz de ser medido sin indicar un umbral de daño. La cuestión del umbral de daño es, por supuesto, más importante. Un anterior Relator Especial, el Sr. Schwebel, defendió el uso del término «apreciable» en su tercer informe aduciendo que significaba algo más que «perceptible» pero menos que «grave» o «sustancial»¹⁷. Sea como sea, parece que el término «*appreciable*» implica un umbral más bajo que el término

¹⁷ *Anuario...* 1982, vol. II (primera parte), págs. 120 a 123, documento A/CN.4/348, párrs. 130 a 141.

«significant». Por lo tanto, el Relator Especial propone elevar el umbral de daño establecido en el proyecto de artículos, y esto no es afinar el piano sino cambiarle las teclas.

59. En el derecho relativo a los cursos de agua, el umbral aplicable parece, en general, haberse establecido a un nivel inferior al que supone el empleo del término «significant». En diversos tratados más o menos recientes, como el Convenio de 15 de abril de 1891 entre Italia y Gran Bretaña¹⁸, el Convenio de 26 de octubre de 1905 entre Noruega y Suecia¹⁹, el Convenio general sobre el régimen de las aguas, de 14 de diciembre de 1931, entre Rumania y Yugoslavia²⁰, el Acta de Santiago sobre cuencas hidrológicas, de 26 de junio de 1971, entre la Argentina y Chile²¹, la Convención relativa al estatuto del río Senegal y el Estatuto del río Uruguay, concertado entre la Argentina y el Uruguay el 26 de febrero de 1975²², los términos utilizados se aproximan más al inglés «*appreciable*» (*ouvrage qui pourrait sensiblement modifier; entraves sensibles; changement sensible du régime des eaux*; «perjuicio sensible»; y *projet susceptible de modifier d'une manière sensible*). A este respecto, desea poner de relieve la observación del Gobierno de Grecia²³, según la cual hubiera sido preferible la expresión «daños sensibles», que implica un umbral más bajo que la de «daños apreciables», y las observaciones de los Gobiernos de Hungría y Polonia²⁴, que comparten la opinión de que habría que disminuir el umbral de daño. Hungría ha señalado acertadamente que la máxima *de minimis non curat praetor* forma parte implícitamente de todo instrumento jurídico; por consiguiente, si los artículos hacen referencia expresamente a un nivel mínimo de daño es porque ese nivel es superior al nivel *de minimis*, con lo que ya se está en un nivel considerable que convendría rebajar.

60. Las cuestiones de traducción que se plantean son bastante complejas. Aunque en muchos de los acuerdos mencionados se utiliza la palabra española «sensible» para referirse al umbral del daño, la palabra inglesa «*significant*» está siendo traducida ahora por «importante» en español y «*sensible*» en francés. Sea cual sea la decisión final de la Comisión sobre la sustitución del término «*appreciable*» por «*significant*» en el texto inglés del artículo 3, la palabra que se utilice en el texto español no puede ser «importante». Habrá que utilizar otra palabra que indique un umbral más bajo; quizás podría utilizarse en español la palabra «sensible» para armonizar las versiones española y francesa.

61. Algunos miembros han mantenido que la Comisión debe ser coherente en la utilización de los términos en

los distintos instrumentos que elabora. En relación con los artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, el Comité de Redacción ha aprobado provisionalmente el empleo del término «*significant*» para referirse al daño pertinente. El Relator Especial se inclinó ante lo que parecía ser la opinión mayoritaria de los miembros de la Comisión en el sentido de sustituir el término original «*appreciable*» por «*significant*» porque esos artículos versan sobre todas las actividades de riesgo en general. El argumento que se adujo para justificar ese cambio de terminología fue que, en un instrumento tan general, había que situar el umbral algo más alto para reducir el alcance del instrumento y, con él, el número y tipo de actividades que estarían sujetas a la obligación de prevención. Se estimó que, de otro modo, se impondría a los gobiernos una carga demasiado pesada.

62. Esto no quiere decir que haya que levantar el umbral en los campos en que el derecho ya ha sido fijado o en que sea conveniente una regulación diferente.

63. El Sr. ROBINSON se refiere a la cuestión de la sustitución del término «*appreciable*» por «*significant*» en el artículo 3 y dice que no está de acuerdo en que la Comisión deba utilizar la misma terminología en cada instrumento. La elección de los términos debe venir determinada por el planteamiento que haya adoptado la Comisión respecto del tema concreto, esto es, según que proceda a la codificación o el desarrollo progresivo del derecho internacional. Si la Comisión considera que el tema de los cursos de agua internacionales se presta especialmente a la codificación, el orador será partidario de utilizar el término «apreciable», que es el que claramente se ha preferido en la práctica.

64. La cuestión de la relación entre los artículos 5 y 7 es difícil. El artículo 5 establece el criterio de utilización equitativa y razonable y el artículo 7 la obligación de no causar daños apreciables. Esto plantea la cuestión de si el uso que da lugar a daños apreciables no es equitativo. En su opinión, habría que suprimir el artículo 7, a menos que la relación entre ambos artículos pueda resolverse satisfactoriamente en el comentario, cosa que no se hace actualmente.

Cooperación con otros organismos (conclusión)

[Tema 7 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

65. El PRESIDENTE da una cordial bienvenida al Sr. Rubin, Observador del Comité Jurídico Interamericano, y le invita a hacer uso de la palabra ante la Comisión.

66. El Sr. RUBIN (Observador del Comité Jurídico Interamericano) dice que el Comité Jurídico Interamericano suele hacer hincapié en las cuestiones que presentan un interés inmediato para la comunidad interamericana. Entre las cuestiones de especial interés figuran la unificación de las repúblicas americanas, las cuestiones comerciales, las corrientes de datos financieros, la libertad

¹⁸ G. F. de Martens, ed., *Nouveau Recueil général de Traités*, 2.ª serie, Gotinga, 1893, vol. XVIII-1, pág. 737.

¹⁹ *Ibid.*, Leipzig, 1907, vol. XXXIV, pág. 710.

²⁰ Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXXXV, pág. 31.

²¹ OEA, *Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4.ª ed. rev. (OEA/SER.I/VI, CIJ-75 Rev.2), Washington (D.C.), 1971, págs. 495 y 496; *Anuario...* 1974, vol. II (segunda parte), pág. 351, documento A/CN.4/274, párr. 327.

²² *Actos internacionales, Uruguay-Argentina, 1830-1980*, Montevideo, 1981, pág. 593.

²³ Véase nota 4 *supra*.

²⁴ *Ibid.*

de información y las cuestiones humanitarias, en particular los derechos humanos. Al mismo tiempo, el Comité, que desarrolla sus actividades en un continente que comprende países de habla española, francesa e inglesa y que está influido por sus diversos acervos culturales, siempre vuelve a las cuestiones universales.

67. El programa de la reunión de agosto de 1993 del Comité comprende temas relativos a la continuación de su importante labor sobre los aspectos jurídicos de la Iniciativa de las Américas, el derecho ambiental y el proceso judicial y sus repercusiones en la administración de justicia. El Comité examinará también temas fundamentales como los conceptos de legitimidad y de derechos humanos, en especial los derechos sociales y económicos, así como los civiles y políticos, y la relación entre esos derechos y la Carta de la OEA²⁵ y las doctrinas del derecho a la libre determinación y de la no intervención.

68. El primer tema del programa, la propuesta de un convenio sobre el tráfico de niños, pone de manifiesto una de las funciones importantes del Comité: la elaboración de proyectos de convenio para que sean examinados por diversos órganos del sistema interamericano. Otras importantes esferas de interés para el Comité comprenden la cooperación económica intrarregional y la determinación de los obstáculos que se oponen a la integración regional; los aspectos de derecho internacional público y privado relacionados con el desarrollo y la evolución de América; los aspectos jurídicos de las normas mínimas ambientales; y el examen de la función de un tribunal penal interamericano o de una sala de la actual Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el punto de vista de los recientes trabajos sobre la relación entre el principio de «legitimidad» y los principios de no intervención y libre determinación.

69. El Comité Jurídico se halla comprometido en la protección y promoción de los derechos humanos. A este respecto, examinará en su próxima reunión la cuestión de las dilaciones en la administración de justicia desde el punto de vista de los derechos humanos. En virtud de su mandato, el Comité viene organizando desde hace varios años seminarios regionales y cooperando con instituciones de enseñanza y de otro tipo. Ha colaborado estrechamente con las asociaciones de magistrados, jueces y letrados para buscar el medio de facilitar el acceso a la justicia, especialmente a las personas sin medios económicos, y estudiar otras soluciones para sustituir las contiendas judiciales tradicionales de índole pública y privada. Esas actividades han tenido mucho éxito. No sólo han facilitado la elaboración de una doctrina jurídica sino que han contribuido también a incorporar la labor de los juristas internacionales a la vida de la comunidad, una evolución que debe alentarse. A este respecto, tanto el Comité Jurídico como la Comisión de Derecho Internacional quizás deberían intensificar sus esfuerzos para llevar el derecho internacional a otros foros de discusión y decisión. Seminarios, material de enseñanza y conferencias en escenarios públicos o semipúblicos cambiarían la imagen del derecho internacional, de ser considerado juguete para eruditos a ser tenido por un campo del

derecho que puede aportar una contribución significativa a la vida del grupo social. La organización de simposios de jurconsultos y profesionales de la abogacía, patrocinados juntamente por la Comisión y el Comité Jurídico y, quizás, otros organismos regionales, constituiría un paso en esa dirección.

70. Reconociendo que los conceptos del derecho internacional y el derecho interno no son fáciles de distinguir en el mundo de hoy complejo e interdependiente, el Comité ha iniciado en los últimos años una serie de proyectos conexos de gran alcance relativos, entre otras cosas, a la solución pacífica de las controversias y las cuestiones relacionadas con la integración y el desarrollo económicos. La comunidad internacional reacciona ante un importante fenómeno nuevo, esto es, la importancia económica decreciente de las fronteras nacionales, que cada vez más se contemplan como meros obstáculos al ejercicio eficiente de la actividad económica mundial. Se multiplican los esfuerzos para eliminar o, por lo menos, reducir las barreras al comercio y resulta cada vez más difícil determinar el origen nacional para cumplir las disposiciones arancelarias nacionales. Los problemas jurídicos que han surgido recientemente en la esfera de los servicios y los instrumentos financieros constituyen algunos de los ejemplos más espectaculares de la creciente insignificancia de las fronteras nacionales y la necesidad de una normalización mundial en esferas como la liquidación de sociedades multinacionales, el derecho de sociedades y la legislación sobre valores.

71. El fenómeno de la internacionalización también da lugar en el hemisferio occidental a una reevaluación de una parte considerable de la doctrina recibida. Por ejemplo, el principio de no intervención había adquirido, por razones históricas, un significado casi religioso en América y ha sido incorporado a la Carta de la OEA; sin embargo, otros intereses han dado pie a que se ponga en tela de juicio la intangibilidad de ese principio. La Carta de la OEA dispone también que la organización política de los Estados americanos requiere que esos Estados se organicen con arreglo al ejercicio efectivo de la democracia representativa. La cuestión de cómo los Estados pueden conciliar su obligación de promover la democracia y el principio de no intervención aún tiene que ser resuelta.

72. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que le complace especialmente dar la bienvenida al Sr. Rubin, que es un profesional destacado en el campo del derecho internacional. Entre sus múltiples actividades cabe señalar la de ser actualmente profesor de derecho internacional en la American University, de Washington, D.C., director honorario del *American Journal of International Law* y activo participante en la labor de la American Society of International Law. Por su antigüedad como miembro del Comité Jurídico y por sus extensos conocimientos de los trabajos de éste y su activa participación en ellos, el Sr. Rubin puede ser considerado como el decano del Comité. Su intervención ha expresado no sólo la extensión de sus inquietudes y las del Comité sino también las nuevas tendencias que se manifiestan en América.

73. El Comité está integrado por Estados pertenecientes a los sistemas del *common law* y de la tradición jurídica romanista, cosa que da a los juristas la oportunidad

²⁵ Firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 119, pág. 4); modificada por el «Protocolo de Buenos Aires» de 27 de febrero de 1967 (*ibid.*, vol. 721, pág. 266).

de conocer los sistemas jurídicos respectivos y colaborar en la búsqueda de los medios para comunicarse y determinar espacios comunes en sus instituciones. Es una tarea compleja tratar de tender puentes entre el dinámico sistema del *common law* y el sistema de los derechos de inspiración romanista y el Sr. Rubin ha desempeñado un importante papel a este respecto.

74. La diversidad de los temas tratados por el Comité Jurídico pone de relieve una tendencia interesante: América del Norte y América Latina han empezado a centrarse en el derecho económico internacional como base para descubrir nuevos medios de definir relaciones jurídicas. Como resultado de la preeminencia que el Comité atribuye a la economía internacional, está cobrando forma en América una nueva manera de abordar la cláusula Calvo; esa antigua cláusula está siendo revisada a la luz de las nuevas tendencias económicas. También es digno de mención el hecho de que el Banco Mundial y las instituciones afines elaboran mecanismos de solución de las controversias entre Estados en casos de inversiones extranjeras que dan lugar a conflictos entre intereses públicos y privados. Así, el Comité Jurídico está logrando rápidos avances en la esfera del derecho económico internacional.

75. En cuanto al medio ambiente, el Comité hace hincapié en la reciente tendencia a limitar su acción al estudio de los fenómenos ambientales que tienen especial interés para el continente americano; se habla incluso de elaborar un sistema americano de derecho ambiental. No está claro si tal sistema se llevará verdaderamente a cabo; sea como sea, los trabajos actuales no versan sobre las cuestiones de responsabilidad sino sobre las relativas al medio ambiente en sí mismo.

76. En la esfera de los derechos humanos, el Comité Jurídico y sus juristas desempeñan una función cada vez mayor en el campo afín del derecho político. El derecho y la política han sido considerados tradicionalmente relacionados en la calle pero no en los medios jurídicos. Sin embargo, los juristas del Comité Jurídico están examinando el principio de la legitimidad de los gobiernos basada en la democracia y el respeto de los derechos humanos, reconociendo así que criterios internacionales prevalecen sobre la soberanía del Estado. Ese cambio del centro de interés en América es digno de mención.

77. El Comité Jurídico Interamericano desempeña dos funciones muy importantes. La primera se refiere a la división entre derecho internacional público y derecho internacional privado; en derecho internacional privado no se carga el acento en el conflicto de leyes sino en la búsqueda de espacios comunes entre los sistemas económicos de América del Norte y América Latina. La segunda consiste en los extraordinarios esfuerzos del Comité para difundir el conocimiento del derecho internacional. El Sr. Rubin ha contribuido y sigue contribuyendo a promover esos esfuerzos.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2314.^a SESIÓN

Miércoles 30 de junio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Vaclav MIKULKA

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (*continuación*) (A/CN.4/446, secc. E, A/CN.4/447 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/451², A/CN.4/L.489)

[Tema 4 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. SZEKELY desea completar las observaciones que hizo en la sesión anterior acerca de la calificación del daño y recuerda las observaciones de algunos miembros de la Comisión. El Presidente de la Comisión, en particular, se opuso a que se sustituyera el adjetivo «apreciable» por «importante» (*significant*) porque ello equivaldría a elevar el umbral de la responsabilidad. El propio orador declaró que la Comisión cometería, si lo hiciera, un error lamentable. El Sr. Robinson, en cambio, dijo que no era obligatorio utilizar en el proyecto sobre los cursos de agua el mismo vocabulario que en el proyecto sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. El Presidente, que es además el Relator Especial encargado del proyecto sobre este tema, explicó sin embargo por qué se había sustituido «apreciable» por «importante» y dijo que el cambio obedecía a que la serie de actividades de que se trataba era mucho más vasta que en el caso de los cursos de agua.

2. Sea como sea, la divergencia de opiniones sobre la calificación del daño sigue siendo todavía muy amplia en el caso de los cursos de agua. Confiesa no haber escuchado ningún argumento convincente en favor de la sustitución del adjetivo «apreciable» por «importante». Recuerda que la víspera, en el Comité de Redacción, el Presidente declaró que un daño que no es importante es un daño que no ha de tomarse en consideración. De ser así, no alcanza a ver el interés de proceder al cambio propuesto. ¿O bien se trata, en realidad, de elevar el umbral de la responsabilidad?

¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

² *Ibid.*

3. El Sr. CALERO RODRIGUES estima que la cuestión merece ser examinada y subraya el interés de las observaciones que la víspera formuló el Presidente. Al parecer, algunos miembros, entre los que se cuenta el Sr. Szekely, temen que sustituir «apreciable» por «importante» tenga por efecto elevar el umbral de la responsabilidad. El Presidente señaló que el término inglés *significant* había sido traducido al español por «importante» y estimó que sería preferible traducirlo por «sensible», palabra que existe también en francés. El orador opina por su parte que por «apreciable» o «importante» hay que entender en realidad «sensible». En inglés, el término *appreciable* designa lo que puede ser detectado y tiene cierta importancia sin llegar, no obstante, a ser grave.

4. El Sr. SZEKELY da las gracias al Sr. Calero Rodrigues por sus explicaciones y lamenta que en el proyecto no figuren otras análogas. A falta de ellas, en efecto, la sustitución de *appreciable* por *significant* puede dar a entender que se ha elevado el umbral de la responsabilidad, lo que plantearía algunos problemas.

5. El Sr. YANKOV estima que no se trata sólo de una cuestión de terminología o de traducción. La cuestión debe ser estudiada en detalle y el comentario deberá recoger en lo posible los precedentes, es decir, los casos en que se ha utilizado el término «apreciable» para calificar el daño. Añade que ese término significa, en cierto modo, medible, a diferencia de lo que ocurre con *significant*.

6. El Sr. ARANGIO-RUIZ opina que el término francés *sensible* se traduce al inglés por *perceptible* y no por *significant* o *appreciable*.

Responsabilidad de los Estados (continuación*)
[A/CN.4/446, secc. C, A/CN.4/453 y Add.1 a 3,
A/CN.4/L.480 y Add.1, ILC (XLV)/ Conf.Room
Doc.1]

[Tema 2 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación*)

7. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) estima que la riqueza de la discusión constituye un buen augurio para el desarrollo progresivo del derecho de la solución de las controversias y, por tanto, de la primacía del derecho en el sistema interestatal. Sean cuales sean las dificultades que surjan, el debate ha puesto de manifiesto que la inmensa mayoría de los miembros de la CDI opina que debe reforzarse el papel del juez en el sistema interestatal, en particular en la esfera de la responsabilidad de los Estados, y no sólo de manera simbólica.

8. Se felicita, por otra parte, del muy amplio apoyo que ha obtenido la idea de completar el proyecto de artículos mediante disposiciones relativas a la solución de controversias que puedan servir para atenuar de una manera adecuada los graves inconvenientes del régimen —desgraciadamente inevitable— de las contramedidas

unilaterales. Las contramedidas, por rigurosamente reglamentadas que estén —como, por ejemplo, en los proyectos de artículos 11 a 14 propuestos en 1992⁴—, revelan efectivamente el carácter aún rudimentario del sistema interestatal, e inevitablemente del derecho correspondiente a ese sistema. Como no parece que ese elemento del sistema esté próximo a desaparecer, es decir, como las contramedidas no pueden ser eliminadas totalmente, no basta subordinarlas a ciertas condiciones y limitaciones estableciendo normas a tal efecto, ya que esas normas están sujetas a su vez a la interpretación exclusivamente unilateral de los Estados destinados a aplicarlas. Un régimen que autorice medidas unilaterales con sujeción a condiciones y limitaciones interpretadas unilateralmente resulta inaceptable y es preciso encontrar el medio de eliminar o atenuar ese «doble unilateralismo». Tal parece ser la opinión de la gran mayoría de los miembros de la Comisión, con matices y diferencias, por supuesto. El Relator Especial deduce en todo caso que, para la mayoría de la Comisión, hay que franquear una etapa para lograr progresos sustanciales en la esfera de la solución de las controversias.

9. Por lo que respecta al alcance de las obligaciones de solución que se establezcan, esa gran mayoría parece confirmar el pesimismo del Relator Especial en cuanto a la posibilidad de llegar a lo que denomina en la primera parte de su informe (A/CN.4/453 y Add.1 a 3) la solución «teóricamente ideal». Esa solución consistía en modificar a fondo el régimen de las contramedidas, con objeto de que éstas sólo estuviesen autorizadas para obtener del Estado culpable la ejecución de una decisión imperativa dictada como resultado de un procedimiento de solución por intervención de un tercero, o sea, un laudo arbitral o una sentencia de la CIJ. Este es el sistema que existiría si la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados estableciera un procedimiento —arbitraje o arreglo judicial— obligatorio, automático y promovido unilateralmente en caso de cualquier «controversia en materia de responsabilidad», es decir, de cualquier controversia sobre la interpretación o la aplicación de la convención, y si dicho instrumento prohibiera al mismo tiempo recurrir a contramedidas unilaterales, salvo en el caso de que el Estado culpable se negara a ejecutar el laudo o la sentencia. Mas esa solución, como preveía el Relator Especial, ha sido desechada firmemente por la mayoría de la Comisión, a pesar de los méritos teóricos que se le han reconocido, por lo cual el Relator Especial, a su vez, también la ha desechado.

10. Así pues, parece que, en opinión general, el recurso lícito a una contramedida no debe subordinarse al recurso previo a procedimientos de solución, salvo aquellos a los que el Estado que afirme haber sido lesionado esté obligado a recurrir en aplicación de los tratados generales o bilaterales o de las cláusulas compromisorias que lo vinculan al Estado autor. En otras palabras, la Comisión parece partidaria de lo que se podría calificar de solución «blanda», similar a la que el Relator Especial propuso en 1992 como artículo 12⁵, que establece como

⁴ Para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis* y 11 a 14 de la segunda parte remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), notas 86, 56, 61, 67 y 69, respectivamente.

⁵ *Ibid.*

* Reanudación de los trabajos de la 2310.^a sesión.

³ Véase nota 1 *supra*.

condición de la licitud del recurso a las contramedidas el agotamiento previo de los procedimientos «disponibles» en virtud de acuerdos relativos a la solución de controversias que estén en vigor o lleguen a estar en vigor entre el Estado lesionado y el Estado culpable, es decir, aparte del instrumento que elabora la Comisión.

11. Sin embargo, el Relator Especial opina que el hecho de que la mayoría de los miembros de la CDI hayan desechado su solución «teóricamente ideal» no es totalmente negativo. Ello demuestra que ni la gran mayoría de quienes han intervenido en el debate ni el propio Relator Especial son soñadores, y que se han decantado con realismo, no sólo a favor de la idea general de introducir ciertos factores de corrección en las contramedidas, sino también a favor de un conjunto adecuado, aunque menos ambicioso, de obligaciones en materia de solución de controversias. El Relator Especial está seguro de que se han pronunciado tras madura reflexión, sin contentarse con rendir un tributo simbólico a la causa de la justicia y a la razón del débil frente al poderoso. Confía en que mantendrán su posición positiva cuando los proyectos de artículos de la tercera parte se sometan al examen del Comité de Redacción el próximo año. Han demostrado así la seriedad de su propósito y de sus esfuerzos por dominar sus propias aspiraciones, confrontándolas con la realidad del sistema interestatal y del derecho internacional, y sin excluir la necesidad de introducir un elemento corrector menos ambicioso, aunque adecuado, en el régimen sin cortapisa de las contramedidas unilaterales. A este respecto, el Relator Especial rechaza una vez más la asombrosa declaración de un miembro según el cual la adopción de sus propuestas sobre la tercera parte perturbaría el orden jurídico internacional.

12. En lo que concierne a los elementos y las características del sistema de solución de controversias, el Relator Especial señala que el que propone en su quinto informe ha obtenido un apoyo nada insignificante, puesto que muchos oradores se han declarado en general favorables a él. Desde luego, se han propuesto otras soluciones. Algunos han propugnado que ese sistema se reduzca a sus dos fases principales, el arbitraje y el arreglo judicial. Otros han propuesto una ampliación del recurso a la CIJ, en especial por medio de las salas y las opiniones consultivas. Otros han parecido preocupados por algunas de las funciones que el Relator Especial propone que se asignen a la comisión de conciliación. El Relator Especial subraya a este respecto que en ningún momento ha puesto en tela de juicio el carácter no obligatorio del informe y las principales recomendaciones de la comisión de conciliación. Otros aun han hecho propuestas interesantes acerca de las disposiciones del anexo de la tercera parte⁶ relativas a la forma de nombramiento de los miembros de la comisión de conciliación y del tribunal arbitral. Otros por último han propuesto que se cree una «comisión de contramedidas» o, como el Sr. Mahiou (2306.ª sesión), han examinado la posibilidad de asociar procedimientos obligatorios y procedimientos facultativos, sin indicar no obstante el ámbito de aplicación de estos últimos.

⁶ Para el texto de los proyectos de artículos, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

13. Sin embargo, estas y otras propuestas parecen compatibles, en su mayoría, con una característica esencial del régimen propuesto por el Relator Especial, a saber, la existencia de un sistema de solución de controversias posterior a las contramedidas. Ello se desprende claramente de las intervenciones de todos los oradores, si bien ha sido expresado con especial vigor por los Sres. Al-Khasawneh, Bennouna, Calero Rodrigues, Fomba, Mahiou, Pambou-Tchivounda, Robinson y Yankov.

14. Parece haberse formado, en particular, un amplio consenso con respecto a dos elementos esenciales del sistema propuesto: el «mecanismo de activación» y la esfera de los litigios a que se aplicarían esos procedimientos posteriores a las contramedidas.

15. Por lo que respecta al mecanismo de activación, la propuesta del Relator Especial de subordinar la existencia de una controversia a la adopción de una contramedida por el Estado lesionado y a la reacción del Estado autor del hecho inicial contra esa contramedida no parece haber planteado dificultades. La reacción del Estado contra el que se dirige la contramedida estaría constituida por una protesta o una demanda de que se ponga fin a la aplicación de la contramedida o, llegado el caso, por una contra-contramedida. El Relator Especial se asombra, a este respecto, de que la inclusión del término «contrarrepresalias» en su informe haya suscitado una objeción por parte de un miembro de la Comisión, ya que se trata de un término muy conocido de los juristas internacionales.

16. Al Sr. Pambou-Tchivounda le inquieta que corresponda a la comisión de conciliación tratar la cuestión de saber si hay o no controversia. El Relator Especial señala que se ha atribuido esa función a la comisión de conciliación porque ésta sería el primer «tercero» en conocer del asunto. En caso de recurso directo a un tribunal arbitral, sería éste el que se pronunciaría sobre ese punto. El Relator Especial añade que la única razón por la cual ha elegido como mecanismo de activación el concepto de controversia en vez del de «contramedida que ha suscitado una objeción», que había adoptado el anterior Relator Especial, es que el primero constituye un criterio bastante objetivo que ha sido confirmado en la práctica y en la doctrina. En cuanto a la controversia, estaría constituida por la afirmación del Estado objeto de la contramedida de que esta última es ilícita e injustificada, por una parte, y por la contradicción del Estado lesionado que haya adoptado la contramedida, por otra. El choque entre esas dos actitudes opuestas, constitutivo de la controversia, es lo que activaría los procedimientos establecidos en la tercera parte del proyecto.

17. Por lo que respecta a los litigios que se sometan a procedimientos de solución por intervención de un tercero, el Relator Especial señala que ha indicado expresamente en el capítulo I de su informe que el hecho de que los procedimientos de solución previstos en la tercera parte, a diferencia de los procedimientos a que se refiere el apartado a del párrafo 1 del artículo 12, sólo se puedan utilizar después de la adopción de contramedidas no significa que esos procedimientos sólo puedan versar sobre las cuestiones relativas a la interpretación o la aplicación de los pocos artículos de la futura convención que

tratan directamente del régimen de las contramedidas, es decir, los artículos 11 a 14 de la segunda parte⁷.

18. Por lo que hace a la decisión de si una contramedida está o no «justificada» o es o no «lícita», tal vez no sea suficiente determinar si es proporcionada, si es conforme a la obligación de recurrir previamente a los procedimientos de solución que obligan a las partes o incluso si no contraviene a la prohibición de recurrir a la fuerza ni a la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales. Existen también, efectivamente, condiciones de «justificación» o «licitud» que son condiciones «de más arriba», como la existencia de un hecho internacionalmente ilícito —condición establecida implícitamente en el artículo 11—, la imputación de ese hecho al Estado contra el que se dirige la contramedida, la inexistencia de circunstancias que excluyan la ilicitud o también la inobservancia por el Estado al que se atribuye el hecho ilícito de su obligación de reparar en el sentido de los artículos pertinentes⁸. Por consiguiente, aunque el «mecanismo de activación» sea la controversia dimanante de la adopción de una contramedida, los procedimientos previstos deberán aplicarse —a título de recomendación sin fuerza obligatoria o de decisión vinculante, según el caso— a todas las cuestiones en litigio entre las partes que puedan estar comprendidas en el ámbito de cualquiera de los artículos de la futura convención. Este es el sentido de las puntualizaciones que se hacen en el capítulo I del informe. Esta ampliación «hacia arriba» de la competencia de los órganos cuya intervención en calidad de terceros se prevé en los artículos propuestos para la tercera parte fue aceptada fundamentalmente con ocasión del debate celebrado sobre el apartado c del artículo 4 propuesto por el anterior Relator Especial⁹.

19. En cuanto a la función de la comisión de conciliación, no existe para el Relator Especial ninguna ambigüedad acerca del carácter facultativo de su informe y sus recomendaciones. Se ha limitado a dotarla de atribuciones accesorias que, a su juicio, no modifican sensiblemente esa función.

20. En cuanto concierne al ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la solución de las controversias, que en opinión del Sr. Al-Baharna (2309.ª sesión), el Sr. Pellet (2305.ª sesión), el Sr. Rosenstock (2309.ª sesión) y el Sr. Vereshchetin (2307.ª sesión) es demasiado amplio, es evidente que prever la intervención y decisión de un tercero después del acto ilícito, pero antes de las contramedidas, equivaldría en suma a someter todo el conjunto del derecho de la responsabilidad —e, indirectamente, las condiciones de aplicación de todas sus normas de fondo— a un órgano arbitral o judicial internacional, lo que tendría evidentemente por efecto que todas las cuestiones relativas a la responsabilidad de los Estados fueran justiciables por definición. Sin embargo, en opinión del Relator Especial, esa observación quizás pudie-

ra aplicarse a lo que ha denominado la «solución teóricamente ideal», de la que precisamente acaba de decir que parece haber sido desechada por la Comisión. Esa observación no se aplica en absoluto a la solución que propone para la tercera parte del proyecto. Puesto que ha renunciado a esa «solución ideal», los únicos procedimientos de solución de las controversias a los que debería obligatoriamente recurrir el Estado lesionado para hacer valer la licitud de sus contramedidas serían los que son objeto del apartado a del párrafo 1 del artículo 12¹⁰. Sin embargo, como ha señalado ya, esos procedimientos no serían dictados por la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados, sino que vienen impuestos por el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas o resultarían de los tratados, cláusulas compromisorias o declaraciones de aceptación que obligasen a las partes independientemente de la futura convención.

21. Lo que antecede se aplica también a otras cuestiones, como la utilidad de prever procedimientos de solución diferentes según los tipos de controversias, mencionada en especial por el Sr. Tomuschat (2308.ª sesión) y el Sr. Yamada (2309.ª sesión). Ello es perfectamente lógico y natural en lo que concierne a los procedimientos de solución existentes o que puedan llegar a existir entre las partes, independientemente de la futura convención, y que, en virtud del artículo 12, deben ser agotados antes de recurrir a las contramedidas. Pero las controversias posteriores a las contramedidas y los procedimientos propuestos por el Relator Especial en la tercera parte son algo totalmente distinto. La idea que inspira el artículo 12 es aminorar lo que tiene de arbitrario el recurso a las contramedidas. Esa objeción, pues, no concierne a la propuesta que ha formulado sino más bien a los procedimientos que puedan existir previamente entre las partes.

22. Lo mismo cabe decir de la sugerencia tendente a dar prioridad a los mecanismos de solución de las controversias que ya existen entre las partes. Esto es precisamente lo que establece el apartado a del párrafo 1 del artículo 12 —sean cuales sean por otra parte sus defectos— en lo que se refiere a la fase anterior a las contramedidas. Volver a establecer lo mismo en lo que concierne a la fase posterior a las contramedidas conduciría en realidad a desbaratar la función correctora de los procedimientos de la tercera parte.

23. Ello se aplica también a las observaciones acerca de la necesidad de cierta flexibilidad. A juicio del Relator Especial, esa flexibilidad está, en resumidas cuentas, garantizada por el apartado a del párrafo 1 del artículo 12, ya que esta disposición no menoscaba en absoluto la libertad de elección de las partes. A propósito de este principio de la libre elección, el Relator Especial subraya además que, sea cual sea la decisión que finalmente adopte el Comité de Redacción con respecto al apartado a del párrafo 1 del artículo 12, esa regla tendrá un efecto pernicioso, como ha explicado muy bien el Sr. Fomba (2305.ª sesión). Contentarse con hacer referencia en la tercera parte al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, sin más, significaría simplemente hacer desaparecer el carácter obligatorio de los procedimientos de solución.

⁷ Véase nota 4 *supra*.

⁸ Para el texto de los proyectos de artículos 1 (párr. 2), 6, 6 *bis*, 7, 8, 10 y 10 *bis*, aprobados por el Comité de Redacción en el 44.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, párr. 5.

⁹ Para el texto de los proyectos de artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte, propuestos por el anterior Relator Especial, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

¹⁰ Véase nota 4 *supra*.

24. Entre las observaciones que se han hecho acerca del sistema en tres fases, se ha señalado, en especial, que esa solución era demasiado complicada, demasiado larga y demasiado costosa. El Relator Especial se permite expresar una opinión contraria en lo que se refiere a estos «inconvenientes», cuya realidad por otra parte no ha sido demostrada. ¿Sería este sistema más complicado y más largo que unas negociaciones interminables? No lo cree así. En cuanto al costo, si bien la sugerencia del Sr. Fomba parece razonable, no cree que un procedimiento de conciliación o de arbitraje salga más caro que las pérdidas económicas resultantes de la aplicación de medidas coercitivas no justificadas o desproporcionadas.

25. La minoría que es adversaria del sistema —ya sea el sistema propuesto por el Relator Especial para la tercera parte, ya sea cualquier otro sistema similar— sugiere que se deje que las cosas se arreglen protocolariamente, mediante un sistema de cláusula facultativa de aceptación o exclusión (*opting-in, opting-out*) o simplemente mediante conferencias diplomáticas. Evidentemente, si se decide renunciar a introducir un elemento corrector adecuado de las contramedidas adoptadas unilateralmente sobre la base de interpretaciones exclusivamente unilaterales, este es el método mejor. Mas sería infinitamente triste que prevalecieran esas soluciones.

26. Se ha preguntado asimismo si no sería deseable dejar libertad a las partes para someter directamente su controversia al arbitraje o al arreglo judicial, ya que esos dos métodos dan lugar a decisiones obligatorias. Es verdad a este respecto que el procedimiento judicial de solución previsto en el informe examinado no es en realidad más que una medida adoptada en último extremo a la que sólo se recurrirá en determinados casos, por ejemplo, en caso de abuso de poder o de violación de normas fundamentales.

27. Varios oradores han preguntado asimismo por qué el «mecanismo de activación» de los procedimientos de solución de las controversias debe ser por fuerza una contramedida. El Relator Especial cree haber dado sobre este punto explicaciones suficientes, por lo que no insistirá en ello.

28. Ha habido también oradores que, en cierto modo, han ido más allá de lo que por su parte estima que es una solución razonable y que han propugnado lo que ha calificado de «solución teóricamente ideal» o, por lo menos, se han acercado a ella. El Sr. Idris, en particular, ha preguntado (2310.ª sesión) por qué los procedimientos obligatorios de solución de las controversias por intervención de un tercero sólo han de ser aplicables después de la adopción de contramedidas. Sobre este punto, el Relator Especial ha explicado ya cuál es la diferencia entre los procedimientos de solución anteriores a las contramedidas, que se establecen en el apartado a del párrafo 1 del artículo 12, y los procedimientos de la tercera parte, que se aplicarán después de la adopción de contramedidas.

29. También se han hecho algunas sugerencias acerca de la determinación de hechos. El Relator Especial está totalmente a favor de este modo de solución, como lo demuestra el hecho de que haya mencionado tal «misión de investigación» entre las tareas que podrían confiarse a la comisión de conciliación.

30. Otra cuestión que se ha planteado es la de los crímenes. Se ha dicho, a este respecto, que el régimen de solución de las controversias aplicable en el caso de los crímenes debería ser diferente del régimen establecido para los simples delitos y, en particular, de carácter más compulsivo; se ha propuesto que la Comisión estudie las consecuencias sustantivas y adjetivas de los crímenes en la segunda parte, antes de pasar a considerar la tercera. El Relator Especial no niega que, efectivamente, habría que concebir para los crímenes un sistema de solución de las controversias especial y, a ser posible, más compulsivo. El quinto informe contiene, por otra parte, un párrafo que recoge a este respecto la idea formulada por el anterior Relator Especial en su proyecto de artículo 4 de la tercera parte¹¹, en el que se establecía el arreglo judicial por la CIJ.

31. Otro aspecto importante es la negociación, a la que se ha hecho varias veces referencia, en especial en el Comité de Redacción con ocasión del examen del apartado a del párrafo 1 del artículo 12. Sin embargo, el Relator Especial estima que el problema ha sido suficientemente resuelto por dicho apartado a, puesto que en él se hace referencia al Artículo 33 de la Carta, que cita la negociación como primer medio de solución de las controversias. Además, la negociación está prevista tácitamente de varias maneras en la tercera parte. En primer lugar, y de manera muy clara, en el artículo 1¹², ya que es evidente que para que las partes puedan pasar a la fase de la comisión de conciliación es preciso que haya habido negociaciones entre ellas. El artículo 2 supone asimismo unas negociaciones, puesto que las partes deberán negociar basándose en el informe y las recomendaciones de la comisión de conciliación a fin de «resolver de común acuerdo su controversia». Sólo en caso de fracaso en esta fase, es decir, en caso de fracaso de las negociaciones, las partes deberán o podrán recurrir, unilateralmente si es necesario, al arbitraje.

32. En conclusión, el Relator Especial desea recordar, como lo hizo ya en su informe, que en lo que concierne a la tercera parte del proyecto la Comisión debe realizar una importante elección y decidir si, en defecto de lo «mejor», esto es, de la «solución teóricamente ideal», quiere o no tratar de introducir un elemento corrector adecuado de la dura ley y el sistema rudimentario de las contramedidas unilaterales y dar así un gran paso en el desarrollo progresivo del derecho relativo a la responsabilidad de los Estados. Para esa elección la Comisión podría inspirarse en el razonamiento de Juan Jacobo Rousseau de que la fuerza no crea derecho y que sólo estamos obligados a obedecer a las potestades legítimas. Las «potestades legítimas» son evidentemente las que creen en la supremacía del derecho o, por lo menos, de las normas jurídicas que tales «potestades» han aceptado por costumbre o por tratado.

33. El Relator Especial está convencido de que la Comisión de Derecho Internacional no faltará a su cometido e intentará persuadir a las «potestades» para que acepten como mínimo que, una vez ejercitadas sus prerrogativas actualmente inevitables (es decir, la reacción unilateral), la legitimidad de esa reacción, si es impugnada

¹¹ Véase nota 9 *supra*.

¹² *Ibid.*

da o puesta en tela de juicio, pueda ser examinada de manera imparcial, a no ser, por supuesto, que la Comisión considere, como ha declarado recientemente un miembro del Comité de Redacción, que la ley no es más que el producto del poder, es decir, que está sometida al poder y no por encima de éste.

34. Se trata de una idea difícil de admitir por un jurista y que, si la suscribiese la mayoría de los miembros de la Comisión, haría la vida imposible a los relatores especiales en general y a este Relator Especial en particular.

35. El PRESIDENTE dice que la Comisión debe ahora decidir si conviene remitir los artículos propuestos por el Relator Especial al Comité de Redacción. La mayoría de los miembros parece estar a favor de que así se haga.

36. El Sr. ROSENSTOCK dice que no forma parte de esa mayoría. Cree, en realidad, que la Comisión está dividida acerca de la cuestión fundamental de la tercera parte del proyecto y no está en absoluto convencido de que sea oportuno remitir los artículos al Comité de Redacción, cosa que en definitiva equivaldría a pedirle que llenara las numerosas lagunas que se han señalado en esos textos. Con todo, no llegará hasta pedir una votación de la Comisión, ya que está persuadido de que ésta se atenderá de todos modos a su práctica habitual y acordará remitir la cuestión al Comité de Redacción.

37. Pero desea subrayar que, para que la Comisión progrese en su labor, es preciso que concluya sus trabajos sobre las partes primera y segunda del proyecto antes de intentar conciliar los distintos puntos de vista sobre la tercera parte.

38. El Sr. VERESHCHETIN opina, desde un punto de vista exclusivamente teórico y metodológico, que sólo la primera parte del proyecto de artículos, relativa al origen de la responsabilidad internacional¹³, y la primera sección de la segunda parte (lo que se ha denominado la «reparación»)¹⁴ guardan verdaderamente relación con el tema de la responsabilidad de los Estados. El capítulo II, relativo a las contramedidas, y la tercera parte, que versa sobre los procedimientos de solución de las controversias, no se refieren a la responsabilidad de los Estados en cuanto tal, sino que conciernen a los procedimientos de aplicación (*enforcement*). Se trata de dos grupos de cuestiones completamente independientes, lo que significa que la Comisión, al abordar el problema de las contramedidas y la solución de las controversias, penetra en una esfera fundamentalmente diferente. Ahora bien, se ha formado ya un acuerdo bastante amplio acerca de la primera parte y la primera sección de la segunda parte. Sería útil, pues, que la Comisión concluyera sus trabajos sobre estas distintas partes del proyecto antes de emprender la elaboración de artículos sobre un nuevo capítulo que, en definitiva, no guarda estrictamente relación con el tema.

¹³ Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

¹⁴ Para el texto de los artículos 1 a 5 de la segunda parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 38.º período de sesiones, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 41.

39. Mientras tanto, los trabajos sobre las dos primeras partes del proyecto, y en especial sobre la cuestión de la reparación, no han progresado mucho. En primer lugar, la Comisión no ha aprobado todavía los comentarios relativos a esos artículos. En segundo lugar, la Comisión no se ha planteado la cuestión de determinar hasta qué punto el artículo concerniente a la reparación, sobre el que el Comité de Redacción ha trabajado ya, necesita modificaciones en el caso de los crímenes.

40. Al hacer un balance, se advierte que la Comisión no sólo no ha concluido sus trabajos sobre las dos primeras partes, sino que tampoco ha terminado este año su labor sobre los artículos relativos a las contramedidas. Esta es la razón por la cual no cree que sea una buena forma de proceder no finalizar la labor iniciada sobre un grupo de cuestiones y pedir al Comité de Redacción que se ocupe de otros problemas que, a su juicio, son mucho más polémicos y más complejos. Teme que ello conduzca a frenar el avance de los trabajos de la Comisión.

41. No obstante, como parece que la mayoría de los miembros de la Comisión está a favor de que se remitan los artículos al Comité de Redacción, no se opondrá a esa decisión.

42. Ahora bien, si se procede de ese modo, sería deseable que el Comité de Redacción pudiera disponer rápidamente de las propuestas del Relator Especial relativas a los crímenes, sin las cuales sólo tendrá un conocimiento fragmentario de la cuestión y no una visión de conjunto. Cabe preguntarse si merece la pena que el Comité de Redacción examine los artículos desde el punto de vista de los delitos sólo para caer en la cuenta, después de haber recibido las propuestas relativas a los crímenes, de que debe modificar todos o casi todos los artículos concernientes a las partes segunda y tercera. ¿No es eso complicarle la tarea?

43. El Sr. SHI dice que, en lo que concierne a la tercera parte del proyecto, la Comisión conoce su punto de vista; como ha subrayado ya, no está de acuerdo en vincular solución de controversias y contramedidas. Las propuestas formuladas por el Relator Especial en esta tercera parte tienden a privar a los Estados de toda libertad en la elección de los modos de solución de las controversias.

44. No obstante, si la mayoría de los miembros de la Comisión desea que esa tercera parte se remita al Comité de Redacción, no se opondrá a ello, a pesar de todas sus reservas a este respecto.

45. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER no sabe qué prefiere: si el resumen del Relator Especial o su informe. La sesión en curso ha hecho que surjan nuevas ideas y puntos de vista nuevos que esclarecen notablemente la cuestión.

46. La decisión de remitir los artículos al Comité de Redacción es acertada, ya que ello permitirá abordar la cuestión de la solución de las controversias de un modo pragmático. Pero el Comité de Redacción corre peligro de tropezar con un problema, porque tiene necesidad de unas orientaciones mínimas. Ahora bien: ¿debe atenerse a la *lex lata* o está facultado para entrar en la esfera de la *lex ferenda* y hacer una labor de desarrollo progresivo

del derecho? Se trata de una verdadera cuestión de fondo, puesto que la cuestión de la solución de las controversias está relacionada con la de las represalias.

47. En realidad, el Comité de Redacción, que depende de las orientaciones que le da el Relator Especial, esperaba desde hacía dos años conocer su punto de vista sobre la cuestión de la solución de las controversias. Al disponer ahora del documento de referencia esperado, podrá concluir su labor.

48. El problema con que se enfrentan la Comisión y el Comité de Redacción es muy parecido al que hoy conoce el sistema interamericano. En efecto: las represalias están claramente prohibidas por el artículo 18 de la Carta de la OEA¹⁵. No obstante, el Protocolo sobre la solución definitiva y obligatoria de las controversias no ha entrado en vigor, a falta del número preciso de ratificaciones, de suerte que se dispone actualmente de una norma de «fondo» que prohíbe las represalias pero no del instrumento jurídico que permitiría llegar concretamente a una solución de las controversias y que permitiría la activación del mecanismo, no por las contramedidas, sino por el hecho ilícito mismo.

49. Opina que la CDI podrá finalizar sus trabajos en esta esfera cuando tenga conocimiento del informe que el Comité de Redacción ha de presentarle sobre la totalidad de las partes segunda y tercera. Por eso, la decisión de remitir los artículos al Comité de Redacción merece el apoyo de la Comisión, que debe considerar con amplitud de criterio las propuestas del Relator Especial.

50. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que le complacería que el texto de sus artículos se remitiera al Comité de Redacción, donde será posible hacer muchas cosas.

51. Manifiesta su satisfacción por la declaración del Sr. Vereshchetin, que demuestra claramente que las normas relativas a las contramedidas y las normas formuladas en la tercera parte del proyecto corresponden ambas a la esfera del procedimiento. Es precisamente sobre esa base que ha trabajado. Por otra parte, el Sr. Bennouna (2307.ª sesión) y el Sr. Calero Rodríguez (2308.ª sesión) ya lo habían puesto de relieve.

52. Si el Sr. Shi ha dicho que no está de acuerdo en vincular las contramedidas y la solución de las controversias, ello es porque, a su modo de ver, las contramedidas no son admisibles. Sin embargo, las discusiones que han tenido lugar en el Comité de Redacción acerca del artículo 12 han puesto claramente de manifiesto la existencia de esa relación entre las contramedidas, por una parte, y los procedimientos de solución de la tercera parte, por otra.

53. En lo que concierne a la cuestión de los crímenes, a la que ha aludido el Sr. Vereshchetin, y siempre que la Comisión consiga continuar sus trabajos sobre este aspecto del tema, está seguro de que será preciso establecer en este campo mecanismos de solución de las controversias tan eficaces por lo menos como los previstos por

el anterior Relator Especial, que en el apartado *b* del artículo 4 de la tercera parte¹⁶ proponía someter las controversias de esta naturaleza a la CIJ. El Relator Especial se permite a este respecto remitir a los miembros de la Comisión al capítulo II de su quinto informe; esa posibilidad de recurso a la CIJ parece, en efecto, inevitable. Sin embargo, el Comité de Redacción ya tiene bastante que hacer con los artículos existentes para preocuparse de la cuestión de los crímenes, y el Relator Especial no alcanza a ver por qué razón el hecho de no haber formulado propuestas sobre esta cuestión impediría al Comité proseguir sus trabajos. Por otra parte, no está seguro de poder hacer propuestas sobre los crímenes en su próximo informe y agradecería cualquier ayuda que los miembros pudieran aportarle a este respecto. En resumen, propone continuar los trabajos sobre las partes segunda y tercera, sin preocuparse de los crímenes, puesto que la práctica de la CDI ha sido siempre proceder por etapas.

54. El Sr. ROSENSTOCK no ve muy bien por qué no es posible concluir el examen del artículo 12, como inicialmente lo había concebido en términos muy netos el Relator Especial, y opina que la Comisión no debería abordar la tercera parte sin haber finalizado el examen de este artículo.

55. El Comité de Redacción podría trabajar más racionalmente sobre la tercera parte del proyecto si la Comisión se esforzase de buena fe por concluir el examen del artículo 12 y, al mismo tiempo, sus trabajos sobre la segunda parte, dejando a un lado la cuestión de los crímenes. La Comisión, si trata de zafarse de esa labor, tropezará perpetuamente con el problema del artículo 12, sin ninguna esperanza de llegar a un acuerdo general sobre esta disposición.

56. En cuanto a los crímenes, en el supuesto de que se tenga apego a este concepto y se desee conservarlo, no está seguro de que el recurso a la CIJ sea deseable, dada la distribución constitucional de poderes que establece la Carta de las Naciones Unidas, en especial el Artículo 39. La Comisión se aventura en este punto por un terreno mucho más peligroso que el juego táctico a que se dedican algunos miembros de la Comisión para guardar como rehén un fragmento de la segunda parte en vez de terminar el examen de esa parte del proyecto antes de abordar el de la tercera parte, como sería lógico y razonable.

57. El Sr. VERESHCHETIN se declara decepcionado por las palabras del Relator Especial sobre el problema de los crímenes. Si, cuando esté definitivamente consolidada, la posición del Relator equivale a decir que no es posible presentar un artículo sobre los crímenes, la Comisión no tendrá más solución que proponer a la Asamblea General una modificación del tema que está examinando, que en ese caso se convertiría en la «Responsabilidad de los Estados con respecto a los delitos». En el presente período de sesiones la cuestión no es todavía actual, pero la lógica y la honradez exigirían que la Comisión reconociese la necesidad de esa modificación. Esta es la conclusión a que conducen la lectura del informe y las palabras del Relator Especial.

¹⁵ Firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 119, pág. 4); modificada por el «Protocolo de Buenos Aires» de 27 de febrero de 1967 (*ibid.*, vol. 721, pág. 266).

¹⁶ Véase nota 9 *supra*.

58. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión remite los proyectos de artículos, propuestos por el Relator Especial en su quinto informe¹⁷, al Comité de Redacción, a fin de que éste los examine teniendo en cuenta el debate en el Pleno.

Así queda acordado.

EXAMEN DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 1 Y DE LOS ARTÍCULOS 6, 6 bis, 7, 8, 10 Y 10 bis DE LA SEGUNDA PARTE DEL PROYECTO, APROBADOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN EL 44.º PERÍODO DE SESIONES¹⁸

59. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que examine los proyectos de artículos de la segunda parte aprobados por el Comité de Redacción en el 44.º período de sesiones.

ARTÍCULO 1, PÁRRAFO 2

Queda aprobado el párrafo 2 del artículo 1.

ARTÍCULO 6 (Cesación del comportamiento ilícito)

Queda aprobado el artículo 6.

ARTÍCULO 6 bis (Reparación)

60. El Sr. VERESHCHETIN señala que el término «nacional», que figura en el apartado b del párrafo 2, se traduce generalmente al ruso por un equivalente del término «ciudadano», con el que se designa una persona física. Se trata, pues, de saber si el término «nacional» se aplica sólo a las personas físicas, en cuyo caso la traducción rusa sería exacta, o si se aplica tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, lo que parece corresponder mejor al contexto del proyecto de artículos. Quizás se podría modificar el texto, a fin de mencionar expresamente las personas físicas y las jurídicas, o introducir una aclaración en el comentario.

61. El Sr. ARANGIO-RUIZ no es partidario de solucionar el problema mediante una aclaración en el comentario, ya que éste va a desaparecer. Una de dos: o bien la Comisión acepta que el término «nacional» se traduzca en ruso por varias palabras, o bien, cosa que parece difícilmente imaginable, habrá que sustituir la palabra «nacional» por la expresión «persona física o jurídica». Sería mejor modificar la traducción en ruso.

62. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER señala una anomalía en la versión española del párrafo 2 del artículo 6 bis. El texto aprobado por el Comité de Redacción, al concluir sus trabajos, era «la negligencia o la acción u omisión dolosa». Sin embargo, en la nueva versión, el término «negligencia» ha sido sustituido por «imprudencia», lo que es diferente.

63. El PRESIDENTE dice que se armonizará el texto español con el texto inglés.

64. El Sr. RAZAFINDRALAMBO se pregunta si no habría que incluir en el texto francés una coma después de la palabra «présentée», al final del apartado b del párrafo 2. En su forma actual, el texto puede dar a entender que las palabras «que haya contribuido al daño» se refieren al «nacional de ese Estado, en nombre del cual se interponga la demanda», siendo así que es a «la acción u omisión dolosa» a lo que evidentemente se hace referencia.

65. El PRESIDENTE reconoce que esta observación es fundada. Tanto en español como en francés y en inglés esas palabras deberían figurar separadas del texto del apartado b del párrafo 2, a fin de que se perciba claramente que se refieren a la vez al apartado a y al apartado b.

66. El Sr. VERESHCHETIN, ante el hecho de que el Relator Especial estima difícil remediar en el comentario la discordancia que ha señalado, prefiere que se mantenga el término *national* en el texto inglés del apartado b del párrafo 2 y pregunta a los miembros de lengua inglesa de la Comisión si esa palabra puede designar al mismo tiempo una persona física y una persona jurídica. En caso afirmativo, el problema se reduce a una mera cuestión de traducción a los distintos idiomas. Por el contrario, si el término *national* sólo puede aplicarse a las personas físicas, habrá que emplear otro término o dar explicaciones en el comentario.

67. El Sr. ROSENSTOCK aclara que, normalmente, el término *national* designa al mismo tiempo en inglés las personas jurídicas y las personas físicas. Ahora bien, nada impide aclarar que se hace referencia a ambas categorías de personas, si ello puede facilitar la comprensión del texto. Pero el mantenimiento del término *national* sería conforme al uso.

68. El Sr. KABATSI aprueba lo dicho por el Sr. Rosenstock, pero añade que, a diferencia del término *person*, que designa indistintamente las personas tanto físicas como jurídicas, la palabra *national* casi siempre se refiere sobre todo a la ciudadanía. Sería útil, pues, puntualizar que el término *national* abarca tanto las personas jurídicas como las personas físicas.

69. El Sr. Sreenivasa RAO aprueba también las palabras del Sr. Rosenstock.

70. El Sr. ROBINSON dice que, habida cuenta del contexto, es indispensable que el término *national* se refiera expresamente a las dos categorías de personas. Señala por ejemplo que, en el derecho de la protección diplomática, la mayoría de las intervenciones se hacen por cuenta de una persona jurídica. Así pues, propone que se modifique el texto incluyendo una coma después de la palabra *national*, seguida de las palabras *whether natural or juridical*, o *whether physical or legal*. Sería preferible en cualquier caso que esa aclaración figurase en el texto mismo del artículo y no en el comentario.

71. El PRESIDENTE toma nota de que la Comisión quiere referirse a las dos categorías de personas. Queda por determinar la manera de expresar exactamente esa intención en el párrafo 2.

72. El Sr. KUSUMA-ATMADJA duda que sea acertado sobrecargar el texto inglés para resolver un problema, el de si el término «nacional» designa tanto las personas

¹⁷ Para el texto, véase 2305.ª sesión, párr. 25.

¹⁸ Documento A/CN.4/L.472.

físicas como las jurídicas, que sólo se plantea en ruso y, al parecer, en español. Aún más, cualquier fórmula que se utilizara para precisar el sentido de ese término tendría que repetirse forzosamente cada vez que éste apareciera en el texto.

73. El Sr. ARANGIO-RUIZ se suma a esa observación y añade que, si hubiera que introducir una aclaración suplementaria, sería mejor, desde el punto de vista de la elegancia del estilo, incluirla después del término *State*.

74. El Sr. VERESHCHETIN comprueba que los miembros de lengua inglesa de la Comisión no están del todo seguros de que el término *national* carezca de ambigüedad. Señala que en los estatutos del FMI, por ejemplo, ese término designa únicamente las personas físicas.

75. El Sr. THIAM dice que quizás habría que aclarar en el texto francés, aunque no en el artículo mismo sino en el comentario, que el término *ressortissant* designa al mismo tiempo las personas físicas y las personas jurídicas.

76. El Sr. ROBINSON dice que, pensándolo bien, quizás fuera mejor introducir la aclaración necesaria en el comentario.

77. El PRESIDENTE dice que la Comisión parece inclinarse a favor de la solución consistente en dejar los textos como están y resolver el problema suscitado por el Sr. Vereshchetin en el comentario, la primera vez que aparece el término «nacional».

78. El Sr. Sreenivasa RAO dice que las seguridades y garantías de no repetición corresponden a la «satisfacción» más bien que a una forma de reparación propiamente dicha. Por otra parte, insistir en una reparación íntegra puede tener graves consecuencias para los países en desarrollo. Por razones de justicia y de equidad convendría no perder de vista este aspecto de la cuestión al redactarse el comentario.

79. El Sr. MAHIOU aprueba lo que acaba de decir el Sr. Sreenivasa Rao y recuerda que, cuando la Comisión examinó las circunstancias en que podía disminuirse la reparación, el Comité de Redacción señaló que había otras hipótesis en que la negligencia o la acción u omisión dolosa podían influir en la reparación. El orador mismo mencionó el caso en que resultan afectados varios Estados y los problemas complejos que ello plantea. Hay que tener presentes esas diversas hipótesis y habría que señalarlas en el comentario.

80. El Sr. ROSENSTOCK dice que debe presumirse que el principio fundamental de la igualdad ante la ley y de la igualdad de obligaciones se aplica en todos los casos y que el único criterio es la comisión de un hecho ilícito y la obligación de reparar.

81. El PRESIDENTE dice que el Relator Especial procurará tener en cuenta todas las observaciones de los miembros de la Comisión en la versión final del comentario que presente sobre estos artículos.

82. El Sr. VERESHCHETIN dice que algunas de las disposiciones del artículo 7 (Restitución en especie) encontrarían su lugar más bien en el artículo 6 *bis*. El Comité de Redacción ha reagrupado en el artículo 7 cuatro excepciones a la restitución en especie que son, en reali-

dad, muy diferentes en cuanto a su alcance y su ámbito de aplicación. La imposibilidad material, a que se refiere el apartado *a*, sólo se aplica evidentemente a una sola forma de reparación, la restitución en especie, y es normal por tanto que figure en el artículo 7. El apartado *b*, en cambio, debe aplicarse a todas las formas de reparación, en el sentido de que, si una forma de reparación determinada entraña «la violación de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general», habrá que recurrir a otra forma de reparación. Por consiguiente, el apartado *b* debería figurar más bien en el artículo 6 *bis*, que versa sobre la reparación en general.

83. Los apartados *c* y *d* del artículo 7 plantean un problema aun más complejo. En la interpretación inicial del Relator Especial, el problema de la carga excesiva se refería a dos hipótesis: aquella en que la carga impuesta es totalmente desproporcionada en relación con el daño causado por el hecho ilícito, y aquella otra, en que la carga pone gravemente en peligro el sistema político, económico y social del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito. En otras palabras, se trataba de comparar la carga impuesta y la ventaja obtenida en el caso de una misma forma de reparación y no en el de formas de reparación distintas. Según esta interpretación perfectamente admisible e incluso bastante extendida, las excepciones previstas en esos dos apartados se refieren tanto a la reparación como a la restitución, y a la primera más bien que a la segunda. Así pues, ambas encuentran también su lugar en el artículo 6 *bis*. Ahora bien, el Comité de Redacción ha adoptado hoy día una interpretación diferente que pone en relación la carga impuesta y la ventaja obtenida según el modo de reparación. Sin embargo, también en este caso las excepciones deberían formularse de manera que se refiriesen tanto a la restitución en especie como a la indemnización, y por lo tanto deberían figurar en el artículo 6 *bis*. Si la Comisión está de acuerdo con este análisis, el orador está dispuesto a presentar una enmienda del artículo 6 *bis* con objeto de incluir en esa disposición los apartados *b* a *d* del artículo 7.

84. El Sr. MAHIOU señala que las observaciones del Sr. Vereshchetin aclaran las del Sr. Sreenivasa Rao sobre el problema de la íntegra reparación. Existen efectivamente excepciones que no son propias de la restitución en especie. Si la Comisión está de acuerdo en que se intente aclarar el texto de los artículos, convendría que examinase las propuestas formuladas en ese sentido.

85. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que según el punto de vista que había adoptado al principio, pero también con arreglo al Comité de Redacción, esos apartados sólo tenían por objeto comparar la restitución en especie y la indemnización. Ninguna de estas disposiciones modifica realmente el problema general de la reparación ni el problema particular de la indemnización. En lo que concierne al apartado *b* del párrafo 2 del artículo 6 *bis*, el supuesto previsto era, por ejemplo, el de un Estado que se contentase con aceptar una forma de reparación en lugar de exigir el respeto del derecho de una parte de su población a la libre determinación. El problema de la reparación íntegra planteado por el Sr. Mahiou es totalmente distinto, y hace observar a este respecto que en el artículo 8 (Indemnización), por ejemplo, se habla de indemnización y no de indemnización

íntegra. Resulta, pues, difícil de imaginar cómo la indemnización, en el sentido del párrafo 1 de dicho artículo, podría comprometer gravemente la independencia política o la estabilidad económica de un Estado. Por consiguiente, convendría dejar el artículo 7 como está, sin inclinar sus disposiciones hacia el ámbito de lo general (art. 6 *bis*) ni hacia el de lo particular (art. 8).

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2315.ª SESIÓN

Jueves 1.º de julio de 1993, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Eiriksson, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekeky, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados (continuación)
[A/CN.4/446, secc. C, A/CN.4/453 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/L.480 y Add.1, ILC(XLV)/Conf. Room Doc.1]

[Tema 2 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que la sección A del capítulo II del quinto informe (A/CN.4/453 y Add.1 a 3) puede considerarse como una reseña histórica de la cuestión de las consecuencias de los crímenes internacionales de los Estados, en la que se recapitulan los debates celebrados en 1976 en la CDI² y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, así como la doctrina pertinente, que no siempre resultan fácilmente asequibles para los miembros de la Comisión. La sección A también es esencial porque los debates de 1976 y la doctrina son el punto de partida desde el cual hay que empezar a definir las cuestiones de que tratan las secciones B y C del capítulo II.

2. Según el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos³, se consideran crímenes las violaciones graves de obligaciones *erga omnes* destinadas a salvaguardar los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. Sin embargo, ello no significa que todas las violaciones de obligaciones *erga omnes* deban calificarse de crímenes. El problema fundamental, por consiguiente, estriba en determinar hasta qué punto el hecho de que la violación menoscabe gravemente un interés común a todos los Estados influye en la compleja relación de responsabilidad que nace incluso cuando se trata de violaciones *erga omnes* «ordinarias».

3. La mejor manera de abordar la cuestión es distinguir entre sus aspectos objetivos y subjetivos. Desde el punto de vista objetivo, la cuestión estriba en determinar si, y de qué modo, la gravedad de esas violaciones agrava el contenido y restringe los límites de las consecuencias —sustantivas y adjetivas— que caracterizan la violación *erga omnes* «ordinaria», o sea, el delito. Desde el punto de vista subjetivo, la cuestión estriba en saber si la importancia fundamental de la norma violada da lugar o no a cualquier cambio en las relaciones multilaterales en otro caso inorgánicas y no coordinadas «institucionalmente» que surgen normalmente al producirse la violación ordinaria de una obligación *erga omnes* en derecho general, bien entre el Estado autor del hecho lesivo y todos los demás Estados, bien entre los diversos Estados lesionados mismos.

4. Por lo que respecta ante todo a las consecuencias sustantivas o de fondo de los crímenes, es decir, la cesación y la reparación, el Relator Especial señala, en lo concerniente a la cesación, que no parece que los crímenes presenten algún carácter especial en comparación con los hechos ilícitos «ordinarios», sean o no *erga omnes*. Ello es comprensible si se tiene en cuenta que, en primer lugar, la obligación de cesación no puede ser objeto de una agravación, atenuación o modificación «cualitativa» y que, en segundo lugar, tal obligación, incluso en el caso de los delitos, es una obligación que incumbe al Estado responsable aunque no medie demanda del Estado o los Estados lesionados. En la sección B del capítulo II del quinto informe figuran algunos ejemplos de la práctica estatal pertinente. Tal vez más adelante, una vez conocidas las observaciones de la Comisión y otros órganos, sea apropiado efectuar un análisis más amplio de la práctica en este campo.

5. La cuestión de la reparación en sentido lato, que abarca la restitución, la indemnización, la satisfacción y las garantías de no repetición es más compleja que la cuestión de la cesación. Desde el punto de vista objetivo, algunas de las formas de reparación, especialmente la restitución y la satisfacción, están sujetas, en el caso de los delitos, a ciertos límites. Lo que hay que determinar, pues, es si en el supuesto de los crímenes se puede prescindir de tales límites y, en caso afirmativo, hasta qué punto. En otras palabras, lo que hay que determinar es si, en el caso de los crímenes, las obligaciones «sustantivas» son más gravosas para el Estado autor del hecho lesivo que en el de las violaciones «ordinarias».

¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

² Véase *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), págs. 68 a 121.

³ Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

6. Pueden tomarse en consideración tres posibles excepciones: la limitación de la excesiva onerosidad en el caso de la restitución; la prohibición de la «indemnización punitiva», las demandas humillantes o las demandas que afectan a cuestiones generalmente consideradas como pertenecientes a la esfera de libertad de los Estados; y las demandas de satisfacción o garantías de no repetición que afecten profundamente a la esfera de jurisdicción interna del Estado autor del hecho lesivo.

7. En cuanto al aspecto subjetivo, conviene tener presente que, a diferencia del supuesto de cesación, las formas de reparación constituyen el objeto de obligaciones que el Estado responsable tiene que cumplir sólo a petición de la parte lesionada. Como un crimen implica siempre, adicional o exclusivamente, a Estados lesionados de forma menos directa que la «víctima principal», hay que preguntarse si, en el estado actual del derecho internacional, cada uno de esos Estados tiene derecho a exigir reparación *uti singulus* o si, de acuerdo con la *lex lata* en esta materia, es necesaria alguna forma obligatoria de coordinación entre todos los Estados lesionados. La práctica ofrece ejemplos de situaciones en que las demandas fueron formuladas individualmente por Estados distintos de la «víctima principal» y por organismos internacionales o regionales; esos ejemplos figuran en la sección B del capítulo II del quinto informe.

8. Una vez aclarada la *lex lata* sobre estos extremos, será posible determinar si, y hasta qué punto, es apropiado introducir correcciones o innovaciones radicales, mediante un desarrollo progresivo, en especial con respecto a la coordinación entre las demandas de varios Estados lesionados.

9. En lo que se refiere a los aspectos «adjetivos» de las posibles consecuencias especiales de los crímenes, en comparación con los delitos, la primera hipótesis que viene naturalmente a las mentes es la reacción contra la agresión. La Comisión, aunque se ha ocupado ya de la legítima defensa en la primera parte del proyecto⁴, necesita definir claramente algunos de los requisitos que tradicionalmente se consideran indispensables para que haya legítima defensa, a saber: actualidad, necesidad y proporcionalidad, de los cuales los dos primeros a menudo se pasan por alto. También tendrá que aclarar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos el derecho de legítima defensa «colectiva» comprende el uso de la fuerza armada contra un agresor por parte de Estados distintos del que ha sido la víctima principal de la agresión: ¿es tal recurso legítimo sólo si lo solicita expresamente el Estado víctima?; ¿es suficiente la presunción del consentimiento de ese Estado?; o ¿puede en tales supuestos seguir automáticamente la reacción del tercer Estado?

10. La Comisión debe adoptar una posición sobre esas cuestiones aunque prefiera no enunciar disposiciones expresas que las regulen sino más bien referirse sólo al «derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva». Sin embargo, un mero comentario sobre el significado de ese «derecho inmanente» no bastaría para impedir peligrosos malentendidos, especialmente con

respecto a los requisitos de actualidad y necesidad que con mayor frecuencia se pasan por alto.

11. Ahora bien, el problema del recurso a la fuerza en respuesta a un crimen internacional no es exclusivamente una cuestión de legítima defensa contra un ataque armado. Hay que preguntarse si las medidas de carácter armado son admisibles también para obtener la cesación de crímenes distintos de la agresión, problema que presenta sobre todo un aspecto objetivo. Tiene que determinarse si recurrir a la fuerza para obtener la cesación es admisible en circunstancias distintas de las que justifican la legítima defensa contra un ataque armado, o sea, contra el crimen de agresión. Es el caso de los crímenes enumerados en los apartados *b* a *d* del párrafo 3 del artículo 19. Entre los problemas que deben examinarse a este respecto figuran los de la ayuda armada a los pueblos oprimidos por una dominación extranjera o, más generalmente, por regímenes que cometen violaciones graves del principio de la libre determinación; y la intervención armada contra un Estado responsable de violaciones en gran escala de los derechos humanos fundamentales o autor, por ejemplo, de actos de genocidio o de formas violentas de «limpieza étnica».

12. Si, en tales casos, se considera que el uso de la fuerza armada es admisible *de lege lata* o deseable *de lege ferenda*, se plantea la cuestión de si ello constituiría la sanción usual de un crimen, es decir, una reacción contra el Estado autor del hecho lesivo al amparo del derecho de la responsabilidad de los Estados, o si correspondería a una *ratio* diferente, como la que justifica el estado de necesidad o el peligro extremo, circunstancias que excluyen la ilicitud pero que, a diferencia de la legítima defensa, no se caracterizan por autorizar una reacción directa contra el autor de una infracción internacional especialmente grave.

13. Otro aspecto problemático del recurso a la fuerza en respuesta a un crimen es el de si las contramedidas armadas son admisibles cuando no tienen por objeto lograr la cesación de un crimen en curso sino obtener reparación *lato sensu* o garantías adecuadas de no repetición. Ejemplo de tal supuesto es la *debellatio* de un Estado que ha iniciado una guerra de agresión, en particular la ocupación militar de ese Estado por los vencedores u otras sanciones impuestas por la fuerza de las armas con objeto de «deshacer» todas las consecuencias del crimen. La situación de Alemania en la posguerra es un ejemplo que viene al caso. Más recientemente, la posibilidad, prevista en los párrafos 33 y 34 de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, de 3 de abril de 1991, de emplear la fuerza para garantizar las obligaciones de desarme impuestas al Iraq por dicha resolución plantea la cuestión de hasta dónde es lícito el recurso a la fuerza en casos de ese tipo.

14. El aspecto subjetivo de las consecuencias adjetivas de los crímenes que entrañan el uso de la fuerza armada suscita un problema diferente, esto es, el de si la admisibilidad de las medidas armadas varía según que sean adoptadas por uno o por varios Estados lesionados *uti singuli* o por la comunidad de Estados *uti universi*. ¿Son tales medidas inadmisibles si un Estado lesionado o un pequeño grupo de Estados lesionados recurre unilateral-

⁴ *Ibid.*

mente a ellas y lícitas si son expresión de una «voluntad común» de la comunidad internacional organizada?

15. Este problema se sitúa en el centro mismo de todo el régimen de los crímenes, no sólo del régimen de las medidas armadas encaminadas a la cesación. Surge en relación con varias consecuencias sustantivas y afecta a todas las consecuencias adjetivas cada vez que el régimen de los crímenes internacionales de los Estados entraña la posibilidad de que la comunidad internacional en su conjunto o la comunidad internacional organizada sea competente.

16. La práctica ofrece más de un ejemplo de Estados lesionados que hacen frente a las consecuencias de una violación muy grave —especialmente una violación en curso— por medio de la intervención de un organismo internacional perteneciente a un sistema del que el Estado autor del hecho lesivo también es miembro. Las acciones de los órganos de las Naciones Unidas y, en particular, del Consejo de Seguridad son especialmente pertinentes a este respecto. En la sección B del capítulo II del quinto informe figuran una serie de ejemplos de tales reacciones «orgánicas» armadas o no armadas frente a violaciones muy graves.

17. Precedentes del tipo que se acaba de indicar se invocan en defensa de la idea de que la competencia para adoptar sanciones frente a infracciones penales internacionales especialmente graves no incumbe ni debe incumbir a los Estados *uti singuli*. De ese modo se plantea la cuestión de si tal competencia no debería corresponder en cambio, de forma más o menos exclusiva, *de lege lata*, *de lege ferenda* o desde ese doble punto de vista, a la llamada comunidad internacional organizada, representada por las Naciones Unidas y, en particular, por el Consejo de Seguridad como órgano dotado con los mayores poderes de intervención.

18. Una respuesta jurídica fundada a esa cuestión a los efectos de codificación o de desarrollo progresivo de las consecuencias jurídicas de los crímenes, como algo distinto del mero hecho de dar constancia de la conducta efectivamente observada, requeriría un análisis de cuestiones que se sitúan en el ápice mismo del sistema jurídico internacional. Esas cuestiones van de la naturaleza de la comunidad internacional, el sistema interestatal y la comunidad internacional organizada a la naturaleza de las Naciones Unidas y las funciones y poderes de sus órganos.

19. La cuestión fundamental es si, y hasta qué punto, las diversas funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas en las esferas del derecho internacional regidas por el artículo 19 de la primera parte son, o debería conseguirse que fueran, jurídicamente idóneas en relación con el modo de «hacer efectivas» las consecuencias de los crímenes internacionales. A este respecto se plantean tres cuestiones concretas: en primer lugar, *de lege lata*, si los actuales poderes de los órganos de las Naciones Unidas, entre ellos la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la CIJ, abarcan la determinación de la existencia, la atribución y las consecuencias de los hechos ilícitos a que se refiere el artículo 19; en segundo lugar, *de lege ferenda*, si, y en qué sentido, los actuales poderes de esos órganos deberían ser jurídicamente adaptados a tareas específicas como la determinación de

la existencia, la atribución y las consecuencias de esos hechos internacionalmente ilícitos; y, en tercer lugar, hasta qué punto los poderes de los órganos de las Naciones Unidas afectan o deberían afectar a las facultades, los derechos o las obligaciones de los Estados concernientes a su reacción frente a esos hechos internacionalmente ilícitos, ya sustituyendo a las reacciones individuales, ya legitimando, coordinando, imponiendo o condicionando de otro modo esas reacciones individuales.

20. Por lo que respecta ante todo a la primera posición, *de lege lata*, que se presenta en la sección B del capítulo II del quinto informe, conviene recalcar que no se trata de determinar si un órgano de las Naciones Unidas ha adoptado realmente disposiciones, en forma de una decisión, una recomendación o una medida concreta, con respecto a crímenes internacionales como los definidos en el párrafo 3 del artículo 19. De lo que se trata, *de lege lata*, es de si algún órgano de las Naciones Unidas ha ejercitado, basándose en alguna norma (escrita o no escrita), la función específica de determinar que tal comportamiento se ha producido y que ha constituido un crimen de uno o varios Estados concretos y de determinar la consiguiente responsabilidad y aplicar las sanciones correspondientes o contribuir a su aplicación. Sólo sobre esta base podrá determinarse si está prevista *de lege lata* una reacción jurídicamente organizada a los crímenes internacionales de los Estados.

21. Es difícil responder a esa cuestión cotejando los diversos tipos de crímenes internacionales a que se refieren los apartados a a d del párrafo 3 del artículo 19 con los poderes que tienen conferidos los órganos del sistema de las Naciones Unidas.

22. Si se cotejan los diversos tipos de crímenes a que se refieren los apartados a a d del párrafo 3 del artículo 19, por una parte, con las funciones y poderes de los órganos de las Naciones Unidas, por otra, se aprecia la dificultad de responder a esa cuestión. A los presentes efectos, se limitará a escoger varios temas de una lista que podría ser más larga.

23. *Ratione materiae*, la Asamblea General, que es el órgano más representativo del sistema interestatal, constituye sin duda, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, el órgano competente en materia de promoción y protección de los derechos humanos y del derecho de libre determinación de los pueblos. Al mismo tiempo, la Carta no confiere a la Asamblea General poderes que le permitan formular una reacción adecuada frente a las violaciones de los derechos humanos y del derecho de libre determinación o de otras obligaciones del mismo género que las que son objeto de los apartados b a d del párrafo 3 del artículo 19. Con respecto a tales actos, la Asamblea General no puede ir más allá de meras declaraciones no vinculantes de ilicitud y atribución y de recomendaciones no obligatorias de reacción por los Estados o por el Consejo de Seguridad.

24. El Consejo de Seguridad, por su parte, es competente *ratione materiae* en lo que concierne al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Los poderes que le confiere la Carta de las Naciones Unidas le permiten tomar disposiciones para una reacción adecuada en forma de medidas económicas, políticas o militares

contra el crimen de agresión mencionado en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 19. El Consejo también puede reaccionar adoptando las mismas medidas contra cualquier crimen, entre los mencionados en los apartados *b* a *d* del párrafo 3 de dicho artículo 19, a condición, sin embargo, de que correspondan a situaciones de la índole a que se refiere el Artículo 39 de la Carta.

25. Ahora bien, el Consejo de Seguridad está facultado en virtud del Capítulo VII de la Carta para evaluar discrecionalmente cualquier situación que entrañe una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, con objeto de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. El Consejo no tiene constitucionalmente la función de determinar la existencia, la atribución o las consecuencias de un hecho ilícito, ni dispone de los medios técnicos para ello. Su competencia para resolver sobre la existencia de una de esas situaciones se limita a los efectos previstos en el Capítulo VII de la Carta.

26. Sin embargo, lo que antecede no cierra definitivamente la cuestión de la competencia del Consejo de Seguridad. Aunque los autores de la Carta de las Naciones Unidas no encomendaron a ese órgano la tarea de determinar, atribuir y sancionar las violaciones graves de que se trata, cabe que en la actualidad la situación sea diferente. En particular, hay que preguntarse si la práctica reciente no apunta a una evolución del alcance de la competencia del Consejo con respecto precisamente a la «reacción organizada» frente a determinados tipos de infracciones penales internacionales especialmente graves. Con eso se refiere a algunas decisiones recientes y menos fácilmente justificables, conforme al tenor de la Carta, como la resolución 687 (1991), en cuanto impone al Iraq reparaciones por «daños de guerra», la resolución 748 (1992) de 31 de marzo de 1992, que autoriza la adopción de medidas contra la Jamahiriya Árabe Libia por no conceder la extradición de los presuntos autores de un acto terrorista, y la resolución 808 (1993) de 22 de febrero de 1993, sobre la creación de un tribunal internacional especial para juzgar a las personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario perpetradas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991.

27. Para considerar que esa práctica contribuye a consolidar la competencia del Consejo de Seguridad en la esfera de la responsabilidad de los Estados por crímenes —afirmación harto dudosa— habría que probar mediante argumentos convincentes que constituye una práctica «jurídicamente decisiva», que recoge una norma consuetudinaria o un acuerdo tácito aceptado o adoptado por los Estados Miembros de las Naciones Unidas y apto como tal para constituir una excepción a las disposiciones escritas de la Carta.

28. En realidad, la CIJ es hoy por hoy el único órgano permanente que posee la competencia y los medios técnicos para determinar la existencia, la atribución y las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito, incluido llegado el caso el crimen de un Estado. Incumbe a la Corte la función de «decidir conforme al derecho internacional» (párrafo 1 del Artículo 38 de su Estatuto) y su decisión «es obligatoria... para las partes en litigio» (Artículo 59 del Estatuto). Estas dos características de la

función de la Corte, así como su composición, la hacen en principio más idónea que cualquier otro órgano de las Naciones Unidas para resolver sobre la existencia y las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito. No obstante, se plantean dos grupos de importantes dificultades.

29. En primer lugar, el sistema de la Corte tiene el importante inconveniente de que su jurisdicción es fundamentalmente voluntaria. Para que la Corte esté facultada para ejercer su jurisdicción con respecto a un crimen tiene que basar su competencia en la aceptación previa por el presunto autor del hecho lesivo de la jurisdicción de la Corte en tales condiciones que el Estado o los Estados lesionados puedan demandar unilateralmente al presunto autor del hecho lesivo ante la Corte. Esta situación puede darse, bien en virtud de la aceptación por todos los Estados (incluido el autor del hecho lesivo) de la llamada «cláusula facultativa» del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto, bien en virtud de instrumentos unilaterales, bilaterales o multilaterales obligatorios para los Estados participantes que prevean la posibilidad de solicitar unilateralmente a la Corte el enjuiciamiento del autor del hecho lesivo. El único otro medio sería una muy improbable aceptación *ad hoc* de la competencia de la Corte por el propio autor del hecho lesivo.

30. En segundo lugar, una serie de dificultades se deriva de la falta de órganos jurídicamente facultados para investigar los hechos, desempeñar la función del Ministerio Fiscal de promover la incoación de las causas ante la CIJ y fijar las sanciones. El modo de «hacer efectiva» la responsabilidad del Estado decretada por la Corte escaparía pues a todo control por parte de la Corte misma. Cualquier «sanción» que no fuera la mera decisión sobre la existencia de la violación y su atribución tendría que ser determinada y aplicada por la parte o las partes lesionadas o dejarse a la acción discrecional de otros órganos de las Naciones Unidas.

31. Pasando a considerar la segunda cuestión enunciada en el capítulo II del informe, a saber, la cuestión *de lege ferenda* de si las funciones y poderes actuales de los órganos de las Naciones Unidas deben o pueden ser adaptados jurídicamente a la tarea de determinar la existencia, la atribución y las consecuencias de los crímenes internacionales de los Estados, el Relator Especial señala que lo que se plantea a este respecto es si el Consejo de Seguridad —órgano de composición restringida en el que algunos miembros gozan de una posición privilegiada— debe tener atribuida la competencia de actuar en nombre de la «comunidad internacional en su conjunto» en estas cuestiones. Como órgano político, el Consejo tiene encomendada la función esencialmente política de mantener la paz, por lo que actúa con un amplio margen de discrecionalidad; no interviene necesariamente ni regularmente en todas las situaciones que parecen exigir su intervención sino que actúa, por el contrario, de una manera selectiva. El Consejo no está obligado a aplicar criterios uniformes a situaciones que pueden parecer bastante similares; crímenes de la misma naturaleza y la misma gravedad que otros pueden ser tratados de manera diferente o no ser tratados en absoluto. De hecho, puede hacer caso omiso de crímenes graves. Por último, el Consejo no está obligado a motivar sus decisiones ni su acción o inacción. Ello impide la verifi-

cación simultánea o subsiguiente de la legitimidad de sus decisiones.

32. Esas dificultades quizás podrían aceptarse como inconvenientes inevitables de la prevención y represión de la agresión y otros quebrantamientos graves de la paz. A ese respecto, cabría aceptar, por falta de una solución mejor, que un órgano político intervenga sin la garantía de un proceso judicial, que es inevitablemente incierto y siempre demasiado lento; *vim vi repellere*, como en el caso de la legítima defensa, que requiere una reacción inmediata.

33. Pero, sea cual sea la posición en lo que se refiere a la agresión, la conveniencia de depender demasiado estrechamente de organismos políticos para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por los crímenes es muy discutible en otras hipótesis previstas en el párrafo 3 del artículo 19. Las infracciones penales de la índole descrita en los apartados *b* a *d* de dicho párrafo deben resolverse por medios judiciales. La historia del derecho penal de las sociedades nacionales muestra que, en la represión de las infracciones penales, son esenciales los tres elementos siguientes: *a*) sumisión al principio de legalidad, en lo que se refiere tanto al procedimiento como al fondo; *b*) desarrollo regular, continuo y sistemático del ejercicio de la acción penal y la conducción del proceso; y *c*) imparcialidad —o no selectividad— de la actuación de los distintos órganos en materia de investigación, acusación y decisión. Por esas razones no parece que el Consejo de Seguridad reúna los requisitos de la justicia penal ni, a decir verdad, de la justicia en general.

34. Otra cuestión sobre la cual el Relator Especial necesita la orientación de la Comisión es la relativa al tipo de disposiciones sobre la solución de controversias que hay que incluir en el proyecto. Esta cuestión, tratada en el apartado *b* del artículo 4 de la tercera parte propuesta por el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen⁵, no está regulada en la actual tercera parte que ahora propone en el quinto informe. Estima que la Comisión debería examinar la posibilidad de mejorar la propuesta formulada por el Sr. Riphagen en 1985 y 1986, con especial referencia a la Corte.

35. La última cuestión mencionada en la sección B del capítulo II del quinto informe es la relación entre la reacción de la comunidad organizada por medio de organismos internacionales como los órganos de las Naciones Unidas y la reacción individual de los Estados. La posibilidad de que la comunidad organizada adopte medidas contra un Estado criminal plantea el problema de armonizar el ejercicio de esa competencia con la aplicación de las medidas que el Estado o los Estados lesionados sigan teniendo derecho a adoptar unilateralmente. En su quinto informe, proporciona varios ejemplos a este respecto.

36. En cuanto a las medidas que no implican el uso de la fuerza, el recurso a medidas de reacción frente a un crimen sin llegar a la guerra —a diferencia de la adopción de medidas que entrañan el empleo de la fuerza— no dan lugar a problemas de admisibilidad; la respuesta a

esas cuestiones suele ser afirmativa en caso de violación *erga omnes*. El problema que se plantea es más bien el de la posible agravación de las medidas adoptadas como reacción frente a los crímenes. Esa agravación puede consistir en la supresión o atenuación de las condiciones o limitaciones a las que está sujeto el recurso a las contramedidas.

37. Por lo que respecta a los límites de procedimiento, se plantea la cuestión de si, en el caso de los crímenes, el recurso a las contramedidas no debería ser admisible aun a falta de notificación previa y antes incluso de la aplicación de los procedimientos de solución de controversias disponibles.

38. En lo que se refiere a las limitaciones de fondo, es concebible que se prescinda, en el caso de los crímenes, de las limitaciones relativas a: *a*) las medidas extremas de naturaleza política o económica; *b*) las medidas que menoscaban la independencia, la soberanía o la jurisdicción interna del autor del hecho lesivo; *c*) las medidas que afectan a «terceros» Estados; y *d*) las medidas «punitivas». El Relator Especial ha incluido en el quinto informe ejemplos de esas cuatro posibilidades.

39. En cuanto al elemento «subjetivo», se advertirá que se plantean las cuestiones «subjetivo-institucionales» siguientes:

a) ¿Se aplican las posibles atenuaciones de las limitaciones del recurso a las contramedidas «pacíficas» únicamente a la «víctima principal» de un crimen o deben aplicarse a todos los Estados lesionados de algún modo? ¿O toda la cuestión de la aplicación de contramedidas incumbe a la comunidad internacional organizada?

b) Si tal competencia «colectiva» existe —o debe ser reconocida— también en relación con medidas de carácter no armado, ¿será una competencia «exclusiva» o sólo una competencia «primaria»?

c) En este último caso, ¿de qué manera se coordinaría la competencia «colectiva» con la facultad subsidiaria de reacción unilateral del Estado o los Estados lesionados?

40. Con respecto al problema de las obligaciones de reacción que incumben al Estado lesionado, el anterior Relator Especial destacó esas obligaciones en su sexto informe⁶. La primera de ellas es la obligación de no reconocer la «legalidad y validez» de los actos del Estado autor del hecho lesivo relativos a la comisión de la violación o a las consecuencias de ésta. El Relator Especial ha incluido en su quinto informe ejemplos de la práctica en esta materia, que se analizarán oportunamente.

41. Además de la obligación de no reconocimiento está la obligación de no prestar asistencia ni apoyo a los Estados autores de hechos lesivos para el mantenimiento de la situación creada por el hecho ilícito. La práctica internacional muestra una tendencia favorable al reconocimiento de la obligación de los Estados de no prestar asistencia a un Estado autor de un hecho lesivo para disfrutar o conservar ventajas resultantes de actos de

⁵ Para el texto de los proyectos de artículos 1 a 5 y el anexo de la tercera parte, propuestos por el anterior Relator Especial, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86.

⁶ Véase *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/389.

agresión y otras violaciones graves. En el quinto informe figuran ejemplos tomados de la práctica de los Estados.

42. Por otra parte, los Estados están obligados a no obstaculizar la reacción de la «comunidad internacional en su conjunto» frente a un crimen y de ejecutar las decisiones que esa comunidad adopte para sancionar ese crimen.

43. Habiendo enunciado así las cuestiones principales que se plantean (*de lege lata* o *de lege ferenda*) con respecto a las consecuencias de los crímenes internacionales de los Estados, el Relator Especial ha tratado de presentar algunas consideraciones provisionales sobre las principales dificultades con que se tropieza. Sin duda, las cuestiones más importantes en lo concerniente a las consecuencias de los crímenes internacionales son las que se refieren a la función de la comunidad internacional organizada y, en particular, la de los órganos de las Naciones Unidas. Estas cuestiones son demasiado difíciles para que el Relator Especial presente, en esta etapa, algo más que simples reflexiones provisionales. La situación general de la sociedad internacional —y en particular la situación de la denominada «comunidad internacional organizada»— realmente es tan sombría que justifica las previsiones más pesimistas en cuanto a la posibilidad de encontrar soluciones adecuadas para una aplicación organizada de las consecuencias especiales posibles de los crímenes internacionales de los Estados. Frente a las inmensas dificultades con que se tropieza, se podría incluso llegar a la conclusión de que sería mejor ponerse de lado de quienes, como por lo menos dos miembros de la Comisión, no son partidarios de dar efecto en las partes segunda y tercera al artículo 19 de la primera parte.

44. Quienes criticaron en su día la aprobación del artículo 19 pueden, por supuesto, encontrar argumentos en las dificultades que ha mencionado y también en la labor de la propia Comisión. Con respecto a la Comisión, se refiere a la orientación general de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados y del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, así como al discutible planteamiento adoptado por la mayoría de la Comisión en relación con la culpa en sentido amplio que incluye el dolo, la indemnización punitiva y otras consecuencias que no corresponden estrictamente a la esfera de la reparación. Estas consideraciones constituyen la base de la sección C del capítulo II del quinto informe. La principal cuestión que se plantea en esa sección es la de si quienes incurrir en responsabilidad penal internacional son el Estado, el individuo o ambos.

45. De no ser por el artículo 19, cabría entender que los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad internacional se basan en una dicotomía implícita entre la responsabilidad esencialmente «civil» del Estado, por una parte, y la responsabilidad penal del individuo, por otra. Tras una fase inicial de indecisión, la labor acerca del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se ha basado firmemente en el supuesto de que el código abarcará únicamente los crímenes de los individuos, aunque éstos mantengan estrechos vínculos con el Estado. De acuerdo con esta dicotomía, los individuos podrían ser enjuiciados por los órganos jurisdiccionales penales, pero no los Estados.

Teniendo en cuenta la máxima *societas delinquere non potest* y la actitud negativa de la Comisión con respecto a la culpa, así como la naturaleza estrictamente indemnizatoria de la responsabilidad internacional, cabría sostener que el artículo 19 no debe figurar en el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados y que hay que suprimir ese elemento ilógico y contradictorio. No obstante, el Relator Especial no puede suscribir incondicionalmente la idea de que la responsabilidad penal sería incompatible con la naturaleza del Estado según el derecho internacional en vigor ni la opinión de que la responsabilidad internacional del Estado está limitada *de lege lata* por una estricta analogía con la responsabilidad civil en derecho interno.

46. La causa primera y principal de la supuesta incompatibilidad de la responsabilidad penal con la naturaleza del Estado es la máxima *societas delinquere non potest*. Esa máxima está indudablemente justificada en el caso de las personas jurídicas de derecho interno, pero es dudoso que lo esté en el de los Estados como personas internacionales. Los Estados aunque son entes colectivos, no son exactamente iguales, desde el punto de vista del derecho internacional, a las personas morales de derecho interno. Por el contrario, parecen presentar, desde la perspectiva del derecho internacional, las características de simples entidades colectivas de hecho. Esta verdad evidente, disimulada a los estudiantes por el concepto rudimentario de las propias personas jurídicas como «entidades colectivas de hecho», halla su reconocimiento más obvio en la opinión, muy difundida, de que el derecho internacional es el derecho del sistema interestatal y no el derecho de un Estado federal mundial.

47. En cuanto a la segunda causa de la supuesta incompatibilidad, por muy firmemente que se crea —como varios miembros de la CDI parecen creerlo— que la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos no debe rebasar la esfera estricta de la reparación, la práctica de los Estados demuestra que las entidades que participan en las relaciones internacionales son muy capaces de los comportamientos criminales más graves. Aun en palabras de Drost —firme adversario de toda «criminalización» de los Estados—, «indudablemente, el Estado “criminal” es infinitamente más peligroso que el criminal individual en razón de su poder colectivo»⁷. El estudio de las relaciones internacionales —desde el punto de vista de la política, la moral o el derecho— también pone de manifiesto que los Estados, así como pueden obrar delictivamente en sus relaciones mutuas, no es raro que sean tratados como delincuentes por sus pares, siendo el trato expresa o implícitamente punitivo y, a veces, muy excesivamente punitivo.

48. En los casos más ordinarios de conducta internacionalmente ilícita, la sanción, o bien está implícita en el hecho de cesar en el comportamiento ilícito y en prestar reparación mediante la restitución en especie o la indemnización, o bien se manifiesta en esa forma de reparación típicamente interestatal conocida con el nombre de «satisfacción». En los casos más graves, como los que suscitan represalias políticas o económicas especialmente

⁷ P. N. Drost, *The Crime of State*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1959, Libro I, *Humanicide: International Governmental Crime against Individual Human Rights*, pág. 294.

severas, o una reacción militar sin paliativos, seguida de soluciones pacíficas más o menos duras, la intención punitiva perseguida y lograda por los Estados lesionados es manifiesta. A este respecto, Drost ha enumerado las diversas formas de medidas «políticas» contra los Estados, distinguiéndolas de las «sanciones jurídicas» contra los gobernantes. Esas medidas políticas revisten, según Drost, «toda clase de formas y medios»; y enumera una variedad de medidas tales como

[] la transferencia de territorio, la ocupación militar, el desmantelamiento de industrias, la migración de los habitantes, la indemnización en efectivo, bienes o servicios, el embargo o confiscación de activos, el control de armamentos, la desmilitarización, la supervisión del gobierno, así como muchas otras medidas internacionales incluidas las dos categorías generales de sanciones económicas y militares⁸.

Drost aparentemente no sospechaba que la mayoría de las medidas enumeradas comprenden sanciones mucho más severas que elementos de reparación «civiles». Además son todas de tal naturaleza que afectan —algunas de ellas dramáticamente— a los mismos pueblos a los que acertadamente desea preservar de toda sanción limitando las «sanciones jurídicas» a los gobernantes.

49. El hecho de que muchos internacionalistas y diplomáticos prefieran ocultar esas verdades evidentes bajo la hoja de parra que representa la omisión de toda referencia a una connotación punitiva de la responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos, o mediante la indicación expresa de que la única función de las contramedidas es obtener reparación, no altera la dura realidad del sistema interestatal. En realidad, las autoridades más respetadas reconocen que la responsabilidad internacional presenta elementos civiles y penales y que el predominio de uno u otro de esos elementos depende de las características objetivas y subjetivas y las circunstancias de cada caso particular.

50. Evidentemente, un decidido adversario de la idea en que se basa el artículo 19 de la primera parte podría afirmar —no sin cierta justificación— que si los Estados no son en la actualidad *societates* o personas morales en el verdadero sentido del término, inevitablemente tendrán que llegar a serlo dentro de una comunidad jurídica organizada de la humanidad. En ese caso, los Estados no se diferenciarán esencialmente de las subdivisiones de una federación más o menos descentralizada. En la medida en que pueda considerarse que esa hipótesis es una previsión válida, el mismo firme adversario de la idea enunciada en el artículo 19 podría afirmar además que la mejor manera de proceder sería, precisamente, que la Comisión mantuviese la distinción que acaba de mencionar, en relación con la cual se permite remitir a los miembros de la Comisión a la distinción entre un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad exclusivamente dedicado a la responsabilidad penal de los individuos y un proyecto sobre la responsabilidad de los Estados que prevea una responsabilidad meramente civil de los Estados. Según el referido adversario, esa responsabilidad «civil» de los Estados debería codificarse y desarrollarse en una convención sobre la responsabilidad de los Estados que no contemplara el artículo 19 de la primera parte del proyecto que se examina. Esto sería, siempre según el mismo adversario,

el medio de conciliar los dos proyectos actuales de la Comisión con las probables tendencias del desarrollo progresivo del sistema internacional hacia el fin «último» —para utilizar el adjetivo de Lorimer⁹— representado por el establecimiento de una comunidad organizada de la humanidad más o menos centralizada (o descentralizada) o de una federación mundial.

51. Sin embargo, parece igualmente evidente que el establecimiento de tal comunidad jurídica no está a la vuelta de la esquina ni mucho menos. Ni siquiera los 12 países de la Comunidad Europea están cerca de alcanzar esa etapa. La consecuencia inevitable es que durante largo tiempo la humanidad permanecerá, para bien o para mal, en ese estado de falta de integración que es al mismo tiempo la causa principal y el principal efecto de lo que los sociólogos y los juristas llaman, en sentido técnico, el sistema interestatal. Dentro de ese sistema, los Estados parecen condenados a permanecer, se quiera o no, bajo un derecho internacional que es un derecho interestatal, no el derecho de la comunidad internacional de la humanidad. Los Estados siguen siendo fundamentalmente entidades colectivas de hecho y no entidades colectivas jurídicas. Como tales siguen siendo no sólo capaces de cometer actos ilícitos de cualquier tipo —en particular los llamados «crímenes», así como los llamados «delitos»— sino que están igualmente expuestos a reacciones perfectamente comparables, *mutatis mutandis*, a las que están sujetos los individuos declarados culpables de un crimen en las sociedades nacionales.

52. Se han escrito muchas cosas, de manera justificada, para condenar la responsabilidad «colectiva», y el Relator Especial está firmemente convencido de que es una institución francamente primitiva y rudimentaria. Con todo, es difícil negar los siguientes hechos:

a) El sistema interestatal presenta desde el punto de vista del desarrollo jurídico aspectos rudimentarios que no pueden desconocerse sin riesgo;

b) Uno de esos aspectos es que los Estados cometen, no sólo infracciones que pueden calificarse de «ordinarias» o «civiles», sino también infracciones que decididamente se pueden calificar, debido a su gravedad, de «criminales» en el sentido corriente de este término;

c) Otro aspecto es que los Estados oponen a esas infracciones graves, por ejemplo la agresión, formas de reacción que incluso un adversario de la responsabilidad penal de los Estados tan resuelto como Drost admite que son tan severas y numerosas como las mencionadas en el informe. Drost clasifica esas formas de reacción, que califica de medidas «políticas» para distinguirlas de las «sanciones individuales», en «territoriales, demográficas y estratégicas; industriales, comerciales y financieras; incluso culturales, sociales y educacionales; y finalmente, pero no por ello menos importante, de orden técnico e ideológico»¹⁰.

53. Es realmente difícil de creer que medidas de tanta trascendencia no sean, *mutatis mutandis*, muy similares en sus efectos a las sanciones del derecho penal nacional. Parece pues que, al menos durante algún tiempo, ha-

⁹ J. Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations*, W. Blackwood and Sons, Edimburgo y Londres, 1884, vol. II, págs. 183 y ss.

¹⁰ *Op. cit.*, pág. 297.

⁸ *Ibid.*, págs. 296 y 297.

brá que admitir la existencia de reacciones lícitas al tipo de infracciones a que se refiere el artículo 19 de la primera parte. Por consiguiente, la Comisión debe establecer en las partes segunda y tercera del proyecto disposiciones complementarias del artículo 19.

54. Sin embargo, los problemas que hay que resolver parecen ser, *de lege lata* o *de lege ferenda*, aún más difíciles que los de la seguridad colectiva, todavía no resueltos de manera satisfactoria. Ello es especialmente cierto respecto de aquellos de esos problemas que están relacionados con la presente estructura de la llamada «comunidad internacional organizada».

55. Varias de esas cuestiones —*de lege lata* o *de lege ferenda*— se han mencionado sucintamente y de manera provisional; otras no. El Relator Especial desea, sin perjuicio de lo que sus colegas deseen añadir o corregir, referirse a otras tres cuestiones.

56. Un problema absolutamente decisivo es el de distinguir las consecuencias de un crimen internacional de un Estado para el Estado mismo y, posiblemente, para los gobernantes de ese Estado, por una parte, y las consecuencias para el pueblo de ese Estado, por otra. Drost —un adversario no muy coherente, como se ha visto, de la «criminalización» de los Estados— subraya muy acertadamente la necesidad moral y política de separar las medidas políticas contra el Estado infractor de las sanciones individuales contra sus gobernantes responsables, pues aquéllas deben ser de tal naturaleza que dejen a salvo a la población «inocente» del Estado «criminal». No se puede por menos de expresar un apoyo sin reservas. Considerando, no obstante, los tipos de medidas que el propio Drost parece admitir tan liberalmente —medidas que parecen ir mucho más allá de las que prevén los Artículos 41 y 42 de la Carta de las Naciones Unidas—, no parece fácil hacer esa distinción. Así sucede especialmente con respecto a las medidas económicas y de restablecimiento de la paz (para el caso de agresión), algunas de las cuales parecen dirigidas directamente contra el pueblo mismo. Hay también otra cuestión que ni el sociólogo ni el jurista ni el moralista deben pasar por alto, aunque el propio Drost parece desconocerla totalmente. La cuestión es la siguiente: ¿se puede suponer en cualquier circunstancia que un pueblo está totalmente exento de culpa —y de responsabilidad— por un acto de agresión realizado por el régimen manifiestamente despótico de un dictador entusiásticamente aplaudido antes, durante y, a veces, incluso después del acto? El segundo problema es el de la culpa del Estado. ¿Debe o no la Comisión considerar de nuevo esta cuestión que dejó de lado, a juicio del Relator Especial de manera poco convincente, con respecto a las infracciones «ordinarias»? ¿Es posible ocuparse en calidad de «legisladores materiales» del tipo de violaciones a que se refiere el artículo 19 sin tener en cuenta la importancia de un elemento tan decisivo como la intención dolosa?

57. El último problema que estima indispensable destacar es el propio artículo 19. Dejará a un lado los elementos que plantean mayores dificultades en el texto de ese artículo, texto que quizás suscite menos dificultades en la versión original propuesta por el anterior Relator Especial en 1976¹¹. Esos elementos, uno de los cuales, y

no el menor, es la falta de claridad de esa disposición en comparación con el carácter llamado «secundario» de los demás artículos del proyecto, podrían ser examinados de nuevo por la Comisión en segunda lectura. Por ahora, se limitará a señalar algunas cuestiones de fondo.

58. En primer lugar, si existen diferencias sustanciales o, en todo caso, significativas, en la forma en que son tratados los distintos tipos concretos de crimen, ¿es verdaderamente apropiado establecer una simple dicotomía entre «crímenes» y «delitos»? ¿No sería preferible, por ejemplo, distinguir la agresión de otros crímenes? ¿O hacer varias subdistinciones, a fin de no colocar en el mismo plano determinados actos que manifiestamente son muy distintos unos de otros y que darán o deberían dar lugar a formas igualmente distintas de responsabilidad?

59. En segundo lugar, la lista de ejemplos de hechos ilícitos que constituyen crímenes que figura en el artículo 19 se remonta a 1976. ¿Siguen siendo todavía esos ejemplos los más idóneos para definir los hechos ilícitos que aún hoy la comunidad internacional en su conjunto considera, o debería considerar, como «crímenes de los Estados»? En otras palabras, ¿no se podría «actualizar» esa lista de ejemplos, si es que se considera conveniente mantener una lista?

60. En tercer lugar, al examinar la práctica a menudo es difícil distinguir los casos de crimen de los casos de delito, especialmente cuando se trata de delitos muy graves. ¿No reside quizás en parte la razón de esto en la manera como se expresa el concepto general de crimen en el artículo 19, en el que los hechos ilícitos de que se trata se caracterizan por elementos que tal vez hacen difícil clasificar una violación en la categoría de los crímenes o en la categoría de los delitos y, por consiguiente, determinar cuáles de esos hechos están o deben estar sometidos a un régimen de responsabilidad «agravada»?

61. En cuarto lugar, si se admite que existe una cierta gradación de las violaciones ordinarias a los «crímenes internacionales», especialmente desde el punto de vista del régimen de responsabilidad a que dan lugar, ¿es realmente adecuado hacer una distinción especificativa y tajante entre «crímenes» y «delitos»?

62. El Sr. THIAM, apoyado por el Sr. YANKOV, dice que, habida cuenta de la abundancia de la información contenida en el presente quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados, convendría aplazar hasta el próximo período de sesiones de la Comisión todo debate sobre el fondo del tema.

63. El PRESIDENTE dice que cualquier miembro que desee intervenir sobre el tema en el actual período de sesiones puede, por supuesto, hacerlo. Sin embargo, como el número de oradores probablemente será escaso, el debate quizás no sea representativo de las tendencias existentes. Propone, por consiguiente, que el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (1993) se limite, en lo que concierne al tema de la responsabilidad de los Estados, a reseñar la presentación que acaba de hacer el Relator Especial, en la inteligencia de que las opiniones expresadas en el actual período de sesiones se recogerán en el resumen del debate que figurará en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 46.º período de sesiones (1994). El Rela-

¹¹ Véase nota 2 *supra*.

tor Especial podría obtener de la Sexta Comisión la orientación que solicita en lo concerniente a las cuestiones que ha planteado.

64. El Sr. ROSENSTOCK está de acuerdo en aplazar el debate hasta el próximo período de sesiones. No obstante, desea dejar bien sentado que su silencio sobre las observaciones del Relator Especial relativas a actividades en curso en el sistema de las Naciones Unidas no debe interpretarse en el sentido de que las apruebe ni que las desapruebe. La distinción que se hace en el artículo 19 de la primera parte sigue constituyendo un ejemplo preocupante de la «taxonomía» de la primera parte del informe. Si la Comisión mantiene ese planteamiento, sus trabajos sobre el tema no concluirán en vida de ninguno de sus miembros. La Comisión, en lugar de hacer tales distinciones, tiene que examinar una serie de hechos ilícitos y los medios de sancionarlos.

65. El Sr. VERESHCHETIN dice que la presentación que ha hecho el Relator Especial de su quinto informe ha sido brillante, pero también tendenciosa, en cuanto que ha tratado de demostrar que la codificación de normas relativas a las consecuencias de los crímenes es una tarea imposible, algo sobre lo que no puede estar de acuerdo. Apoya la sugerencia del Sr. Thiam de aplazar el debate; el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones debería limitarse a indicar que fue presentado el quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados y que el debate sobre el fondo del tema se abordará en 1994.

66. El Sr. KUSUMA-ATMADJA conviene en que se aplaze el debate sobre el tema. La presentación del Relator Especial ha sido brillante; el coraje intelectual es en verdad necesario para el desarrollo progresivo del derecho internacional. En la época en que se creó la Comisión, el derecho internacional era esencialmente un derecho interestatal. El derecho del mar constituye un buen ejemplo de la evolución experimentada desde entonces. El derecho internacional se encuentra en una fase de transición y los problemas exceden ampliamente de los límites del derecho interestatal. El aplazamiento del debate no resolverá lo que constituye un problema a muy largo plazo.

67. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que está claro que no habrá en el actual período de sesiones un cambio de impresiones sobre el fondo, aun cuando las observaciones de la Comisión le habrían ayudado en la continuación de sus trabajos sobre el tema. La cuestión de los crímenes es difícil y es posible que no pueda, ni siquiera en 1994, presentar algo más que otra lista de cuestiones. Con todo, hará todo lo que esté en su mano y cabe que pueda obtener consejo de los círculos universitarios.

68. Por lo que respecta al comentario del Sr. Rosenstock, señala que es deber de todo jurista internacional examinar lo más objetivamente posible cualesquiera problemas planteados por la práctica de los Estados o los organismos internacionales que guarden relación con el tema y determinar cómo los instrumentos internacionales han funcionado en el pasado y funcionarán en el futuro con respecto a los crímenes. No está seguro de lo que el Sr. Vereshchetin entiende por «tendencioso». En el informe ha expuesto sus dudas acerca de algunos proble-

mas y algunas prácticas recientes en el sistema de las Naciones Unidas. Se trata de un problema de crímenes, que los Estados ciertamente cometen. Se halla dividido entre la posición de quienes desean suprimir el artículo 19 y la posición del Sr. Vereshchetin, que desea que se haga algo sobre la cuestión de los crímenes. Simplemente no sabe qué hacer, pues se encuentra genuinamente perplejo ante el contraste entre los medios jurídicos disponibles y la necesidad de poner freno al fenómeno de criminalidad.

69. El Sr. AL-KHASAWNEH recuerda de partida que el anterior Relator Especial había previsto un sistema en «tres niveles» en lo que respecta a las consecuencias de los delitos, los crímenes y el crimen de agresión que entraña consecuencias adicionales a las de otros crímenes.

70. Recuerda también que en un informe anterior sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad el Relator Especial sobre el tema, Sr. Thiam, al comentar el hecho de que «el derecho penal está sumido en un ambiente de subjetividad»¹², había declarado que la reprobación que suscita en la conciencia pública la comisión de un acto determinado no es nunca uniforme. Con arreglo a ese criterio desea preguntar al Relator Especial si está dispuesto a mantener la clasificación de su predecesor, Sr. Riphagen, en lo concerniente a las consecuencias adicionales del crimen de agresión.

71. El Sr. ROSENSTOCK dice que no era su intención insinuar ninguna incorrección en la alusión del Relator Especial a decisiones adoptadas en el sistema de las Naciones Unidas. No obstante, duda que sea exacto lo que ha dicho el Relator Especial y desea insistir en su observación acerca de la interpretación de su silencio.

72. De haber algún debate sobre el fondo del tema en el actual período de sesiones, habrá que incluirlo en el informe de 1993. En realidad, sería mejor no celebrar tal debate; dicho informe podría limitarse, en ese caso, a reseñar el intercambio de unas pocas observaciones preliminares.

73. El Sr. THIAM apoya la última observación formulada por el Sr. Rosenstock.

74. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) se congratula de que el Sr. Rosenstock no tome partido a favor ni en contra de ninguna posición determinada en esta materia. El Relator Especial no lo ha hecho tampoco, sino que se ha limitado a exponer los poco claros problemas jurídicos.

75. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que sigue desconcertado en cuanto al porqué una «pequeña agresión», por ejemplo, debería provocar mayores consecuencias que un genocidio en gran escala.

76. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice, en respuesta al Sr. Al-Khasawneh, que en su informe y su presentación se ha referido efectivamente a la necesidad de distinguir los actos de agresión de otros crímenes. Los actos de agresión plantean menos problemas porque

¹² *Anuario...* 1985, vol. II (primera parte), pág. 71, documento A/CN.4/387, párr. 47.

existe un órgano especializado de las Naciones Unidas encargado de examinarlos, por lo menos a efectos del mantenimiento de la paz y la seguridad. La Comisión tropieza con mayores dificultades en lo que respecta a otros crímenes.

77. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión conviene en adoptar la línea de conducta que acaba de proponer el Sr. Rosenstock, con el apoyo del Sr. Thiam.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2316.ª SESIÓN

Martes 6 de julio de 1993, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

más tarde: Sr. Gudmundur EIRIKSSON

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekeley, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados (continuación)
[A/CN.4/446, secc. C, A/CN.4/453 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/L.480 y Add.1, ILC(XLV)/Conf. Room Doc.1]

[Tema 2 del programa]

EXAMEN DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 1 Y DE LOS ARTÍCULOS 6, 6 bis, 7, 8, 10 Y 10 bis DE LA SEGUNDA PARTE DEL PROYECTO, APROBADOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN EL 44.º PERÍODO DE SESIONES² (continuación*)

1. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en calidad de miembro de la Comisión, pide que se haga constar en el acta resumida de los debates de la Comisión su posición sobre el texto del párrafo 2 del artículo 1 de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Considera, en efecto, que ese texto introduce cierta confusión al someter al Estado que

ha cometido el hecho internacionalmente ilícito a obligaciones que pertenecen a dos categorías diferentes y no tienen el mismo origen. Así, por una parte, está la obligación primaria, que nace, por ejemplo, de un tratado celebrado entre los Estados interesados, y, por otra, están las obligaciones secundarias, que son las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito y que emanan de la convención que la Comisión está elaborando. Aprobar el texto propuesto equivaldría a pasar totalmente por alto la distinción entre obligaciones primarias y obligaciones secundarias, que la Comisión utiliza con éxito desde hace muchos años y que no constituye un mero artificio de lógica formal aplicable cuando conviene a la Comisión sino que, en su opinión, corresponde por el contrario a una realidad insoslayable.

2. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) acepta en parte el punto de vista del Sr. Barboza y puntualiza que dicho párrafo no formaba parte originalmente del texto propuesto y que se ha esforzado, sin éxito, por impedir su inclusión en este artículo del proyecto.

3. El Sr. YANKOV dice que, como ya señaló en el período de sesiones anterior, en su calidad de Presidente del Comité de Redacción, el párrafo 2 del artículo 1 ha sido concebido como una cláusula de salvaguardia en relación con la norma general enunciada en el artículo 1³. Se trataba, efectivamente, de aclarar que el establecimiento de nuevas relaciones a raíz del hecho internacionalmente ilícito no descarga automáticamente al Estado autor de ese hecho de su deber de ejecutar la obligación que ha violado. No alcanza a ver cómo esa cláusula de salvaguardia destruiría la estructura del artículo y, salvo que se aduzcan argumentos convincentes en ese sentido, no podrá aprobar ninguna propuesta encaminada a suprimirla.

4. El PRESIDENTE recuerda que la Comisión ha aprobado ya el texto de que se trata.

5. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) informa a la Comisión de que se ve obligado por razones personales a ausentarse de Ginebra hasta mediados de la semana siguiente. Durante su ausencia, el Comité de Redacción puede perfectamente, como es su derecho, seguir buscando una solución a las dificultades que continúa planteando, desde el punto de vista tanto de la forma como del fondo, el artículo 12 tal como fue propuesto en el período de sesiones anterior⁴. Dicho artículo suscita más problemas de los que el Comité de Redacción ha examinado hasta ahora: medidas cautelares, comunicación previa, etc. Desea señalar, por conducto del Presidente, a la atención de todos los miembros de la Comisión, sean o no miembros del Comité de Redacción, la importancia capital del artículo 12. Sean cuales fueren los defectos de forma o de fondo, que en ningún caso pueden ser redhibitorios, el apartado a del párrafo 1 del artículo 12 tiene como finalidad esencial proclamar sin ambages que el recurso a contramedidas no es admisible antes del recurso a los procedimientos de solución esta-

³ Véase *Anuario...* 1992, vol. I, 2288.ª sesión, párr. 13.

⁴ Para el texto de los proyectos de artículos 5 bis y 11 a 14 de la segunda parte remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario...* 1992, vol. II (segunda parte), notas 86, 56, 61, 67 y 69, respectivamente.

* Reanudación de los trabajos de la 2314.ª sesión.

¹ Reproducido en *Anuario...* 1993, vol. II (primera parte).

² Documento A/CN.4/L.472.

blecidos por las normas internacionales que obligan a las partes en una relación de responsabilidad. En otras palabras, según la propuesta inicial de Relator Especial, los procedimientos de solución disponibles, es decir, disponibles en virtud de los pactos existentes entre las partes, deben ser aplicados antes de cualquier contramedida por el Estado lesionado. En el Comité de Redacción se han propuesto otros textos que fundamentalmente producirían el mismo resultado, incluida una propuesta del propio Presidente, que está convencido de la necesidad de una disposición de ese tipo.

6. Desde hace varias sesiones el Comité de Redacción examina una propuesta denominada «de transacción», que indiscutiblemente constituye una inversión de esa regla, puesto que establece que el recurso a los procedimientos de solución disponibles puede ser posterior a la adopción de contramedidas o simultánea con ellas, sin hacer la más mínima distinción entre contramedidas definitivas y contramedidas provisionales. El Relator Especial estima que una norma de esa índole equivaldría a legalizar cualquier recurso arbitrario a medidas unilaterales antes de la aplicación de todo procedimiento de solución. Su aprobación, aunque el texto figure entre corchetes, menoscabaría gravemente la labor de codificación y desarrollo del derecho de la responsabilidad de los Estados. El Comité de Redacción legitimaría por anticipado una casi libertad de autotutela, lo que no podría por menos, como ocurre a menudo con los proyectos de la Comisión, de llamar inmediatamente la atención de los comentaristas públicos y privados, independientemente del estado de elaboración del texto y de la existencia o no de corchetes y notas de pie de página. La aprobación de tal texto tendría efectos tanto más negativos cuanto que el Comité de Redacción habría desechado así la norma fundamental de la fase previa a las contramedidas, esto es, la norma del recurso previo a los procedimientos disponibles, antes de haber examinado, siquiera rápidamente, la tercera parte del proyecto de artículos, que ya le ha sido sometida y que concierne a la solución de las controversias.

7. Confía en que los miembros de la Comisión que comparten su opinión acerca de la importancia del artículo 12 no dejen de participar en las reuniones del Comité de Redacción, sean o no miembros de ese órgano. A este respecto, señala que la doble composición del Comité de Redacción no constituye en absoluto una innovación positiva, puesto que conduce a situaciones en que la participación en el Comité es tan reducida que cabe preguntarse si siempre se logra el quórum. Así sucedió especialmente cuando se examinaron los elementos más importantes del artículo 12. Con frecuencia lamentó la ausencia de los miembros que en el Pleno de la Comisión se habían pronunciado en favor de la necesidad de recurrir previamente al procedimiento de solución de controversias. El Comité de Redacción no debería funcionar en esas condiciones. No procede que un Relator Especial se esfuerce más de lo debido por hacer prevalecer su punto de vista, mas es preciso en ese caso que las cuestiones importantes sean examinadas por un Comité de Redacción en pleno, o con casi todos sus miembros, y a este respecto lo mínimo es una cifra de participación de diez miembros. Si ello es así, se alegrará mucho a su regreso de que el problema del artículo 12 se haya resuelto.

El Sr. Eiriksson ocupa la Presidencia.

8. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que el debate en el Pleno de la Comisión no versa sobre el artículo 12 pero que, habiéndose hecho una declaración a este respecto, desea hacer saber públicamente que está en total desacuerdo con el análisis del Relator Especial.

9. El Sr. MIKULKA (Presidente del Comité de Redacción) dice que sería conveniente que el Comité de Redacción pudiera reunirse por lo menos una vez con asistencia del Relator Especial y con la participación del mayor número posible de miembros del Comité.

10. El Sr. BENNOUNA dice que la solución propuesta por el Presidente del Comité de Redacción permitiría evitar un debate en el Pleno, por lo que sería útil que el Presidente tomase las disposiciones oportunas al respecto.

11. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER estima indispensable que la Mesa adopte las disposiciones oportunas para atender la petición del Presidente del Comité de Redacción, a fin de que éste pueda dedicar una o dos sesiones, con asistencia del Relator Especial, a la cuestión del artículo 12. Se trata, en efecto, de una cuestión delicada y compleja que guarda relación, no sólo con la tercera parte del proyecto de artículos, sino también con la distinción entre delitos y crímenes internacionales. El Comité de Redacción viene estudiando desde hace dos meses esta cuestión sin lograr ponerse de acuerdo sobre una fórmula idónea. Si la Comisión discute abiertamente el problema, en presencia del Relator Especial y de la mayoría de los miembros del Comité de Redacción, quizás sea posible encontrar una solución.

12. El PRESIDENTE, tras consultar a los demás miembros de la Mesa, dice que el Comité de Redacción celebrará esa misma tarde una reunión sobre el artículo 12.

ARTÍCULO 6 bis (Reparación) (conclusión)

13. El Sr. VERESHCHETIN recuerda que en la última sesión en que se examinó el artículo 6 bis (2314.ª sesión) propuso que se transfiriesen a ese artículo varias disposiciones que figuran en el artículo 7. Estima, en efecto, que las excepciones a que se refieren los apartados b a d del artículo 7 no pueden referirse exclusivamente a la restitución en especie y son también aplicables a las demás formas de reparación. En consecuencia, ha pedido que se distribuya el texto de una propuesta de enmienda tendiente a incluir en el artículo 6 bis, después del párrafo 1, un nuevo párrafo compuesto de los apartados a, b y c en los que se recogería, respectivamente, el contenido de los apartados b, c y d del artículo 7.

14. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) se pregunta de qué modo la excepción a que se refiere el apartado a del texto propuesto por el Sr. Vereshchetin podría aplicarse a la indemnización, y si no ocurriría lo mismo en los supuestos de los apartados b o c. Es evidente que la relación entre los tres apartados no es clara. En el texto inicial, el del artículo 7, las tres excepciones de que se trata están destinadas a aplicarse exclusivamente a la restitución en especie porque se trata de una forma de repa-

ración que puede imponer al Estado culpable una carga más gravosa de lo que es razonable. ¿Cabe decir lo mismo de las demás formas de reparación y, en particular, de la indemnización? Aplicar a la indemnización la excepción prevista en el apartado c, en especial, equivaldría a introducir en esa forma de reparación, expresamente y más de lo necesario, el principio de equidad que debe tener en cuenta implícitamente en su decisión un tribunal arbitral o la CIJ, pero que no hay que convertir explícitamente en una fuente suplementaria.

15. El Sr. VERESHCHETIN está convencido de que en todo caso la excepción a que se refiere el apartado a se aplica a todas las formas de reparación, incluida la indemnización, aunque sólo sea en la hipótesis que ha mencionado el propio Relator Especial en el Comité de Redacción, es decir, aquella en que el gobierno de un Estado determinado renuncia a la restitución de un territorio ilegalmente ocupado por otro Estado y opta en su lugar por la indemnización. Esta constituiría indiscutiblemente una violación de una norma imperativa de derecho internacional general. En lo que se refiere al apartado c, no alcanza a discernir por qué el principio de proporcionalidad no se aplicaría a las demás formas de reparación.

16. El Sr. ROSENSTOCK estima que sería equivocado hacer depender las diversas formas de reparación de las condiciones enunciadas en los apartados b y c de la propuesta del Sr. Vereshchetin, ya que de ese modo se menoscabarían gravemente los derechos del Estado lesionado. En cuanto a la condición relativa a las normas imperativas de derecho internacional general, enunciada en el apartado a de la propuesta del Sr. Vereshchetin, la cuestión es más compleja. El problema radica en parte en que esa condición se enuncia en el artículo 7, en el que no era necesaria puesto que es evidente que el respeto de las normas imperativas de derecho internacional general se impone en todos los casos sin que sea preciso referirse a ello expresamente. Por otra parte, el artículo 6 *bis* concierne a los derechos del Estado lesionado y no a las posibilidades que se ofrecen al Estado autor del hecho ilícito, por lo que parece poco deseable enunciar en él una norma que limita expresamente la libertad de acción del Estado lesionado. En conclusión, opina que sería equivocado incluir en el artículo 6 *bis* los apartados b y c de la propuesta del Sr. Vereshchetin y no está convencido de que sea oportuno incluir en él el apartado a.

17. El Sr. YANKOV, habiendo presidido el Comité de Redacción en 1992, está en condiciones de afirmar que el Comité de Redacción, tras haber examinado detenidamente el artículo 6 *bis* y haberlo modificado varias veces, consideró que ese artículo era un artículo «preliminar» o de «encabezamiento», por decirlo así, que enunciaba principios aplicables a todas las formas de reparación mencionadas en su párrafo 1. En cuanto a las condiciones a que se refieren los apartados a y d del artículo 7, se incluyeron en ese artículo precisamente por los motivos indicados por el Relator Especial.

18. Aunque al principio se inclinaba a favor de la propuesta del Sr. Vereshchetin, después de haber reflexionado estima que se impone la prudencia. No alcanza a ver, en especial, cómo los apartados a, b y c podrían aplicarse a la satisfacción; por ejemplo, cómo la satisfacción

podría ser contraria a una norma imperativa de derecho internacional general. Lo mismo ocurre, por otra parte, con las garantías de no repetición. Convendría sin duda señalar a la atención de la Asamblea General las importantes cuestiones planteadas por el Sr. Vereshchetin, pero el tema merece un estudio más a fondo dadas las posibles consecuencias de la aprobación de la propuesta del Sr. Vereshchetin.

19. El Sr. VERESHCHETIN señala que es precisamente porque el artículo 6 *bis* es un artículo «preliminar» o de «encabezamiento» por lo que propone que se enuncien en ese artículo, en lugar de en el artículo 7, que concierne exclusivamente a la restitución en especie, las condiciones a que están sujetas todas las formas de reparación.

20. El Sr. BENNOUNA opina como el Sr. Yankov que es necesario ser prudentes. Es evidente que, si bien los apartados a a c del texto propuesto por el Sr. Vereshchetin se aplican a la *restitutio*, una forma de reparación que entraña riesgos, no ocurre lo mismo en lo que se refiere a las demás formas de reparación. Así pues, la Comisión debe estudiar el tema más a fondo antes de pronunciarse.

21. El Sr. TOMUSCHAT se adhiere a las observaciones del Sr. Yankov y el Sr. Bennouna. Se pregunta, por otra parte, si es necesario mencionar las normas imperativas de derecho internacional general, que se imponen de todos modos. Teme además que las condiciones establecidas en los apartados b y c del texto del Sr. Vereshchetin debiliten el artículo 8, relativo a la indemnización, disposiciones supletorias que el Estado lesionado siempre puede invocar «si el daño no ha sido reparado mediante la restitución en especie y en la medida en que no lo haya sido». Si las condiciones b y c son aplicables a la indemnización, el Estado autor del hecho ilícito no dejará de invocarlas. Preferiría, pues, mantener tal como está el artículo 6 *bis*.

22. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER señala que fue la CPIJ la que resolvió que, cuando la *restitutio* era imposible, había que proceder a la indemnización del Estado lesionado. La cuestión que se plantea es, pues, la de cuáles son las opciones de que dispone el Estado lesionado cuando la indemnización es imposible. A este respecto, la propuesta del Sr. Vereshchetin suscita una cuestión muy interesante para los pequeños países, esto es, la de la diferencia entre justicia y equidad. Conviene preguntarse hasta qué punto la Comisión debería penetrar en el terreno de la equidad para encontrar soluciones a los problemas con que tropiezan determinados países para cumplir su obligación de reparar.

23. Desde el punto de vista jurídico, no se puede negar que el Sr. Vereshchetin tiene razón en lo que concierne a las normas imperativas de derecho internacional general que, por naturaleza, se aplican tanto si se trata de la *restitutio* como de la indemnización o incluso de la satisfacción. En cuanto a las condiciones enunciadas en los apartados b y c de la propuesta del Sr. Vereshchetin, no ve cómo podrían aplicarse a la satisfacción o a las garantías de no repetición. Por consiguiente, desearía obtener explicaciones sobre ese punto y estima que, en cualquier caso, la cuestión merece ser estudiada de forma más detenida.

24. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice, en respuesta a una pregunta del Sr. Koroma, que la propuesta del Sr. Vereshchetin es, a su juicio, interesante, pero opina, como el Sr. Yankov y otros miembros de la Comisión, que convendría volver a ella ulteriormente, quizás en segunda lectura.

25. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en calidad de miembro de la Comisión, dice que en el Comité de Redacción expresó serias reservas en cuanto a la necesidad o utilidad de incluir las condiciones enunciadas en los apartados *b* y *d* del artículo 7 y recogidas en la propuesta del Sr. Vereshchetin. Con ánimo de avenencia, las aceptó en el Comité de Redacción con respecto al artículo 7, relativo a la restitución, pero ello no significa que aceptaría su inclusión en un artículo que se refiere a las demás formas de reparación.

26. El Sr. KABATSI estima que la propuesta del Sr. Vereshchetin merece ser objeto de un examen atento. Opina, en efecto, que las excepciones enunciadas en los apartados *b* y *c* podrían aplicarse a otras formas de reparación distintas de la *restitutio*.

27. El Sr. THIAM dice que hay que agradecer al Sr. Vereshchetin que haya planteado algunas cuestiones importantes. En lo que a él concierne, sería partidario de aprobar su propuesta. Pero hay que dar tiempo a la Comisión para examinarla. No parece posible adoptar inmediatamente una decisión sobre una propuesta con tales repercusiones.

28. El Sr. VERESHCHETIN estima que el debate a que ha dado lugar su propuesta demuestra con toda evidencia que la Comisión tendrá que volver a examinar las cuestiones que aquélla suscita. No insiste en que se adopte inmediatamente una decisión, pero está persuadido de que habrá que estudiar esas cuestiones, probablemente en segunda lectura. Está convencido de que las condiciones enunciadas en los apartados *a* a *c* del texto que propone no se aplican sólo a la restitución en especie, y esta es la razón por la cual estima el texto actual difícilmente aceptable. El apartado *c* del párrafo 2 del artículo 10, por ejemplo, demuestra que la condición enunciada en el apartado *b* de su propuesta se aplica a la satisfacción. Cree comprender que la mayoría de los miembros de la Comisión no desean pronunciarse ahora, pero espera que a su debido tiempo la Comisión estudiará estas cuestiones como se merecen, a la luz de las observaciones de los gobiernos.

29. El PRESIDENTE dice que se podría reproducir íntegramente la propuesta del Sr. Vereshchetin en el acta de la sesión en que se consigne el debate a que ha dado lugar.

30. El Sr. VERESHCHETIN opina que se podría quizás consignar ese debate en el comentario relativo al artículo 6 *bis*, en el que desearía que se reprodujera también su propuesta, que ha presentado por escrito.

31. El Sr. THIAM no comprende muy bien cuál es la decisión que la Comisión está a punto de adoptar con respecto a la propuesta del Sr. Vereshchetin.

32. El PRESIDENTE propone que el artículo 6 *bis* se apruebe en su forma actual, puesto que el Sr. Vereshche-

tin ha aclarado que no insiste en que se adopte inmediatamente una decisión sobre su propuesta.

33. El Sr. YANKOV indica que cuando el Sr. Mahiou mencionó, en relación con la reparación, el supuesto en que varios Estados resultan afectados y subrayó la complejidad de los problemas que ello planteaba se había decidido finalmente que la mejor solución era recoger ese debate en el comentario, aclarando que correspondería al tribunal resolver en cada caso. La propuesta del Sr. Vereshchetin también podría recogerse en el comentario. Por lo demás, aprueba el texto elaborado por el Comité de Redacción y propone que se apruebe sin modificaciones.

34. El PRESIDENTE hace observar que el debate que acaba de celebrarse sobre el artículo 6 *bis* y sobre la propuesta de enmienda del Sr. Vereshchetin figurará en cualquier caso en el acta resumida de la sesión.

35. El Sr. KOROMA desearía saber si esto significa que ese debate se recogerá asimismo en el informe de la CDI a la Sexta Comisión. En caso contrario, ésta podría tener la impresión de que el artículo 6 *bis* ha sido aprobado incondicionalmente por los miembros de la Comisión, lo que no se ajustaría a la realidad.

36. El Sr. TOMUSCHAT opina igualmente que el debate podría recogerse en el comentario que el Relator Especial redacte sobre este artículo del proyecto con objeto de señalar a la atención de la Sexta Comisión la propuesta de enmienda del Sr. Vereshchetin.

37. El PRESIDENTE aprueba sin reservas esta propuesta. Por ejemplo, podría mencionarse en el comentario relativo al artículo 7 que las condiciones enunciadas en los apartados *a* a *d* de este artículo son aplicables asimismo en otros casos. Quizás el Relator Especial desee tomar nota de ello.

38. El Sr. YANKOV dice que esto es precisamente lo que ha propuesto, que la propuesta del Sr. Vereshchetin y el debate a que ésta ha dado lugar se recojan en el comentario sobre el artículo 7.

39. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) señala que quizá sería mejor recoger este debate en el comentario relativo al artículo 6 *bis*, con una referencia, en su caso, al artículo 7.

Queda aprobado el artículo 6 bis.

El Sr. Barboza vuelve a ocupar la Presidencia.

ARTÍCULO 7 (Restitución en especie)

Queda aprobado el artículo 7.

ARTÍCULO 8 (Indemnización)

Queda aprobado el artículo 8.

ARTÍCULO 10 (Satisfacción)

40. El Sr. RAZAFINDRALAMBO desea formular una observación en lo que concierne al apartado *d* del párrafo 2 del artículo 10, que dice así:

d) en caso de que el hecho internacionalmente ilícito sea consecuencia de falta grave de funcionarios públicos o de comportamiento delictivo, medidas disciplinarias contra los responsables o castigo de éstos.

Sin otra precisión, cabe considerar que el «comportamiento delictivo» a que se refiere este apartado es el de particulares. Mas, si uno se remite a los trabajos pertinentes del Comité de Redacción⁵, se advierte que esta disposición se aplica tanto a funcionarios públicos como a particulares. Para que ello resulte más claramente del artículo 10 propone, pues, que se modifique de la manera siguiente el apartado d: «en caso de que el hecho internacionalmente ilícito sea consecuencia de falta grave o de comportamiento delictivo de funcionarios públicos o de particulares...». Así resulta evidente que el «comportamiento delictivo» puede ser imputable también a los funcionarios públicos.

41. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) acepta esta propuesta, que le parece razonable. Habría que decir en inglés: «... *from the serious misconduct or criminal conduct of officials or private parties...*».

42. El Sr. EIRIKSSON no está de acuerdo. En este apartado se distingue entre las faltas graves de funcionarios públicos, por una parte, y el comportamiento delictivo de cualquier persona, incluidos los funcionarios públicos y los particulares, por otra. Esa distinción debe mantenerse. La propuesta del Sr. Razafindralambo tendría como resultado aplicar el concepto de falta grave a los particulares, lo que no entra en la lógica de este artículo.

43. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) señala que la Comisión ha sido muy clara. Cree que la Comisión es consciente de que una amplia aplicación de esta forma de satisfacción podría dar lugar a una injerencia indebida en los asuntos internos de los Estados. Por eso ha limitado el campo de aplicación de ese apartado al comportamiento delictivo de funcionarios públicos o de particulares, y a la falta grave de funcionarios públicos. No está seguro de que así se desprenda claramente del texto inglés del artículo. Quizás se podría añadir algo para poner claramente de manifiesto que el «comportamiento delictivo» puede ser tanto el de los funcionarios públicos como el de los particulares.

44. El Sr. RAZAFINDRALAMBO señala que tal era precisamente el objeto de su propuesta, cuyo sentido quizás habrá que explicar más detalladamente en el comentario sobre el artículo 10.

45. El Sr. VERESHCHETIN quisiera volver a este respecto a los trabajos del Comité de Redacción donde se dice —en relación con el apartado d del párrafo 2 del artículo 10— lo siguiente:

Este apartado se ha redactado de forma que quede claro que el comportamiento delictivo exige el castigo tanto si es imputable a funcionarios públicos como a particulares, mientras que las medidas disciplinarias sólo pueden aplicarse, por supuesto, a funcionarios públicos⁶.

46. La idea en que se basa el apartado d del párrafo 2 del artículo 10 es, pues, que el comportamiento delictivo puede ser atribuido tanto a funcionarios públicos como a

particulares, mientras que las medidas disciplinarias sólo afectan a los funcionarios públicos. Tal vez ello no se desprenda muy claramente del texto francés de ese apartado, pero le parece que el texto inglés en todo caso refleja bastante bien la posición adoptada por el Comité de Redacción.

47. El Sr. TOMUSCHAT estima que se podría muy bien conservar el texto en su forma actual. Si se desea aclarar el sentido, quizás fuera mejor hacerlo en la forma indicada por el Relator Especial y no con arreglo a la propuesta del Sr. Razafindralambo, ya que ésta tendría por efecto aplicar el concepto de «falta grave» a los particulares cuando sólo se aplica a los funcionarios públicos. Pero al tratar de que el texto sea más explícito se corre el riesgo de hacerlo más premioso.

48. El PRESIDENTE opina que la solución sería quizás invertir el orden de los términos y decir «sea consecuencia de comportamiento delictivo de funcionarios públicos o de particulares o de falta grave de funcionarios públicos...».

49. El Sr. CALERO RODRIGUES no cree que esa inversión sea necesaria. El texto le parece bastante claro en su forma actual pero, para una mayor precisión, se podrían quizás incluir en el texto francés las palabras «*des ces agents ou de particuliers*» después de las palabras «*agissements criminels*».

50. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) no se opone a esta propuesta aunque las repeticiones le parezcan más tolerables en inglés que en los demás idiomas.

51. El Sr. EIRIKSSON dice que si debe modificarse este apartado preferiría la solución del Presidente, consistente en invertir el orden de los términos, lo que daría la fórmula siguiente: «sea consecuencia de comportamiento delictivo de particulares o de falta grave de funcionarios públicos».

52. El Sr. THIAM confiesa que no entiende la propuesta del Sr. Eiriksson. ¿Hay que deducir de ella que el comportamiento delictivo no podría ser atribuible a funcionarios públicos?

53. El Sr. ROSENSTOCK dice que, por lo menos en su versión inglesa, ese apartado le parece perfectamente claro y conforme al sentido propuesto en el Comité de Redacción. Tal vez se podría encontrar una fórmula aún más explícita, pero una sesión plenaria de la Comisión no es desde luego el mejor lugar para discutirla. A su juicio, bastaría incluir en el comentario una observación o una nota de pie de página en la que se indique que conviene revisar atentamente la redacción de este artículo con ocasión del examen en segunda lectura, en la inteligencia de que los miembros de la Comisión desean respetar plenamente las intenciones expresadas por el Comité de Redacción que se recogen del debate sobre la labor del Comité⁷. De ese modo se evitará toda pérdida de tiempo y el riesgo de «estropear» un texto por lo demás muy aceptable.

54. El PRESIDENTE dice, al recapitular el debate, que la Comisión puede optar, pues, entre dos propuestas:

⁵ Véase *Anuario... 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, párr. 58.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

bien aprobar la propuesta del Sr. Razafindralambo o la del Sr. Calero Rodrigues, o bien dejar el texto en su forma actual e incluir una nota en el comentario como propone el Sr. Rosenstock.

55. El Sr. EIRIKSSON preferiría que la fórmula figurase en singular: «de un funcionario público» y «de ese funcionario». En respuesta a la observación del Sr. Thiam, aclara que se hace referencia a los particulares frente a las personas jurídicas y no frente a los funcionarios públicos.

56. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que se repitan en inglés las palabras «*of officials or private individuals*» después de la palabra «*conduct*».

57. El Sr. GÜNEY reprocha a la propuesta del Relator Especial y a la del Sr. Calero Rodrigues el que introduzcan cierta ambigüedad en el texto; si se dice «de comportamiento delictivo de tales funcionarios o de particulares», las medidas disciplinarias mencionadas a continuación parecen referirse asimismo a los particulares, lo que no tiene sentido. Siendo así, se pregunta si la mejor solución no sería adoptar la línea de conducta propuesta por el Sr. Rosenstock y revisar la redacción de este apartado con ocasión del examen del texto en segunda lectura.

58. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, en su opinión, no hay ninguna posibilidad de que la «falta grave» se atribuya a particulares y que, por lo tanto, éstos se encuentren sujetos a medidas disciplinarias.

59. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que el problema planteado por el Sr. Güney no emana de la enmienda propuesta. La ambigüedad existe ya en el texto actual, pero ello no es un verdadero problema ya que nadie pensaría en aplicar una medida disciplinaria a particulares. Por lo demás, no insiste en que se incluya la fórmula que ha propuesto, pero, si los miembros de la Comisión desean hacer más explícito el texto, su propuesta o la del Relator Especial le parecen igualmente aceptables. Desearía, por otra parte, señalar un pequeño problema de traducción en el apartado *c* del párrafo 2 del artículo 10. Las palabras «*gross infringement*» han sido traducidas al francés por «*atteinte flagrante*»; ¿no sería mejor hablar de «*atteinte grave*»?

60. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el artículo 10 con las modificaciones de los apartados *c* y *d* del párrafo 2 propuestas por el Sr. Calero Rodrigues.

Así queda acordado.

Queda aprobado el artículo 10.

ARTÍCULO 10 *bis* (Seguridades y garantías de no repetición)

Queda aprobado el artículo 10 bis.

El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (*continuación)** (A/CN.4/446, secc. E, A/CN.4/447 y Add.1 a 3^o, A/CN.4/451⁹, A/CN.4/L.489)

[Tema 4 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(conclusión)

61. El Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial) lamenta no haber podido por circunstancias independientes de su voluntad asistir a la totalidad de los debates, de los que cree, no obstante, que ha podido hacerse una idea suficientemente precisa basándose en las actas resumidas que le ha transmitido la Secretaría y las observaciones escritas que le han hecho llegar algunos de sus colegas.

62. El Relator Especial se felicita en primer lugar de que todos los oradores, salvo uno, hayan abordado la cuestión de manera constructiva. Por supuesto que no todos han aprobado cada una de sus propuestas, pero es indiscutible que a todos anima una determinación común, compartida por otra parte por el Relator Especial que no defiende ninguna capilla y para quien sólo cuentan los resultados concretos, resultados de los que podrá enorgullecerse la Comisión en su conjunto.

63. En lo que concierne a la naturaleza del instrumento, el Relator Especial ha captado claramente el mensaje: aunque es inútil adoptar ya una decisión definitiva, se perfila netamente una preferencia a favor de una convención marco. Algunos han querido ver en los comentarios en general favorables de los gobiernos el presagio de una amplia ratificación. El Relator Especial, por su parte, sigue temiendo que los Estados que no poseen en su territorio cursos de agua internacionales importantes no se tomen finalmente la molestia de ratificar la convención y que muchos de los Estados cuyo territorio es atravesado por cursos de agua internacionales importantes prefieran seguir resolviendo en cada caso las cuestiones que se plantean. A este respecto, hay que abstenerse de descartar a la ligera el punto de vista expresado en sus comentarios por el Gobierno de los Países Bajos, ejemplo clásico de Estado ribereño del curso inferior, el cual preferiría la conversión del proyecto de artículos en una recomendación en la que se den orientaciones para la conclusión de posibles acuerdos vinculantes sobre cursos de agua concretos.

64. El Relator Especial invita a los demás miembros de la Comisión a mantener un espíritu receptivo con respecto a esta cuestión y dice que no intentará navegar a contracorriente, sino que abordará el examen en el Comité de Redacción partiendo de los supuestos implícitos en el texto elaborado en primera lectura y de la preferencia por una convención marco manifestada durante el presente período de sesiones.

65. Antes de pasar a consideraciones más concretas, el Relator Especial desea formular algunas observaciones

* Reanudación de los trabajos de la 2314.^a sesión.

⁸ Reproducido en *Anuario...* 1993, vol. II (primera parte).

⁹ *Ibid.*

de carácter general sobre el concepto de buena fe que se aplica a todos los tratados en general y, en especial, a toda posible convención que resulte de los trabajos de la Comisión. Sería peligroso e imprudente dar a entender que el principio de buena fe se aplica a determinados artículos o determinadas cláusulas y no a otros a causa de las consecuencias *a contrario* que manifiestamente se derivarían de tal principio.

66. Por lo que respecta a los diez artículos presentados, y en primer lugar el artículo 1, el Relator Especial ha apreciado particularmente la acertada propuesta del Sr. Yankov (2312.^a sesión) de incluir en el párrafo 1 el término «gestión» antes de la palabra «conservación».

67. En cuanto al artículo 2, la cuestión estriba fundamentalmente en saber si conviene mantener las palabras «y fluyen a un término común». Sin perjuicio de la cuestión aún no resuelta de las aguas subterráneas confinadas, que será objeto de informes ulteriores, el Relator Especial ha percibido claramente en este caso también la voluntad de conservar la idea de llegada a un término común, pero no ha podido escuchar, sin embargo, ningún argumento convincente. Se pregunta si los problemas observados no quedan atenuados o resueltos por la condición establecida en el párrafo 2 del artículo 3 del proyecto, a saber, que «Si entre dos o más Estados del curso de agua se celebra un acuerdo de curso de agua, ese acuerdo definirá las aguas a las que se aplique», así como por la distinción cuidadosamente trazada en el artículo 4 entre los acuerdos de curso de agua que se aplican a la totalidad del curso de agua internacional y los acuerdos que sólo se aplican a una parte del curso de agua. Señala que el Código de Conducta sobre la Contaminación Accidental de las Aguas Transfronterizas Interiores¹⁰ no enuncia ningún requisito relativo a un término común. Por último, los expertos del Comité sobre el Derecho Internacional de los Recursos de Agua de la ILA propugnan la supresión de esas palabras al señalar que ese concepto no ha sido objeto nunca de ninguna recomendación de los relatores especiales anteriores. El Relator Especial espera que los miembros de la Comisión que son partidarios de mantener el concepto de término común reflexionen sobre ello. Por su parte se abstendrá de defender más la causa de su supresión salvo si, a raíz de un nuevo estudio, llega a la conclusión de que la Comisión debería ocuparse de las aguas subterráneas confinadas y que la supresión del concepto de término común es el mejor medio de conseguirlo. En este último caso, el Relator Especial se esforzará por disipar toda preocupación que pueda subsistir mediante un texto que excluye expresamente la posibilidad de que un sistema vinculado artificialmente a un sistema de curso de agua internacional se considere parte de ese sistema.

68. En lo que concierne al artículo 3, el Relator Especial comprueba que muchos oradores han apoyado el cambio de redacción, en el que, por otra parte, no hay que ver más que una modificación de forma, consistente en sustituir el ambiguo término inglés «*appreciable*» por «*significant*». La justificación del uso del término «*significant*» en el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibi-

dos por el derecho internacional se aplica igualmente al tema examinado. Por otra parte, habría que poder explicar claramente en el comentario que la modificación no tiende a elevar el umbral del daño, sino más bien a evitar que se rebaje artificialmente ese umbral a medida que vayan perfeccionándose los medios científicos de medida o apreciación.

69. Por lo que respecta a las posibles modificaciones del artículo 3 encaminadas a reflejar la relación entre el proyecto de convención marco y acuerdos anteriores, el Relator Especial estima que hay una preferencia general por el mantenimiento del *statu quo*. El Sr. Mahiou ha afirmado con razón (2312.^a sesión) que todas estas cuestiones pueden ser resueltas por el derecho de los tratados. La idea del Relator Especial era simplemente responder a las observaciones de ciertos gobiernos, pero no ir más lejos.

70. En lo que se refiere a las relaciones entre los artículos 5 y 7, se han expresado en el seno de la Comisión puntos de vista diferentes. Algunos miembros se inclinan a ir más lejos de lo que propone el Relator Especial y suprimir simplemente el artículo 7, mientras que otros son del mismo parecer que el Relator Especial y otros aun están de acuerdo sólo en parte con el Relator Especial, en especial en lo concerniente a la inclusión del concepto de «diligencia debida» («*due diligence*»). Por último, algunos miembros de la Comisión se oponen a toda modificación en ese sentido del proyecto de 1991. Corresponderá al Comité de Redacción salvar las discrepancias.

71. La aparente existencia de un mayor interés por la solución de las controversias permite vislumbrar quizás el medio de evitar la imposición de limitaciones artificiales a una utilización óptima y ofrecer al mismo tiempo una protección contra daños sensibles.

72. El Relator Especial invita además a los miembros de la Comisión a que reflexionen atentamente sobre el riesgo considerable, a que daría pie el mantenimiento del texto actual de los artículos 5 a 7, de que se atribuyese una importancia excesiva a los primeros usos, que muy a menudo pertenecen a Estados ribereños del curso inferior más desarrollados.

73. Por lo que respecta a los artículos 8, 9 y 10, aunque han suscitado algunos comentarios interesantes, no han dado lugar durante el debate a ninguna cuestión fundamentalmente nueva.

74. En conclusión, el Relator Especial recomienda que los artículos incluidos en su primer informe se remitan al Comité de Redacción; si éste consigue empezar a trabajar sobre el proyecto en el presente período de sesiones, cabe esperar que la Comisión esté en condiciones de concluir el examen del tema en el período de sesiones siguiente.

75. El PRESIDENTE invita a la Comisión a adoptar una decisión sobre la recomendación del Relator Especial de que se remitan los artículos 1 a 10 del proyecto al Comité de Redacción.

76. El Sr. SZEKELY da las gracias al Relator Especial por su excelente recapitulación del debate en el Pleno, aunque lamenta que no haya expuesto más fielmente la

¹⁰ E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: F.90.II.E.28).

diversidad de opiniones expresadas en cuanto a la oportunidad de modificar el adjetivo que califica al daño y que haya concluido un poco apresuradamente que la sustitución de «*appreciable*» por «*significant*» permitiría hacer progresos.

77. Se trata de una cuestión que ha sido tratada durante el período de sesiones en contextos diferentes y sobre la cual es evidente que subsiste un dilema. En consecuencia, si la Comisión decide remitir el proyecto de artículos al Comité de Redacción, no es procedente, habida cuenta de la naturaleza del debate celebrado sobre la calificación del daño, que lo haga en una versión enmendada en la que se sustituya el término «*appreciable*» por «*significant*». No se opone a que se remita el proyecto de artículos al Comité de Redacción, pero con las dos variantes —«*appreciable*» y «*significant*»— incluidas, llegado el caso, entre corchetes, a fin de reflejar claramente la realidad y poner así de manifiesto que la cuestión sigue pendiente y no ha sido resuelta definitivamente.

78. El PRESIDENTE dice que, si no ha entendido mal, los artículos se remitirán al Comité de Redacción en la forma en que aparecen en el proyecto y que incumbirá al Comité de Redacción apreciar a la luz del debate si debe introducirse algún cambio. Es inútil, por lo tanto, colocar entre corchetes «*appreciable*» o «*significant*».

79. El Sr. SZEKELY dice que, en ese caso, no tiene nada que objetar a que se remita el proyecto de artículos al Comité de Redacción. Pero desea que conste en acta que se ha expresado una opinión discrepante en lo que se refiere a la forma como esta cuestión ha sido tratada en el Pleno.

80. El PRESIDENTE señala un aspecto importante, cuyo examen incumbirá al Comité de Redacción, concerniente a la traducción en español del término inglés «*significant*». El término español «importante» no traduce fielmente el sentido del inglés «*significant*», por lo que habrá que utilizar otro término en la versión española del texto.

81. El Sr. SZEKELY confirma que, a su juicio, «*significant*» debe traducirse por «significativo» y no por «importante». Sin prejuzgar la decisión que en definitiva adopte el Comité de Redacción, desea subrayar que, como la Comisión ha podido comprobar durante el período de sesiones en curso, no se trata sólo de un problema de traducción en los distintos idiomas sino de una cuestión de fondo.

82. El PRESIDENTE toma nota de la declaración del Relator Especial según la cual el cambio de término no tiene por objeto elevar el umbral del daño; estima que esa aclaración es importante.

83. El Sr. YANKOV aprueba en lo esencial la declaración del Relator Especial, con tres reservas de importancia secundaria. La primera se refiere a la oportunidad de incluir en el texto, bien en la parte I, bien en la parte II, el concepto de vigilancia.

84. En segundo lugar, en relación con la introducción del primer informe, desearía que se mencionaran los hechos nuevos que se han producido después de la aprobación del proyecto de artículos en primera lectura, en par-

ticular, el Programa 21¹¹ y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹², así como sus consecuencias. Quizás pueda dárseles cabida en las partes I y II, pero sobre todo en la parte III relativa a los problemas de gestión.

85. Por último, en lo que se refiere a la sustitución del término «*appreciable*» por «*significant*», ha indicado ya que no tiene todavía una opinión bien afirmada a este respecto. Sólo desea invitar a la Comisión a que, antes de adoptar una decisión definitiva, examine más a fondo las consecuencias posibles de su elección.

86. El Sr. GÜNEY no se opone a la remisión del proyecto de artículos al Comité de Redacción si existe un acuerdo general en ese sentido en el seno de la Comisión, con tal que se revise la composición del Comité de Redacción teniendo en cuenta la decisión de principio aprobada a este respecto al comienzo del período de sesiones.

87. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda remitir al Comité de Redacción el texto de los artículos 1 a 10 del proyecto examinados en el primer informe del Relator Especial.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a la 13.10 horas.

¹¹ A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), págs. 7 y ss.

¹² *Ibid.*, págs. 2 a 6.

2317.^a SESIÓN

Miércoles 7 de julio de 1993, a las 11.10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

más tarde: Sr. Gudmundur EIRIKSSON

Miembros presentes: Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosensstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación (A/CN.4/446, secc. E, A/CN.4/L.479)

[Tema 6 del programa]

1. El PRESIDENTE dice que la Mesa Ampliada, en la sesión que acaba de terminar, ha tomado nota del informe del Grupo de Planificación (A/CN.4/L.479) y ha decidido transmitirlo a la Comisión. La Comisión tiene que decidir si las opiniones y recomendaciones del Grupo de Planificación son aceptables y han de someterse a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión.

2. El Sr. EIRIKSSON (Presidente del Grupo de Planificación) dice que el informe contiene tres grupos de recomendaciones. En primer lugar, en lo que concierne a la planificación de las actividades para el resto del quinquenio, el Grupo recomienda en el párrafo 7 que la Comisión trate de completar en 1994 el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, y en 1996 la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Recomienda asimismo que la Comisión trate de hacer progresos sustanciales sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. El párrafo 10 se refiere al programa de trabajo provisional para los períodos de sesiones de 1994, 1995 y 1996 que figura en un anexo del informe.

3. El segundo grupo de recomendaciones versa sobre el programa de trabajo a largo plazo. En el párrafo 13 del informe, el Grupo de Planificación señala que el Grupo de Trabajo encargado de estudiar esta cuestión ha recomendado que se incluyan en el programa dos temas nuevos: «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados» y «La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas». En el párrafo 26, el Grupo de Planificación recomienda la inclusión de los dos temas, y en el párrafo 27 se refiere a la cuestión de si el Relator Especial encargado del tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación debe emprender un estudio sobre la posibilidad de incluir la cuestión de las «aguas subterráneas confinadas». En el párrafo 28 se recomienda que esa petición se dirija al Relator Especial.

4. El tercer grupo de recomendaciones concierne a la contribución de la Comisión al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional¹. El Grupo de Planificación recomienda que la Comisión apruebe las disposiciones propuestas por el Grupo de Trabajo, consignadas en el párrafo 31.

5. Los tres grupos de recomendaciones, junto con las demás recomendaciones contenidas en el informe bajo el epígrafe «Otros asuntos», se incluirán, si la Comisión los

aprueba, en el último capítulo del informe de la Comisión.

6. El Sr. SZEKELY dice que el informe es excelente y puede servir para orientar a la Comisión. No obstante, los dos nuevos temas propuestos en el párrafo 13 son sumamente técnicos y, aunque no duda de su interés para los especialistas, quizás no sean los más urgentes desde el punto de vista de la contribución de la Comisión al derecho internacional. Su elección pone de manifiesto una tendencia de la Comisión a dar preferencia a temas más técnicos, tendencia que resultaría desvirtuada en no pequeña medida si la Comisión decidiera incluir la muy actual cuestión de las aguas subterráneas confinadas en el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En tal caso, habría que modificar el título del tema.

7. El Sr. MAHIOU apoya las observaciones del Sr. Szekely sobre los nuevos temas propuestos. La Comisión corre el riesgo de dar la impresión de que ciertos temas importantes no pueden ser codificados y que prefiere atenerse a materias del máximo interés para ella. El Grupo de Planificación está en lo cierto al aducir que el examen de los dos temas podría proporcionar útiles directrices, pero las directrices no equivaldrían a una codificación del derecho internacional en sí. No está seguro de cómo reaccionará la Asamblea General ante esa propuesta; quizás concluya que, si la Comisión no puede proponer temas que requieren codificación, ya no tiene nada más que hacer.

8. El Sr. KOROMA dice que el Grupo de Planificación aparentemente no ha tenido en cuenta un sugestivo informe sobre la labor de la Comisión elaborado hace algunos años por el UNITAR², que recomendó que la Comisión abriese nuevos campos de estudio. Está de acuerdo en general con las observaciones que han formulado sobre los nuevos temas el Sr. Szekely y el Sr. Mahiou. El tema de la sucesión de Estados es importante, por supuesto, en la presente situación del mundo, y quizás resulte atrayente para la Asamblea General, pero el tema técnico de las «reservas» no es urgente y no debería ser estudiado por la Comisión. Sería mejor proponer otros temas, como el de los efectos de las resoluciones de la Asamblea General o la cuestión de las migraciones internacionales, o examinar más a fondo los otros temas propuestos al Grupo de Planificación, que quizás sean más idóneos para su codificación. Como hasta ahora, la Comisión debe lograr un equilibrio entre los temas técnicos y los temas de gran interés actual para la comunidad internacional.

9. El Sr. KUSUMA-ATMADJA está de acuerdo hasta cierto punto con lo que han dicho los oradores anteriores. La urgencia de un tema depende del punto de vista que se adopte sobre la función de la Comisión. Si esa función sigue siendo la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, tal vez la Comisión se quede sin temas de estudio a no ser que aborde el examen de los que acaba de proponer el Sr. Koroma o quizás la cuestión del medio ambiente. Pero esos temas no están maduros todavía para su codificación o su desarrollo progresivo. Sea como sea, la Comisión no debe opinar sobre si sigue siendo útil.

¹ Proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/23.

² Publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: 81.XV.PE/1.

10. Conviene recordar que incluso la labor inconclusa sobre ciertos temas ha fijado pautas útiles para partes en litigio. Del examen de los dos nuevos temas podría derivarse también la misma utilidad. Por otra parte, nadie puede decir que la cuestión de la sucesión de Estados no es de actualidad y la práctica usual de formular reservas ha dado lugar, por ejemplo, a que se eludan ciertas disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. El tema necesita ahora ser aclarado, aunque quizás no sea imprescindible un instrumento formal.

11. El Sr. ROSENSTOCK está de acuerdo en general con el Sr. Kusuma-Atmadja. Los trabajos sobre los nuevos temas propuestos podrían ser útiles y concluirse dentro de un plazo limitado. El hecho de abordar tales temas no significa que la Comisión se aleje de la elaboración de instrumentos formales. Por otra parte, no debe asumir tareas que no pueda completar en un plazo razonable.

12. El Sr. SZEKELY dice que ahora se percata de que se quedó corto en su intervención anterior. No hay duda de que ni la comunidad internacional ni los medios universitarios claman por que la Comisión examine los nuevos temas propuestos. Lo esencial es que las nuevas tareas sean útiles y factibles. Quizás la mejor solución sea que la Comisión apruebe uno de los temas y vuelva a examinar el otro en 1994. Sin embargo, no hace formalmente una propuesta en ese sentido.

13. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que, como miembro del Grupo de Planificación, apoya la recomendación sobre los dos nuevos temas. No obstante, está de acuerdo con el Sr. Mahiou en que la Comisión no debería desviarse demasiado de su tarea de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional. La recomendación de que se pida al Relator Especial que estudie la inclusión de las «aguas subterráneas confinadas» en el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación es acertada. Si el Relator Especial se opone finalmente a esa inclusión, la cuestión seguirá en pie y quizás haya que examinarla como un nuevo tema dedicado especialmente a las aguas subterráneas, que ciertamente requiere reglamentación internacional. El Relator Especial tal vez debería comentar la cuestión general de las aguas subterráneas y su reglamentación.

14. El Sr. VERESHCHETIN dice que, como miembro del Grupo de Planificación, apoya naturalmente sus recomendaciones. Está de acuerdo en gran parte con las observaciones de los oradores anteriores y, en especial, con la opinión de que la Comisión debe en adelante incluir en su programa temas que susciten interés desde el doble punto de vista teórico y práctico. Al mismo tiempo, los dos temas que el Grupo de Planificación recomienda ahora que se incluyan en el programa de la Comisión se han elegido como resultado de un largo, minucioso e imparcial proceso durante el cual se ha revisado metódicamente toda la información sobre la lista de temas posibles.

15. Reconoce que los dos temas recomendados no suscitan tanto interés como algunos otros y que, además, se consideran temas de estudio más bien que de codificación. Rechaza categóricamente, sin embargo, la afirmación del Sr. Szekely de que los dos temas son técnicos y teóricos y no satisfacen el criterio de actualidad. La su-

cesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas es a todas luces una materia que no corresponde a las categorías del Sr. Szekely. Es, por desgracia, demasiado pertinente, especialmente con respecto a la situación en la ex Unión Soviética, en la que más de un tercio de la población de algunos de los Estados de reciente independencia ha sido privado de su nacionalidad. Se trata de cuestiones sobre las que el derecho internacional actual no proporciona una orientación clara. El tema es pertinente no sólo en el caso de la ex Unión Soviética sino también en el de algunos países europeos y, en su opinión, la Comisión debe empezar a examinarlo inmediatamente, independientemente de la forma definitiva que se dé a sus trabajos. Incluso un estudio de la cuestión sería útil, dado el estado actual de las relaciones internacionales.

16. El tema titulado «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados» es ciertamente teórico; sin embargo, quizás resulte ser de más actualidad en el futuro. Por otra parte, es de interés para la práctica estatal actual. Por ejemplo, los miembros de la Comunidad de Estados Independientes formulan tantas reservas y declaraciones interpretativas que la fuerza jurídica de los correspondientes tratados queda puesta en entredicho.

El Sr. Eiriksson ocupa la Presidencia.

17. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en su calidad de Presidente del Grupo de Planificación, dice que el Grupo de Planificación propone que la Comisión decida en su próximo período de sesiones cómo han de abordarse los temas propuestos. No hace recomendaciones relativas específicamente a la elección de relatores especiales o la creación de grupos de trabajo para examinar esos temas.

18. Si la Comisión decide que es inviable incluir la cuestión de las aguas subterráneas confinadas en el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, tendrá que decidir después si esa cuestión ha de figurar como tema separado en su programa.

19. El Grupo de Planificación ha recomendado que los esquemas preparados por miembros de la Comisión sobre diversos temas de derecho internacional³ se incluyan en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional correspondiente a 1993.

20. En su informe sobre la labor realizada en su 42.º período de sesiones, la Comisión enumeró determinados criterios para la selección de los temas de su programa⁴. Esos criterios obtuvieron después un apoyo general de la Asamblea General y, más recientemente, han servido de base al Grupo de Trabajo para la elección de los dos temas que ahora recomienda que se incluyan en el programa de trabajo de la Comisión.

21. El Sr. ROSENSTOCK dice que incumbe a la Comisión, y no al Relator Especial, decidir cómo se ha de abordar el estudio de la cuestión de las aguas subterráneas confinadas. Si el Relator Especial llega a la conclu-

³ Publicados posteriormente como documento A/CN.4/454; reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

⁴ *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), pág. 117, nota 366.

sión de que no es posible incluir esa cuestión en el tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, cosa que no es probable que suceda, recomendará firmemente que la Comisión lo estudie por separado como cuestión prioritaria.

El Sr. Barboza vuelve a ocupar la Presidencia.

22. El Sr. SZEKELY se felicita de la amplitud de criterio del Sr. Rosenstock con respecto a la cuestión de las aguas subterráneas confinadas.

23. Conviene con el Sr. Vereshchetin en que los dos temas recomendados son interesantes y pertinentes desde el punto de vista del derecho internacional; en particular, el tema sobre la sucesión de Estados tiene una importancia práctica y cualquier labor que realice la Comisión en ese campo será sin duda útil. No obstante, ambos temas siguen dando la impresión de ser bastante técnicos y hay que reconocer que no merecen el más alto grado de prioridad en el contexto de las preocupaciones actuales de la comunidad internacional. Espera, por lo tanto, que la elección de esos dos temas «modestos» no sea definitiva. Sería más apropiado que la Comisión comunicara a la Asamblea General que la cuestión de los nuevos temas que hay que incluir en su programa sigue abierta y que acogerá con satisfacción cualquier sugerencia que la Asamblea desee hacer a este respecto.

24. El Sr. TOMUSCHAT dice que ha participado en la tarea de determinación de los temas que pueden recomendarse para que se incluyan en el programa de trabajo de la Comisión. Muchos de los temas más «llamativos» que inicialmente despertaron interés resultaron ser, después de un examen más atento, problemáticos: bien no se prestaban a una caracterización jurídica, bien planteaban problemas de índole política.

25. En su opinión, los dos temas recomendados por el Grupo de Planificación son, sin duda, de actualidad. Conviene con el Sr. Vereshchetin en que la sucesión de Estados es una cuestión de gran importancia para la ex Unión Soviética y para determinados países europeos; puede incluso resultar en algún momento pertinente para los países africanos. El derecho internacional actual simplemente no proporciona orientación suficiente sobre la cuestión de los Estados de reciente independencia y el derecho de los residentes a la ciudadanía. Las controversias en esta materia pueden poner en peligro incluso la aplicación de tratados multilaterales. Se trata, pues, de un tema idóneo para ser examinado por la Comisión.

26. El Sr. KOROMA dice que, en su anterior intervención, no pretendía obstaculizar la aprobación del informe del Grupo de Planificación. Deseaba simplemente subrayar que la Comisión debe estar atenta a los deseos de la comunidad internacional.

27. El tema de la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados podría relacionarse con un objetivo claramente definido: las reservas a un tratado no deben ser contrarias al objeto y el fin de ese tratado. Por otra parte, las reservas y declaraciones interpretativas empiezan a representar una verdadera amenaza para bastantes tratados, en particular la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mu-

jer y la Convención sobre los Derechos del Niño. Al mismo tiempo, el tema es bastante «modesto» en comparación con otras cuestiones de más actualidad, como las migraciones masivas, que actualmente reciben amplia atención en la prensa y sobre las que se han realizado muchos trabajos de investigación.

28. El tema de la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas guarda una clara relación con la actual situación política. Abarca, además, cuestiones como los derechos humanos y la aplicación de los principios de equidad y justicia.

29. En su opinión, la Comisión debe aprobar provisionalmente las recomendaciones del Grupo de Planificación y, al mismo tiempo, acoger con espíritu receptivo las propuestas de la Sexta Comisión y la Asamblea General sobre otros temas que tal vez resulten más idóneos para ser incluidos en el programa de trabajo de la Comisión.

30. El Sr. EIRIKSSON (Presidente del Grupo de Planificación) señala que el párrafo 26 del informe del Grupo de Planificación deja bien sentado que sus recomendaciones están sujetas a la aprobación de la Asamblea General. De ello se desprende que la Comisión se mostrará ciertamente receptiva ante las sugerencias que le haga la Asamblea General sobre otros temas.

31. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que quizás sea apropiado suprimir el párrafo 25 del informe, puesto que en él se especifica que el resultado de la labor de la Comisión sobre el tema de la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas debe ser un estudio o un proyecto de declaración.

32. El Sr. ROSENSTOCK dice que el texto del párrafo 25 fue redactado cuidadosamente por el Grupo de Planificación y no excluye en realidad la posibilidad de que la labor sobre el tema adopte otras formas. Es partidario de mantener el texto tal como está.

33. El Sr. KOROMA sugiere que se modifique el párrafo de la manera siguiente: «La Comisión decidirá ulteriormente la forma que haya de adoptar su labor sobre este tema».

34. El Sr. EIRIKSSON (Presidente del Grupo de Planificación) dice que el texto del párrafo 25 fue cuidadosamente elaborado y debe quedar como está. No obstante, quizás pueda incluirse una frase en el sentido propuesto por el Sr. Koroma.

35. El Sr. KOROMA se declara de acuerdo con la sugerencia del Sr. Eiriksson.

36. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión ha concluido el examen del informe del Grupo de Planificación y ha acordado que las opiniones de la Comisión se recojan debidamente en el proyecto del último capítulo de su informe a la Asamblea General.

Así queda acordado.

37. El PRESIDENTE recuerda que se ha invitado a los miembros a que indiquen si están dispuestos a participar

en la preparación de una publicación como parte de la contribución de la Comisión al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional⁴. Señala a los miembros que se han recibido muy pocas respuestas y que el plazo vence el 15 de julio.

Se levanta la sesión a las 12.20 horas.

⁵ Véase nota 1 *supra*.

2318.^a SESIÓN

Martes 13 de julio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad de los Estados (conclusión*)
[A/CN.4/446, secc. C, A/CN.4/453 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/L.480 y Add.1, ILC(XLV)/Conf. Room Doc.1]

[Tema 2 del programa]

PROYECTOS DE ARTÍCULOS PRESENTADOS
POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN

1. El PRESIDENTE invita al Presidente del Comité de Redacción a que presente los proyectos de artículos propuestos por el Comité (A/CN.4/L.480 y Add.1).

2. El Sr. MIKULKA (Presidente del Comité de Redacción) recuerda que en el 44.º período de sesiones de la Comisión (1992) el Comité de Redacción aprobó los artículos 6, 6 *bis*, 7, 8, 10² y 10 *bis* relativos a la reparación, así como un nuevo párrafo 2 del artículo 1³. Estos artículos, sobre los que la Comisión no pudo pronunciar-

se por no disponer de los comentarios correspondientes, han sido aprobados en el presente período de sesiones⁴.

3. En el presente período de sesiones, el Comité de Redacción ha examinado los artículos de la segunda parte que habían sido propuestos por el Relator Especial en su cuarto informe⁵ y ha aprobado los artículos 11 a 14, relativos a las contramedidas. El título y el texto de esas disposiciones son los siguientes:

Artículo 11.—Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado

1. El Estado lesionado podrá, mientras el Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito no cumpla las obligaciones que le imponen los artículos 6 y 10 *bis* y sin perjuicio de las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos ..., abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado, si ello fuera necesario para inducir a éste a cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 6 y 10 *bis*.

2. Cuando una contramedida contra un Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito entrañe el incumplimiento de una obligación para con un tercer Estado, ese incumplimiento no podrá justificarse frente al tercer Estado invocando el párrafo 1.

Artículo 12.—Condiciones del recurso a las contramedidas

1. El Estado lesionado no podrá adoptar contramedidas a menos:

a) que haya recurrido al procedimiento de solución [obligatoria/por intervención de un tercero] de las controversias que tanto el Estado lesionado como el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito estén obligados a utilizar en virtud de cualquier tratado aplicable en el que sean partes; o

b) que, a falta de tal tratado, ofrezca un procedimiento de solución [obligatoria/por intervención de un tercero] de la controversia al Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

2. El derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas quedará suspendido cuando el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito aplique de buena fe un procedimiento acordado de solución [obligatoria] de la controversia y en la medida en que lo aplique, siempre que haya cesado el hecho internacionalmente ilícito.

3. La suspensión del derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas terminará si el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito no atiende cualquier requerimiento o mandamiento dimanante del mecanismo de solución de controversias.

Artículo 13.—Proporcionalidad

Ninguna contramedida adoptada por el Estado lesionado deberá ser desproporcionada al grado de gravedad del hecho internacionalmente ilícito ni a los efectos de éste sobre el Estado lesionado.

Artículo 14.—Contramedidas prohibidas

El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida:

a) a la amenaza o al uso de la fuerza, prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas;

* Reanudación de los trabajos de la 2316.^a sesión.

¹ Reproducido en *Anuario...* 1993, vol. II (primera parte).

² El fondo del artículo 9 (Intereses) propuesto por el Relator Especial en su segundo informe (1989) se incorporó al párrafo 2 del artículo 8. De ahí el vacío en el orden de sucesión de los artículos.

³ Para el texto, véase *Anuario...* 1992, vol. I, 2288.^a sesión, párr. 5.

⁴ Para la aprobación del párrafo 2 del artículo 1 y el artículo 6, véase 2314.^a sesión; para la aprobación de los artículos 6 *bis*, 7, 8, 10 y 10 *bis*, véase 2316.^a sesión.

⁵ Para el texto de los proyectos de artículos 5 *bis* y 11 a 14 de la segunda parte remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario...* 1992, vol. II (segunda parte), notas 86, 56, 61, 67 y 69, respectivamente.

b) a medidas extremas de coacción política o económica enderezadas a poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito;

c) a cualquier comportamiento que infrinja la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares;

d) a cualquier comportamiento que vulnere derechos humanos fundamentales; o

e) a cualquier otro comportamiento que contravenga a una norma imperativa de derecho internacional general.

ARTÍCULO 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado)

4. El Presidente del Comité de Redacción recuerda que el texto inicial del artículo 11 propuesto por el Relator Especial subordinaba la licitud del recurso a las contramedidas a tres condiciones: la existencia real de un hecho internacionalmente ilícito, la presentación previa por el Estado lesionado de una demanda de cesación de las actividades o de reparación, o ambas cosas, y la falta de respuesta satisfactoria a esta demanda. La versión presentada por el Comité de Redacción se centra menos en las condiciones de las que depende la licitud del recurso a contramedidas que en el alcance y los límites del derecho del Estado lesionado a recurrir a las contramedidas.

5. En el enunciado del párrafo 1 aprobado por el Comité de Redacción, como en el texto del Relator Especial, la esencia del concepto de contramedidas se expresa con las palabras «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado [el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito]». En sesión plenaria, algunos miembros de la Comisión propusieron sustituir esa expresión por las palabras «suspender la ejecución de sus obligaciones». No obstante, el Comité de Redacción ha considerado que ello comportaría el riesgo de limitar el ámbito de aplicación de las contramedidas a obligaciones de carácter continuado y a excluir de ella las obligaciones de resultado concreto. Por esta razón se ha mantenido la fórmula del Relator Especial.

6. Además de definir el elemento fundamental del concepto de contramedidas, el artículo 11 delimita el alcance del derecho del Estado lesionado por medio de tres series de condiciones: en primer lugar, exige que el Estado autor del hecho ilícito no cumpla las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 6 a 10 *bis*. Conviene señalar a este respecto que el Comité de Redacción ha sustituido el criterio de «respuesta debida», inicialmente propuesto por el Relator Especial, por el criterio más claro y objetivo de abstenerse de cumplir obligaciones específicas, y que ha dado un lugar destacado a esta condición fundamental de la licitud del recurso a contramedidas, al comienzo mismo del artículo. En segundo lugar, el texto recomendado por el Comité de Redacción, como el propuesto por el Relator Especial, subordina el derecho del Estado lesionado a las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos siguientes. En tercer lugar, y tal vez sea éste el punto más importante, exige que el recurso a contramedidas sea «necesario para inducir a éste [el Estado autor del hecho ilícito] a cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 6 y 10 *bis*». La expresión «si ello fuera necesario» tiene una doble función. Indica en primer lugar que las contra-

medidas no pueden ejercerse más que como último recurso, cuando los demás medios de que dispone el Estado lesionado —negociaciones, protestas diplomáticas o medidas de retorsión, por ejemplo— sean ineficaces para incitar al Estado autor del hecho ilícito a cumplir sus obligaciones. Precisa también que la decisión de recurrir a contramedidas debe adoptarse de manera razonable, de buena fe y a su riesgo y ventura por el Estado lesionado. Este punto se explicará con detalle en el comentario.

7. Algún miembro del Comité de Redacción estimó que el derecho enunciado en el artículo 11 no debía reconocerse más que a los Estados directamente lesionados, refiriéndose a la distinción, que no concierne naturalmente más que a la violación de obligaciones multilaterales, entre el Estado que resulta directamente lesionado en sentido material y jurídico por la violación y el Estado que resulta lesionado, no materialmente, sino sólo jurídicamente. La mayoría de los miembros del Comité de Redacción no estaba sin embargo dispuesta a operar esta distinción, que no figura en ninguna otra parte del proyecto y que en cierta manera cuestionaría de nuevo la definición de Estado lesionado que figura en el artículo 5⁶. Algunos consideraban que el problema lo trataba el artículo 13 relativo a la proporcionalidad, que imponía límites al Estado jurídicamente lesionado en cuanto a las medidas a que podía recurrir, en comparación con el Estado directamente lesionado. Además, la cuestión se planteará de nuevo en relación con los crímenes, que la Comisión proyecta examinar ulteriormente. Por tanto, los partidarios de una distinción entre Estados directamente lesionados y Estados indirectamente lesionados decidieron no insistir en esta cuestión, quedando entendido que se examinaría más a fondo cuando la Comisión abordase la cuestión de los crímenes.

8. Con respecto al párrafo 2 del artículo 11, hay que recordar que el Relator Especial había insertado en el artículo 14⁷, relativo a las contramedidas prohibidas, el inciso iv) del apartado b del párrafo 1 que prohibía el recurso, a título de contramedida, a todo comportamiento que consistiera en la violación de una obligación para con cualquier Estado distinto del Estado que hubiese cometido el hecho internacionalmente ilícito. En el Pleno se reconoció de manera general que los derechos de los Estados ajenos a la relación de responsabilidad existente entre el Estado lesionado y el Estado autor no debían resultar afectados por contramedidas adoptadas por el primero contra el segundo. En cambio, la fórmula adoptada por el Relator Especial, que hacía ilegítima toda contramedida que violase incidentalmente los derechos de terceros Estados, se consideró demasiado amplia en un mundo interdependiente en que los Estados están cada vez más ligados por obligaciones multilaterales. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Comité de Redacción ha preferido asegurar la protección de los derechos de terceros Estados apoyándose en una de las características esenciales de las contramedidas, a saber el hecho de que el carácter ilícito del comportamiento observado como contramedida no se excluye más que en el marco de las relaciones entre el Estado lesionado y el Estado

⁶ Para el texto de los artículos 1 a 5 de la segunda parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 38.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 41.

⁷ Véase nota 5 *supra*.

autor del hecho ilícito. Como subrayó la Comisión en el párrafo 18 de su comentario sobre el artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos, «el ejercicio legítimo de una medida de sanción respecto de un Estado determinado no puede constituir en ningún caso de por sí una circunstancia que excluya la ilicitud de un menoscabo ocasionado a un derecho subjetivo internacional de un tercer Estado contra el que no se justificaba medida alguna de sanción»⁸. El Comité de Redacción estimó que, como esta regla se refería al tenor y alcance del derecho del Estado lesionado a recurrir a contramedidas, debía figurar en el artículo 11. Por lo tanto, ha incluido en este artículo un párrafo 2 en el que se establece que cuando una contramedida entrañe el incumplimiento de una obligación para con un tercer Estado, la ilicitud de este incumplimiento no desaparece por el mero hecho de que la medida esté justificada con respecto al Estado autor. Es decir, el párrafo 2 sirve de aviso al Estado lesionado, al que advierte de que toda medida que pueda entrañar la violación de los derechos de un tercer Estado constituiría un hecho ilícito con respecto a ese tercer Estado, y al que invita a hacer una pausa antes de recurrir a este tipo de medida y a tomar cierto número de precauciones, tales como consultar con los terceros Estados interesados, sopesar las consecuencias de otras formas de proceder y asegurarse de que una necesidad urgente e imperiosa no le deja otra opción. Este punto se detallará en el comentario relativo a este artículo. El título del artículo 11 es el propuesto por el Relator Especial.

ARTÍCULO 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas)

9. El texto del artículo 12 ha sido ampliamente debatido y es el resultado de laboriosas transacciones. Hay que recordar que en el Pleno varios miembros de la Comisión estimaron que exigir como condición previa el agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa disponibles en virtud del derecho internacional general pondría al Estado culpable en posición favorable, teniendo en cuenta la vasta panoplia de procedimientos de solución existentes y el tiempo necesario para aplicarlos. Por tanto, el Comité de Redacción ha sustituido el concepto de agotamiento de todos los procedimientos disponibles por el de iniciación de un procedimiento.

10. El Comité de Redacción además ha hecho una distinción entre dos supuestos diferentes, previstos respectivamente en los apartados *a* y *b* del párrafo 1: en primer lugar, la situación en que el Estado lesionado y el Estado culpable están obligados a utilizar un procedimiento específico en virtud de un «tratado aplicable» en el que son partes; y, en segundo lugar, la situación en que no hay ninguna obligación preexistente entre los dos Estados interesados en lo que respecta al tipo específico de procedimiento que ha de aplicarse.

11. Por lo que respecta al apartado *a* del párrafo 1, el término «aplicable» se refiere a un tratado aplicable a la esfera a que se refieren el hecho ilícito y las contramedidas.

12. En cuanto al apartado *b* del párrafo 1, el Comité de Redacción ha considerado importante subordinar el recurso a las contramedidas a la condición de que el Estado lesionado ofrezca un procedimiento de solución de la controversia al Estado supuestamente autor del hecho ilícito. Este elemento no figuraba en el texto propuesto inicialmente por el Relator Especial.

13. Si bien este doble planteamiento de la cuestión del recurso a un procedimiento de solución de controversias obtuvo un amplio asentimiento en el seno del Comité de Redacción, aparecieron divergencias, como lo muestran las expresiones colocadas entre corchetes en los apartados *a* y *b* del párrafo 1, en lo que respecta al procedimiento de solución de controversias que ha de aplicarse. Algunos miembros preconizaban la supresión de los términos entre corchetes a fin de que pudiera recurrirse a cualquier tipo de procedimiento, con intervención o sin intervención de tercero, y otros insistían en que se adoptara un procedimiento de carácter vinculante, como el arbitraje o la solución judicial, y finalmente otros estimaban que un medio de conciliar ambos puntos de vista sería prever procedimientos de solución por intervención de tercero, en general. La diversidad de las opiniones es extrema por el hecho de que algunos miembros propugnan una solución para el apartado *a* y otra para el apartado *b*. El Comité de Redacción no ha podido ponerse de acuerdo sobre una fórmula generalmente aceptable sobre este punto, que por tanto deberá ser resuelto por la Comisión.

14. La cuestión que ha suscitado considerables debates en el Comité de Redacción ha sido la de saber si la aplicación de un procedimiento de solución debería necesariamente o no preceder al recurso a las contramedidas. La primera solución, que indudablemente era preferida por numerosos miembros del Comité, podría sin embargo suscitar varios problemas. En primer lugar, sería injustificable en los casos en que el hecho internacionalmente ilícito continuase. En segundo lugar, no tendría en cuenta el hecho de que el Estado lesionado podría tener que adoptar «medidas cautelares» como la congelación de activos, sin recurrir previamente a un procedimiento de solución. Ciertamente es que el Relator Especial había tenido en cuenta esta hipótesis al prever en el apartado *b* del párrafo 2 de su artículo 12⁹ una excepción a la regla general del recurso previo a un procedimiento de solución de controversias. Sin embargo, el Comité de Redacción no consideró oportuno seguir esta línea debido al carácter poco preciso de la noción de «medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado». Por último, algunos miembros del Comité de Redacción estimaron que había casos, aparte de los dos citados, en los que no estaría siempre justificado exigir que el recurso a un procedimiento de solución de controversias precediera al ejercicio de contramedidas. Por esta razón el Comité de Redacción prefirió suprimir toda referencia temporal en el texto y adoptar una formulación que destaque las condiciones que deben de entrada respetarse para que sea lícito el recurso a contramedidas.

15. Paralelamente, el Comité de Redacción ha limitado considerablemente el derecho a adoptar contramedidas,

⁸ Véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 144.

⁹ Véase nota 5 *supra*.

previando, como se dice en el párrafo 2, que este derecho quedará suspendido cuando el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito aplique de buena fe un procedimiento acordado de solución de la controversia. El término «acordado» se refiere tanto a los procedimientos aplicados en virtud de obligaciones preexistentes, que se contemplan en el apartado *a* del párrafo 1, como a los procedimientos aceptados a raíz de un ofrecimiento, que son objeto del apartado *b*.

16. La suspensión del derecho del Estado lesionado se somete a una importante reserva, enunciada al final del párrafo, a saber: que haya cesado el hecho internacionalmente ilícito.

17. Lo mismo que en el párrafo 1, la cuestión de la naturaleza de los procedimientos cuya aplicación entraña la suspensión del derecho del Estado lesionado no ha sido resuelta por el Comité de Redacción y la palabra «obligatoria» se ha puesto entre corchetes.

18. El párrafo 3, que limita el alcance de la excepción prevista en el párrafo 2, trata del supuesto en que, en el marco de un procedimiento obligatorio de solución de controversias, el órgano competente dirige a las partes un requerimiento o mandamiento al que el Estado autor se niega a atender. La expresión «requerimiento o mandamiento» se refiere a medidas tales como las medidas cautelares decretadas por la CIJ o un tribunal arbitral, así como la sentencia o laudo o cualquier otra resolución definitiva que emane de dicho órgano. Pero no abarca las recomendaciones formuladas en el marco de un procedimiento no obligatorio como la conciliación. Algunos miembros consideraron que la hipótesis de la resolución definitiva no debería incluirse en este párrafo, ya que la negativa a cumplir tal resolución debería considerarse como un nuevo hecho internacionalmente ilícito que creaba todos los derechos previstos en la segunda parte. Sin embargo, prevaleció la opinión de que, en vez de imponer al Estado lesionado la obligación de pasar por todas las fases de una demanda de reparación y del recurso a contramedidas, era mejor permitirle recuperar el derecho suspendido en aplicación del párrafo 2.

19. El título del artículo es el propuesto por el Relator Especial, ligeramente modificado.

ARTÍCULO 13 (Proporcionalidad)

20. En lo que respecta al artículo 13, el texto recomendado por el Comité de Redacción está muy cerca del propuesto por el Relator Especial¹⁰. Sienta la regla de la proporcionalidad y prevé que un comportamiento determinado de un Estado debe estar en proporción, por una parte, con el grado de gravedad del hecho ilícito y, por la otra, con los efectos de éste sobre el Estado lesionado. El Comité de Redacción ha tomado nota tanto de las opiniones expresadas por el Relator Especial en su cuarto informe¹¹ como de las expresadas por los miembros de la Comisión en el Pleno según las cuales no había que limitar el criterio de proporcionalidad a una simple compara-

ción entre la contramedida y el hecho ilícito, ya que los efectos de un hecho ilícito sobre el Estado lesionado no están necesariamente en proporción con el grado de gravedad de dicho hecho. Por tanto, hay que tener en cuenta los efectos del hecho ilícito para determinar el tipo y la intensidad de la contramedida que ha de aplicarse.

21. En lo que se refiere a las cuatro últimas palabras del artículo 13, «sobre el Estado lesionado», señala que el Relator Especial expresó en el Comité de Redacción el temor de que estas palabras tuvieran por efecto disminuir el alcance del artículo y restringir de manera injustificada la capacidad de un Estado de adoptar contramedidas eficaces en respuesta a ciertos hechos ilícitos que infringían obligaciones *erga omnes*, como la violación de los derechos humanos. El Relator Especial consideraba que la condición de que una contramedida fuera también proporcional a los efectos del hecho ilícito sobre el Estado lesionado se prestaba a interpretaciones excesivamente restrictivas, ya que podría invocarse para impedir que un Estado adoptase contramedidas contra otro Estado que violara los derechos humanos de su población o de la población de un tercer Estado, por el hecho de que el Estado que contemplase adoptar las contramedidas no hubiera sido materialmente afectado. Esta disposición podría tener un efecto negativo en el desarrollo y el respeto de las normas jurídicas relativas a los derechos humanos. Otros miembros del Comité de Redacción expresaron su desacuerdo con esta interpretación, considerando que toda violación de las normas relativas a los derechos humanos entrañaba por lo menos daños jurídicos y que todo Estado jurídicamente lesionado estaría facultado para adoptar contramedidas. El Presidente del Comité de Redacción desea insistir en esta interpretación del Comité de Redacción, ya que se trata de una cuestión importante. A juicio del Comité de Redacción, las cuatro últimas palabras del artículo no comprometen en modo alguno el derecho de un Estado a adoptar contramedidas contra otro Estado que haya violado los derechos humanos u otros derechos correspondientes a obligaciones *erga omnes*. Algunos miembros, además, señalaron que el fin de las contramedidas, esto es, incitar al Estado autor del hecho ilícito a cumplir las obligaciones que le imponen los artículos 6 a 10 *bis*, determina el tipo de medidas a que puede recurrirse y su grado de intensidad. Dado que esta cuestión ya se regula en el artículo 11, es inútil volver a ella en el artículo 13. Todos estos puntos deberán ser objeto de explicaciones en el comentario relativo al artículo.

22. Pareció claro al Comité de Redacción que la condición de proporcionalidad mencionada en el artículo 13 no significa que una contramedida deba ser plenamente equivalente al hecho ilícito o a los efectos de éste sobre el Estado lesionado, sino que pretende al contrario frenar la reacción del Estado lesionado. Por otra parte, debería formularse en términos suficientemente flexibles para que su aplicación sea relativamente fácil.

23. También se entendió que, para definir el criterio de proporcionalidad, había que tener en cuenta situaciones de desigualdad de poder económico, de poder político, etc., ya que en algunas circunstancias esas desigualdades podían desempeñar un papel en la determinación del tipo de las contramedidas que habían de aplicarse y su inten-

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Anuario...* 1992, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3.

sidad. Se convino en que el comentario a este artículo tenía que explicar todos estos aspectos.

24. El Comité de Redacción ha incluido las palabras «al grado de» antes de la palabra «gravedad» a fin de precisar bien que el texto abarca hechos ilícitos de diferentes grados de gravedad. El título del artículo sigue siendo el propuesto por el Relator Especial.

ARTÍCULO 14 (Contramedidas prohibidas)

25. En lo que concierne al artículo 14 se recordará que, en el 44.º período de sesiones, no hubo en el Pleno ningún desacuerdo sobre el planteamiento general adoptado por el Relator Especial en relación con la cuestión de las contramedidas prohibidas ni sobre su definición de las grandes esferas en las que no debía autorizarse, a modo de contramedida, la inobservancia de normas aplicables. A la luz del debate en el Pleno, el Comité de Redacción tenía que plantearse una doble tarea: por una parte, definir con precisión los límites más allá de los cuales en cada una de las esferas especificadas por el Relator Especial el Estado lesionado no podía recurrir a contramedidas y, por otra, estructurar el artículo de modo que se evitaran las interpretaciones *a contrario* inoportunas.

26. La frase inicial propuesta por el Relator Especial no planteaba ningún problema y se ha conservado tal cual. El apartado *a* prohíbe recurrir, a modo de contramedida, a la amenaza o al uso de la fuerza. Hay que recordar que la mención de la fuerza o del uso de la fuerza en el texto del Relator Especial iba seguida de las palabras «en contravención del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas», puestas entre corchetes. El Comité de Redacción ha sustituido estas palabras por «prohibidos por la Carta de las Naciones Unidas», que, a su juicio, constituyen una mejora con relación a la fórmula inicial en dos aspectos: primero, el texto propuesto tiene en cuenta el hecho de que el párrafo 4 del Artículo 2 no es la única disposición de la Carta que hay que tener en cuenta para definir el alcance de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, ya que la Carta permite el uso de la fuerza cuando lo autorizan las Naciones Unidas, así como en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva a tenor del Artículo 51. Algunos miembros habían señalado que estas excepciones no cabrían más que en relación con hechos ilícitos calificados de crímenes en virtud del artículo 19 de la primera parte del proyecto¹² y, por tanto, podrían estar desprovistas de interés en el presente contexto examinado, pero en el Comité de Redacción se convino en general en que mencionar solamente el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta en el apartado *a* no daría cuenta exacta del tenor de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza enunciada en la Carta. Por eso, el Comité optó por incluir una referencia general a la Carta. La fórmula propuesta presenta una segunda ventaja, ya que tiene en cuenta el hecho de que la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, si bien se enuncia en la Carta, forma parte integrante del derecho internacional general y ha

sido calificada por la CIJ de norma de derecho internacional consuetudinario. Por tanto, la Carta se menciona como fuente, pero no como fuente exclusiva, de la prohibición considerada.

27. El apartado *b* del artículo 14 corresponde al párrafo 2 del artículo propuesto por el Relator Especial¹³. Durante el debate en el Pleno, hubo un amplio acuerdo sobre el hecho de que las medidas extremas de coerción económica o política podían tener consecuencias tan graves como las dimanantes del uso de la fuerza armada y que la preocupación en que se fundaba el párrafo 2 del texto del Relator Especial merecía, por tanto, expresarse en el artículo 14. En la formulación propuesta por el Relator Especial, el párrafo 2 pretendía aclarar el sentido de la palabra «fuerza», que figura en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, y muchos miembros estimaron que la Comisión no debería tratar de interpretar la Carta o intervenir en la controversia sobre la cuestión de saber si la palabra «fuerza» en el párrafo 4 del Artículo 2 abarca exclusivamente la fuerza armada o también otras formas ilícitas de coacción. En relación con este punto, el Comité de Redacción decidió basarse en el apartado *b* del artículo 14, tal como lo había propuesto inicialmente el Relator Especial, que estaba redactado como sigue: «a cualquier otro comportamiento que pueda poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que esté dirigido»¹⁴. No obstante, los miembros del Comité de Redacción en conjunto consideraron que este texto estaba formulado en términos demasiado generales y comportaba de hecho una cuasi prohibición de las contramedidas. En consecuencia, el Comité de Redacción limitó el alcance del apartado de dos maneras: en primer lugar, sustituyendo la noción global de «comportamiento» por la noción más estricta de «medidas extremas de coacción política o económica»; y, en segundo lugar, sustituyendo la expresión «que pueda», que hacía entrar en el ámbito de este párrafo todo comportamiento que de manera vaga y no intencional pudiera poner en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado, por la expresión «enderezadas a», que denota una intención hostil o punitiva.

28. En lo que respecta al apartado *c*, relativo a las normas de derecho diplomático, una cuestión fundamental que se planteó fue la de la relación entre el artículo 14 y el artículo 2 de la segunda parte, tal como se había aprobado en 1983¹⁵. Algunos miembros expresaron el temor de que, reforzando el papel de las normas específicas de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963 frente a las contramedidas, la Comisión pudiera desvirtuar de hecho la aplicación de los regímenes convencionales y de las normas primarias. Algunos miembros señalaron también que era ilógico tener en cuenta un régimen convencional y prescindir de los demás, como el régimen aplicable al derecho del mar, que contenía principios cuya importancia no era menor que la de los principios del derecho diplomático. Sin embar-

¹² Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

¹³ Véase nota 5 *supra*.

¹⁴ Véase *Anuario... 1992*, vol. I, 2277.ª sesión, pág. 160, nota 9.

¹⁵ Para el texto, véase *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 47.

go, el punto de vista que prevaleció en el Comité de Redacción fue que el fundamento y el fin políticos de ciertas reglas de derecho diplomático justificaban que quedaran fuera del ámbito de aplicación del régimen de las contramedidas. Más concretamente, se señaló que, en situaciones por definición conflictivas, era indispensable, de una parte, dejar abiertas las vías de la diplomacia y, de otra, proteger de toda contramedida a personas y locales sumamente vulnerables.

29. En el Pleno se había considerado en general que la fórmula empleada en la disposición correspondiente al inciso ii) del apartado *b* del párrafo 1 del texto del Relator Especial¹⁶ era demasiado amplia y que el concepto de «actividad normal de la diplomacia» representaba, en realidad, una prohibición de todas las contramedidas en la esfera de la diplomacia, ya que cualquier contramedida de ese género entrañaba por fuerza la perturbación del mantenimiento normal de relaciones diplomáticas. Sin embargo, como es bien sabido, medidas como la declaración de *persona non grata*, la ruptura o la suspensión de relaciones diplomáticas y la retirada de embajadores se utilizan amplia y eficazmente como medidas de retorsión.

30. Por tanto, el Comité de Redacción limitó el alcance del texto propuesto por el Relator Especial centrándolo no en el funcionamiento normal de la diplomacia, sino en la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos. Por otra parte, el Comité de Redacción consideró apropiado extender esta disposición a los agentes y locales consulares, porque ellos también son objetivos de primera importancia en las situaciones de tensión interestatal. Esto no implica, sin embargo, ninguna igualación entre el régimen diplomático y el régimen consular, que son diferentes. Al contrario, la idea es que los agentes, locales, archivos y documentos consulares están protegidos en la medida en que gozan de inviolabilidad en aplicación de las normas pertinentes de derecho internacional.

31. Por otra parte, el Comité de Redacción suprimió la mención de la diplomacia multilateral, que era inútil, porque los representantes de organizaciones internacionales están cubiertos por la referencia a los agentes diplomáticos, e inoportuna, porque ninguna medida de retorsión adoptada por un país huésped en detrimento de funcionarios de organizaciones internacionales podrá tener nunca carácter de contramedida; se trataría, en efecto, de la violación no de una obligación para con el Estado culpable sino de la obligación con un tercero, a saber la organización internacional afectada.

32. El apartado *d* trata de las contramedidas que no se ajustan a las normas relativas a la protección de los derechos humanos. Debe recordarse que en el Pleno el planteamiento fundamental propuesto por el Relator Especial obtuvo la aprobación general, a reserva, sin embargo, de una definición más precisa del umbral más allá del cual el Estado quedaba autorizado a suspender los derechos humanos en el marco de las contramedidas. El Comité de Redacción estimó que la expresión «no se ajuste» no hacía más que repetir la idea de prohibición que constituye la esencia del artículo 14 y, por tanto, la sustituyó por

la expresión «que vulnere», más apropiada. La otra modificación introducida por el Comité de Redacción se refiere a la calificación, en el texto inglés, de los derechos humanos que, por decirlo así, quedan fuera del alcance de las contramedidas. El Relator Especial expuso en el Pleno que la expresión «*fundamental human rights*» (derechos humanos fundamentales), no había tenido el propósito de reinterpretar el párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas, sino que simplemente se había esforzado por limitar el alcance del texto al «núcleo» de derechos humanos que convenía proteger frente a toda contramedida. Al reflejar el propósito del Relator Especial, el Comité de Redacción, inspirándose en el fallo dictado por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*¹⁷, utilizó en el texto inglés la expresión «*basic human rights*», pero sin modificar el texto francés. La idea de que parte este texto es la de prohibir toda violación del derecho de cada individuo a la vida, la libertad y la integridad de la persona. Quedan también prohibidos los atentados contra las reglas del derecho humanitario relativas a la protección de las víctimas de guerra y las violaciones masivas de los derechos humanos, particularmente en forma de discriminación racial. Un factor importante que hay que tomar en consideración para determinar la licitud de una contramedida que vulnere los derechos humanos fundamentales es la exigencia de que las contramedidas sigan siendo esencialmente una cuestión interestatal y que tengan un mínimo de efectos sobre los particulares, sin lo cual podrían constituir una sanción colectiva.

33. En lo que concierne al apartado *e*, último apartado del artículo 14, que corresponde al inciso iii) del apartado *b* del párrafo 1 del texto presentado por el Relator Especial¹⁸ y que prohíbe el recurso, a modo de contramedida, a todo comportamiento que contravenga a una norma imperativa de derecho internacional general, el Presidente del Comité de Redacción recuerda que en el Pleno algunos miembros de la Comisión pusieron en duda la necesidad de tal prohibición, teniendo en cuenta que, por definición, no pueden suspenderse las normas de *jus cogens*, por contramedidas o de otra manera. Según la opinión que prevaleció, la mención del *jus cogens*, noción que varía en el tiempo, permitiría asegurar un ajuste automático del instrumento en elaboración a la evolución del pensamiento jurídico internacional. El texto propuesto por el Relator Especial tenía un inconveniente: al particularizar la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza —norma por excelencia del *jus cogens*— y al mencionar luego en términos generales las reglas imperativas del derecho internacional, daba la impresión de que dicha prohibición no formaba parte del *jus cogens*. El apartado *e*, tal como lo propone el Comité de Redacción, remedia este problema. No trata de determinar cuál de los comportamientos descritos en los apartados *a* a *d* contravendrían normas imperativas del derecho internacional, pero indica claramente que al menos algunos de estos comportamientos, y sobre todo la amenaza o el uso de la fuerza, contravienen el *jus cogens*.

34. El Presidente del Comité de Redacción recuerda que el inciso iv) del apartado *b* del párrafo 1 del texto del

¹⁶ Véase nota 5 *supra*.

¹⁷ Fallo de 5 de febrero de 1970, C.I.J. Recueil 1970, pág. 3.

¹⁸ Véase nota 5 *supra*.

Relator Especial¹⁹, relativo a las contramedidas que afectan a los derechos de terceros Estados, se ha suprimido, ya que la cuestión se trata en el párrafo 2 del artículo 11. El título «Contramedidas prohibidas» es el propuesto por el Relator Especial.

35. Por último, el Comité de Redacción no tuvo tiempo de examinar el artículo 5 *bis*, que le fue remitido en el 44.º período de sesiones²⁰.

36. El PRESIDENTE propone a la Comisión que tome nota del informe del Comité de Redacción y espere al siguiente período de sesiones para pronunciarse sobre los proyectos de artículos, una vez que haya recibido los comentarios correspondientes que presentará el Relator Especial.

37. El Sr. YANKOV agradece cordialmente al Presidente del Comité de Redacción el excelente informe, completo, detallado y fiel, que ha presentado sobre los trabajos del Comité en el período de sesiones en curso, comentando de forma pertinente el fondo y la forma de los artículos y presentando la génesis de cada uno de ellos, desde el texto propuesto por el Relator Especial hasta el adoptado por el Comité. Este trabajo podría en realidad constituir la base del comentario propiamente dicho a los proyectos de artículos. Esto prueba en todo caso que la Comisión tuvo razón en conceder más tiempo a los trabajos del Comité de Redacción.

38. Hasta su 44.º período de sesiones, la Comisión tenía por costumbre decidir acerca de los proyectos de artículos y los comentarios correspondientes inmediatamente después de su adopción por el Comité de Redacción. Después parece que ha surgido una nueva forma de proceder, a saber: que el comentario no se presenta hasta el siguiente período de sesiones y, por tanto, transcurre un año entre la adopción de un texto por el Comité de Redacción y su aprobación por la Comisión. Dado que se trata de una práctica nueva, es preciso reflexionar sobre todas sus consecuencias. En particular hay que exigir al Relator Especial que tenga más en cuenta el informe presentado en el precedente período de sesiones por el Comité de Redacción, tanto en lo que respecta al fondo como en lo que respecta a la interpretación y los antecedentes históricos de las diferentes disposiciones. El Sr. Yankov tiene la impresión de que no ha sido así en el caso del informe detallado presentado por el Comité de Redacción en el precedente período de sesiones, si se considera el comentario presentado en el actual período de sesiones. Este último parece en particular prestar demasiada atención a la doctrina en vez de explicar por qué se ha utilizado tal expresión o se ha optado por tal disposición. Sin minimizar en modo alguno la importancia de la doctrina, ésta no puede tener primacía sobre la aplicación del derecho y la forma en que se entiende hoy el problema.

39. El Sr. KOROMA lamenta que la Comisión no esté en condiciones de examinar en el Pleno los proyectos de artículos adoptados por el Comité de Redacción. En primer lugar, se trata de la cuestión importantísima de las contramedidas. En segundo lugar, se sabe por experien-

cia que todo producto de la Comisión, incluso transitorio, pasa a la esfera pública y puede parecer un producto acabado. Sería mejor, por tanto, como sugiere el Sr. Yankov, volver a la práctica anterior, a saber: examinar los proyectos de artículos en el mismo año en que los adopta el Comité de Redacción.

40. El Sr. CALERO RODRIGUES se suma a los oradores que consideran poco juicioso que la Comisión examine los artículos un año después de su aprobación por el Comité de Redacción. Este desfase se explica por la necesidad de disponer del comentario relativo a los artículos, pero esta necesidad apenas está comprobada. La Comisión podría perfectamente trabajar sobre un comentario preliminar, ya que el comentario definitivo en cualquier caso no puede referirse más que a los textos adoptados por la propia Comisión y no a los procedentes del Comité de Redacción. Así pues, la Comisión podría examinar los artículos, basándose en el texto de estos últimos y en el informe del Presidente del Comité de Redacción. La nueva práctica inaugurada en el anterior período de sesiones puede además plantear problemas al final del mandato de la Comisión, a saber: que ésta tenga una composición diferente en el momento de la adopción de los proyectos de artículos por el Comité de Redacción y en el de su aprobación por la propia Comisión.

41. El Sr. BENNOUNA dice que en el texto del proyecto de artículo 14, en el apartado e, el término inglés «*peremptory*» debe traducirse en francés por «*impérative*» y no por «*obligatoire*». En lo que respecta al conjunto del proyecto de artículos, piensa, como el Sr. Calero Rodrigues, que la Comisión podría adoptar estos textos sin esperar al comentario. No hacerlo sería dar la impresión de que la Comisión ha producido menos, cuando en realidad ha tenido dos semanas de trabajo intensivo en el Comité de Redacción para producir más. Lo que es más, se ha comprometido a terminar este tema en el marco del mandato en curso. Sea como fuere, sólo el artículo 12 plantea dificultades y contiene pasajes entre corchetes; por tanto, podría aplazarse hasta el año próximo únicamente el examen de este proyecto de artículo y decidir inmediatamente acerca de los demás.

42. El Sr. VERESHCHETIN está convencido, como el Sr. Yankov, de que el comentario relativo a los proyectos de artículos debe basarse en gran medida en el informe del Comité de Redacción y reflejar sus debates. La Comisión se propone precisamente elaborar en su próximo período de sesiones directrices sobre la elaboración de comentarios y sería muy deseable que incorporara en ellas esta propuesta del Sr. Yankov.

43. En cambio, el Sr. Vereshchetin no está convencido de que sea prudente remitir a la Sexta Comisión los proyectos de artículos sin sus comentarios. La solución tal vez sería sustituir el comentario por el informe del Comité de Redacción, en cuyo caso este informe debe adjuntarse como anexo.

44. El PRESIDENTE dice que si la Comisión sigue el mismo procedimiento que el año precedente, el Presidente de la CDI, cuando informe a la Sexta Comisión, comunicará a las delegaciones que el texto de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción y el informe del Presidente de este órgano están a su

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

disposición para información, pero que naturalmente no podrán debatir acerca de ellos.

45. El Sr. SHI dice que el artículo 20 del Estatuto de la CDI establece que «La Comisión redactará sus proyectos en forma de artículos y los someterá a la Asamblea General, con un comentario...». De ello concluye que un texto, incluso adoptado por la Comisión, no puede presentarse a la Sexta Comisión sin su comentario. En lo que respecta al temor del Sr. Bennouna en cuanto a la productividad de la Comisión, ésta debe producir en el período de sesiones en curso el informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional, tema en el que la Asamblea General está más interesada que en cualquier otro. Por tanto, el Sr. Shi sería partidario de que el examen de los proyectos de artículos en el Pleno se aplazara hasta el año siguiente.

46. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA comprende los argumentos del Sr. Bennouna así como los del Sr. Shi, pero teme que el tiempo que dure esta «puesta en barbecho» de los proyectos de artículos influya en la importancia que la CDI conceda a la cuestión de las contramedidas. Tal vez la CDI podría, sin llegar hasta adoptar los proyectos de artículos y presentarlos a la Sexta Comisión, adoptar una fórmula intermedia consistente en examinar el texto adoptado por el Comité de Redacción, consignándose el debate en el acta de la sesión.

47. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER recuerda que el Sr. Bennouna ha hecho una proposición concreta, consistente en no aplazar hasta el siguiente período de sesiones más que el artículo que plantea dificultades, es decir, el artículo 12.

48. El PRESIDENTE da lectura al artículo 20 del Estatuto de la CDI y dice que parece perfectamente claro: todo proyecto de artículo presentado a la Sexta Comisión debe ir acompañado de su comentario.

49. El Sr. BENNOUNA no insiste en que la Comisión se pronuncie sobre su proposición, aunque la interpretación del artículo 20 del Estatuto de la CDI dada por el Presidente y por el Sr. Shi no le parece la única posible. En efecto, la Comisión está examinando algunos proyectos de artículos sobre un tema cuyo examen se prosigue, y no sobre la totalidad del proyecto de artículos sobre este tema. Sea como fuere, es preciso que la Comisión piense en volver, a partir del próximo período de sesiones, a la única práctica normal, a saber: que desde el momento en que el Comité de Redacción haya adoptado un texto, la Comisión debe examinarlo y adoptarlo en el período de sesiones en curso y someterlo a la Asamblea General acompañado de su comentario.

50. El Sr. TOMUSCHAT comprende que la redacción de comentarios impone una pesada tarea a los relatores especiales y requiere mucho tiempo, pero la tarea no parece absolutamente imposible. Del debate parece desprenderse que la Comisión no quiere seguir separando en el tiempo la adopción de los textos por el Comité de Redacción y su adopción por la CDI, sobre todo si las delegaciones en la Sexta Comisión deben disponer del texto de los proyectos de artículos, y, por consiguiente, corren el riesgo de examinarlo sin darse necesariamente cuenta de que no tiene el *imprimatur* de la CDI.

51. El PRESIDENTE dice que en el último período de sesiones de la Asamblea General la Sexta Comisión no examinó ningún proyecto de artículo que no hubiera sido previamente adoptado por la Comisión.

52. El Sr. ROSENSTOCK dice que la Comisión no está obligada a adoptar cueste lo que cueste estos proyectos de artículos, incluso sin comentario, tanto más cuanto que no tiene que sonrojarse de su rendimiento. Por regla general, más vale que los proyectos de artículos los aprueben el mismo año la Comisión y el Comité de Redacción, pero esta regla puede de vez en cuando admitir una excepción, a condición de que la excepción no se convierta en regla. Este problema debe replantearse en el contexto más amplio de los métodos de trabajo de la Comisión, y hay que determinar cómo los relatores especiales podrán disponer de un plazo razonable para elaborar un comentario digno de ese nombre sin que la Comisión tenga que esperar al siguiente período de sesiones.

53. El Sr. YANKOV pide que el informe del Presidente del Comité de Redacción se reproduzca *in extenso* en el acta resumida de la sesión.

54. El PRESIDENTE cree entender, al término del debate que acaba de sostenerse, que la Comisión desea tomar nota del informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.480 y Add.1) y aplazar la aprobación de los proyectos de artículos que en él figuran hasta el siguiente período de sesiones.

Así queda acordado.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (conclusión*) (A/CN.4/446, secc. D, A/CN.4/450²¹, A/CN.4/L.487 y Corr.1)

(Tema 5 del programa)

PROYECTOS DE ARTÍCULOS PRESENTADOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN

55. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en su calidad de Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, indica que el proyecto de artículos propuesto por el Comité de Redacción en el informe en examen (A/CN.4/L.487 y Corr.1) no va acompañado de comentarios, como sucede con el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, pero que las razones de esta ausencia son diferentes en los dos casos. No es por falta de tiempo o de buena voluntad por lo que el Relator Especial no ha redactado comentarios, sino por las características propias del capítulo relativo a la prevención y por haber tenido en cuenta la opinión de los miembros de la Comisión quienes declararon preferir tener una visión de conjunto de los artículos relativos a la prevención antes de adoptarlos. Presentará comentarios en el próximo período de

* Reanudación de los trabajos de la 2306.ª sesión.

²¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

sesiones en la medida en que el Comité de Redacción haya terminado el examen de los artículos relativos a la prevención.

56. El Sr. MIKULKA (Presidente del Comité de Redacción), presentando el informe del Comité de Redacción, recuerda que en el período de sesiones precedente la Comisión decidió abordar el tema por etapas y examinar en primer lugar los proyectos de artículos relativos a las medidas de prevención que exigen las actividades que pueden causar un daño transfronterizo²². En el período de sesiones en curso, cuando la Comisión remitió los artículos 10 a 20 *bis* al Comité de Redacción, indicó que este último podía, con ayuda del Relator Especial, no limitarse a un simple ejercicio de redacción sino examinar la configuración de los nuevos artículos antes de comenzar su redacción propiamente dicha.

57. Así pues, el Comité de Redacción comenzó por examinar la configuración general del proyecto. Con este fin, pasó revista a todos los artículos que le habían sido sometidos, a saber los artículos 1 a 5 (Disposiciones generales), los artículos 6 a 10 (Principios)²³ y los artículos 11 a 20 *bis* (Prevención) propuestos por el Relator Especial en su noveno informe (A/CN.4/450). Llegó a la conclusión de que para que los artículos sobre las medidas de prevención fueran autónomos o coherentes había que elaborar, en primer término, un artículo relativo al ámbito de aplicación, que definiera las actividades que requerían medidas de prevención y, a continuación, que para formular una hipótesis de trabajo era esencial definir tres expresiones, a saber: «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible», «daño transfronterizo» y «Estado de origen». Así pues, el Comité de Redacción trabajó sobre el artículo 1, relativo al ámbito de aplicación de los artículos, y sobre el artículo 2, relativo a los términos empleados, y luego pasó al examen de los artículos relativos a las medidas de prevención.

58. El título y el texto de los artículos 1, 2, 11, 12 y 14 aprobados por el Comité de Redacción son los siguientes:

Artículo 1.—Ámbito de aplicación de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplican a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que se realizan en el territorio o, en otro caso, bajo la jurisdicción o el control de un Estado y que crean un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Artículo 2.—Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible» el que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible;

b) se entiende por «daño transfronterizo» el daño causado en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes;

²² Véase *Anuario...* 1992, vol. II (segunda parte), pág. 55, párrs. 345 y 346.

²³ Para el texto de los artículos 1 a 10 del proyecto, véase *Anuario...* 1990, vol. II (primera parte), págs. 112 a 114, documento A/CN.4/428 y Add.1, anexo.

c) se entiende por «Estado de origen» el Estado en cuyo territorio o, en otro caso, bajo la jurisdicción o el control del cual se realizan las actividades a que se refiere el artículo 1.

[...]

[...]

Artículo 11.—Autorización previa

Los Estados velarán por que las actividades a que se refiere el artículo 1 no se realicen en su territorio ni, en otro caso, bajo su jurisdicción o control sin su autorización previa. Dicha autorización también será necesaria cuando se proyecte efectuar un cambio importante en la actividad.

Artículo 12.—Determinación del riesgo

Los Estados velarán, antes de adoptar la decisión de autorizar una de las actividades a que se refiere el artículo 1, por que se proceda a determinar el riesgo de que la actividad cause un daño transfronterizo sensible. Esa determinación comprenderá una evaluación de los posibles efectos de esa actividad sobre las personas o los bienes y sobre el medio ambiente de otros Estados.

[...]

Artículo 14.—Medidas para aminorar el riesgo

Los Estados tomarán disposiciones legislativas, administrativas o de otra índole a fin de velar por que se adopten todas las medidas necesarias para aminorar el riesgo de daño transfronterizo de las actividades a que se refiere el artículo 1.

ARTÍCULO 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos)

59. Según el Comité de Redacción, el artículo 1, que define el ámbito de aplicación de los proyectos de artículos únicamente a los efectos de las medidas de prevención, es una disposición que no delimita el ámbito de aplicación del conjunto de los artículos, sino solamente el de los artículos relativos a la prevención del daño transfronterizo. El Comité ha aprovechado el trabajo realizado sobre el artículo 1 por el Comité de Redacción del período de sesiones precedente. El mencionado texto no fue adoptado entonces por el Comité de Redacción, pero reflejaba ya cierto número de puntos que habían sido abordados y, por tanto, suministró al Comité una buena base de trabajo para su labor en el actual período de sesiones.

60. El artículo 1 limita el ámbito de aplicación de los artículos a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que se realizan en el territorio o, en otro caso, bajo la jurisdicción o el control de un Estado y que crean un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. Esta definición del ámbito de aplicación, que sólo vale para las disposiciones relativas a las medidas de prevención, introduce cuatro criterios.

61. El primer criterio remite al título del tema: los artículos se aplican a las «actividades no prohibidas por el derecho internacional». El Comité de Redacción estimó que este aspecto capital del tema, aunque ya se mencionaba en el título, debía figurar en el artículo relativo al ámbito de aplicación. Este criterio es también esencial para distinguir entre los artículos del tema en examen y

los elaborados en el marco de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Algunos miembros del Comité de Redacción estimaron que era más prudente no mencionar este criterio en el artículo 1, basándose en que la distinción entre hecho ilícito y actividad no prohibida por el derecho internacional no era siempre muy tajante y que, en algunos casos, estaba en función del umbral fijado para el daño. Según ellos, las medidas de prevención debían definirse en términos generales, aplicables a toda actividad. Ahora bien, la mayoría de los miembros del Comité de Redacción no compartieron esta opinión, considerando que un artículo relativo al ámbito de aplicación enunciado en términos tan generales ocultaría la distinción entre los dos temas y conduciría a confusiones teóricas. Según ellos, estaba claro que estos artículos se entendían sin perjuicio del daño transfronterizo que pudieran causar hechos ilícitos.

62. El segundo criterio es que las actividades a las que son aplicables las medidas de prevención «se realizan en el territorio o, en otro caso, bajo la jurisdicción o el control de un Estado». Este criterio comporta tres nociones, a saber: «territorio», «jurisdicción» y «control». El Comité de Redacción no ignoraba que la expresión «bajo la jurisdicción o el control» era una fórmula más comúnmente utilizada (por ejemplo en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo²⁴, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, en el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, de 1972, y en el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo²⁵), pero prefirió mencionar también el «territorio» para subrayar el nexo territorial entre las actividades a que se refiere el proyecto de artículos y un Estado. La más frecuente de las situaciones contempladas aquí es la de una actividad emprendida en el territorio de un Estado y que tiene consecuencias perjudiciales fuera de ese territorio. El nexo territorial es, por tanto, un factor predominante.

63. Otra razón que llevó al Comité de Redacción a mencionar el «territorio» es que tanto en el actual período de sesiones como en el período precedente algunos miembros del Comité de Redacción señalaron que había cierta incertidumbre en el derecho internacional contemporáneo en cuanto a la medida en que un Estado podía ejercer jurisdicción extraterritorial sobre actividades. Además, dado que las sociedades multinacionales operan bajo varias jurisdicciones con fines diferentes, la cuestión práctica que se planteaba era la de saber cómo redactar el artículo reduciendo al mínimo la ambigüedad. El Comité de Redacción estimó que la jurisdicción territorial debía ser el criterio dominante. Por consiguiente, cuando una actividad se realice en el territorio de un Estado, éste debe cumplir sus obligaciones en materia de prevención. Por tanto, el territorio es prueba decisiva de la jurisdicción. Así, en caso de conflicto de jurisdicciones sobre una actividad comprendida en los artículos, prevalece la jurisdicción basada en el territorio. El Presidente del Comité de Redacción señala a la atención de

los miembros de la Comisión las palabras «o en otro caso» que figuran después de la palabra «territorio» y que tienen por objeto subrayar la relación particular existente entre la noción de territorio y la de jurisdicción o control. Cuando la jurisdicción no se basa en el territorio, se determina por la aplicación de los principios pertinentes del derecho internacional.

64. Las tres nociones mencionadas requieren algunas observaciones breves. El término «territorio» se refiere a los espacios sobre los que un Estado ejerce su soberanía.

65. La expresión «jurisdicción» pretende englobar, además de las actividades que se realizan en el territorio del Estado de que se trate, las actividades sobre las que ese Estado está autorizado por el derecho internacional a ejercer su competencia y autoridad. Por ejemplo, en determinadas circunstancias el derecho internacional autoriza a los Estados para ejercer su jurisdicción sobre actividades realizadas en zonas no pertenecientes a la jurisdicción de ningún Estado, por ejemplo el alta mar o el espacio ultraterrestre, o en otro Estado, por ejemplo en cuanto Potencia administradora de un territorio en fideicomiso o de un territorio no autónomo.

66. El término «control» pretende abarcar las situaciones en las que un Estado ejerce jurisdicción *de facto*, aun cuando el derecho internacional no le reconozca jurisdicción *de jure*, por ejemplo en caso de intervención, de ocupación y de anexión no reconocidas por el derecho internacional. En tales casos, el derecho internacional no reconoce la jurisdicción del Estado sobre el territorio ocupado o anexionado, pero reconoce ciertas consecuencias jurídicas al control efectivo que ejerce la Potencia ocupante.

67. El tercer criterio es que las actividades incluidas en estos artículos deben crear un «riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible». El elemento de riesgo pretende limitar el ámbito de aplicación de los artículos, en la fase actual de los trabajos, a las actividades de riesgo, y excluye, por consiguiente, las actividades que causan efectivamente un daño transfronterizo con ocasión de su normal desenvolvimiento, por ejemplo la contaminación «rampante». Las palabras «daño transfronterizo sensible» pretenden excluir las actividades que causan un daño únicamente en el territorio del Estado en el que se realiza la actividad, así como aquellas que causan un daño en zonas no sujetas a la jurisdicción de ningún Estado sin causar daño a otro Estado. La expresión «riesgo de causar... un daño transfronterizo sensible» debe considerarse como un todo y se define en el artículo 2.

68. El cuarto criterio es que el daño transfronterizo sensible debe haber sido causado por las «consecuencias físicas» de las actividades. La Comisión decidió hace ya mucho tiempo que, para que el estudio del tema fuera viable, había que excluir de él el daño transfronterizo susceptible de ser causado por las políticas seguidas por los Estados en materias económica, monetaria, socioeconómica y otras análogas. El Comité de Redacción consideró que el medio más eficaz de limitar el ámbito de aplicación de los artículos, como se ha dicho repetidas veces en el curso del debate en la Comisión, era exigir que las actividades tuvieran consecuencias transfronterizas físicas que causaran por sí mismas un daño sensible.

²⁴ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

²⁵ A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), pág. 2.

69. Para concluir en lo que respecta al artículo 1, el Sr. Mikulka recuerda que hay que entender el título en el sentido de que se aplica solamente a los artículos relativos a las obligaciones de prevención.

ARTÍCULO 2 (Términos empleados)

70. Pasando luego al artículo 2, el Sr. Mikulka recuerda que dos versiones de este artículo se remitieron al Comité de Redacción en 1988 y 1989²⁶. Pero finalmente se consideró que era mejor, por el momento, limitarse a definir los términos que era esencial precisar para las necesidades de los artículos sobre la prevención, a saber: la expresión «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible» y los términos «daño transfronterizo» y «Estado de origen».

71. Según la definición del apartado *a*, la expresión «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible» comprende una pequeña probabilidad de causar un daño desastroso y una gran probabilidad de causar otros daños sensibles. El Comité consideró que, en vez de definir separadamente la noción de riesgo y la de daño, era mejor definir en bloque la expresión «riesgo de causar» un daño transfronterizo sensible, a causa del nexo existente entre el riesgo y el daño y de la significación particular que reviste en ambos casos el adjetivo «sensible».

72. A los efectos de los artículos en examen, el «riesgo» se refiere a la vez a la probabilidad de que ocurra un accidente y a la amplitud de sus repercusiones perjudiciales. El efecto combinado de estos dos elementos es lo que va a fijar el umbral: este efecto combinado debe alcanzar un nivel considerado sensible. En efecto, el Comité de Redacción consideró que las obligaciones de prevención impuestas a los Estados deberían no sólo ser razonables sino también comportar ciertos límites, habida cuenta de que las actividades en examen son actividades que no son prohibidas por el derecho internacional y que se trata en realidad de encontrar un equilibrio entre los intereses de los Estados involucrados.

73. El Comité de Redacción se inspiró en la definición de riesgo que figura en el Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de las Aguas Transfronterizas Interiores²⁷. El apartado *f* del artículo I del Código de Conducta define el «riesgo» como el efecto combinado de la probabilidad de un acontecimiento no deseado y de su magnitud. Ahora bien, dado que el proyecto de artículo en examen concierne a una gama de actividades mucho más amplia que la comprendida en el Código de Conducta, la definición adoptada por el Comité de Redacción deja espacio para toda una gama de supuestos que van desde la pequeña probabilidad de causar un daño desastroso (característica de las actividades ultrapegrosas) hasta la gran probabilidad de causar otros daños sensibles. Ahora bien, se entiende que en todos los casos el efecto combinado debe ser «sensible». En la segunda línea del apartado *a* del artículo 2 la palabra «implica» pretende destacar que la gama de actividades comprendi-

das es limitada y no incluye, por ejemplo, las actividades en las que es pequeña la probabilidad de causar un daño transfronterizo sensible.

74. En cuanto al sentido que ha de darse a la palabra «sensible» (en inglés «*significant*»), el Comité de Redacción fue consciente de que este adjetivo no estaba exento de ambigüedad y de que la «importancia» debía finalmente ser apreciada en cada caso. Tal vez podría intentarse precisar en el comentario al artículo cómo debe entenderse este adjetivo, teniendo presentes las definiciones que puedan darse en los artículos sobre el derecho relativo a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, si la Comisión decide utilizar el mismo adjetivo en este contexto. En cualquier caso, el Comité de Redacción estimó que la palabra inglesa «*significant*» («sensible») debía entenderse en un sentido un poco más fuerte que «*measurable*» («apreciable») pero menos fuerte que «*serious*» («grave») o «*substantial*» («considerable»).

75. El apartado *b* define el «daño transfronterizo» como el daño causado en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes. Esta definición basta por sí misma y deja en claro que los artículos no se aplican a las situaciones en las que los efectos perjudiciales de una actividad dada se produzcan en los espacios públicos internacionales (*global commons*). En cambio, comprenden las situaciones en las que las actividades realizadas bajo la jurisdicción o el control de un Estado, por ejemplo en alta mar, tuvieran efectos sobre el territorio de otro Estado o sobre lugares colocados bajo la jurisdicción o el control de éste o, inversamente, en las situaciones en las que las actividades realizadas en el territorio de un Estado tuvieran consecuencias perjudiciales, por ejemplo, en los buques de otro Estado que se encuentren en alta mar. Estas diferentes posibilidades se explicarán con más detalles en el comentario relativo a este artículo.

76. El Sr. Mikulka precisa, a petición de algunos miembros del Comité de Redacción, que ellos lamentaban que la protección de los espacios públicos internacionales se dejara de lado, considerando que esto restringiría sin razón el alcance de los artículos.

77. El apartado *c* define el «Estado de origen» como el Estado en cuyo territorio o, en otro caso, bajo la jurisdicción o el control del cual se realizan las actividades a que se refiere el artículo 1. Esta definición es clara y no requiere comentario.

78. Huelga decir que el artículo 2 está aún incompleto y que a medida que el Comité de Redacción avance en sus trabajos, probablemente se definirán nuevas expresiones.

79. Pasando luego a los artículos relativos a la prevención, el Sr. Mikulka recuerda que en su noveno informe el Relator Especial desarrolló la idea, generalmente apoyada por los miembros de la Comisión, de que las obligaciones impuestas a los Estados en los artículos relativos a las medidas de prevención eran esencialmente obligaciones de obrar con la «debida diligencia». Los artículos definen con la mayor precisión posible en qué consiste esta «debida diligencia», a fin de ayudar a los

²⁶ Véase 2300.^a sesión, nota 18.

²⁷ E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: F.90.II.E.28).

Estados a cumplir las obligaciones previstas, darles una base de referencia común para sus negociaciones y, llegado el caso, orientar a los órganos que tengan que resolver una controversia en la materia.

ARTÍCULO 11 (Autorización previa)

80. El contenido del artículo 11, que impone a los Estados la obligación de velar por que las actividades que puedan causar un daño transfronterizo sensible no se realicen en su territorio ni, en otro caso, bajo su jurisdicción o control sin su autorización previa, es el mismo que el del artículo inicialmente propuesto por el Relator Especial²⁸. No obstante, se han introducido algunas modificaciones de redacción para hacer el texto más claro. El Comité estimó que la forma activa «Los Estados velarán por que las actividades...» tenía más fuerza que la forma pasiva «Las actividades del artículo 1 requerirán» utilizada en el artículo propuesto por el Relator Especial. La palabra «autorización» significa que el Estado interesado deberá dar al explotador un permiso cuya forma se deja a su discreción. Así forzosamente estará informado de que una actividad comprendida en el artículo 1 se realiza bajo su autoridad y que, en consecuencia, debe tomar las demás medidas previstas en los artículos.

81. La fórmula «en su territorio ni, en otro caso, bajo su jurisdicción o control» está basada en el artículo 1 para asegurar la uniformidad del texto. En cuanto a la fórmula «las actividades a que se refiere el artículo 1», se trata de una abreviación para designar las actividades que pueden causar un daño transfronterizo sensible.

82. La segunda frase del artículo 11 abarca las situaciones en las que la introducción de una modificación substancial en una actividad normalmente inofensiva es susceptible de transformar ésta en una actividad que puede causar un daño transfronterizo sensible. Tal modificación queda igualmente sujeta a la autorización previa de los Estados. El título del artículo 11 que había propuesto el Relator Especial, a saber «Autorización previa», se ha conservado.

ARTÍCULO 12 (Determinación del riesgo)

83. El contenido del artículo 12 es similar al del proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial en su noveno informe. Antes de dar a los explotadores la autorización de emprender una actividad comprendida en el artículo 1, el Estado debe velar por que se proceda a determinar el riesgo de que tal actividad cause un daño transfronterizo sensible. Esta evaluación va a permitir saber cuáles son los riesgos que presenta la actividad contemplada y cuáles son las medidas de prevención que debe adoptar. El Comité de Redacción consideró que dado que estos artículos se consideraban de aplicación general era mejor no entrar en detalles y limitarse a precisar lo estrictamente necesario para asegurar una buena comprensión del texto.

84. La tarea de resolver la cuestión de quién deberá proceder a la evaluación prevista se deja a la discreción de los Estados. Esta evaluación la hacen generalmente los propios explotadores, siguiendo ciertas directrices fijadas por los Estados. Los servicios u órganos competentes del Estado controlan la regularidad de la evaluación. Estas cuestiones pertenecen más bien al derecho interno. En cambio, se precisa bien en la segunda frase del artículo que la determinación debe comprender una evaluación de los posibles efectos de esa actividad sobre las personas o los bienes y también sobre el medio ambiente de otros Estados. Esta precisión se ha considerado necesaria para aclarar la frase precedente. En efecto, se prevé que el Estado de origen deberá transmitir los resultados de la determinación del riesgo a los Estados que puedan resultar afectados y conviene que éstos puedan saber cuáles son los efectos nocivos potenciales de la actividad contemplada y la probabilidad de que cause un daño.

85. No obstante, está claro que el artículo no obliga a los Estados a pedir que se proceda a una determinación del riesgo con respecto a toda actividad realizada en su territorio o, en otro caso, bajo su jurisdicción o control. Por lo que hace a la cuestión de saber cuáles son las actividades respecto de las que deberá pedirse una determinación del riesgo, los miembros del Comité de Redacción estimaron que las actividades comprendidas en el proyecto de artículos tenían en común ciertas características generales fácilmente identificables que podían servir de indicación a los Estados. Por ejemplo, la fuente de energía utilizada, las materias producidas y las sustancias utilizadas en la producción así como el lugar de implantación de las instalaciones y su proximidad a una zona fronteriza podrían facilitar criterios de apreciación útiles. También podría suceder que un Estado se diera cuenta de que tal o cual actividad ya en marcha estaba comprendida en los artículos. En este caso debería seguir los procedimientos previstos. Por otra parte, el Relator Especial ha explicado que podría insertarse, por ejemplo, en el artículo 2 relativo a los términos empleados, una lista indicativa y una descripción más detallada de las actividades comprendidas en el proyecto de artículos.

86. El Sr. Mikulka explica que el Comité de Redacción decidió dejar de lado por el momento el artículo 13 (Actividades preexistentes) y volverá a él ulteriormente. Este artículo trata del problema de las actividades que ya existían en el momento de entrada en vigor de los artículos. Este caso plantea varias cuestiones complejas y el Comité estimó que, por razones de eficacia, era mejor tratar de acabar primero los artículos que se refieren específicamente a las medidas de prevención que deben aplicarse en el caso de nuevas actividades.

ARTÍCULO 14 (Medidas para aminorar el riesgo)

87. Pasando al artículo 14, el Presidente del Comité de Redacción recuerda que el Relator Especial, en su noveno informe, definió de forma general la prevención, incluyendo en ella a la vez las medidas adoptadas antes de que se produzca un accidente (o prevención *ex ante*) y las medidas aplicadas después de que se produzca un accidente (o prevención *ex post*) para aminorar el alcance y la magnitud del daño. Su artículo 14 reflejaba globalmente esa definición, pero agregando a ella dos elemen-

²⁸ Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), pág. 49, nota 100.

tos complementarios, a saber: la obligación de los Estados de velar por que los operadores utilicen «la mejor tecnología disponible» y la obligación de alentar a los explotadores a que suscriban «seguros obligatorios u otras garantías financieras» que les permitan abonar las indemnizaciones correspondientes en caso de que causen un daño.

88. En el curso del debate en la Comisión, muchos miembros se manifestaron a favor de la concepción más estricta de la prevención, a saber la prevención *ex ante*. Estimaron que las medidas adoptadas después de que sobrevenga un accidente para aminorar el daño causado correspondían más bien a la parte de los artículos relativa a la indemnización. El Comité de Redacción se sumó a esta opinión. Estimó también que tal vez no era oportuno pedir a los Estados que velaran por que los operadores utilizaran «la mejor tecnología disponible». En efecto, esta exigencia plantearía algunos problemas: así, por ejemplo, ¿quién determinará lo que constituye la mejor tecnología disponible y cómo? Por otra parte, la utilización de la tecnología más avanzada no era necesariamente una garantía de seguridad y, por añadidura, no estaba siempre al alcance de los países en desarrollo. Finalmente, el aspecto tecnológico no era más que uno de los múltiples factores que los Estados debían tomar en consideración para aminorar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Por tanto, el Comité de Redacción estimó que estas cuestiones podrían precisarse en el comentario, pero que no era necesario tratarlas en el texto del artículo.

89. En cuanto a la cuestión del seguro, el Comité de Redacción consideró que era mejor abordarla en la sección relativa a la indemnización. Por tanto, el texto inicial propuesto por el Relator Especial se modificó en consecuencia.

90. Al igual que los artículos precedentes, el artículo 14 debe considerarse en la perspectiva de una obligación de «debida diligencia» que tienen los Estados. Por tanto, se ha intentado precisar todo lo posible en qué consiste esta obligación, particularmente clara en este caso, ya que esta vez están exclusiva y directamente interesados los Estados. Según este artículo, los Estados tienen obligación de adoptar unilateralmente medidas para aminorar el riesgo de daño transfronterizo de las actividades comprendidas en el artículo 1. Estas medidas unilaterales comprenden las disposiciones legislativas, administrativas o de otra índole a fin de velar por que se adopten todas las medidas necesarias para aminorar el riesgo de daño fronterizo.

91. Por «disposiciones... administrativas o de otra índole» se entienden los reglamentos de aplicación. Por su parte, la fórmula «velar por que se adopten todas las medidas necesarias» tiene una doble función. En primer lugar, destacar que el Estado está obligado a hacer aplicar sus leyes y reglamentos internos encaminados a aminorar los daños transfronterizos, velando por que los explotadores se ajusten a ellos. En segundo lugar, subrayar el hecho de que la obligación del Estado no es ni más ni menos que la obligación de proceder en la materia con toda la debida diligencia. Los Estados deben simplemente hacer todo lo posible para asegurar que los operadores respeten la reglamentación vigente. La palabra «amino-

rar» significa en este contexto que la posibilidad de causar un daño se reduzca al menor nivel posible. Por último, se ha modificado el título del artículo que pasa a ser «Medidas para aminorar el riesgo», que corresponde mejor al contenido.

92. El PRESIDENTE señala a la atención de los miembros de la Comisión un problema de traducción en las versiones española y francesa del proyecto de artículos. El adjetivo inglés «*significant*» se ha traducido respectivamente por «importante» e «*important*». Apoyado por el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA sugiere sustituir en la versión francesa la palabra «*important*» por la palabra «*sensible*» en todos los artículos en que aparece. En la versión española debería introducirse la corrección correspondiente.

Así queda acordado.

93. El PRESIDENTE da las gracias al Presidente del Comité de Redacción por la excelente presentación que ha hecho del segundo informe del Comité y dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea tomar nota de ese informe y aplazar la adopción de los proyectos de artículos que figuran en el mismo hasta su próximo período de sesiones.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2319.^a SESIÓN

Miércoles 14 de julio de 1993, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

más tarde: Sr. Vaclav MIKULKA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar su proyecto de informe sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones, comenzando por el capítulo IV, y más concretamente por los comentarios a los artículos

1, 6, 6 bis, 10 y 10 bis del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (A/CN.4/L.484 y Corr.1 y Add.1 a 7)

C.—Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados

2. TEXTO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 1 Y ARTÍCULOS 6, 6 bis, 7, 8, 10 Y 10 bis, CON LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES, APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 45.º PERÍODO DE SESIONES (A/CN.4/L.484/Add.2 a 7)

Comentario al párrafo 2 del artículo 1 (A/CN.4/L.484/Add.2)

Párrafo 5

2. El Sr. RAZAFINDRALAMBO propone que se sustituyan en la última frase las palabras «de que el Estado lesionado haga dejación de su derecho» por «de la renuncia del Estado lesionado a su derecho».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario al párrafo 2 del artículo 1, en su forma enmendada.

3. El Sr. ROSENSTOCK señala que la Comisión debería examinar en su próximo período de sesiones la conveniencia de que los comentarios, algunos de los cuales son largos y complejos, se distribuyan con antelación suficiente para que los miembros de la Comisión puedan examinarlos como es debido.

Comentario al artículo 6 (Cesación del comportamiento ilícito) (A/CN.4/L.484/Add.2)

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1¹.

Párrafo 2

4. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA propone que se sustituyan, en la segunda frase del texto francés, las palabras «*sous un certain nombre de formes*» por «*sous certaines formes*».

5. El Sr. MAHIOU dice que el Sr. Pambou-Tchivounda ha hecho una observación válida que se aplica a las versiones en todos los idiomas y no sólo a la versión francesa.

6. El PRESIDENTE sugiere que se autorice a la Secretaría para introducir la modificación necesaria en las versiones en todos los idiomas.

En esa inteligencia, queda aprobado el párrafo 2.

Párrafo 3

7. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA propone que se sustituya en la cuarta frase del texto francés el término «*formule*» por «*présente*».

Así queda acordado.

¹ Después del examen del comentario al artículo 6 bis, la Comisión modificó el párrafo 1 del comentario al artículo 6 (véanse párrs. 39 a 42 *infra*).

8. El Sr. TOMUSCHAT dice que la tercera frase de este párrafo debe suprimirse, ya que simplemente no es cierto que, siempre que se recurre a un procedimiento de solución por intervención de un tercero, tal procedimiento se inicia en el momento en que la comisión del hecho ilícito ha «completado su ciclo», cualquiera que sea el significado de esa expresión. Por ejemplo, cuando se promueve un proceso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en virtud del artículo 169 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea², cabe que el acto incompatible con ese Tratado no haya sido siquiera revocado.

9. El Sr. MAHIOU dice que, aunque comparte el punto de vista del Sr. Tomuschat, no llegaría hasta la supresión de toda la frase. Siempre es posible, por supuesto, que cuando se recurre a un procedimiento de solución por intervención de un tercero la comisión del hecho ilícito continúe. Sin embargo, esa dificultad tal vez podría salvarse de forma menos absoluta.

10. El PRESIDENTE propone que se incluyan las palabras «a menudo» después de la palabra «procedimiento».

11. El Sr. TOMUSCHAT dice que, en ese caso, habrá que sustituir la palabra «necesariamente», al final de esa frase, por las palabras «casi siempre».

12. El Sr. BENNOUNA dice que el Sr. Tomuschat tiene razón. En particular, la referencia a que el hecho ilícito ha completado su ciclo no tiene ningún sentido y debe suprimirse. Ahora bien, quizás lo que se quiere decir es que el procedimiento de solución por intervención de un tercero se inicie cuando las posiciones de ambas partes han quedado claramente definidas, a raíz probablemente de unas negociaciones previas. Pero ello no significa necesariamente que el hecho ilícito se haya consumado, porque puede continuar y frecuentemente continúa.

13. El Sr. TOMUSCHAT dice que la mejor solución sería incluir la expresión «a menudo» antes de «se inicia en el momento» y suprimir las palabras «de hecho necesariamente». De ese modo, la frase estaría más en consonancia con la que viene después.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.

Párrafo 4

Queda aprobado el párrafo 4.

Párrafo 5

14. El Sr. BENNOUNA propone que se suprima en la segunda frase el término «inorgánica».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.

² Véase *Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1987, pág. 207.

Párrafos 6 y 7

Quedan aprobados los párrafos 6 y 7.

Párrafo 8

15. El Sr. RAZAFINDRALAMBO propone que se sustituyan en la quinta frase las palabras «la cesación del comportamiento ilícito» por «la aplicación normal de la obligación primaria violada».

16. El Sr. MAHIOU está de acuerdo con esa propuesta, pero sugiere que se sustituya «la aplicación normal» por «el respeto de la obligación violada».

17. El Sr. TOMUSCHAT prefiere mantener el texto original. Lo que el Relator Especial ha tratado de poner de relieve es que reparación y cesación son muy semejantes. La supresión del término «cesación» privaría al párrafo de su significado.

18. El PRESIDENTE toma nota de que el Sr. Razafindralambo no insiste en su propuesta y entiende que la Comisión desea conservar el párrafo tal como está redactado.

Queda aprobado el párrafo 8.

Párrafo 9

Queda aprobado el párrafo 9.

Párrafo 10

19. El Sr. TOMUSCHAT dice que el asunto *De Becker*³ se remonta a muchos años atrás y que desde entonces se han presentado muchas otras demandas de cesación en virtud del procedimiento establecido en los artículos 169 y 170 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea⁴. En su opinión, por consiguiente, debería incluirse en el comentario una breve referencia a ese instrumento para indicar que la Comisión no desconoce que se ha obtenido a tenor de lo dispuesto en el Tratado la cesación de comportamientos de los Estados contrarios a obligaciones comunitarias.

20. El PRESIDENTE sugiere que se pida al Sr. Tomuschat que elabore un texto apropiado en el que se recoja esa observación para incluirlo en este párrafo.

Así queda acordado.

Párrafos 11 y 12

Quedan aprobados los párrafos 11 y 12.

Párrafo 13

21. El Sr. BENNOUNA dice que las sutiles distinciones que se hacen en los comentarios dan lugar a que el texto resultante sea muy complejo. Compadece a quienes hayan de leer después los comentarios y confía en que, en el futuro, se formulen con más sencillez. Un buen ejemplo es la tercera frase del párrafo en la que, por lo menos, debería insertarse el término «internacionalmente» al referirse al «acto ilícito de un Estado» con objeto de distinguirlo de los actos ilícitos de derecho interno.

³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, 1962, *Arrêt du 27 mars 1962*, Archivo del Tribunal, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1962.

⁴ Véase nota 2 *supra*.

22. El Sr. MAHIOU dice que al final de la tercera frase ya figuran las palabras «derecho internacional», por lo que la adición propuesta por el Sr. Bennouna quizás resulte redundante. En cambio, habría que sustituir al final de esa frase, en el texto francés, las palabras «aux yeux du droit international» por «au regard du droit international».

23. El Sr. BENNOUNA no está de acuerdo en que su propuesta sea redundante. En su opinión, las palabras «el acto ilícito de un Estado» parecen dar a entender, junto a las palabras «a diferencia de los actos ilícitos del derecho nacional», que un Estado no puede cometer un acto ilícito en derecho interno. Lo que hay que dejar bien sentado es que los Estados pueden cometer realmente hechos ilícitos tanto de derecho interno como de derecho internacional.

24. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la propuesta del Sr. Bennouna así como la enmienda propuesta por el Sr. Mahiou al texto francés.

Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.

Párrafos 14 a 16

Quedan aprobados los párrafos 14 a 16.

Queda aprobado el comentario al artículo 6, en su forma enmendada.

Comentario al artículo 6 bis (Reparación) (A/CN.4/L.484/Add.3)

Párrafo 1

25. El Sr. VERESHCHETIN propone que se incluyan las palabras «en caso de delito» después de «obligación internacional» con objeto de aclarar que el comentario no se aplica a todas las violaciones de una obligación internacional.

26. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que, como los artículos figurarán en una sección separada sobre los delitos, no es necesario incluir las palabras que propone el Sr. Vereshchetin, puesto que toda la sección se aplica exclusivamente a los delitos. Si se incluyen esas palabras en el párrafo 1, también habrá que incluirlas en otras partes, sobrecargando así el texto.

27. El Sr. KOROMA está de acuerdo con la observación formulada por el Sr. Calero Rodrigues y señala que la Comisión no ha decidido todavía si someterá los crímenes a un tratamiento separado de los delitos. Propone que se sustituyan en el texto inglés las palabras «giving reparation» por «making reparation».

28. El Sr. MAHIOU aprueba las observaciones del Sr. Calero Rodrigues y el Sr. Koroma.

29. El Sr. VERESHCHETIN no alcanza realmente a comprender las objeciones a su propuesta. La observación hecha por el Sr. Calero Rodrigues es exacta, pero no hay ningún mal en aclarar la cuestión. A juzgar por el quinto informe del Relator Especial (A/CN.4/453 y Add.1 a 3), puede que nunca haya una sección independiente dedicada a los crímenes. El presente texto da la impresión de que el comentario se refiere a la responsabilidad en su conjunto, pero la responsabilidad puede te-

ner consecuencias distintas de las que se derivan de los delitos. Conviene en que habría que sustituir en el texto inglés «*giving reparation*» por «*making reparation*».

30. El Sr. de SARAM propone que se sustituya la palabra «resarcir» por «borrar todas las consecuencias», fórmula utilizada en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*⁵ (fondo). La Comisión debe ser coherente en el uso de la terminología dentro de un mismo contexto.

31. El Sr. ROSENSTOCK apoya las observaciones del Sr. Calero Rodrigues y el Sr. Koroma; es cierto que podrían crearse problemas si se incluyese una referencia a los delitos. Si la Comisión decide dedicar una sección independiente a los crímenes, la cuestión quedará perfectamente clara. De lo contrario, la referencia no es necesaria. Este punto sólo podrá resolverse cuando el Relator Especial haya concluido su estudio.

32. El Sr. VERESHCHETIN no insistirá en su propuesta si los demás miembros de la Comisión no están de acuerdo con ella, pero los argumentos aducidos no lo han convencido. Los artículos, naturalmente, tendrán que ser revisados a la luz del estudio completo y de la decisión de incluir o no una sección independiente dedicada a los crímenes. Mientras tanto, la Comisión debe dejar bien sentado que los artículos se refieren sólo a los delitos. En el párrafo 1 del comentario al artículo 6 (véase A/CN.4/L.484/Add.2) la Comisión ha incluido ya la mención de «un delito internacional».

33. El Sr. CALERO RODRIGUES comprende la preocupación del Sr. Vereshchetin. La Comisión tal vez debería explicar la situación, bien al comienzo del comentario al artículo 6 bis, bien en su informe, y dejar sentado que los artículos 6 a 10 bis del proyecto sólo se refieren a los delitos y que las consecuencias jurídicas de los crímenes dimanantes de la violación del artículo 19 de la primera parte⁶ se examinarán más adelante.

34. El Sr. MAHIU señala que en la versión francesa del párrafo 1 del comentario al artículo 6 se ha omitido el término «delito». La preocupación del Sr. Vereshchetin es legítima, pero la sugerencia que acaba de hacer el Sr. Calero Rodrigues puede contribuir a ahuyentarla.

35. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que quizás sea mejor incluir la explicación al comienzo del comentario al artículo 6, cuyo párrafo 1 ya deja bien sentado que el proyecto de artículos sólo se refiere a los delitos.

36. El Sr. KOROMA dice que el comentario al artículo 6 ya atiende la preocupación del Sr. Vereshchetin, por lo que no es necesario volver a mencionar los delitos.

37. El Sr. BENNOUNA dice que se trata de una cuestión de fondo, ya que algunos miembros de la Comisión no están de acuerdo con la distinción entre crímenes y delitos. Toda la doctrina de la responsabilidad internacional gira en torno al concepto de hecho internacionalmente ilícito. La Comisión está elaborando una norma general. El crimen constituye una excepción a la norma

general puesto que es un hecho internacionalmente ilícito de gravedad excepcional, pero los regímenes aplicables a los delitos y a los crímenes no pueden estar totalmente separados.

38. El Sr. VERESHCHETIN apoya la sugerencia del Sr. Calero Rodrigues. Los argumentos del Sr. Bennouna sólo han servido para convencerle de que la Comisión debe dejar muy claro, preferiblemente en el comentario, que no ha examinado las consecuencias dimanantes de las violaciones del artículo 19 de la primera parte. Ello puede hacerse independientemente de las diferentes posiciones sobre la distinción entre crímenes y delitos.

39. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que se incluyan dos frases después de la primera frase del párrafo 1 del comentario al artículo 6 (*ibid.*): «La Comisión decidió examinar por separado las relaciones que pueden surgir de crímenes internacionales en virtud del artículo 19 de la primera parte. Por consiguiente, los artículos 6 a 10 bis no se aplican a los crímenes internacionales».

40. El Sr. VERESHCHETIN puede aceptar la primera frase, pero la segunda, que no es exacta, podría suscitar discrepancias.

41. El Sr. MIKULKA sugiere que se redacte la segunda frase de la manera siguiente: «Los artículos 6 a 10 bis se entienden sin perjuicio de las consecuencias de los crímenes».

42. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión acepta la modificación propuesta por el Sr. Calero Rodrigues, en su forma enmendada por el Sr. Mikulka, relativa al párrafo 1 del comentario al artículo 6, así como la modificación propuesta por el Sr. Koroma al párrafo 1 del comentario al artículo 6 bis.

Queda aprobado el párrafo 1 del comentario al artículo 6 bis, en su forma enmendada.

Párrafos 2 y 3

Quedan aprobados los párrafos 2 y 3.

Párrafo 4

43. El Sr. TOMUSCHAT dice que, según el Relator Especial, el derecho a obtener reparación emana de la demanda expresa del Estado lesionado en tal sentido. En su opinión, esto no es exacto; si bien la satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición pueden no ser automáticas, la reparación en sí es consecuencia directa de un hecho internacionalmente ilícito. Por consiguiente, conviene sustituir el final del párrafo 4, donde dice «teniendo en cuenta que es una decisión de ese Estado la que pone en marcha un conjunto secundario de relaciones jurídicas», por «teniendo en cuenta que algunas formas de reparación pueden presuponer una solicitud formal del Estado lesionado».

44. El Sr. CALERO RODRIGUES no está seguro de que esa enmienda esté en consonancia con el sentido del artículo 6 bis, que se refiere al derecho del Estado lesionado y no a la obligación expresa del Estado autor del hecho lesivo.

45. El Sr. TOMUSCHAT dice que derecho y obligación son las dos caras de una misma moneda: el derecho

⁵ C.P.J.I., serie A, N.º 17, fallo N.º 13 de 13 de septiembre de 1928, pág. 47.

⁶ Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

del Estado lesionado es, al mismo tiempo, la obligación del Estado autor del hecho lesivo. El texto del párrafo 1 del artículo 6 *bis* no aclara si el derecho se otorga automáticamente o si el Estado lesionado tiene que actuar para hacer valer ese derecho, cosa que no sería conforme a las normas consuetudinarias de derecho internacional.

46. El Sr. KOROMA comparte el punto de vista del Sr. Tomuschat. El derecho existe independientemente de que el Estado lesionado haya decidido o no hacer valer ese derecho.

47. El Sr. MAHIOU no está totalmente de acuerdo con el Sr. Tomuschat y el Sr. Koroma. Señala que el párrafo 4 del comentario al artículo 6 *bis* remite al párrafo 14 del comentario al artículo 6, en el que se explica por qué el artículo 6 se enuncia en términos de obligación. En lo que se refiere a la cesación, existe claramente una obligación: el Estado autor del hecho lesivo está obligado a cesar en el hecho ilícito independientemente de que el Estado lesionado así lo solicite. Otra cosa sucede en el caso de la reparación: el Estado lesionado tiene que formular su demanda de reparación; si no lo hace, no se activará el proceso.

48. El Sr. YANKOV dice que la enmienda propuesta por el Sr. Tomuschat permitiría poner el comentario más en consonancia con la práctica y el derecho consuetudinario. Sin embargo, el enunciado debería ser más preciso.

49. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que el párrafo 4 está perfectamente claro y no necesita ser modificado. El párrafo no sostiene que el derecho a obtener reparación dimana efectivamente de la demanda del Estado lesionado en tal sentido, sino que se limita a afirmar que, para hacer valer su derecho, el Estado lesionado puede activar un conjunto secundario de relaciones jurídicas. El derecho mismo es consecuencia de haberse cometido un hecho ilícito.

50. El Sr. de SARAM propone que se sustituya el texto que figura después de las palabras «del comentario pertinente,» por lo siguiente: «el presente artículo establece el derecho del Estado lesionado a obtener reparación y la forma o formas en que esa reparación puede obtenerse».

51. El Sr. TOMUSCHAT sugiere, como modificación de su propuesta anterior, que se sustituyan las palabras «es una decisión de ese Estado la que pone en marcha un conjunto secundario de relaciones jurídicas», al final del párrafo, por «es por decisión de ese Estado que se inicia el proceso de ejecución de este derecho en sus diversas formas». El resto del párrafo quedaría como está.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.

Párrafo 5

Queda aprobado el párrafo 5.

Párrafo 6

52. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que conviene poner al día los precedentes jurídicos citados en el comentario. Por consiguiente, habría que suprimir en la nota 3 la mención expresa del asunto del *Costa Rica*

Packet, de 1897, ya que difícilmente refleja el desarrollo del derecho internacional en esta materia.

Así queda acordado.

El Sr. Mikulka ocupa la Presidencia.

53. El Sr. YANKOV dice que, conforme a la práctica habitual de la Comisión, cada párrafo o apartado de un artículo determinado debe ser objeto de un párrafo separado del comentario al artículo. Habría, pues, que modificar el párrafo 6 para adaptarlo a esa estructura. Conveniría suprimir, en la cuarta frase, las palabras «Entre los diversos factores que pueden conjugarse con el hecho ilícito para producir el daño», puesto que expresan una evidencia, y conservar el resto de la frase; luego, de acuerdo con la práctica usual, habría que empezar un nuevo párrafo.

54. El Sr. MAHIOU está de acuerdo con la sugerencia del Sr. Yankov de dividir el párrafo 6 en dos párrafos.

55. El Sr. BENNOUNA dice que habría que suprimir al final de la novena frase las palabras «mientras que, de no haber mediado imprudencia por parte del Estado lesionado, el principio de la *restitutio in integrum* habría exigido la devolución del objeto en su estado inicial», por expresar algo obvio.

56. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA expresa reservas con respecto a la propuesta del Sr. Bennouna. Es posible que un buque sufra daños entre el momento de ser apresado y el momento de ser devuelto y, en su opinión, la parte de la frase que desea suprimir el Sr. Bennouna tiene en cuenta ese importante elemento.

57. El Sr. BENNOUNA dice que en realidad se tiene en cuenta ese elemento en la parte de la frase anterior a aquella cuya supresión propone. El resto de la frase no añade nada y sólo sirve para hacer aún más premioso un párrafo ya sobrecargado.

58. El Sr. TOMUSCHAT dice que la Comisión podría expresar una reserva con respecto a las palabras «teoría del nexo causal», que figuran en la tercera frase, ya que no ha aceptado plenamente todas las consecuencias relacionadas con esa teoría.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.

Párrafo 6 *bis*

59. El Sr. ROSENSTOCK propone que se suprima el párrafo 6 *bis* ya que aparentemente carece de fundamento. No recuerda ningún debate que pueda servirle de base, por lo que aparece como una adición confusa e innecesaria al comentario.

60. El Sr. MAHIOU dice que la idea expresada en el párrafo 6 *bis* emana de una observación formulada por el Sr. Sreenivasa Rao durante los debates que obtuvo el apoyo de varios miembros, incluido él mismo. La finalidad del párrafo es tener en cuenta, en relación con el principio de reparación íntegra, la posición de los países en desarrollo con pocos recursos financieros.

61. El Sr. TOMUSCHAT apoya la propuesta de suprimir el párrafo 6 *bis*. La idea que inspira el párrafo no guarda relación con la reparación —materia objeto del artículo 6 *bis*— sino que es más cercana a la cuestión de la indemnización pecuniaria. Por otra parte, no se formula ninguna explicación ni se proporciona ninguna referencia en apoyo de la afirmación que contiene el párrafo. No hay nada en el artículo mismo que justifique esa afirmación.

62. El Sr. AL-BAHARNA propone que se conserve el párrafo pero incluyendo al comienzo una fórmula de la índole de «En opinión de algunos miembros...». De ese modo quedará claro que no todos los miembros de la Comisión están de acuerdo sobre esa cuestión.

63. El Sr. ROSENSTOCK no tiene nada que objetar a esa propuesta, pero ya no será adecuada su inclusión en el comentario. Podría figurar, en cambio, en el informe de la Comisión, además de mencionarse, por supuesto, en las actas resumidas.

64. El Sr. de SARAM se declara de acuerdo con el Sr. Mahiou en lo que se refiere al origen de la idea contenida en el párrafo así como con la propuesta del Sr. Al-Baharna. Hay que mantener esa idea, pero debe estudiarse cuidadosamente el lugar en que debe incluirse; por ejemplo, en el informe de la Comisión.

65. El Sr. VERESHCHETIN insiste en que la idea enunciada en este párrafo se encuadra exactamente dentro de la materia objeto del artículo 6 *bis*, relativo a la reparación. El párrafo 6 *bis* dice que puede haber «otras consideraciones de equidad que se opongan a la obligación de íntegra reparación del daño». Así pues, se trata claramente de una cuestión de reparación.

66. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que el párrafo se refiere sin duda a la materia objeto del artículo 6 *bis*, o sea, la reparación. El problema de la reparación íntegra en el caso de Estados con pocos medios financieros fue planteado durante el debate. Por consiguiente, hay que mantener el párrafo, aclarando que recoge la opinión de sólo algunos miembros.

67. El Sr. BENNOUNA está de acuerdo con el Sr. Rosenstock. El comentario al artículo 6 *bis* debe expresar la opinión de la Comisión en su conjunto. El lugar adecuado para una opinión sostenida sólo por algunos miembros es el informe de la Comisión.

68. El Sr. MAHIOU dice que el artículo 20 del Estatuto de la Comisión dispone que ésta tomará nota de las divergencias y desacuerdos en la doctrina o en la práctica de los Estados. En lo que concierne a los comentarios de la Comisión, siempre se ha tratado de evitar reflejar cualquier desacuerdo.

69. El Sr. KOROMA propone suavizar ese pasaje modificando la fórmula, excesivamente breve, según la cual «Puede haber otras consideraciones de equidad que se opongan a la obligación de íntegra reparación del daño», de modo que diga «Puede haber otras consideraciones de equidad que deban tenerse en cuenta al establecer la íntegra reparación del daño».

70. El Sr. GÜNEY apoya esa propuesta pero se opone a la sugerencia de introducir la mención de «algunos miembros».

71. El Sr. BENNOUNA dice que hay que evitar cualquier referencia a «algunos miembros», ya que el comentario es expresión del parecer de la Comisión en su conjunto. En cambio, puede aceptar la solución propuesta por el Sr. Koroma.

72. El Sr. AL-BAHARNA apoya el texto propuesto por el Sr. Koroma, que constituye una fórmula más neutra. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que las palabras «Puede haber» indican claramente que la opinión expresada en ese párrafo es la de sólo algunos miembros.

73. El Sr. ROSENSTOCK puede aceptar el texto del Sr. Koroma, con tal que se sustituyan las palabras «que deban tenerse en cuenta» por «que haya que tener en cuenta». El uso del verbo «deber» podría desvirtuar el efecto de los términos estrictos empleados en el artículo 6 *bis*.

74. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el párrafo 6 *bis* con la enmienda del Sr. Koroma, tal como ha sido modificada por el Sr. Rosenstock.

Queda aprobado el párrafo 6 bis, en su forma enmendada.

Párrafo 6 *ter*

75. El Sr. ROSENSTOCK, apoyado por el Sr. MAHIOU y el Sr. GÜNEY, dice que el contenido del párrafo 6 *ter* constituye una nota de pie de página a los artículos en su conjunto y no un comentario interpretativo. Por consiguiente, ese párrafo debería suprimirse y su contenido figurar en una nota de pie de página.

Así queda acordado.

Párrafo 7

76. El Sr. YANKOV, apoyado por el Sr. ROSENSTOCK, propone que se suprima en la última frase el adverbio «teóricamente», por ser innecesario e inducir a confusión.

77. El Sr. CALERO RODRIGUES señala que el adverbio «teóricamente» se emplea como contrapunto de las palabras «en la práctica», que figuran en la primera parte de la frase. En consecuencia, si se decide suprimir el adverbio «teóricamente» habrá que suprimir también las palabras «en la práctica».

78. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el párrafo 7 con esas dos modificaciones.

Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.

Párrafo 8

Queda aprobado el párrafo 8.

Párrafo 9

79. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER propone que se suprima en la primera frase la referencia a la «doctrina imperante». La Comisión no debe dar la impresión de

que se basa exclusivamente en opiniones doctrinales para la codificación del derecho internacional. Su labor se funda esencialmente en los tratados y la práctica de los Estados.

80. El Sr. MAHIOU pregunta si la propuesta es que se omitan las extensas referencias a la doctrina jurídica contenidas en las notas 4 y 5 del párrafo 9.

81. El Sr. KOROMA dice que puede suprimirse la referencia a las opiniones doctrinales ya que el párrafo 9 mismo contiene abundantes citas de tratados y de la práctica de los Estados.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 9.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2320.^a SESIÓN

Jueves 15 de julio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (continuación) (A/CN.4/L.484 y Corr.1 y Add.1 a 7)

C.—Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (continuación)

2. TEXTO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 1 Y ARTÍCULOS 6, 6 bis, 7, 8, 10 Y 10 bis, CON LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES, APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 45.º PERÍODO DE SESIONES (continuación) (A/CN.4/L.484/Add.2 a 7)

1. El PRESIDENTE recuerda que queda aún pendiente la cuestión de la inclusión, en el párrafo 10 del comentario al artículo 6, de dos frases sobre la jurisprudencia reciente de la Comisión Europea de Derechos Humanos. El Sr. Tomuschat, después de consultar al Relator Especial, presentará un texto acordado. Así pues, el Presiden-

te invita a la Comisión a que prosiga el examen del comentario relativo al artículo 6 bis.

Comentario al artículo 6 bis (Reparación) (continuación) (A/CN.4/L.484/Add.3)

Nuevo párrafo 9 bis

2. El Sr. YANKOV propone que se incluya después del párrafo 9 un nuevo párrafo 9 bis redactado así:

«9 bis. Fundamentalmente, el párrafo 3 enuncia el principio general según el cual el Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su obligación de reparar. El concepto de reparación debe entenderse a la luz del párrafo 1, relativo al derecho del Estado lesionado a obtener la íntegra reparación del daño. El texto del párrafo 3 está basado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.»

3. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el párrafo 9 bis propuesto por el Sr. Yankov.

Queda aprobado el párrafo 9 bis.

Párrafo 10

Queda aprobado el párrafo 10.

Párrafo 11

4. El Sr. TOMUSCHAT propone que se suprima en la penúltima frase de este párrafo la referencia al asunto *Aminoil*. A su juicio, este asunto es totalmente distinto de los que se mencionan al comienzo del párrafo y no constituye verdaderamente un ejemplo pertinente.

5. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) estima que esa referencia no modifica en absoluto el sentido del comentario y no estorba.

6. Tras un breve cambio de impresiones en el que participan el Sr. MAHIOU y el Sr. de SARAM, que son partidarios más bien de mantener esa referencia al arbitraje, el Sr. TOMUSCHAT retira su propuesta.

Queda aprobado el párrafo 11.

Párrafo 12

Queda aprobado el párrafo 12.

Párrafo 13

7. El Sr. YANKOV propone que se supriman en la primera línea del párrafo las palabras «Más adelante se examinará la cuestión del grado en que».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.

8. El Sr. FOMBA desea que conste en acta su posición general sobre los comentarios. El artículo 20 del Estatuto de la Comisión establece que los comentarios que ésta somete a la Asamblea General deben contener:

[...]

b) Conclusiones sobre:

- i) El grado de acuerdo existente sobre cada punto, en la práctica de los Estados y en la doctrina;
- ii) Las divergencias y los desacuerdos que subsistan, así como los argumentos invocados en apoyo de una u otra tesis.

9. Esto supone, a su juicio, dos cosas: en primer lugar, que los miembros de la CDI estén informados, si no mejor que el Relator Especial por lo menos tan bien como éste, del «corpus jurídico», es decir, los tratados, la jurisprudencia y la doctrina concernientes al tema examinado, lo que no es siempre evidente. Muy a menudo, es el propio Relator Especial quien proporciona esos datos. Sin embargo, los miembros de la Comisión también pueden completar ese «corpus jurídico» y profundizar en él. Recuerda haber mencionado diversos textos de convenios relativos a la práctica africana en materia de responsabilidad causal. Si bien el tema es algo diferente, el Relator Especial no ha llamado la atención sobre ese punto. Cuando los miembros de la Comisión tienen la impresión de que un determinado elemento de la jurisprudencia no es actual o no corrobora suficientemente la tesis presentada, a veces ello es así simplemente porque el Relator Especial no ha tenido acceso a la información pertinente.

10. En segundo lugar, esto supone también que los miembros de la Comisión tengan la posibilidad de efectuar, basándose en los argumentos pertinentes, la «crítica de la crítica» realizada por el Relator Especial sobre el alcance del acuerdo logrado sobre cada aspecto en la práctica de los Estados y en la doctrina. Esto tampoco es de sí evidente y es preciso fiarse del Relator Especial. Esa confianza no excluye, por supuesto, cierto control, que es importante para la credibilidad de los trabajos de la Comisión, pero estima que ese control debe limitarse a lo esencial. Debe versar principalmente sobre los puntos acerca de los cuales el Relator Especial pretende que la Comisión se comprometa expresamente, es decir, en la práctica, los pasajes en que se dice que la Comisión «concluyó que», «estima que», «opina que», etc. Esas expresiones se repiten frecuentemente en los comentarios relativos, por ejemplo, al párrafo 2 del artículo 1, a los artículos 6 y 6 *bis* y a los artículos 10 y 10 *bis*.

11. El punto de vista del orador coincide suficientemente con esos comentarios para que pueda aceptarlos globalmente.

12. El Sr. TOMUSCHAT lamenta que no haya comentario sobre el concepto de «Estado lesionado».

13. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) señala que la Comisión ha aprobado ya una definición de «Estado lesionado» en el artículo 5¹. Ello parece suficiente.

Comentario al artículo 10 (Satisfacción) (A/CN.4/L.484/Add.6).

Párrafos 1 a 7

Quedan aprobados los párrafos 1 a 7.

Párrafo 8

14. El Sr. BENNOUNA hubiera deseado que se subrayase en alguna parte del comentario que la práctica diplomática a que se hace alusión ha estado muchas veces

vinculada a una situación internacional de tipo colonial caracterizada por una gran desigualdad entre los Estados. Estima que una observación en ese sentido debería figurar en el comentario sobre el artículo relativo a la satisfacción.

15. El PRESIDENTE señala que la cuestión de los abusos por parte de los Estados lesionados o presuntamente lesionados se trata en el párrafo 25 del comentario en el que se dice expresamente que los «Estados poderosos han conseguido con frecuencia imponer a los más débiles formas de satisfacción excesivas o humillantes...». Parece que esto debería ser suficiente para disipar los temores del Sr. Bennouna.

16. El Sr. ROSENSTOCK dice que hay que procurar no desequilibrar un texto cuya formulación ha sido cuidadosamente medida por el Relator Especial y limitar al mínimo las modificaciones.

Queda aprobado el párrafo 8.

Párrafos 9 a 11

Quedan aprobados los párrafos 9 a 11.

Párrafo 12

17. El Sr. SHI estima, como varios otros miembros de la Comisión, que no procede atribuir carácter punitivo o retributivo a la satisfacción. Propone, por consiguiente, que se supriman las dos últimas frases del párrafo 12 así como, por la misma razón, los párrafos 18 y 21 a 23.

18. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que esa propuesta no es intrascendente. Aun a riesgo de desagradar a ciertos miembros de la Comisión, desea conservar esta referencia al carácter punitivo de la satisfacción, y ello por dos motivos. En primer lugar, es preciso reconocer que, en realidad, los Estados se infligen mutuamente «puniciones» a veces violentas. Los ejemplos no faltan, incluso actuales. En tal caso, ¿cabe imaginar que los juristas excluyan completamente esa práctica del ámbito del derecho internacional? ¿No es mejor codificarla?

19. Por otra parte, si se llega hasta negar esa autopunición mínima que los Estados se infligen cuando aceptan presentar excusas a otro Estado, ¿cómo puede esperar la Comisión realizar el año próximo progresos en su labor sobre los crímenes, campo en el cual el elemento punitivo viene precisamente a ocupar el lugar central? El paso del régimen de los delitos al de los crímenes puede resultar problemático.

20. El Sr. SHI replica que, si bien es cierto que algunos Estados infligen «lecciones» a otros, la Comisión no debe limitarse simplemente a codificar el derecho existente sino que debe asimismo realizar una labor de desarrollo progresivo y, desde este punto de vista, no le parece oportuno atribuir a la satisfacción una función punitiva.

21. El Sr. TOMUSCHAT comparte sin reservas la opinión del Sr. Shi. Propone incluso suprimir la referencia a los «*exemplary damages*» del *common law* y conservar sólo las primeras líneas del párrafo 12, hasta «del Estado lesionado».

¹ Para el texto del artículo 5 y comentario correspondiente, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 37.º período de sesiones, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 26 y ss.

22. El Sr. ROSENSTOCK opina que se está dando al párrafo 12 una interpretación totalmente equivocada. En ningún momento se sobreentiende que las «expediciones punitivas» sean aceptables. El Relator Especial plantea en este párrafo una cuestión jurídica que le parece importante. Podría aceptar, si acaso, que se suprimiera la referencia a los «*exemplary damages*» del *common law*, pero desea conservar las dos últimas frases del párrafo.

23. El Sr. BENNOUNA comparte el parecer del Sr. Shi. No se reconoce ni en la doctrina ni en la práctica que la satisfacción tenga carácter punitivo. En lo que le concierne se opone totalmente a esta idea, hacia la que parece inclinarse, en cambio, el Relator Especial.

24. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, al abordar la satisfacción como institución de derecho internacional, lo hace tanto desde el punto de vista de la codificación como desde el del desarrollo progresivo del derecho, y que el artículo 10 tiende a regular esa institución pero no tiene absolutamente nada que ver con cualesquiera expediciones punitivas. Estas corresponden al ámbito de aplicación de otras disposiciones, ante todo el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, sobre la legítima defensa, y después el artículo 14 propuesto en 1984 por el Sr. Riphagen² y en el 44.º período de sesiones por él mismo³. En consecuencia, quienquiera que piense que el comentario del Relator Especial sobre la satisfacción revela una actitud de complacencia con las expediciones punitivas se equivoca de medio a medio. La satisfacción constituye precisamente el medio de ofrecer un modo de reparación decente, o menos indecente, de determinados hechos cometidos por los Estados y de evitar que esos Estados puedan encontrarse en una situación que justifique un posible recurso a la fuerza armada.

25. El PRESIDENTE recuerda que se ha propuesto la supresión de las dos últimas frases del párrafo o, por lo menos, la supresión de la penúltima frase.

26. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que se podría suprimir la primera parte de la penúltima frase, hasta «indemnización retributiva», y conservar el resto sin cambios.

27. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la propuesta del Relator Especial tendente a suprimir la primera parte de la penúltima frase del párrafo 12.

Así queda acordado.

28. El Sr. TOMUSCHAT desearía saber si el concepto de «*exemplary damages*», mencionado en la segunda frase del párrafo 12, equivale al de «*punitive damages*» (indemnización punitiva). La Comisión se apoya en este punto únicamente en las tradiciones del *common law* y se refiere a un concepto elaborado en el marco del *common law*, lo que es criticable.

² Para el texto de los proyectos de artículos 6 a 16 de la segunda parte remitidos al Comité de Redacción, *ibid.*, págs. 21 y 22, nota 66.

³ Para el texto de los proyectos de artículos 5 bis y 11 a 14 de la segunda parte remitidos al Comité de Redacción, véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), notas 86, 56, 61, 67 y 69, respectivamente.

29. El Sr. YANKOV aclara que la inclusión de la expresión «*exemplary damages*» se había previsto al principio con ocasión del examen del texto del artículo por el Comité de Redacción, el cual finalmente la suprimió y la sustituyó por «indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la gravedad de esa vulneración». Recuerda la explicación que dio de esta elección cuando presentó los proyectos de artículos que el Comité de Redacción había examinado en el 44.º período de sesiones, a saber:

El párrafo 2 contiene una lista exhaustiva de las formas de satisfacción. Los apartados a y b recogen formas de satisfacción propuestas por el Relator Especial. El apartado c versa sobre lo que el *common law* denomina «*exemplary damages*» (indemnización de daños y perjuicios de carácter ejemplar o punitivo). Se trata de un grado superior de indemnización de daños y perjuicios otorgada a la parte lesionada además del equivalente de la pérdida real cuando al perjuicio que se le ha causado se suman circunstancias agravantes: violencia, opresión, malicia, fraude, actos malintencionados de la parte culpable. Este tipo de reparación tiene como finalidad «servir de escarmiento». El Comité de Redacción no ha conservado la expresión «*exemplary damages*» porque no parece tener equivalente en otros idiomas [...] ⁴.

30. El Sr. SHI desea recordar que ciertos miembros del Comité de Redacción se opusieron al concepto de «*exemplary damages*». Teniendo en cuenta las observaciones del Sr. Tomuschat, propone que se suprima en las líneas quinta y sexta la parte de la oración que dice «y corresponde a lo que en el *common law* se denomina “indemnización retributiva”, esto es,».

31. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) se opone formalmente a esa supresión.

32. El Sr. ROSENSTOCK aconseja a los miembros de la Comisión que no aprueben una supresión que, lejos de aclarar el texto, haría desaparecer uno de los elementos de orden histórico que explican la posición a que ha llegado la Comisión.

33. El Sr. KUSUMA-ATMADJA deduce de la opinión expresada por el Sr. Rosenstock que no existe acuerdo unánime sobre la propuesta del Sr. Shi. Personalmente es partidario de mantener esa parte de la oración.

34. El Sr. MAHIOU dice que, no habiendo recibido una formación en *common law*, confía en quienes se remiten a ese sistema jurídico. Propone que se incluyan las palabras «según algunos» después de «y corresponde».

35. El Sr. RAZAFINDRALAMBO es partidario, como el Sr. Kusuma-Atmadja, de mantener esa parte de la oración. Se trata de una referencia a un concepto de *common law* que no menoscaba la claridad del párrafo.

36. El Sr. AL-BAHARNA no se opone a que se mantenga el texto. Sin embargo, propone a modo de transacción que se haga referencia a los «*exemplary damages*» en una nota de pie de página, lo que permitiría suprimir la parte de la oración considerada litigiosa.

37. El Sr. SHI dice que si los miembros de la Comisión desean conservar la mención de los «*exemplary damages*» no insistirá en su enmienda. Pero, en tal caso, podría aprobarse la propuesta del Sr. Al-Baharna.

38. El Sr. BENNOUNA dice que, puesto que hay división de opiniones en la Comisión, podría estudiarse la

⁴ Véase *Anuario... 1992*, vol. I, 2288.ª sesión, párr. 57.

posibilidad de una transacción en cualquiera de las formas propuestas, respectivamente, por el Sr. Mahiou y el Sr. Al-Baharna.

39. El Sr. KOROMA está dispuesto a aceptar la propuesta de transacción del Sr. Mahiou, pero preferiría la del Sr. Al-Baharna.

40. El PRESIDENTE opina que una nota de pie de página no haría más que complicar las cosas y que es más sencillo basarse en la propuesta de transacción formulada por el Sr. Mahiou.

41. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar la enmienda propuesta por el Sr. Mahiou.

Queda aprobado el párrafo 12, en su forma enmendada.

Párrafos 13 a 15

Quedan aprobados los párrafos 13 a 15.

Párrafo 16

42. El Sr. YANKOV propone que se modifique la primera frase del párrafo 16 de la manera siguiente: «La frase inicial del párrafo 2 pone de manifiesto que ese párrafo contiene una enumeración exhaustiva de las formas de satisfacción, que pueden combinarse.»

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 16, en su forma enmendada.

Párrafo 17

Queda aprobado el párrafo 17.

Párrafo 18

43. El Sr. YANKOV dice que, en su opinión, la cuarta frase del párrafo 18 pone claramente de relieve que las distintas formas de satisfacción no deben tener carácter punitivo. Por otra parte, lamenta que el comentario no se refiera con suficiente detalle al párrafo 3 del artículo 10 que, sin embargo, es importante.

44. El Sr. SHI propone que se suprima el párrafo 18, por los motivos ya indicados.

45. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) se opone a esa supresión, aunque la decisión corresponde a la Comisión.

46. El Sr. MAHIOU opina que el párrafo 18 refleja las discrepancias que existen en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica, pero que la supresión del párrafo no resolverá el problema. Por el contrario, si hay dificultades, es preciso ponerlas en conocimiento de la Sexta Comisión y de los Estados. No obstante, la CDI podría tal vez matizar un poco la conclusión a que ha llegado el Relator Especial, al término de investigaciones indudablemente muy completas, pero que quizás no compartan algunos miembros. Como demuestra la nota del párrafo 18, existe prácticamente equilibrio entre los autores que estiman que la satisfacción tiene carácter punitivo y los que le atribuyen un carácter únicamente reparatorio. El problema está en la expresión «La doctrina predominante considera», ya que no se puede verdaderamente saber

si el fiel de la balanza se inclina en un sentido o en otro. Tal vez habría que mencionar que el debate sigue abierto.

47. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) agradece al Sr. Mahiou sus esfuerzos por conciliar puntos de vista opuestos. Recuerda que en su quinto informe (A/CN.4/453 y Add.1 a 3) ha tratado de examinar la cuestión del carácter compensatorio o punitivo de los distintos modos de reparación. Ahora bien, cabe afirmar que una parte importante de la doctrina y autores eminentes consideran que incluso modos de reparación como la restitución en especie y la indemnización no tienen una función exclusivamente compensatoria. La distinción no es tan absoluta como podría creerse y, a este respecto, estima que la actitud categórica de ciertos miembros de la Comisión no es de buen augurio para el examen, en el 46.º período de sesiones, de unos posibles artículos sobre los crímenes, elaborados sobre la base del artículo 19 de la primera parte⁵. Sin hacer de este problema una cuestión personal, el Relator Especial considera útil remitir a los miembros de la Comisión a la sección C del capítulo II de su quinto informe, que versa sobre la distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal o criminal, pues este debate afecta también a la cuestión de la culpa y no se alcanza a ver cómo la Comisión podría ocuparse de los crímenes sin referirse al dolo. Ello constituye un conjunto indivisible. Es demasiado fácil afirmar que los Estados no pueden tener intención delictiva. Toda la historia, y también la actualidad, demuestran lo contrario.

48. El PRESIDENTE da las gracias al Relator Especial por esas aclaraciones. Señala, sin embargo, que el comentario debe recoger las decisiones aprobadas a raíz del debate en la Comisión y las opiniones expresadas durante el mismo.

49. El Sr. BENNOUNA dice que el texto examinado atribuye a la Comisión una posición clara y varias veces reiterada en el párrafo cuando, en realidad, no hay acuerdo entre sus miembros. La única fórmula de transacción posible consistiría en afirmar que la Comisión ha tomado nota de la existencia de un debate doctrinal sobre el carácter retributivo o compensatorio de la satisfacción y que estima que ese debate no influye de modo determinante en el régimen jurídico de la satisfacción.

50. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) no tiene nada que objetar a que se busque una fórmula que exprese una opinión de la Comisión, pero no puede aceptar que se le haga decir que existe un debate doctrinal cuando, en su opinión, la doctrina es perfectamente clara sobre este punto. Tampoco puede aceptar que se introduzcan en el párrafo 18 cambios que impliquen que el Relator Especial pone en boca de la doctrina lo que ésta no dice. Lo que le preocupa es que se condene todo elemento retributivo de la satisfacción, ya *de lege lata*, por considerar que ese aspecto no forma parte del derecho, ya *de lege ferenda*, por estimar que esa condena favorecería el desarrollo del derecho internacional.

⁵ Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte, aprobados provisionalmente en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

51. El Sr. BOWETT teme, como el Relator Especial, que si se elimina toda mención del carácter retributivo de la satisfacción la Comisión encuentre que no pisa terreno firme al ir a examinar la parte del proyecto de artículos relativa a los crímenes. Ello constituiría, además, una presentación incorrecta del estado actual del derecho. Quienes estiman que el derecho internacional debería desarrollarse en esa dirección podrían redactar un párrafo que expresase su punto de vista.

52. El Sr. AL-BAHARNA dice que la dificultad estriba quizás en el empleo de términos algo exagerados como «predominante» o «confirmar». La buena transacción consistiría tal vez en decir simplemente que «la doctrina, la jurisprudencia y la práctica suelen atribuir a la satisfacción, como forma de reparación, una naturaleza retributiva».

53. El Sr. TOMUSCHAT propone, después de consultar al Sr. BENNOUNA y al Sr. SHI, que se sustituya la primera frase del párrafo 18 por el texto siguiente: «Una corriente doctrinal y la jurisprudencia y la práctica de algunos Estados atribuye a la satisfacción, como forma de reparación, una naturaleza retributiva, distinta de las formas compensatorias de la reparación, como la *restitutio* y la indemnización».

54. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) manifiesta estar en total desacuerdo con esa modificación, tanto desde el punto de vista de la *lex lata* como desde el punto de vista de la *lex ferenda*, pero no se opondrá a que el párrafo se apruebe sin votación.

55. El Sr. ROSENSTOCK comparte la opinión del Relator Especial, pero tampoco se opondrá a la aprobación del párrafo. Sin embargo, no le parece apropiado referirse a la jurisprudencia y la práctica de «algunos Estados» y propone la fórmula «Parte de la jurisprudencia y de la práctica».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 18, tal como ha sido modificado.

Párrafo 19

56. El Sr. TOMUSCHAT propone, de acuerdo con el Sr. BENNOUNA y el Sr. SHI, que se suprima en la primera línea del párrafo 19 el término «funcional».

57. El Sr. ARANGIO RUIZ (Relator Especial) manifiesta estar en total desacuerdo con la supresión propuesta, pero no se opondrá a la aprobación del párrafo por consenso.

Queda aprobado el párrafo 19, en su forma enmendada.

Párrafo 20

Queda aprobado el párrafo 20.

Párrafos 21 a 23

58. El Sr. TOMUSCHAT propone que se supriman los párrafos 21 a 23.

59. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, a su juicio, suprimir estos párrafos en bloque sería un error. No alcanza a discernir por qué, por ejemplo, ha-

bría que suprimir las tres frases, difícilmente cuestionables, que preceden a la cita de Morelli en el párrafo 23.

60. El Sr. YANKOV estima también que suprimir pura y simplemente unos párrafos en los que se recogen los debates celebrados tanto en la Comisión como en el Comité de Redacción es una solución excesivamente radical. Antes de proceder a tal supresión habría que aportar, respecto de cada una de las frases de cada uno de los tres párrafos, los argumentos que la justifiquen.

61. El Sr. ROSENSTOCK comparte la opinión del Relator Especial y el Sr. Yankov. Cabe, sin duda, introducir algunas modificaciones. Por ejemplo, se podrían sustituir en las dos primeras líneas del párrafo 22 las palabras «no parecen a la Comisión» por «no parecen a algunos miembros de la Comisión». Sea como sea, si se suprimiesen los tres párrafos aludidos se privaría a los medios jurídicos del interesante debate celebrado en la Comisión sobre esta cuestión.

62. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER apoya la propuesta del Sr. Rosenstock y estima que también hay que tener en cuenta las observaciones del Relator Especial.

63. El Sr. CALERO RODRIGUES no cree acertado suprimir estos párrafos, que contienen elementos útiles para la interpretación del contenido de los artículos a que se refieren. A este respecto, hace observar que la Comisión admite, en el texto mismo de los proyectos de artículos, que la satisfacción tiene hasta cierto punto carácter retributivo. Modificaciones como la que ha propuesto el Sr. Rosenstock pueden ser, por supuesto, necesarias, pero la supresión pura y simple de tres párrafos parece una solución excesivamente radical.

64. El Sr. BENNOUNA explica que si se ha decidido, tras celebrar consultas, proponer la supresión de los párrafos 21 a 23 ha sido porque constituyen una toma de posición a favor del carácter retributivo de la satisfacción. Puesto que se ha modificado en el párrafo 18 la parte de la oración en que se presentaba ese carácter retributivo como algo reconocido por la «doctrina predominante», estaba justificado suprimirla en los párrafos 21 a 23. El Relator Especial ha tomado posición, como es su derecho, pero esos párrafos no reflejan debidamente la situación, a saber, que muchos miembros de la Comisión estiman que la satisfacción no tiene carácter retributivo.

65. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA apoya las observaciones del Sr. Bennouna; hay divergencias en el seno de la Comisión. Convendría exponer la posición de los miembros que estiman que la satisfacción no tiene ningún carácter retributivo.

66. El PRESIDENTE hace constar la falta de consenso sobre la propuesta de supresión de los párrafos 21 a 23 y sugiere que un Grupo de Trabajo, integrado por el Sr. Bennouna, el Sr. Calero Rodrigues, el Sr. Rosenstock, el Sr. Shi, el Sr. Tomuschat y el Sr. Yankov, se reúna para proponer en la próxima sesión plenaria de la Comisión un texto de transacción relativo a esos párrafos, así como al párrafo 24, en el que el Sr. Tomuschat también desearía introducir modificaciones.

Así queda acordado.

Párrafo 25

67. El Sr. ROSENSTOCK estima que no se puede aprobar el párrafo 25 sin saber cuál es el contenido de los párrafos 21 a 24. El párrafo 25, que empieza con las palabras «Por otra parte», acompaña a los párrafos que le preceden.

68. El PRESIDENTE propone que la Comisión aplaze el examen del párrafo 25 hasta que el Grupo de Trabajo haya presentado el texto de los párrafos 21 a 24.

Así queda acordado.

69. El Sr. TOMUSCHAT recuerda que, en relación con un artículo anterior, lamentó que no se abordase en el comentario el concepto de Estado lesionado. Esa misma observación es aplicable en lo que concierne al artículo 10. Teniendo en cuenta el artículo 5, en el que figura la definición de Estado lesionado⁶, se podría considerar que todo Estado lesionado tiene derecho, por ejemplo en virtud de un tratado relativo a la protección de los derechos humanos, a pedir excusas o indemnización simbólicas por daños y perjuicios. Por otra parte, el problema de los derechos de los Estados lesionados es general y no se plantea sólo en lo que concierne a la satisfacción. Existe a este respecto una laguna que debe llenarse, ya en el comentario al artículo 5 ya en otro lugar del proyecto de artículos.

70. El Sr. CRAWFORD apoya las observaciones del Sr. Tomuschat. La cuestión habría podido abordarse en relación con el artículo 5 en un comentario más exhaustivo en el que se hicieran las correspondientes remisiones.

71. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) señala que la expresión «Estado lesionado» aparece con frecuencia en las partes segunda y tercera del proyecto; si hubiera que dar explicaciones en cada caso, se sobrecargaría considerablemente el texto de los comentarios. Estima que, una vez que se disponga de una visión de conjunto de los artículos en que se menciona el Estado lesionado, y que se pueda analizar con qué objeto y en qué sentido es mencionado, será posible modificar en consecuencia la definición de la expresión que figura en el artículo 5.

72. El Sr. VERESHCHETIN, apoyado por el Sr. ROSENSTOCK, estima también que la cuestión de los derechos de los diversos Estados lesionados a las distintas formas de reparación, entre ellas la satisfacción, no aparece suficientemente desarrollada en el comentario ni reflejada en los trabajos del Comité de Redacción. Así pues, propone que la Comisión indique en su informe que tiene la intención de volver a examinar esta cuestión en una fase ulterior de sus trabajos.

73. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea indicar en su informe, por ejemplo en una nota, que tiene la intención de volver a examinar la cuestión de los derechos de los Estados lesionados en una fase ulterior de sus trabajos.

Así queda acordado.

74. El Sr. JACOVIDES dice que no habiendo podido, por razones ajenas a su voluntad y muy a su pesar, participar antes en los trabajos del presente período de sesiones, desea hacer en esta sesión algunas observaciones generales sobre dos temas que le interesan particularmente.

75. Por lo que respecta al primero, el de la responsabilidad de los Estados, y más especialmente a la tercera parte del proyecto de artículos, está por principio y desde siempre a favor de un procedimiento eficaz y rápido de solución de las controversias por intervención de un tercero. Espera que, a medida que vayan desapareciendo las divergencias ideológicas doctrinarias del pasado, esta posición de principio tenga mayores posibilidades de triunfar.

76. En lo que concierne al segundo tema, el del estatuto de un tribunal penal internacional, se felicita de que la Comisión haya atendido bastante rápidamente a la petición de la Asamblea General, gracias a los esfuerzos y la diligencia del Grupo de Trabajo, sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional. La necesidad de un órgano permanente, distinto de los tribunales *ad hoc* creados para conocer de una situación determinada, ha sido reconocida por todos, tanto en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos⁷ como en un reciente editorial del *New York Times*. Si ese órgano existiera ya, la comunidad internacional se habría ahorrado muchas controversias sobre el tema del «doble rasero». Como varios otros miembros de la Comisión, habría preferido un tribunal con competencia obligatoria y exclusiva, relacionado, aunque de manera no exclusiva, con un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad debidamente aligerado y, por lo tanto, más eficaz. Pero la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional exigen cierto pragmatismo y el resultado obtenido por la Comisión constituye un primer paso importante hacia la creación de un tribunal penal internacional permanente, una vez que la fórmula adoptada por ahora haya demostrado su utilidad. Siguen en pie muchos problemas, como se desprende de los numerosos pasajes del estatuto que figuran entre corchetes. Por lo que respecta a esas cuestiones, estima que el tribunal debe ser un órgano de las Naciones Unidas y un órgano permanente, aunque sólo se reúna cuando conozca de un asunto. La función de Presidente debería ser también permanente. Su competencia no debería ser excesivamente restringida, a fin de abarcar, en particular, los hechos tipificados como crímenes en el derecho internacional general. El Consejo de Seguridad debe tener derecho a someter un asunto al tribunal. Podría ser aceptable que éste fuera competente para juzgar en rebeldía, a condición de que este supuesto estuviera debidamente delimitado. Y habrían de reconocerse los derechos de apelación y revisión.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

⁶ Véase nota 1 *supra*.

⁷ Celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993.

2321.^a SESIÓN

Lunes 19 de julio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

más tarde: Sr. Vaclav MIKULKA

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Idris, Sr. Jacovides, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.^o período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (continuación)
(A/CN.4/L.484 y Corr.1 y Add.1 a 7)

C.—Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (continuación)

2. TEXTO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 1 Y ARTÍCULOS 6, 6 *bis*, 7, 8, 10 Y 10 *bis*, CON LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES, APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 45.^o PERÍODO DE SESIONES (continuación) (A/CN.4/L.484/Add.2 a 7)

Comentario al artículo 6 bis (Reparación) (conclusión) (A/CN.4/L.484/Add.3)

1. El PRESIDENTE recuerda que, en la sesión anterior, el Sr. Tomuschat y el Sr. Vereshchetin plantearon el problema de los Estados lesionados de diferente manera. Con objeto de que sus observaciones fuesen aplicables a todos los artículos sobre la reparación, el Relator Especial propuso que se añadieran algunas palabras a lo que originalmente figuraba como párrafo 6 *ter* del comentario al artículo 6 *bis*, párrafo que la Comisión decidió convertir en una nota de pie de página. El texto de esa nota es ahora el siguiente:

«Las posibles consecuencias para las disposiciones sobre reparación de la existencia de una pluralidad de Estados lesionados, incluida la cuestión de los llamados Estados indirectamente lesionados o lesionados de diferente manera, se examinará posteriormente.»

2. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el texto de esa nota.

Así queda acordado.

Queda aprobado el comentario al artículo 6 bis, en su forma enmendada.

Comentario al artículo 10 (Satisfacción) (conclusión) (A/CN.4/L.484/Add.6)

Párrafos 21 a 25

3. El PRESIDENTE invita al Sr. Yankov a presentar la fórmula propuesta por el grupo de trabajo restringido al

que se encomendó la búsqueda de una solución generalmente aceptable para los párrafos 21 a 24.

4. El Sr. YANKOV dice que el grupo de trabajo restringido propone el siguiente texto, que constituiría los párrafos 20 *bis* a 24 del comentario al artículo 10:

«20 *bis*. La Comisión, aunque estaba de acuerdo sobre el contenido y el enunciado de las disposiciones del artículo 10, no estimó necesario pronunciarse sobre la cuestión de si había que atribuir una naturaleza retributiva a la satisfacción como forma de reparación, cuestión acerca de la cual había división de opiniones en la doctrina.

»21. Se adujo que la naturaleza retributiva o punitiva de la satisfacción no era compatible con la composición ni la estructura de una “sociedad de Estados” por los motivos siguientes:

»a) que no es “conveniente” imponer un castigo o una pena a otras personas que no sean las físicas, y sobre todo no a los Estados soberanos; y

»b) que la imposición de un castigo o una pena en un sistema jurídico presuponía la existencia de instituciones que encarnasen, como en las sociedades nacionales, a toda la colectividad, mientras que tales instituciones no existían ni era probable que existieran pronto —si es que llegaban a existir alguna vez— en la “sociedad de Estados”.

»22. Por otra parte, se sostuvo que la falta misma, en la “sociedad de Estados”, de instituciones capaces de desempeñar funciones “coercitivas”, como la persecución, enjuiciamiento y castigo de las infracciones penales cometidas por los Estados, hacía más necesario aún recurrir a remedios que permitiesen llenar, aunque fuera en muy pequeña medida, el vacío representado por la falta de esas instituciones. El carácter punitivo o retributivo de la satisfacción no estaba, según esa opinión, en contradicción con la igualdad de los Estados implicados. Se opinó asimismo que la satisfacción constituía un desagravio⁴¹. Limitar las consecuencias de cualquier delito internacional (fuere cual fuese su gravedad) a la restitución en especie y la indemnización pecuniaria supondría pasar por alto la necesidad de proporcionar algún remedio específico —con una función tanto preventiva como punitiva— para el daño moral, político y jurídico sufrido por el Estado o los Estados ofendidos, además del, o en vez del, importe del daño material.

»23. La Comisión considera tanto más importante reconocer la función positiva de la satisfacción en las relaciones entre los Estados cuanto que es precisamente recurriendo a una o varias de las diversas modalidades de satisfacción que pueden adaptarse a la gravedad del hecho ilícito las consecuencias del comportamiento ilícito del Estado autor. Esta conclusión tiene gran importancia desde el punto de vista tanto de la codificación como del desarrollo progresivo del derecho internacional en esta esfera.

»24. Por otra parte, a la Comisión le parece importante también aprovechar las enseñanzas de la práctica diplomática de la satisfacción, que demuestra que no son raros los abusos por parte de los Estados

lesionados o presuntamente lesionados. Los Estados poderosos han conseguido con frecuencia imponer a los más débiles formas de satisfacción excesivas o humillantes, que son incompatibles con la dignidad del Estado autor y con el principio de igualdad. La necesidad de impedir esos abusos ha sido puesta de relieve por diversos autores⁴². Inspira en parte el párrafo 3 del artículo 10, el cual, al advertir que las demandas que menoscaban la dignidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito son inaceptables, ofrece una indicación indispensable de los límites dentro de los cuales una demanda de satisfacción en una o varias de sus modalidades deberá ser atendida por dicho Estado.»

La nota 41, correspondiente al párrafo 22, dice así:

«⁴¹ Como dice Morelli:

»La satisfacción presenta cierta analogía con la pena. También ésta cumple una función de desagravio. Por otra parte, la satisfacción, al igual que la pena, tiene carácter retributivo, en cuanto persigue el fin a que tiende mediante un mal que sufre el sujeto responsable. La diferencia estriba en que mientras que la pena es un mal que es infligido por otro sujeto, en el caso de la satisfacción el mal consiste en cierto comportamiento del propio sujeto responsable, comportamiento que constituye, como en las demás formas de reparación, el contenido de una obligación de ese sujeto.

»*Op. cit.* (véase nota 4 *supra*), pág. 358.»

La nota 42 conservará su presente texto.

5. El grupo de trabajo restringido ha intentado salvaguardar la integridad del texto y, al mismo tiempo, recoger de forma equilibrada las distintas opiniones expresadas sobre la cuestión del carácter retributivo de la satisfacción.

6. El párrafo 20 *bis* del texto propuesto es nuevo. Dicho párrafo hace hincapié en las discrepancias de la doctrina sobre la cuestión del carácter retributivo de la satisfacción. El párrafo 21 enuncia la opinión según la cual el carácter retributivo de la satisfacción no es compatible con la composición ni la estructura de la sociedad de Estados. El párrafo 22 expresa el punto de vista de quienes opinan que la satisfacción puede tener carácter retributivo. Por último, los párrafos 23 y 24 expresan la opinión de la Comisión. El texto del párrafo 24 es el del párrafo 25 original.

7. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que el enunciado propuesto constituye una mejora con respecto al texto anterior. No obstante, aún tiene que hacer objeciones a los párrafos propuestos, en especial, aunque no exclusivamente, al párrafo 20 *bis*, si bien no se opondrá a la aprobación de esos párrafos.

8. El Sr. YANKOV expresa su reconocimiento al Relator Especial por su cooperación y dice que la fórmula propuesta no satisfará a todos sobre todos los puntos, pero recoge la opinión general de la Comisión.

9. El Sr. VERESHCHETIN dice que, como los párrafos 21 y 22 recogen dos tendencias de la doctrina, sería

apropiado modificar el enunciado de la frase inicial de cada uno de esos párrafos para indicar claramente que expresan efectivamente dos tendencias.

10. El Sr. YANKOV dice que las palabras iniciales «Se adujo...», en el párrafo 21, y «Por otra parte, se sostuvo...», en el párrafo 22, tienen por objeto poner de manifiesto que algunos miembros son partidarios de la primera tendencia doctrinal y otros de la segunda. Esas fórmulas introductorias se utilizan para no tener que recurrir a las expresiones «algunos miembros» o «varios miembros». La finalidad de los párrafos 21 y 22 no es describir dos posiciones doctrinales sino indicar los puntos de vista expresados por los miembros de la Comisión con respecto a ciertas doctrinas.

11. El Sr. KOROMA señala que el carácter retributivo de la satisfacción es incompatible con el principio de la igualdad soberana de los Estados. Así debería indicarse más claramente en el párrafo 21.

12. El Sr. YANKOV señala que en el párrafo 21 figura la expresión «sociedad de Estados» y se hace referencia a los «Estados soberanos».

13. El Sr. CALERO RODRIGUES propone, con objeto de atender a la observación planteada por el Sr. Koroma, que se modifique el párrafo 21 para que diga: «Se adujo que la naturaleza retributiva o punitiva de la satisfacción sería contraria al principio de la igualdad soberana de los Estados y no era compatible...».

14. El Sr. KOROMA acepta esa fórmula.

15. El Sr. ROSENSTOCK apoya la propuesta del Sr. Calero Rodrigues.

16. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar los párrafos 20 *bis* a 24 presentados por el Sr. Yankov, con la modificación propuesta por el Sr. Calero Rodrigues.

Quedan aprobados los párrafos 20 bis a 24 (antiguos párrafos 21 a 25), en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario al artículo 10, en su forma enmendada.

Comentario al artículo 10 bis (Seguridades y garantías de no repetición) (A/CN.4/L.484/Add.7)

Párrafos 1 a 3

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.

Párrafos 4 y 5

17. El Sr. YANKOV dice que la razón por la cual figuran en el artículo 10 *bis* las palabras «cuando proceda» tiene cierta importancia. La cuestión de la inclusión de esas palabras fue objeto de un amplio debate, pero el comentario no contiene ninguna explicación. En realidad, la finalidad de esas palabras es introducir un elemento de flexibilidad y dejar al arbitrio del juez o el tercero sentenciador la determinación de si está justificado permitir las seguridades o garantías de no repetición. Los motivos para otorgar esa forma de reparación hay que buscarlos en el hecho de que exista un verdadero riesgo de repetición o de que el Estado demandante ya haya sufrido un daño considerable.

18. La aclaración de ese punto es importante para la interpretación del artículo 10 *bis* y quizás sea útil ampliar en ese sentido el párrafo 5 del comentario.

19. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que el párrafo 5 contiene alguna explicación, aunque las palabras «cuando proceda» son bastante claras. Desea señalar, sin embargo, que no es sólo al juez o tercero sentenciador a quienes se refieren las palabras «cuando proceda», sino también a cualquier amigable compenedor o incluso a un órgano político y, en realidad, a los propios Estados interesados, que deben tener conciencia de lo que es procedente o no. Sea como sea, no es indispensable añadir nada más sobre esta cuestión, en particular habida cuenta de las observaciones que ya se han hecho con respecto a la longitud de los comentarios.

20. El Sr. VERESHCHETIN propone que se supriman los ejemplos que figuran en la primera nota correspondiente al párrafo 4. Esos ejemplos se refieren a un pasado lejano e ilustran una etapa poco satisfactoria del derecho internacional. Piensa especialmente en la referencia al régimen de capitulaciones y al asunto de 1901 relativo a las oficinas de correos otomanas.

21. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) reconoce que algunos de los asuntos mencionados en la nota son de interés histórico, pero no es menos cierto también que constituyen ejemplos útiles.

22. El Sr. RAZAFINDRALAMBO apoya firmemente el mantenimiento de los ejemplos de la nota mencionada. La sugerencia de que no se citen los asuntos de interés histórico supondría hacer caso omiso de todos los ejemplos tomados de la época colonial.

23. El Sr. VERESHCHETIN lamenta que el Sr. Güney esté ausente, ya que podría haber expresado su opinión sobre la conveniencia de citar asuntos concernientes al Imperio Otomano. El Relator Especial es conocido por su oposición al colonialismo y su respeto por la soberanía nacional y, sin duda, podría aportar ejemplos más recientes para ilustrar debidamente la cuestión de las seguridades y garantías de no repetición.

24. El Sr. SHI insta a que se supriman por lo menos algunos de los ejemplos contenidos en dicha nota.

25. El Sr. BOWETT señala que los ejemplos se refieren a asuntos realmente ocurridos. No tiene sentido tratar de reescribir la historia. Para atender a la objeción del Sr. Vereshchetin, propone que se incluya al final de la nota una frase redactada como sigue: «Estos ejemplos no representan necesariamente lo que, con arreglo a los criterios actuales, se consideraría “procedente” (véase párr. 5 *infra*)».

26. El Sr. MIKULKA no se opone a la propuesta del Sr. Bowett, pero deplora que la norma relativa a las seguridades y garantías de no repetición tenga que basarse en asuntos tan remotos como los citados en la nota. Si no es posible realmente encontrar un solo ejemplo actual de seguridades de no repetición, tal vez haya que poner en tela de juicio que la norma siga siendo válida.

27. El Sr. ROSENSTOCK comprende ese punto de vista, pero no cree que la intención sea excluir todos los ejemplos. Propone, por consiguiente, que se inserten en

el texto adicional propuesto por el Sr. Bowett las palabras «en todos los casos» después de «necesariamente».

28. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial), refiriéndose a la insinuación del Sr. Vereshchetin de que la Comisión quizás desee conocer el parecer del Sr. Güney sobre la referencia al asunto de 1901 relativo a las oficinas de correos otomanas, estima, por su parte, que no tiene ningún objeto invitar a los miembros a que expongan su parecer sobre sucesos pasados de la historia de sus respectivos países.

29. En cuanto a la observación del Sr. Mikulka, confiesa que desgraciadamente no puede por el momento presentar ejemplos modernos de garantías de no repetición, pero señala a la Comisión que su cometido no es sólo codificar el derecho internacional sino también proceder a su desarrollo progresivo. Las garantías de no repetición son importantes en el marco del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados y, por lo tanto, propone a la Comisión que siga adelante sin volver demasiado la vista atrás.

30. El Sr. VERESHCHETIN dice que sería mejor, a ser posible, prescindir de las referencias a viejos casos. Sin embargo, como algunos miembros opinan que esas referencias son indispensables, está dispuesto a aceptar el texto adicional propuesto por el Sr. Bowett, tal como ha sido modificado por el Sr. Rosenstock, y, si la Comisión considera eso aceptable, retirará su objeción.

31. En realidad, hace unos diez días presentó por escrito al Relator Especial sus propuestas sobre esa y otras cuestiones. Lo que le preocupa especialmente es que en varios lugares del comentario, pero en particular en las notas de pie de página, se citan en apoyo de normas modernas de derecho internacional ejemplos sacados de un pasado remoto, incluido el período de la esclavitud en los Estados Unidos. Tales ejemplos no deben figurar en los comentarios, en particular teniendo en cuenta que, como ha señalado el Relator Especial, los comentarios ya son bastante largos.

32. El Sr. KOROMA dice que, como ha reconocido el propio Relator Especial, sería difícil encontrar un ejemplo que respalde la propuesta enunciada en el párrafo 4 del comentario. Por consiguiente, quizás podría suprimirse la nota de pie de página. No cree que ello redunde en perjuicio del texto.

33. El Sr. SHI dice que los ejemplos que figuran en la primera nota de pie de página, correspondiente al párrafo 4 del comentario al artículo 10 *bis*, serán atacados sin duda por varias delegaciones en la Sexta Comisión.

34. El PRESIDENTE señala que todas las observaciones formuladas por los miembros se recogerán en el acta resumida de la sesión y dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión aprueba los párrafos 4 y 5 del comentario, junto con la primera nota relativa al párrafo 4, en su forma enmendada con arreglo a las propuestas del Sr. Bowett y el Sr. Rosenstock.

Queda aprobado el comentario al artículo 10 bis, con las modificaciones introducidas.

Comentario al artículo 7 (Restitución en especie) (A/CN.4/L.484/Add.4)

Párrafos 1 a 17

Quedan aprobados los párrafos 1 a 17.

Queda aprobado el comentario al artículo 7.

El Sr. Mikulka ocupa la Presidencia.

Comentario al artículo 6 (Cesación del comportamiento ilícito) (conclusión) (A/CN.4/L.484/Add.2)

Párrafo 10

35. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar el texto propuesto por el Sr. Tomuschat para que se incluya al final del párrafo 10, que dice lo siguiente:

«En el asunto *Vermeire*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que, en virtud del fallo dictado anteriormente en el asunto *Marckx*, Bélgica estaba obligada a abolir las leyes que discriminaban contra los hijos nacidos fuera del matrimonio.»

36. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el párrafo 10, en su forma enmendada por el Sr. Tomuschat.

Queda aprobado el párrafo 10, en su forma enmendada.

Párrafo 10 bis

37. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar un nuevo párrafo propuesto por el Sr. Tomuschat, el párrafo 10 bis, que dice lo siguiente:

«10 bis. Otro ejemplo de la obligación de cesación es el proporcionado por el procedimiento establecido en el artículo 169 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. De conformidad con ese procedimiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea puede declarar que un Estado ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado. En la mayoría de los casos, el Tribunal tiene que pronunciarse sobre leyes nacionales supuestamente contrarias a una norma del derecho comunitario. Si el Tribunal resuelve que existe incompatibilidad, el Estado demandado está obligado a abolir la norma legal de que se trate.»

38. El Sr. PELLET dice que resultaría extraño colocar la enmienda propuesta por el Sr. Tomuschat, que se refiere a un procedimiento específico del derecho de la Comunidad Económica Europea, en medio de un comentario sobre una norma general de derecho internacional, pues ello implicaría que la Comisión tomase posición con respecto al derecho comunitario. La Comisión no debe, por principio, citar ejemplos del derecho comunitario sin debate previo.

39. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que la propuesta del Sr. Tomuschat es totalmente inocente. La Comisión ha examinado antes de ahora regímenes autónomos como el derecho de la Comunidad Económica Europea sin que se dedujera que la Comisión tomaba posición sobre tales regímenes.

40. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER, apoyado por el Sr. CALERO RODRIGUES, dice que, si la memoria no le engaña, cuando la Comisión examinó la cuestión en una sesión anterior el Sr. Tomuschat adujo que el asunto

De Becker era demasiado antiguo para ser citado y que la Comisión debía referirse a ejemplos más recientes.

41. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que, como la propuesta es del Sr. Tomuschat, debe dejarse que sea él quien decida si hay que modificarla o no. Quizás podría atribuirse al ejemplo un sentido restringido incluyendo la expresión «entre otros». La enmienda menciona un buen ejemplo de las consecuencias del hecho ilícito, ejemplo que podría ser seguido por los Estados o las organizaciones internacionales con respecto a la violación de obligaciones convencionales internacionales.

42. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión acepta la modificación propuesta por el Relator Especial.

Queda aprobado el párrafo 10 bis.

Queda aprobado el comentario al artículo 6, en su forma enmendada.

Comentario al artículo 8 (Indemnización) (A/CN.4/L.484/Add.5)

Párrafos 1 a 8

Quedan aprobados los párrafos 1 a 8.

Párrafos 9 a 11

43. El Sr. VERESHCHETIN dice que la cuestión de la relación de causalidad, a que se refieren los párrafos 9 a 11, no ha sido debatida con suficiente detalle en la Comisión o el grupo de redacción para justificar que el Relator Especial exponga en términos tan categóricos la posición de la Comisión sobre el problema. Es imposible, por supuesto, empezar ahora a modificar la redacción de todos los párrafos y el Relator Especial ya ha suavizado su texto original al emplear en el párrafo 11 la fórmula «La Comisión se inclina así a pensar» en vez de «La Comisión concluye así». No obstante, la Comisión debería volver a examinar la cuestión en segunda lectura, especialmente teniendo en cuenta que la segunda mitad del párrafo 13, que empieza con las palabras «Dada la diversidad de situaciones posibles...», parece contradecir la afirmación más categórica del párrafo 11.

44. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que la parte del párrafo 13 a que se ha referido el Sr. Vereshchetin versa sobre el supuesto de concurrencia de causas por intervención de terceros y factores exteriores, mientras que el párrafo 11 concierne a la definición general de la relación de causalidad y el nexo causal. El párrafo 11 sigue pareciendo aceptable en su redacción actual, pero es importante señalar que todo dependerá de las circunstancias de cada caso particular. La cuestión podrá examinarse nuevamente, por supuesto, en segunda lectura, pero no existe una verdadera contradicción entre el párrafo 13 y el párrafo 11.

45. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER comparte las reservas del Sr. Vereshchetin sobre esta cuestión. Los informes del Relator Especial sobre los artículos han proporcionado a la Comisión y al grupo de redacción una excelente exposición de la doctrina y un minucioso análisis de la jurisprudencia. Sin embargo, el grupo de redacción no ha tenido en cuenta toda esa información en sus trabajos sobre el artículo 8 y también ha introducido otras consideraciones. Naturalmente, es imposible que

un órgano colegiado tome plenamente en consideración todas las opiniones, pero algunos miembros han tratado de definir lo que constituye actualmente el derecho aplicable, en un intento de codificar la *lex lata* sobre una base estrictamente jurídica. El comentario no recoge debidamente el parecer de esos miembros.

46. En especial, los dolorosos precedentes jurídicos de las comisiones mixtas de reclamaciones de fines del siglo XIX y principios del XX en América Latina no deberían utilizarse como base de la elaboración del derecho contemporáneo. Sus observaciones no deben interpretarse como una crítica personal al Relator Especial, que ha realizado un excelente trabajo. No obstante, en segunda lectura propondrá enmiendas concretas al texto.

47. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el párrafo 9, sin perjuicio de las observaciones del Sr. Vereshchetin y el Sr. Villagrán Kramer, así como los párrafos 10 y 11.

Así queda acordado.

Quedan aprobados los párrafos 9 a 11.

Párrafo 12

48. El Sr. BOWETT señala, en relación con la nota de pie de página del párrafo 12, que la única decisión adoptada hasta ahora en el asunto *Nauru* concierne a la competencia y aplicabilidad. No entiende, pues, el sentido de la nota.

49. El Sr. PELLET apoya la observación del Sr. Bowett. Refiriéndose a otra cuestión, señala que en la versión francesa de la última frase del párrafo 12 se utiliza el término «fautes» por «wrongdoing», mientras que la traducción más exacta sería «fait internationalement illicite» (hecho internacionalmente ilícito). El texto francés tiene que ser rectificado a este respecto en varios lugares.

50. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que la nota de pie de página aludida se refiere a la futura decisión que la CIJ probablemente adoptará en el asunto *Nauru*. Quizás habría que referirse a la «decisión pendiente».

51. No sería conveniente dar a la Secretaría instrucciones de que sustituyera el término «faute» por «fait internationalement illicite» en todo el texto, porque en ciertos lugares ha utilizado el término en un sentido diferente.

52. El PRESIDENTE dice que la objeción del Sr. Pellet al término «fautes» concernía exclusivamente a su empleo en la tercera frase del párrafo 12. Su observación más general se refería a la necesidad de uniformar los textos franceses sustituyendo en todos los comentarios las palabras «acte internationalement illicite» por «fait internationalement illicite».

53. El Sr. PELLET dice que efectivamente se refería al párrafo 12 al indicar que había que suprimir el término «fautes». Ese término no es apropiado en el caso de «délits internationaux», aunque pueda utilizarse en el caso de los «crimes». También desearía saber si la expresión inglesa «internationally wrongful act» es una traducción exacta de «fait internationalement illicite», ya que en

francés existe una importante diferencia entre «acte» y «fait».

54. El Sr. BOWETT propone que la nota de pie de página del párrafo 12 diga así: «En este contexto, la decisión pendiente de la CIJ en el asunto *Nauru* puede aportar un útil análisis».

55. El PRESIDENTE dice que pueden hacerse algunas reservas en relación con las palabras «decisión pendiente de la CIJ». Quizás fuera mejor referirse a la «decisión futura de la CIJ en el asunto pendiente *Nauru*».

56. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que la nota de pie de página diga así: «En este contexto, el asunto *Nauru*, que se encuentra pendiente de decisión ante la CIJ, podría aportar útiles indicaciones». Ello haría hincapié en el hecho de que la Corte puede dictar o no una decisión sobre el fondo del asunto.

57. En respuesta al Sr. Pellet, señala que el término inglés «act» se ha considerado siempre aceptable en el contexto de la responsabilidad de los Estados. Por otra parte, el término «culpa», que es sin duda apropiado al referirse a la imputabilidad de un determinado hecho, no debe ser suprimido totalmente sino utilizado como es debido.

58. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que la nota del párrafo 12 podría suprimirse en su totalidad. ¿Por qué debe la Comisión perder tiempo en redactar una nota sobre un asunto que puede o no ser pertinente?

59. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que no hay motivo para no mencionar un asunto pendiente de decisión que puede resultar pertinente. Además, a menudo se critica a la Comisión por citar asuntos anticuados. Esta crítica no es aplicable ciertamente al asunto *Nauru*.

60. El Sr. BOWETT apoya el texto propuesto de la nota de pie de página.

61. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que se sumará al consenso sobre la nota aunque preferiría hacer remisión a un asunto ya existente y no a uno cuya decisión está pendiente.

Quedan aprobados el párrafo 12 y la nota correspondiente, en su forma enmendada.

Párrafos 13 a 15

Quedan aprobados los párrafos 13 a 15.

Párrafos 16 y 17

62. El Sr. VERESHCHETIN señala las frases cuarta y quinta del párrafo 16, que dicen lo siguiente: «Es cierto que la indemnización no suele abarcar los daños morales (no materiales) causados al Estado lesionado... No es cierto, en cambio, que la indemnización no abarque el daño moral causado a la persona de nacionales o agentes del Estado lesionado». En su opinión habría que suprimir la palabra «agentes» porque, en los casos a que se hace referencia, actúan a título personal. De mantenerse el término «agente», habría que dejar claro que se hace referencia a casos en que esos agentes actúan a título privado. Sin esa aclaración, el daño causado a los agentes equivaldría a un daño causado al Estado lesionado.

63. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que el sentido de esas frases se desprende claramente de las palabras «el daño moral causado a la persona de nacionales o agentes del Estado lesionado», como algo distinto del daño causado al Estado lesionado. Tanto el grupo de redacción como la Comisión han considerado importante esa distinción. Quizás podría mejorarse el párrafo 16 incluyendo en la última frase, después de «el daño moral causado a», las palabras «la persona de», que pondrían de relieve la distinción hecha.

64. El Sr. VERESHCHETIN no insiste en que se suprima el término «agente». No obstante, en el texto ruso esa parte de la oración tendrá que traducirse así: «el daño moral causado a personas naturales y jurídicas y a agentes del Estado que actúan a título privado».

65. El PRESIDENTE se pregunta si la mención de «personas naturales y jurídicas» en la fórmula del Sr. Vereshchetin refleja exactamente la interpretación que acaba de dar el Relator Especial.

66. El Sr. VERESHCHETIN entiende que el párrafo examinado sólo se refiere a las personas naturales. Sin embargo, el Relator Especial se ha referido en otras ocasiones a «personas naturales y jurídicas». Durante el debate, el orador recalcó la necesidad de una utilización más precisa del término «nacional», que corresponde exclusivamente a las personas naturales en algunos casos y a las personas naturales y jurídicas en otros. El Relator Especial y otros miembros han tratado de convencerle de que en inglés el término «*national*» suele designar tanto a las personas naturales como a las jurídicas.

67. El PRESIDENTE señala que el texto francés del párrafo 17 no corresponde al texto inglés.

68. El Sr. PELLET se declara en desacuerdo con las explicaciones del Relator Especial aunque no tiene nada que objetar a sus propuestas. A su juicio, los párrafos 16 y 17 se refieren ambos a los agentes como personas individuales y no como agentes que actúan a título personal («*agents agissant à titre privé*»), que es el sentido del texto francés en el párrafo 17.

69. El Sr. ROSENSTOCK propone que se incluya, cuando se menciona por primera vez el término «agentes» en el párrafo 16, una nota en la que se indique que tanto en el párrafo 16 como en el párrafo 17 el término «agentes» debe entenderse en el sentido de «agentes en su calidad de personas individuales».

70. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que no se ha referido en ninguna parte a «agentes que actúan a título personal»; además, está de acuerdo con el Sr. Pellet en que las palabras «*agents agissant à titre privé*» en la versión francesa del párrafo 17 no son correctas. Esas personas no actúan en absoluto, sino que han sufrido un daño en su persona. Esa idea está correctamente expresada en la versión inglesa de la segunda frase del párrafo 17, en la que se dice «*the injury is sustained by... agents in their private capacity*» («este daño... aunque sea sufrido por nacionales o agentes a título privado»).

71. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, sugiere que una fórmula más

simple sería: «seres humanos que han sido víctimas de un daño corporal».

72. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que no se trata necesariamente de daño corporal. En cuanto al término «nacional», lo ha utilizado en el texto en el sentido de personas naturales y personas jurídicas.

73. El PRESIDENTE dice que el debate sobre el párrafo 17 continuará en la sesión de la tarde.

CAPÍTULO VI.—Otras decisiones y recomendaciones de la Comisión (A/CN.4/L.486)

A.—Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación

Párrafos 1 a 11

Quedan aprobados los párrafos 1 a 11.

Párrafo 12

Queda aprobado el párrafo 12, con una pequeña modificación de estilo en el texto francés.

Párrafos 13 y 14

Quedan aprobados los párrafos 13 y 14.

Párrafo 15

74. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que debería aclararse cuándo exactamente la Comisión distinguió el tema «La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas».

75. El PRESIDENTE dice que la Secretaría se ocupará de ello.

Queda aprobado el párrafo 15.

Párrafo 16

Queda aprobado el párrafo 16.

Párrafo 17

76. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que el término «conquistado», en la segunda frase, no es muy afortunado, ni siquiera en el contexto de la primera guerra mundial.

77. El Sr. PELLET propone que se sustituya el término «conquistado» por «vencido».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 17, en su forma enmendada.

Párrafos 18 a 22

Quedan aprobados los párrafos 18 a 22.

Párrafo 23

78. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que este párrafo requiere un examen más atento. En particular, la primera frase debería redactarse de forma más flexible para dejar abierta la posibilidad de otras opciones con respecto al resultado de los trabajos de la Comisión sobre el tema, además de un estudio o un proyecto de declaración destinados a someterse a la aprobación de la Asamblea General.

79. El PRESIDENTE dice que la Comisión ha iniciado la aprobación de su informe y, por lo tanto, no puede modificar el fondo del párrafo.

80. El Sr. RAZAFINDRALAMBO propone, para atender a la observación del Sr. Pambou-Tchivounda, que se inserten las palabras «por ejemplo» antes de «un estudio o un proyecto de declaración».

81. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que el sentido de esa propuesta ya se expresa mediante la palabra «podría» en la primera frase. Si no recuerda mal, la segunda frase se incluyó específicamente para hacer más flexible la primera. A su juicio, por consiguiente, el párrafo 23 no sólo refleja lo que ya ha sido aprobado, sino que tiene en cuenta en cuanto al fondo el punto de vista del Sr. Pambou-Tchivounda, que por lo demás es el suyo propio.

82. El Sr. KOROMA sugiere que se modifique el párrafo para indicar que más adelante se adoptará una decisión sobre el resultado del estudio. Eso daría a todos más tiempo para reflexionar sobre la cuestión.

83. El PRESIDENTE sugiere, para que la Comisión pueda proseguir su labor, que se apruebe la propuesta del Sr. Razafindralambo.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 23, en su forma enmendada.

Párrafos 24 a 36

Quedan aprobados los párrafos 24 a 36.

Queda aprobada la sección A, en su forma enmendada.

B.—Cooperación con otros organismos

Párrafos 37 a 39

Quedan aprobados los párrafos 37 a 39.

Queda aprobada la sección B.

C.—Fecha y lugar del 46.º período de sesiones

Párrafo 40

Queda aprobado el párrafo 40.

Queda aprobada la sección C.

D.—Representación en el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General

Párrafo 41

Queda aprobado el párrafo 41.

Queda aprobada la sección D.

E.—Seminario de derecho internacional

Párrafos 42 a 48

Quedan aprobados los párrafos 42 a 48.

Párrafo 49

84. El Sr. PELLET lamenta mucho que Francia no figure entre los donantes enumerados en la segunda frase. Se esforzará por poner remedio a esa situación.

Queda aprobado el párrafo 49.

Párrafo 50

Queda aprobado el párrafo 50.

Párrafo 51

85. El Sr. PELLET dice que las autoridades francesas se han escandalizado, con razón, por el hecho de que no se hayan proporcionado sistemáticamente servicios de interpretación al Seminario de derecho internacional. La completa dominación del inglés en el Seminario va desanimando gradualmente a los candidatos de lengua francesa, como se desprende de la lista de participantes. Es evidente que, si se suprime la interpretación, ello dará lugar finalmente a que desistan todos los candidatos de lengua francesa. Esto se aplica no sólo a Francia sino también a muchos países africanos.

Queda aprobado el párrafo 51.

Queda aprobada la sección E.

F.—Conferencia en memoria de Gilberto Amado

Párrafos 52 a 54

Quedan aprobados los párrafos 52 a 54.

Queda aprobado en su conjunto el capítulo VI, en su forma enmendada.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2322.^a SESIÓN

Lunes 19 de julio de 1993, a las 15.10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (conclusión*) (A/CN.4/446, secc. E, A/CN.4/447 y Add.1 a 3¹, A/CN.4/451², A/CN.4/L.489)

[Tema 4 del programa]

PROYECTOS DE ARTÍCULOS PROPUESTOS
POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN EN SEGUNDA LECTURA³

1. El PRESIDENTE invita al Presidente del Comité de Redacción a que presente el informe del Comité

* Reanudación de los trabajos de la 2316.^a sesión.

¹ Reproducido en *Anuario...* 1993, vol. II (primera parte).

² *Ibid.*

³ El proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura figura en *Anuario...* 1991, vol. II (segunda parte), págs. 71 a 75.

(A/CN.4/L.489) que contiene el texto y los títulos del proyecto de artículos que ha aprobado el Comité en segunda lectura.

2. El Sr. MIKULKA (Presidente del Comité de Redacción) indica que el Comité ha celebrado en total 37 sesiones, del 4 de mayo al 13 de julio de 1993. Su composición ha sido diferente para el examen de los proyectos de artículos sobre el tema «Responsabilidad de los Estados» y para el examen de los proyectos de artículos sobre los temas «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y «El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación». En lo que respecta a este último tema, el Comité celebró dos sesiones, los días 12 y 13 de julio, y aprobó nueve artículos, que se reproducen en su informe.

3. El Presidente del Comité de Redacción recuerda que la Comisión, en el período de sesiones en curso, remitió los artículos 1 a 10 al Comité de Redacción para una segunda lectura. El Comité tomó nota de la opinión expresada por el Relator Especial y numerosos miembros de la Comisión, a saber: que los artículos aprobados en primera lectura habían sido en gran medida considerados aceptables por los gobiernos y que, por tanto, la segunda lectura debería consistir esencialmente en unos «últimos retoques». Así pues, el Comité sólo ha modificado el texto de los artículos cuando lo ha considerado necesario para hacerlo más claro. Por otra parte, hay dos cuestiones que conciernen a la totalidad de los artículos y que requieren explicaciones preliminares.

4. En primer lugar, de acuerdo con la recomendación del Relator Especial, aprobada por numerosos miembros de la Comisión, el Comité de Redacción, en todo el texto de los artículos, ha sustituido el término «apreciable» por «sensible». Para el Comité de Redacción, la palabra «sensible» en lo que concierne a los cursos de agua tiene la misma significación que en los artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, es decir, un sentido más fuerte que «*measurable*» («apreciable») pero menos fuerte que «*serious*» («grave») o «*substantial*» («considerable»). La segunda cuestión concierne a la inclusión eventual de las aguas subterráneas confinadas en el ámbito de aplicación de los artículos. La Comisión pidió al Relator Especial, Sr. Rosenstock, que emprendiera un estudio de viabilidad sobre este punto y el Relator indicó que presentaría ese estudio en 1994. En consecuencia, el Comité de Redacción recomienda los nueve artículos cuyo texto ha aprobado, quedando entendido que si la Comisión decide en el siguiente período de sesiones extender el ámbito de aplicación de los proyectos de artículos a las aguas subterráneas confinadas y que si, por ello, se hace necesario modificar esos nueve artículos, el Comité de Redacción los reexaminará.

5. El título y el texto de los artículos 1 a 6 y 8 a 10 aprobados por el Comité de Redacción son los siguientes:

PARTE I

INTRODUCCIÓN

Artículo 1.—Ámbito de aplicación de los presentes artículos

1. Los presentes artículos se aplican a los usos de los cursos de agua internacionales y de sus aguas para fines distintos de la navegación y a las medidas de conservación y gestión relacionadas con los usos de esos cursos de agua y de sus aguas.

2. El uso de los cursos de agua internacionales para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de los presentes artículos salvo en la medida en que otros usos afecten a la navegación o resulten afectados por ésta.

Artículo 2.—Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) se entiende por «curso de agua internacional» un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

b) se entiende por «curso de agua» un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y fluyen a un término común;

c) se entiende por «Estado del curso de agua» un Estado en el territorio del cual se encuentra parte de un curso de agua internacional.

Artículo 3.—Acuerdos de curso de agua

1. Los Estados del curso de agua podrán celebrar uno o varios acuerdos, en adelante denominados «acuerdos de curso de agua», que apliquen y adapten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de parte de ese curso de agua.

2. Si entre dos o más Estados del curso de agua se celebra un acuerdo de curso de agua, ese acuerdo definirá las aguas a las que se aplique. Dicho acuerdo podrá celebrarse respecto de la totalidad de un curso de agua internacional o respecto de cualquiera de sus partes o de un proyecto, programa o uso particular, siempre que el acuerdo no menoscabe sensiblemente el uso de las aguas del curso de agua por otro Estado u otros Estados del curso de agua.

3. Si un Estado del curso de agua considera que las características y usos de un curso de agua internacional determinado requieren la adaptación o aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, los Estados del curso de agua celebrarán consultas con el propósito de negociar de buena fe a fin de celebrar uno o varios acuerdos de curso de agua.

Artículo 4.—Partes en acuerdos de curso de agua

1. Todo Estado del curso de agua tiene derecho a participar en la negociación de cualquier acuerdo de curso de agua que se aplique a la totalidad de ese curso de agua internacional y a llegar a ser parte en tal acuerdo, así como a participar en cualesquiera consultas pertinentes.

2. El Estado del curso de agua cuyo uso de un curso de agua internacional pueda resultar afectado sensiblemente por la ejecución de un acuerdo de curso de agua propuesto que solamente se aplique a una parte del curso de agua o a un proyecto, programa o uso particular tendrá derecho a participar en las consultas sobre tal acuerdo y en su negociación, en la medida en que su uso resulte afectado por ese acuerdo, y a llegar a ser parte en él.

PARTE II

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 5.—Utilización y participación equitativas y razonables

1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua.

2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en los presentes artículos.

Artículo 6.—Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua internacional de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros:

- a) los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales;
- b) las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua interesados;
- c) los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua;
- d) los usos existentes y potenciales del curso de agua;
- e) la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas a tal efecto;
- f) la existencia de alternativas, de valor correspondiente, respecto de un uso particular existente o previsto.

2. En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 de este artículo, los Estados del curso de agua interesados celebrarán, de ser necesario, consultas con ánimo de cooperación.

[...]

Artículo 8.—Obligación general de cooperación

Los Estados del curso de agua cooperarán con arreglo a los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial y el provecho mutuo a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada del curso de agua internacional.

Artículo 9.—Intercambio regular de datos e información

1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los datos y la información que sean fácilmente asequibles sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico, así como las previsiones correspondientes.

2. El Estado del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información que no sean fácilmente asequibles hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la reunión y, en su caso, elaboración de esos datos e información.

3. Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, elaborar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los otros Estados del curso de agua a los que se comuniquen.

Artículo 10.—Relación entre las diferentes clases de usos

1. Salvo pacto o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos.

2. El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá basándose en los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales.

6. El artículo 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos) fue considerado aceptable tanto por los gobiernos como por la Comisión y la única sugerencia que al respecto se hizo en el Pleno consistió en incluir en él la noción de «gestión», elaborada en el capítulo 18, relativa

a la protección de la calidad de los recursos de agua potable, del Programa de Acción 21⁴. El Comité de Redacción consideró útil incluir esta noción en el artículo 1, tanto más cuanto que la cuestión de la gestión se trata en el artículo 26⁵. Esta adición no afecta al ámbito de aplicación de los artículos y, sin embargo, lo delimita más claramente y de manera más completa. Por tanto, la única modificación introducida en el artículo 1 consiste en añadir las palabras «y gestión» después de la palabra «conservación» en el párrafo 1.

7. Por lo que respecta al artículo 2 (Términos empleados), el Comité de Redacción consideró que no era necesaria ninguna modificación. Tomó nota de que la definición de «contaminación», que figuraba en el párrafo 2 del artículo 21⁶, había de trasladarse al artículo 2, pero no juzgó necesario proceder a ese cambio inmediatamente ya que el artículo 21 no le había sido remitido todavía.

8. En el artículo 3 (Acuerdos de curso de agua) el Comité de Redacción ha sustituido el adverbio «apreciablemente» por «sensiblemente», pero no ha introducido ningún otro cambio ya que varios miembros de la Comisión habían indicado preferir el texto actual del párrafo 2 al enunciado propuesto por el Relator Especial en su primer informe (A/CN.4/451).

9. Como el Pleno no había recomendado ninguna modificación del artículo 4 (Partes en acuerdos de curso de agua), el Comité se ha limitado nuevamente a sustituir en el párrafo 2 «apreciablemente» por «sensiblemente». Al no haberse propuesto ningún cambio a los dos primeros artículos de la parte II del proyecto (Principios generales), es decir, el artículo 5 (Utilización y participación equitativas y razonables) y el artículo 6 (Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable), el Comité de Redacción no los ha modificado.

10. El Comité de Redacción ha aplazado el examen del artículo 7 hasta el período de sesiones siguiente. Se trata de uno de los artículos más importantes del proyecto, que fue objeto de largos debates en el Pleno y sobre el que el Relator Especial había planteado cuatro cuestiones. En primer lugar, se había preguntado si convenía mencionar en él expresamente la noción de diligencia debida; en segundo lugar, si estaba justificado tratar el problema de los daños causados por la contaminación separadamente de los daños resultantes de otras causas; en tercer lugar, en caso de que se decidiera tratar separadamente el problema de los daños causados por la contaminación, si existían circunstancias especiales que autorizaran la continuación de un uso aun cuando fuera causa de contaminación; y, en cuarto lugar, si el artículo 7 tal como estaba redactado no menoscababa la eficacia del artículo 5. El Comité de Redacción examinó algunas de estas cuestiones pero, por falta de tiempo y dada la importancia del artículo 7, decidió aplazar su examen hasta el siguiente período de sesiones.

11. En cuanto al artículo 8 (Obligación general de cooperación) el Comité de Redacción no recomienda ningún

⁴ A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), págs. 7 y ss.

⁵ Véase nota 3 *supra*.

⁶ *Ibid.*

cambio puesto que tanto los gobiernos como los miembros de la Comisión han manifestado que aprueban su texto.

12. El artículo 9 (Intercambio regular de datos e información) también ha sido bien acogido por los gobiernos y los miembros de la Comisión. Sin embargo, el Comité de Redacción, al examinar las versiones del texto del artículo en los distintos idiomas, llegó a la conclusión de que la traducción de las palabras inglesas «*reasonably available*» («de que razonablemente puedan disponer»), originalmente tomadas del párrafo 1 del artículo 29 de las Reglas de Helsinki⁷, planteaba un problema. Por ello, el Comité las sustituyó por «*readily available*» («que sean fácilmente asequibles»), que tienen equivalente en los demás idiomas y no suponen ninguna modificación del sentido del artículo 9, puesto que no tienen más objeto que lograr la coherencia entre las distintas versiones lingüísticas.

13. El artículo 10 (Relación entre los usos), último artículo de la parte II, había sido considerado aceptable tanto por los gobiernos como por la Comisión. Sin embargo, el Comité de Redacción estimó que se podía mejorar su título. En efecto, algunos miembros del Comité opinaron que el título «Relación entre los usos» podía inducir a error ya que parecía dar a entender que el artículo versaba sobre la cuestión de la proporcionalidad entre los distintos usos, y no era así. Para evitar toda ambigüedad, el Comité de Redacción ha sustituido ese título por «Relación entre las diferentes clases de usos». Ni que decir tiene que ese cambio no altera en absoluto el tenor del artículo.

14. El PRESIDENTE entiende que la Comisión desea tomar nota de los artículos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura, que figuran en el informe del Comité, y aplazar su aprobación hasta la presentación de los comentarios correspondientes.

Así queda acordado.

15. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER pregunta cómo se informará a la Sexta Comisión del trabajo realizado por el Comité de Redacción.

16. El PRESIDENTE indica que los documentos que contienen los artículos aprobados por el Comité se pondrán naturalmente a la disposición de la Sexta Comisión cuando ésta examine el informe de la CDI.

17. El Sr. VERESHCHETIN desea que los informes presentados oralmente por el Presidente del Comité de Redacción sobre los trabajos del Comité, dada su riqueza, se pongan a disposición de los miembros de la CDI, y pregunta si la Secretaría podría adoptar las medidas necesarias a tal efecto.

18. El PRESIDENTE dice que, si el Presidente del Comité de Redacción está de acuerdo, los informes que hizo oralmente a la Comisión podrán distribuirse a sus miembros, pero en inglés solamente.

19. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA lamenta que no pueda disponerse de esos informes también en francés.

20. El PRESIDENTE dice que, para la versión francesa de esos informes, los miembros de la Comisión pueden consultar el acta resumida de la sesión en que fueron presentados.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO III.—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (A/CN.4/L.483)

21. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a examinar el capítulo III del proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (A/CN.4/L.483), párrafo por párrafo.

Párrafos 1 a 8

Quedan aprobados los párrafos 1 a 8.

Párrafo 9

22. El Sr. KOROMA indica que la opinión mencionada en el párrafo 9 es la de los miembros indicados en el párrafo 8 y, por tanto, propone sustituir las palabras «Se observó que en la Comisión se estaba formando la opinión de que», por las palabras «Esos miembros señalaron que en la Comisión...».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 9, en su forma enmendada.

Párrafos 10 y 11

Quedan aprobados los párrafos 10 y 11.

Párrafo 12

23. El Sr. PELLET propone, en aras de la exactitud, sustituir en la tercera frase del párrafo 12 las palabras «reflejado ya en una jurisprudencia relativamente amplia, desde el laudo» por las palabras «como se desprendía ya de la jurisprudencia desde el laudo».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 12, en su forma enmendada.

Párrafos 13 a 81

Quedan aprobados los párrafos 13 a 81.

Párrafo 82

24. El Sr. PELLET dice que, en la primera frase del texto francés, convendría insertar la palabra «*pas*» entre las palabras «*qui n'avaient*» y «*été consultés*».

Así queda acordado.

A reserva de esta adición, queda aprobado el párrafo 82.

Párrafos 83 a 93

Quedan aprobados los párrafos 83 a 93.

Queda aprobada la totalidad del capítulo III, en su forma enmendada.

⁷ Véase 2312.ª sesión, nota 14.

25. El Sr. VERESHCHETIN comprende perfectamente que la Comisión no pueda aprobar artículos que no vayan acompañados de comentarios, pero desea que en su informe indique que el Comité de Redacción ha realizado este año un trabajo muy importante sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

26. El PRESIDENTE señala que en el párrafo 6 del capítulo III del proyecto de informe figura una reseña bastante detallada de los trabajos del Comité de Redacción. Además, se mencionarán estos trabajos en el informe del Presidente, quien piensa también que debe informarse a la Sexta Comisión de los trabajos realizados. Por otra parte, los proyectos de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional se pondrán a disposición de los miembros de la Sexta Comisión para su información.

27. El SR. KOROMA pregunta si no es prematuro transmitir estos artículos a la Sexta Comisión.

28. El PRESIDENTE recuerda que esta práctica ya se siguió el año anterior con respecto a los artículos que no habían podido adoptarse por no ir acompañados de comentarios.

29. El Sr. GÜNEY pregunta si se ha precisado la composición del Comité de Redacción.

30. El PRESIDENTE le responde que se indica en el primer capítulo del informe.

31. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que la cuestión planteada por el Sr. Vereshchetin muestra que a las personas no familiarizadas con la Comisión les puede costar comprender la estructura interna del informe. Por tanto se pregunta si no habría que agregar en la segunda frase del párrafo 6, tras las palabras «al término del debate», una fórmula que podría redactarse en los siguientes términos: «Tal como se resume a continuación en los párrafos 8 a 93», lo que daría una idea del volumen de trabajo realizado por el Comité de Redacción. También podría recurrirse a una nota de pie de página.

32. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que se acepta esta sugerencia. La Comisión encargará a la Secretaría que encuentre una fórmula apropiada.

Así queda acordado.

CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (continuación) (A/CN.4/L.484 y Corr.1 y Add.1 a 7)

C.—Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (continuación)

2. TEXTO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 1 Y ARTÍCULOS 6, 6 bis, 7, 8, 10 Y 10 bis, CON LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES, APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 45.^o PERÍODO DE SESIONES (continuación) (A/CN.4/L.484/Add.2 a 7)

Comentario al artículo 8 (Indemnización) (continuación) (A/CN.4/L.484/Add.5)

Párrafos 16 y 17 (continuación)

33. El PRESIDENTE recuerda que el examen de los párrafos 16 y 17 del comentario relativo al artículo 8 quedó en suspenso en la sesión precedente, dado que el Sr. Pellet y el Sr. Vereshchetin consideraron poco clara la fórmula «el daño moral causado a la persona de nacionales o agentes del Estado lesionado» en la penúltima frase.

34. El Sr. PELLET dice que habría que precisar que se trata del daño sufrido por la persona de nacionales o agentes del Estado, en cuanto seres humanos.

35. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone agregar las palabras «en cuanto particulares» después de las palabras «agentes del Estado lesionado», al final de la frase.

36. El Sr. VERESHCHETIN pregunta si el Relator Especial podría igualmente formular esta proposición en inglés.

37. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que en la versión inglesa convendría agregar las palabras «as private parties» o «as private persons» después de las palabras «injured State».

38. El Sr. PELLET preferiría la fórmula «en cuanto seres humanos».

39. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) señala que esta fórmula se aplica a las personas físicas pero no a las personas jurídicas.

40. El Sr. CRAWFORD dice que en el texto inglés podría desplazarse la palabra «persons» del comienzo al final de la frase, que entonces diría «moral damage to nationals or agents of the injured State as persons».

41. El PRESIDENTE recuerda que el Pleno de la Comisión no es el lugar apropiado para un trabajo de redacción. En consecuencia, sugiere al Sr. Crawford, al Sr. Pellet y al Sr. Vereshchetin que se pongan de acuerdo con el Relator Especial sobre una fórmula adecuada. Dado que el problema también se plantea con respecto al párrafo 17, sugiere que los párrafos 16 y 17 se dejen en suspenso.

Así queda acordado.

Párrafo 18

42. El Sr. PELLET se opone totalmente a la noción de «daños personales» mencionada en la segunda parte del párrafo 18. Que él sepa, no existen más categorías de daños que los daños materiales y los daños morales. Señala que este problema se plantea también con respecto al párrafo 21.

43. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) explica que, a su juicio, por daño personal se entiende a la vez un daño material y un daño moral causados a una persona, para diferenciarlo de las pérdidas de carácter patrimonial.

44. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER señala que en el derecho interno de algunos países, el término daños personales es sinónimo de los daños materiales sufridos por una persona, en contraposición con los daños morales.

45. El Sr. PELLET comprende las explicaciones del Relator Especial, pero no ve la necesidad de incluir esta noción de daños personales en el párrafo 18. Después de la cita sangrada, se podrían perfectamente suprimir las palabras «Ahora bien, además de las consideraciones relativas a la indemnización de daños y perjuicios que hace el superárbitro en los puntos *a* y *b*, que guardan relación con el concepto más amplio de daños personales...», así la frase comenzaría con las palabras «Es interesante señalar...».

46. El Sr. VERESHCHETIN piensa también que la noción de «daños personales» va a plantear problemas en el párrafo 21 en el que se refiere a la vez a las personas físicas y a las personas jurídicas. Por lo demás, la idea que expresa le parece estar comprendida en la noción de daño moral. Por tanto, sería preferible suprimirla en el párrafo 18.

47. El Sr. de SARAM está también a favor de la sugerencia del Sr. Pellet, que permitirá suprimir una ambigüedad en el párrafo 18 y evitar luego problemas cuando se llegue al párrafo 21.

48. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide aprobar el párrafo 18 con la modificación propuesta por el Sr. Pellet.

Queda aprobado el párrafo 18, en su forma enmendada⁸.

Párrafo 19

49. El Sr. PELLET se opone formalmente a la última frase del párrafo. Si la Comisión se abstuvo de prever en el artículo 8 la indemnización del daño moral causado a los nacionales del Estado lesionado, a su juicio se equivocó. No comparte en absoluto esa manera de ver.

50. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) piensa que la última línea, cuando menos, de esta frase no está clara y que habría que revisarla con la ayuda del pequeño grupo de trabajo especial que se ha creado.

51. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide diferir la aprobación del párrafo 19 cuya última frase deberá ser revisada por el Relator Especial.

Así queda acordado.

Párrafo 20

Queda aprobado el párrafo 20.

Párrafo 21

52. El Sr. VERESHCHETIN dice que si la Comisión decide mantener en el párrafo 21 la mención de los daños «personales», no ve cómo esos daños personales pueden aplicarse a las personas jurídicas. Se dice que tales daños son «causados a esos particulares» y en la primera frase se precisa que se trata de «personas físicas o jurídicas». Ahora bien, cabe preguntarse si los tipos de perjuicios enunciados en la última frase pueden causarse a personas jurídicas.

53. El Sr. PELLET piensa, al contrario, que no hay ninguna incongruencia de parte del Relator Especial. Si se está de acuerdo en las premisas que ha indicado, es decir, si se considera que los daños personales están constituidos por el conjunto de los daños causados a personas —y no a «partes»— privadas, ya sean físicas o jurídicas, y que esos daños pueden ser materiales o morales, podría ser bastante fácil enmendar el párrafo. Lo más importante es eliminar la idea de que los daños personales pueden ser algo distinto de los daños materiales o de los daños morales.

54. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que este punto se agregue a los otros tres ya remitidos al pequeño grupo de trabajo especial anunciado.

55. El Sr. RAZAFINDRALAMBO piensa que podría corregirse el párrafo sin alterar totalmente su estructura, aunque sólo sea suprimiendo las palabras entre guiones.

56. El PRESIDENTE dice que si no hay objeciones considerará que la Comisión decide dejar en suspenso el párrafo 21 y pedir al pequeño grupo de trabajo especial designado que revise su redacción.

Así queda acordado.

Párrafos 22 y 23

Quedan aprobados los párrafos 22 y 23.

Párrafo 24

57. El Sr. VERESHCHETIN opina que las palabras «requerirá normalmente el otorgamiento de intereses» que figuran en la tercera frase del párrafo son demasiado categóricas, teniendo en cuenta el texto del párrafo 2 del artículo 8 que establece que la indemnización «podrá» incluir los intereses y la primera nota de pie de página del párrafo en la que se dice, con razón, que la doctrina está dividida sobre este punto. El orador propone o bien suprimir totalmente la tercera frase o bien, repitiendo la idea expresada en la nota de pie de página, decir que algunos miembros de la Comisión apoyan la conclusión antes citada pero otros piensan que es prematura en esta fase.

58. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER está a favor de esta proposición ya que suprimiría la contradicción existente entre el texto del párrafo 2 del artículo 8 y el comentario.

59. El Sr. CRAWFORD admite que no debe parecer que el comentario contradice el texto del artículo, pero piensa que al menos hay que mantener la idea que constituyó la base de la segunda mitad de la frase, a saber: que el método del otorgamiento de intereses se usa frecuentemente en caso de pérdidas derivadas de la no disponibilidad temporal del capital, porque es una cuestión de hecho. Si se modifica o suprime la primera mitad de la frase, tal vez habría que desplazar la primera nota de pie de página, o incluso mencionar en el texto del párrafo que la doctrina está dividida sobre este punto y citar los autores en la nota de pie de página.

60. El Sr. YANKOV apoya el razonamiento del Sr. Vereshchetin, pero mejor que la supresión pura y simple de la tercera frase preferiría una modificación del texto

⁸ Posteriormente, se modificó el párrafo 18 para ajustarlo a los párrafos 16, 17 y 21; véase 2324.ª sesión, párr. 1.

que insistiera en el carácter no automático del otorgamiento de intereses.

61. El Sr. ROSENSTOCK dice que, sean cuales fueren las divisiones de la doctrina, es preciso reconocer la existencia de una práctica estatal predominante. Ahora bien, cabría atenuar el carácter categórico de la afirmación, sustituyendo la palabra «normalmente» por la palabra «frecuentemente».

62. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que la solución más sencilla sería desplazar la primera nota de la tercera frase al final de la segunda frase y modificar la redacción de la tercera frase como sigue: «La Comisión reconoce, sin embargo, que el otorgamiento de intereses parece ser el método más frecuente en caso de pérdidas por no disponibilidad temporal del capital».

63. El Sr. BOWETT teme que con demasiadas reservas se diluya la sustancia del comentario. El elemento importante, pero que no se desprende claramente, es que pueda acumularse el otorgamiento de intereses y la indemnización por lucro cesante en el caso de una empresa en funcionamiento, al menos que se admita que los mismos fondos puedan estar al mismo tiempo en un banco, en el que producen intereses, y en la empresa, en la que producen beneficios.

64. El Sr. de SARAM dice que la cuestión planteada por el Sr. Bowett no se desprende claramente de la formulación del párrafo 2 del artículo 8; por tanto, debe figurar en el comentario.

65. El Sr. ROSENSTOCK dice que la formulación del párrafo 2 del artículo 8 prevé explícitamente que la acumulación de intereses y de ganancias dejadas de obtener no ocurre en todos los casos pero es una posibilidad. La fórmula de avenencia, consistente en agregar la expresión «cuando proceda» al texto del párrafo 2, se adoptó para tener en cuenta el factor tiempo y otras consideraciones largamente debatidas en el Comité de Redacción. El Sr. Rosenstock no puede aceptar un comentario que constituiría nada menos que un rechazo de la nueva formulación adoptada en el proyecto de artículos.

66. El Sr. CRAWFORD dice que el párrafo 24 está relacionado con los párrafos 25 y 26, que abordan varias cuestiones planteadas en el debate. En lo que respecta a la cuestión planteada por el Sr. Bowett, tal vez pertenece más al debate sobre el párrafo 27.

67. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión aprueba el párrafo 24 con las enmiendas propuestas por el Relator Especial.

Queda aprobado el párrafo 24, en su forma enmendada.

Párrafo 25

Queda aprobado el párrafo 25.

Párrafo 26

68. El Sr. VERESHCHETIN dice que las razones invocadas para modificar el texto del párrafo 24 justifican que se modifique también el del párrafo 26, suprimiendo las palabras «aunque normalmente justificado».

69. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión aprueba el párrafo 26 tal como lo ha modificado el Sr. Vereshchetin.

Queda aprobado el párrafo 26, en su forma enmendada.

Párrafo 27

70. El Sr. BOWETT, repitiendo la argumentación que expuso durante el debate del párrafo 24, propone agregar al párrafo 27 la frase siguiente: «Cuando se otorgue una indemnización por las ganancias dejadas de obtener con respecto a una inversión efectuada en una “empresa en funcionamiento”, no parece apropiado otorgar intereses sobre valor del capital invertido con respecto al período por el que se concedió la indemnización por las ganancias dejadas de obtener».

71. El Sr. KUSUMA-ATMADJA dice que la propuesta del Sr. Bowett parece poner en el mismo plano los intereses y las ganancias dejadas de obtener, en tanto que el párrafo 27 explica claramente que la indemnización de las segundas no está tan universalmente aceptada como el otorgamiento de los primeros. Sería mejor indicar por medio de una frase sencilla que no es posible la acumulación de ambos sin atentar contra la jerarquía establecida en el párrafo.

72. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER considera más prudente no entrar en la interpretación del párrafo 2 del artículo 8, y no centrar la atención más sobre un modo de indemnización que sobre otro. El texto del proyecto de artículo dice «podrá incluir» a fin de dejar al árbitro o al juez la tarea de determinar el modo de indemnización que corresponda.

73. El Sr. CRAWFORD considera que se atribuye a la proposición del Sr. Bowett una connotación positiva que no tiene, ya que no tiene otro fin que excluir la acumulación de los dos modos de indemnización.

74. El Sr. BOWETT propone una formulación más simple, a saber: «El demandante no puede pretender a la vez el otorgamiento de intereses y la indemnización por las ganancias dejadas de obtener correspondientes a una empresa en funcionamiento de la que ha sido desposeído. Corresponderá al tribunal determinar la modalidad de la indemnización».

75. El Sr. ROSENSTOCK dice que esta formulación está en total contradicción con la del párrafo 2 del artículo 8 y prescinde de consideraciones tales como el factor tiempo, entre otras.

76. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que la nueva formulación propuesta por el Sr. Bowett no precisa que la acumulación es imposible cuando se trata del mismo objeto y del mismo período, lo que respondería a la objeción planteada por el Sr. Rosenstock.

77. El PRESIDENTE propone que el Sr. Bowett y el Sr. Crawford elaboren juntos una nueva versión de la frase que el Sr. Bowett propone agregar al párrafo 27.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

2323.ª SESIÓN

Martes 20 de julio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

**Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones
(continuación)**

CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (continuación)
(A/CN.4/L.484 y Corr.1 y Add.1 a 7)

C.—Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (continuación)

2. TEXTO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 1 Y ARTÍCULOS 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis, CON LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES, APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 45.º PERÍODO DE SESIONES (continuación) (A/CN.4/L.484/Add.2 a 7)

Comentario al artículo 8 (Indemnización) (continuación) (A/CN.4/L.484/Add.5)

Párrafos 16 y 17 (continuación)

1. El PRESIDENTE dice que siguen pendientes algunos puntos en relación con los párrafos 16 y 17 y que la Comisión volverá a examinarlos más adelante.

Párrafo 19 (conclusión)

2. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que se sustituyan en la última frase las palabras «la relación entre ese Estado y sus nacionales es una norma primaria que no tiene cabida en el presente contexto» por «éste forma parte del daño material al Estado».

Queda aprobado el párrafo 19, en su forma enmendada.

Párrafo 27 (continuación)

3. El Sr. BOWETT propone que al final del párrafo 27 se incluyan las dos frases siguientes: «Ningún demandante que haya sido desposeído de una empresa en funcionamiento ("going concern") estará facultado para reintegrarse a la vez de los intereses devengados y de las ganancias dejadas de obtener durante el mismo período. Incumbirá al tribunal determinar cuál es la forma de reparación apropiada».

4. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que la adición propuesta permitiría atender a la observación formulada el día anterior por el Sr. Crawford. Al mismo tiempo, la referencia excesivamente reiterada a los tribunales le inspira algunas reservas porque no es ésta la forma más frecuente de solución de las controversias en materia de lucro cesante.

5. El Sr. BOWETT dice que se podría prescindir simplemente de la segunda frase del texto propuesto.

6. El Sr. ROSENSTOCK se opone a la enmienda propuesta, que no es coherente con el planteamiento general que ha hecho la Comisión del abono de intereses y el resarcimiento del lucro cesante, tal como se desprende de los párrafos 26 y 38, en los que se ha limitado a hacer referencia a la complejidad de la cuestión y ha dejado la decisión al arbitrio del juez u otro tercero implicado.

7. La enmienda propuesta afirma básicamente que la misma pérdida no debe ser indemnizada dos veces. Esto se aplica a todas las formas de reparación y no sólo a las ganancias dejadas de obtener. Prefiere la fórmula originalmente propuesta por el Sr. Bowett el día anterior, a pesar de su gran complejidad. El texto que acaba de proponer induce a confusión y puede dar lugar a resultados desafortunados e injustos al excluir una u otra solución.

8. En su opinión, la Comisión se equivoca; hasta ahora ha optado por no establecer normas específicamente aplicables en caso de intervención de un tercero y dejar que sea éste el que determine la forma de reparación, mientras que en la enmienda examinada la Comisión opta de improviso por la vía opuesta y establece unas pautas relativas a una forma de reparación determinada.

9. Sin embargo, el Sr. Rosenstock dice que no tendría nada que objetar a la segunda frase si la primera fuera aceptable, pero no es así.

10. El Sr. BOWETT dice que el Sr. Rosenstock ha planteado una importante cuestión general que afecta a toda la sección del informe ahora examinada. En su forma actual, esa sección no establece ninguna pauta sobre la importantísima cuestión práctica de las ganancias dejadas de obtener. Es necesario, en particular, responder a tres cuestiones: el tipo de demanda de indemnización en relación con la cual es exigible el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener; el plazo durante el cual es exigible el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener; y la forma en que han de calcularse las ganancias dejadas de obtener. La Comisión no ha respondido a ninguna de esas cuestiones.

11. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) comparte la opinión del Sr. Bowett. Sin embargo, el Comité de Redacción no ha deseado incluir esos detalles en el proyecto de artículos. Tal vez se podría proporcionar en el comentario la aclaración necesaria y sugiere que se nombre un grupo de trabajo oficioso para volver a redactar la enmienda propuesta al párrafo 27.

12. El Sr. de SARAM está plenamente de acuerdo con el Sr. Bowett. La cuestión examinada tiene en realidad un alcance muy general. Por consiguiente, el grupo de trabajo propuesto debería estar abierto a la participación de todos los miembros.

13. El Sr. YANKOV, aunque apoya el punto de vista del Sr. Bowett, reconoce también el fundamento de la argumentación del Sr. Rosenstock. La práctica de los Estados es muy diversa y sería muy difícil llegar a un conjunto de normas que fuera universalmente aceptable. La Comisión no debe tratar de establecer normas para regular todos los casos sino insistir en que debe llegarse

a una decisión por medio de procedimientos de solución por intervención de un tercero.

14. El PRESIDENTE designa al Sr. Arangio-Ruiz (Relator Especial), el Sr. Bowett, el Sr. Crawford, el Sr. Rosenstock y, si lo desean, el Sr. de Saram y el Sr. Yankov para formar parte de un grupo de trabajo abierto a la participación de todos los miembros que se encargue de volver a redactar la enmienda propuesta al párrafo 27.

Párrafos 28 a 37

Quedan aprobados los párrafos 28 a 37.

Párrafo 38

15. El Sr. YANKOV dice que habría que insertar, en la segunda frase del párrafo 38, las palabras «enunciar el principio general de forma bastante flexible y» después de «Por consiguiente, ha considerado preferible». Esta propuesta se basa en las opiniones expresadas en el Comité de Redacción en el período de sesiones anterior.

16. El Sr. BOWETT dice que la solución no estriba en dejar al arbitrio del juez la determinación de si debe pagarse indemnización por las ganancias dejadas de obtener. Sin unas directrices adecuadas, los jueces no podrán dictar con conocimiento de causa resoluciones coherentes. Incumbe a la Comisión aclarar el derecho y proporcionar orientación a este respecto.

17. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que sin duda sería útil aclarar el derecho en lo que se refiere a la indemnización. Señala que el párrafo 38 tendrá que modificarse a la luz de la redacción final del párrafo 27, que debe llevar a cabo el grupo de trabajo que acaba de establecerse.

18. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) dice que el grupo de trabajo oficioso también podría examinar la enmienda al párrafo 38 propuesta por el Sr. Yankov. Conviene con el Sr. Bowett en que la indemnización por las ganancias dejadas de obtener es un aspecto que tiene que ser esclarecido. Sin embargo, como la práctica no ofrece verdaderamente una orientación, la Comisión efectuará una labor de desarrollo progresivo y no de codificación del derecho.

19. El Sr. YANKOV reconoce que el razonamiento del Sr. Bowett no carece de justificación. En su opinión, el párrafo 2 del artículo 8 enuncia un principio general que puede servir de pauta para la solución de las controversias en materia de indemnización. Al proponer la enmienda su intención era incluir una referencia implícita a ese principio general en el párrafo 38 del comentario.

20. El Sr. PELLET desea formular una reserva de carácter general. A su juicio, el presente debate no tiene ningún sentido. El Comité de Redacción decidió no entrar en los detalles del texto del artículo. Personalmente no aprueba esa decisión, por estimar que la Comisión está obligada a hacer mucho más que eso. Ahora bien, la decisión ha sido tomada. La fórmula general aprobada por el Comité de Redacción no puede ser completada ahora por medio de los comentarios.

21. Una vez más manifiesta su extrañeza ante las frecuentes referencias que se hacen en el comentario al juez u otro tercero sentenciador. Incumbe primordialmente

sin duda a las partes interesadas llegar a una solución. La Comisión debe proporcionarles orientación y no tener en cuenta sólo la posibilidad de recurso a un juez o árbitro.

22. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) señala que casi todos los asuntos que pueden encontrarse en la práctica de los Estados se refieren a decisiones de un órgano imparcial. La observación formulada por el Sr. Pellet es válida y el grupo de trabajo oficioso sin duda la tendrá en cuenta.

23. El Sr. TOMUSCHAT dice que casi todos los ejemplos que figuran en el comentario versan sobre pérdidas que afectan a bienes de capital. En realidad, la norma del artículo 8 se aplica asimismo a la pérdida de capacidad de trabajo. El comentario debería incluir ejemplos de indemnización del lucro cesante de particulares.

24. El Sr. ROSENSTOCK no tiene nada que objetar a la inclusión de otros ejemplos, pero puede considerarse que los párrafos 22 y 23 del comentario atienden a la observación del Sr. Tomuschat. No debe pedirse al grupo de trabajo que anule decisiones adoptadas por el Comité de Redacción en el período de sesiones anterior, ni que supla las carencias a que hayan dado lugar esas decisiones.

25. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) señala que los párrafos 22 y 23 mencionan el caso de la muerte de un particular que era nacional del Estado interesado. Si el Sr. Tomuschat piensa en otros ejemplos, quizás podría hacer una propuesta concreta.

26. No cabe ciertamente anular lo que hizo el Comité de Redacción en el período de sesiones anterior ni llenar las lagunas que haya dejado el Comité. Está seguro de que la sensatez de los miembros del grupo de trabajo oficioso les permitirá sortear ambos escollos.

27. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER sugiere que el Sr. Tomuschat indique algunos ejemplos concretos de pérdida de capacidad de trabajo. Puede pensarse, por supuesto, en los casos de expulsión.

28. El Sr. SHI señala que el artículo 8 enuncia la norma general en materia de indemnización. En su opinión, el texto del artículo es suficiente y no es factible ni deseable tratar de completarlo por medio de los comentarios. Un comentario no puede subsanar un defecto en el texto del artículo.

29. El tema de la indemnización es en sí muy complejo. Todos los ejemplos que figuran en el comentario se refieren a asuntos resueltos por tribunales arbitrales o comisiones mixtas. Ninguno ha sido sacado de la muy abundante práctica de las soluciones bilaterales. Piensa, entre otros, en los acuerdos de solución posteriores a la segunda guerra mundial, la mayoría de los cuales fueron de carácter bilateral, especialmente los acuerdos de indemnización global de esa época. En virtud de esos acuerdos, se dejó que la comisión interna de cada parte resolviera la cuestión de la distribución entre sus nacionales. Tales ejemplos son dignos de mención.

30. No ve ninguna necesidad de un grupo de trabajo oficioso e insiste en que se deje como está el comentario. En cualquier caso, si el grupo de trabajo elabora un tex-

to, está seguro de que dará pie a otro largo e infructuoso debate.

31. El PRESIDENTE invita al Sr. Tomuschat a que presente un texto sobre la cuestión que ha planteado con objeto de incluirla en el comentario.

32. El Sr. TOMUSCHAT accede a redactar un breve texto para mencionar los casos a que se refería. Los ejemplos que cabe citar se refieren, en particular, a los tratados firmados por Alemania con varios países inmediatamente después de la segunda guerra mundial, relativos a la indemnización de personas perseguidas por motivos raciales.

33. El PRESIDENTE dice que, salvo en lo que concierne a la cuestión sobre la que ha de informar el grupo de trabajo abierto a la participación de todos los miembros, invita a la Comisión a que examine, párrafo por párrafo, las secciones A y B del capítulo IV.

A.—Introducción (A/CN.4/L.484)

Párrafos 1 a 8

Quedan aprobados los párrafos 1 a 8.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.484 y Add.1)

Párrafos 9 a 87 (A/CN.4/L.484)

Quedan aprobados los párrafos 9 a 87.

Párrafos 1 a 51 (A/CN.4/L.484/Add.1)

Quedan aprobados los párrafos 1 a 51.

Queda aprobada la sección B.

Se levanta la sesión a las 11.15 horas.

2324.ª SESIÓN

Miércoles 21 de julio de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO IV.—Responsabilidad de los Estados (conclusión) (A/CN.4/L.484 y Corr.1 y Add.1 a 7)

C.—Proyectos de artículos de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (conclusión)

2. TEXTO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 1 Y ARTÍCULOS 6, 6 bis, 7, 8, 10 Y 10 bis, CON LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES, APROBADOS PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 45.º PERÍODO DE SESIONES (conclusión) (A/CN.4/L.484/Add.2 a 7)

Comentario al artículo 8 (Indemnización) (conclusión) (A/CN.4/L.484/Add.5)

Párrafos 16, 17, 18 y 21 (conclusión)

1. El Sr. CRAWFORD da lectura a las modificaciones propuestas por el grupo de trabajo encargado de resolver los problemas planteados por los párrafos 16, 17, 18 y 21, que consisten en lo siguiente: en el párrafo 16, sustituir las palabras «a la persona de nacionales o agentes del Estado lesionado» por «a la persona de nacionales o agentes del Estado lesionado como seres humanos» e incluir también las palabras «como seres humanos» entre «nacionales o agentes del Estado lesionado» y «están sujetos a un régimen distinto»; en el párrafo 17, sustituir las palabras «a título privado» por «como seres humanos»; en el párrafo 18, suprimir las palabras «que guardan relación con el concepto más amplio de “daños personales”»; en el párrafo 21, sustituir las palabras «los daños “personales” —distintos de los daños “morales”— causados...» por «el perjuicio “personal” causado...».

Quedan aprobados los párrafos 16, 17, 18 y 21, en su forma enmendada.

Párrafo 27 (conclusión)

2. El Sr. BOWETT propone que se incluya al final del párrafo 27 el texto siguiente:

«De otorgarse el resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener, no parece que fuera apropiado otorgar intereses sobre el capital generador de renta durante el mismo período de tiempo por el mero hecho de que el capital no puede devengar intereses y al mismo tiempo estar empleado teóricamente en generar beneficios. No obstante, se devengarían intereses por las ganancias dejadas de obtener por el propietario original. La finalidad principal es evitar el “doble resarcimiento” en todas las formas de reparación.»

3. El Sr. TOMUSCHAT estima que habría que suprimir la segunda frase del texto propuesto por el Sr. Bowett, ya que descende demasiado a los detalles.

4. El Sr. ROSENSTOCK dice que si se mantiene la primera frase no se puede suprimir la segunda.

Queda aprobado el párrafo 27, tal como ha sido enmendado por el Sr. Bowett.

Nuevo párrafo 30 bis

5. El Sr. TOMUSCHAT, habiendo alegado ya que el comentario no debería limitarse a los asuntos en que intervienen sociedades sino mencionar también los relativos a particulares, propone que se incluya en el comentario un nuevo párrafo, numerado 30 bis, que diga así:

«30 bis. También puede nacer un derecho a la indemnización de las ganancias dejadas de obtener

cuando se impide que particulares hagan uso de su capacidad de trabajo, como empleados o como trabajadores por cuenta propia. Esta situación puede darse, en particular, cuando se deporta ilícitamente a un extranjero de su país de residencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en dos fallos que, en principio, la reparación debida a la víctima de una medida de esa naturaleza incluye también la indemnización del lucro cesante, aunque en ambos casos falló que no se había probado la existencia de un nexo causal.»

Acompañaría a este nuevo párrafo la siguiente nota de pie de página:

«Sentencia de 21 de junio de 1988, *Berrehab*, publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Serie A: Sentencias y resoluciones*, vol. 138, pág. 17; y sentencia de 18 de febrero de 1991, *Moustaquin*, *ibid.*, vol. 193, pág. 21.»

6. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) propone que se inserte al comienzo del texto propuesto por el Sr. Tomuschat la expresión «Por supuesto», a fin de dar más fuerza a una idea que ya se expresa de forma más general en el comentario.

Queda aprobado el nuevo párrafo 30 bis propuesto por el Sr. Tomuschat con la enmienda del Relator Especial.

Párrafo 38 (conclusión)

7. El Sr. BOWETT propone que se incluya después de la primera frase el texto siguiente:

«La relativa incertidumbre de la jurisprudencia pone de relieve tres cuestiones que se prestan a controversia, a saber:

- »a) ¿En qué supuestos son resarcibles las ganancias dejadas de obtener?
- »b) ¿Durante qué período de tiempo son éstas resarcibles?
- »c) ¿Cómo deberían calcularse?

»Por lo que respecta a la primera cuestión, parece bastante claro que el problema surge en relación con “empresas en funcionamiento” con una capacidad generadora de renta. La principal incertidumbre se refiere a la cuestión de si el lucro cesante es resarcible en caso de privación o desposeimiento lícitos, a diferencia de la privación ilícita (incertidumbre que se refleja en las diferencias entre el asunto de la *Amoco International Finance Corp. c. Irán* y el asunto *Phillips*). En lo referente a la segunda cuestión, el problema central, nuevamente sin resolver, es si ese período de tiempo concluye en la fecha del fallo o si debe prorrogarse hasta la fecha original de terminación del contrato o la concesión en que se ha dado por terminado. La tercera cuestión plantea todo el problema del método de cálculo, en particular si el método del flujo de efectivo descontado es apropiado. El estado del derecho en lo que concierne a todas esas cuestiones no está, en opinión de la Comisión, suficientemente asentado y la Comisión estimó que no se hallaba, por ahora, en condiciones de dar respuestas precisas a esas cuestiones ni de formular normas concretas relativas a ellas.»

8. Propone además que se modifique la segunda frase del párrafo 38 de la manera siguiente:

«Por consiguiente, ha considerado preferible dejar que sean los Estados interesados o el tercero que intervenga en la solución de la controversia quienes resuelvan, en cada caso, si procede pagar una indemnización por las ganancias dejadas de obtener. El elemento concluyente...».

Queda aprobado el párrafo 38, en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario al artículo 8, en su forma enmendada.

Queda aprobado en su conjunto el capítulo IV, en su forma enmendada.

9. El Sr. PELLET dice que no ha querido oponerse a la aprobación del capítulo IV del proyecto de informe, pero estima que los artículos 6 a 10 *bis* del proyecto de artículos han sido considerablemente suavizados en relación con el texto propuesto por el Relator Especial, que ya no era de sí suficientemente preciso, de suerte que el resultado propuesto por el Comité de Redacción es de una extrema generalidad y no proporciona a los usuarios potenciales las directrices que tienen derecho a esperar de la Comisión. El hecho de que los problemas sean difíciles o de que el derecho no esté consolidado no justifica en absoluto que se renuncie a proponer soluciones. Los comentarios a los artículos del proyecto no son mucho más satisfactorios en cuanto que, quizás para compensar la generalidad de los artículos mismos, tratan de aspectos que no figuran en estos últimos. La función de los comentarios es comentar los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción y no los propuestos inicialmente por el Relator Especial.

10. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial) señala que el Comité de Redacción ha aprobado los artículos de que se trata varios años después de la presentación de los informes correspondientes por el Relator Especial. El carácter superficial de los artículos, puesto de relieve por el Sr. Pellet, se explica quizás también por la tendencia de muchos miembros de la Comisión de perseguir a toda costa resultados rápidos, así como por la tendencia de algunos a preferir la brevedad de los artículos propuestos por el precedente Relator Especial. Por último, desafortunadamente los miembros del Comité de Redacción no suelen participar con bastante regularidad en los trabajos de ese órgano. En consecuencia, no siguen muy de cerca la evolución de las cuestiones que estudia el Comité. Este lamentable fenómeno se ha presentado con mucha frecuencia —no sin consecuencias— durante los trabajos sobre los artículos 11 y 12 en el actual período de sesiones.

CAPÍTULO II.—Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (A/CN.4/L.482 y Add.1 y A/CN.4/L.482* y Add.1*)

11. El PRESIDENTE informa a los miembros de la Comisión que el capítulo II del proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (A/CN.4/L.482 y Add.1) ha sido objeto de una nueva tirada por razones técnicas y se publica ahora con la signatura A/CN.4/L.482* y Add.1*.

12. El Sr. BENNOUNA, apoyado por el Sr. ARANGIO-RUIZ, el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA y el Sr. RAZAFINDRALAMBO, estima que la nueva tirada «por razones técnicas» del documento A/CN.4/L.482 y Add.1 (A/CN.4/L.482* y Add.1*) constituye una verdadera revisión del documento inicial que ya no refleja el debate celebrado en sesión plenaria. Expresa, pues, el deseo de que la Comisión vuelva al documento inicial.

13. Tras un animado debate de procedimiento, en el que participan el Sr. de SARAM (Relator) el Sr. CALEIRO RODRIGUES, el Sr. ROSENSTOCK, el Sr. PELLET, el Sr. MAHIOU, el Sr. CRAWFORD, el Sr. BOWETT, el Sr. VERESHCHETIN, el Sr. TOMUSCHAT, el Sr. MIKULKA, el Sr. KOROMA, el Sr. THIAM (Relator Especial) y el Sr. AL-KHASAWNEH, el PRESIDENTE propone que la Comisión encargue al Relator, si éste accede a ello, que elabore con ayuda de la Secretaría un nuevo documento basado en los documentos A/CN.4/L.482 y Add.1 y A/CN.4/L.482* y Add.1*, teniendo en cuenta el debate celebrado en el Pleno.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2325.ª SESIÓN

Miércoles 21 de julio de 1993, a las 15.10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación*)
(A/CN.4/446, secc. B, A/CN.4/448 y Add.1², A/CN.4/449³, A/CN.4/452 y Add.1 a 3⁴, A/CN.4/L.488 y Add.1 a 4, A/CN.4/L.490 y Add.1)

[Tema 3 del programa]

INFORME REVISADO DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE UN PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

1. El PRESIDENTE señala que la Comisión decidió en su 2298.ª sesión plenaria, de 17 de mayo de 1993, que se

* Reanudación de los trabajos de la 2303.ª sesión.

¹ Para el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

² Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

reuniera el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional⁵, de conformidad con el mandato contenido en los párrafos 4, 5 y 6 de la resolución 47/33 de la Asamblea General. Invita al Sr. Koroma, Presidente del Grupo de Trabajo, a que presente el informe revisado del Grupo (A/CN.4/L.490 y Add.1).

2. El Sr. KOROMA (Presidente del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional) dice que el informe revisado contiene una versión preliminar del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional. El Grupo de Trabajo comenzó examinando una serie de proyectos de disposición relativos a los aspectos más generales y de organización del proyecto de estatuto pero decidió, con objeto de acelerar sus trabajos, crear tres subgrupos respectivamente encargados de examinar la competencia y el derecho aplicable, la instrucción y el procedimiento penal y la cooperación internacional y la asistencia judicial. Los subgrupos estuvieron presididos por el Sr. Crawford, más tarde sustituido por el Sr. Tomuschat, el Sr. Calero Rodrigues y el Sr. Yankov, respectivamente. Los informes de los subgrupos contenían proyectos de disposición y algunas observaciones preliminares. Después de examinar los informes, el Grupo de Trabajo pidió a los subgrupos: a) que incorporasen en lo posible al proyecto de artículos las observaciones hechas en el Grupo de Trabajo; y b) que examinasen varias cuestiones adicionales cuya inclusión en el estatuto se había considerado posible.

3. El Grupo de Trabajo, basándose en los nuevos documentos preparados por los subgrupos, elaboró el proyecto de estatuto, con sus comentarios, que se presenta ahora a la Comisión. Los corchetes en el texto indican que el Grupo de Trabajo no ha podido todavía llegar a un acuerdo, ya sobre el contenido de la disposición, ya sobre su enunciado. En muchos casos, los comentarios a los artículos del proyecto contienen explicaciones acerca de las dificultades especiales con que tropezó el Grupo de Trabajo para elaborar ciertas disposiciones. El Grupo de Trabajo recomienda que la Comisión indique en su informe que sería especialmente útil conocer la opinión de la Asamblea General sobre esas disposiciones. El Grupo de Trabajo se ha guiado por las recomendaciones formuladas por la Comisión y por el informe del Grupo de Trabajo que se reunió en el período de sesiones anterior⁶, pero ha tenido en cuenta también las opiniones expresadas a este respecto por los gobiernos.

4. El título I del proyecto de estatuto versa sobre la creación y composición del Tribunal. Los dos párrafos del artículo 2 que figuran entre corchetes recogen dos opiniones divergentes expresadas en el Grupo de Trabajo, y también en el Pleno, acerca de la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas. Algunos miembros son partidarios de que el Tribunal sea un órgano de las Naciones Unidas, mientras que otros preconizan un vínculo

⁵ La Comisión, en su 2300.ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 1993, decidió que el Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional se denominara en lo sucesivo «Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional».

⁶ *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), pág. 62, documento A/47/10, anexo.

de naturaleza diferente, como un tratado de cooperación de la índole de los celebrados entre las Naciones Unidas y sus organismos especializados. El párrafo 1 del artículo 4 tiene en cuenta las cualidades de flexibilidad y economía recomendadas por el Grupo de Trabajo en su informe del período de sesiones anterior. El Tribunal, aun siendo un órgano permanente, se reunirá únicamente cuando sea necesario para conocer de un asunto que le haya sido sometido.

5. El artículo 5 establece la clave de bóveda del mecanismo jurisdiccional internacional que ha de crearse, denominado «Tribunal», y sus partes componentes, es decir, la «Corte» u órgano juzgador, la «Secretaría» u órgano administrativo y la «Fiscalía» u órgano acusador. Los tres órganos tienen que ser considerados en el proyecto de estatuto como órganos constitutivos del mecanismo jurisdiccional internacional en su totalidad, no obstante la necesaria independencia que debe existir entre el órgano juzgador y el órgano acusador. Los artículos 6 a 11 versan sobre la Corte y su composición y sobre la condición jurídica de los magistrados y la Junta de Gobierno de la Corte. El período relativamente largo de duración del mandato de los magistrados, que es de 12 años (párr. 6 del art. 7), debe considerarse como una especie de compensación por la prohibición de su reelección. A diferencia de los magistrados de la CIJ, la naturaleza especial de un organismo penal internacional es un argumento contra la posibilidad de reelección. Las únicas excepciones son las contenidas en el párrafo 7 del artículo 7 y en el artículo 8.

6. Es conveniente, por supuesto, garantizar la independencia de los magistrados (art. 9), pero la Corte no será un órgano de dedicación exclusiva y, de conformidad con el artículo 17, los magistrados no percibirán un sueldo sino sólo un estipendio diario y la retribución de sus gastos. Por consiguiente, el artículo 9, sin excluir la posibilidad de que un magistrado pueda ejercer otras funciones retribuidas, trata de definir los criterios aplicables a las actividades que podrían poner en peligro la independencia de los magistrados. En caso de duda, resolverá la Corte.

7. El Secretario (art. 12) es el principal funcionario administrativo de la Corte y, a diferencia de los magistrados, es reelegible. Desempeña importantes funciones con arreglo al Estatuto al estar encargado, por ejemplo, de las notificaciones, la recepción de las declaraciones de aceptación de la competencia de la Corte, etc. El Grupo de Trabajo hizo mucho hincapié en que la Fiscalía (art. 13) fuera independiente en el ejercicio de sus funciones y gozase de autonomía con respecto a la estructura de la Corte. Por consiguiente, el Fiscal y el Fiscal Adjunto no son elegidos por la Corte sino por mayoría de los Estados partes en el Estatuto. El párrafo 4 del artículo 13 establece asimismo que la Fiscalía no solicitará ni recibirá instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna otra autoridad.

8. Los artículos 14 a 18 tratan de aspectos relativos al comienzo y terminación de las funciones de los magistrados y a la labor de los magistrados y de la Corte y el ejercicio de sus funciones. Los artículos 19 y 20 versan sobre la elaboración de reglamentos: las normas del Tribunal relativas a la instrucción preparatoria y la celebra-

ción del juicio oral (art. 19) y las normas necesarias al régimen interno de la Corte (art. 20). La mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo hicieron mucho hincapié en la distinción entre un tipo y otro de reglamentos, aunque algunos miembros no quedaron convencidos de que hubiera una diferencia de fondo.

9. La ubicación del artículo 21 (De la revisión del Estatuto) es todavía provisional y quizá se incluya entre las cláusulas finales. El apartado *b* está especialmente relacionado con el título II del Estatuto, relativo a la competencia y el derecho aplicable, ya que serviría de base para la ampliación de la competencia establecida en el artículo 22, que hace extensivo el ámbito de aplicación del Estatuto a los nuevos convenios, en particular el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

10. En realidad, el título II del proyecto de estatuto (arts. 22 a 28) es muy importante. Los artículos 22 a 26 establecen básicamente dos normas de competencia que descansan en la distinción trazada por el Grupo de Trabajo entre los tratados que definen crímenes como crímenes internacionales y los tratados en que meramente se prevé la represión de comportamientos indeseables que constituyen crímenes en derecho interno. Un ejemplo del primer grupo de tratados es la Convención internacional contra la toma de rehenes; ejemplos del segundo grupo de tratados son el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, de 1963, y todos los tratados relativos a la lucha contra los crímenes relacionados con los estupefacientes.

11. El artículo 23 ofrece a la Comisión tres variantes en lo que se refiere a los medios y formas en que los Estados pueden aceptar la competencia de la Corte respecto de los crímenes enumerados en el artículo 22. La variante A es un sistema de «aceptación» por el cual los Estados no confieren automáticamente a la Corte competencia por el hecho de pasar a ser parte en el Estatuto, sino que además se necesita una declaración especial a tal efecto. Algunos miembros del Grupo de Trabajo opinan que este método es el que mejor refleja la base consensual de la competencia de la Corte y el enfoque flexible de esa competencia que se recomendaba en el informe del Grupo de Trabajo en el período de sesiones anterior. Otros miembros no creen que tales consideraciones conduzcan necesariamente a un sistema como el establecido en la variante A. Prefieren un sistema por el cual los Estados, al adquirir la condición de parte en el Estatuto, confieren automáticamente a la Corte competencia respecto de los crímenes enumerados en el artículo 22, aunque conservan el derecho de excluir algunos crímenes (sistema de «exclusión»). Las variantes B y C se basan en ese planteamiento. El Grupo de Trabajo recomienda que se transmitan las variantes a la Asamblea General con la solicitud de que proporcione algunas orientaciones.

12. En el artículo 24 se indican los Estados que han de aceptar la competencia de la Corte en un determinado asunto para que la Corte sea competente en virtud del artículo 22. El criterio general, enunciado en el apartado *a* del párrafo 1, es que la Corte es competente para el enjuiciamiento de un crimen siempre que el Estado que

normalmente tendría derecho a ejercer su jurisdicción en virtud del tratado pertinente para que el presunto culpable de ese crimen fuera juzgado ante sus tribunales haya aceptado la competencia de la Corte con arreglo al artículo 23. Este párrafo debe leerse juntamente con el artículo 63 (De la entrega de un procesado para ponerlo a disposición del Tribunal) y el comentario correspondiente. Si el presunto culpable no se encuentra en el territorio de un Estado que pueda ejercer jurisdicción en virtud del tratado pertinente, pero se halla en el territorio del Estado del que es nacional o del Estado en que se haya cometido el presunto crimen, se requerirá también el consentimiento de uno u otro de esos dos Estados para que la Corte tenga competencia.

13. El artículo 25 no constituye una norma de competencia separada sino que amplía más bien la categoría de sujetos que pueden someter a la Corte los crímenes a que se refieren el artículo 22 y el párrafo 2 del artículo 26, confiriendo también este derecho al Consejo de Seguridad. El Grupo de Trabajo estima que es necesaria una disposición como ésta para que el Consejo de Seguridad pueda hacer uso de la Corte como alternativa al establecimiento de tribunales especiales.

14. El artículo 26 establece la segunda norma de competencia a que se ha hecho referencia anteriormente, al permitir a los Estados interesados conferir competencia a la Corte respecto de otras dos categorías de crímenes internacionales no incluidos en el artículo 22. La primera (apartado a del párr. 2) abarca los crímenes «en virtud del derecho internacional general», es decir, los crímenes que tienen su base en el derecho internacional consuetudinario y que en otro caso quedarían fuera del ámbito de la competencia de la Corte *ratione materiae*, como la agresión, que no ha sido definida por tratado, el genocidio, en el caso de los Estados que no sean partes en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, u otros crímenes contra la humanidad no incluidos en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, de 12 de agosto de 1949. Al Grupo de Trabajo le ha parecido inconcebible que en la presente etapa del desarrollo del derecho internacional la comunidad internacional pueda crear un tribunal penal internacional sin atribuirle competencia respecto de tales crímenes.

15. La segunda categoría (apartado b del párr. 2) guarda relación con la distinción a que se hace referencia en los párrafos 1 y 2 del comentario al artículo 22 entre los tratados que definen crímenes como crímenes internacionales y los tratados en que meramente se prevé la represión de comportamientos indeseables que constituyen crímenes en derecho interno, como las leyes sobre los crímenes relacionados con los estupefacientes por las que se da efecto a un tratado multilateral que califica tal infracción de excepcionalmente grave. Dado el proceso por el cual la Asamblea General remitió a la Comisión la cuestión de la posible creación de un tribunal penal internacional, el Grupo de Trabajo desea hacer hincapié en que el apartado b del párrafo 2 del artículo 26 constituye una disposición mediante la cual la Corte tendría competencia para conocer de los crímenes relacionados con los estupefacientes. Sin embargo, para evitar que la Corte se vea abrumada con asuntos de carácter secundario, se limita la categoría a aquellos crímenes que «a tenor de lo

dispuesto en el tratado, constituya[n] un crimen excepcionalmente grave».

16. El Grupo de Trabajo recomienda dos criterios en relación con el consentimiento necesario para que la competencia de la Corte sea efectiva en virtud del artículo 26. Para los crímenes en virtud de una ley nacional que dé efecto a un tratado multilateral que tenga por objeto la represión de esos crímenes, el único consentimiento que se requiere es el del Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto culpable y que tenga derecho de conformidad con un tratado a ejercer su jurisdicción para juzgarlo ante sus propios tribunales. En lo que respecta a los crímenes en virtud del derecho internacional general, el criterio es más restrictivo y se requiere el consentimiento tanto del Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto culpable como el del Estado en cuyo territorio se ha producido el acto de que se trate.

17. En el artículo 27 se establece la relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte. Si se produce un acto de agresión, el presupuesto de la responsabilidad individual es que se haya considerado culpable de agresión a un Estado; esa determinación incumbe al Consejo de Seguridad. Corresponderá a la Corte resolver la cuestión consiguiente de si se puede inculpar formalmente a una persona física por haber actuado en nombre de ese Estado y, en tal calidad, por haber participado en la planificación de la agresión. La relación propuesta se aplicaría al ejercicio de la acción penal, no sólo en los supuestos de iniciativa del Consejo de Seguridad (art. 25) sino también en los supuestos en que las imputaciones de agresión sean efectuadas por un Estado (apartado a del párr. 2 del art. 26). El artículo 28, titulado «Del derecho aplicable», contiene sólo lo esencial y casi se explica por sí mismo.

18. El título III del proyecto de estatuto (arts. 29 a 35), «De la instrucción y el inicio del procedimiento penal», enuncia el mecanismo por el cual se recurre al Tribunal, es decir, la denuncia, y el procedimiento que ha de seguirse en la investigación de la denuncia y el inicio del procedimiento penal. En él se establecen las atribuciones generales de la Fiscalía y la Corte en las fases de la investigación e instrucción sumarial. El Grupo de Trabajo pensó en la posibilidad de limitar el recurso al Tribunal a los Estados partes en el Estatuto pero llegó a la conclusión de que poner un mecanismo universal a disposición de todos los Estados sería más coherente con los intereses de la comunidad internacional de enjuiciar y castigar los crímenes internacionales y disuadir de su comisión. Estimó también que debía autorizarse al Consejo de Seguridad para recurrir al mecanismo judicial cuando la situación así lo exigiese y de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. La denuncia (art. 29) podrá ser presentada a la Corte por el Consejo de Seguridad o por cualquier Estado con derecho a ejercer su jurisdicción respecto del crimen y que haya aceptado la competencia de la Corte. El Estado ha de tener derecho a ejercer su jurisdicción respecto del crimen en virtud de un tratado enumerado en el artículo 22, en virtud del derecho consuetudinario o en virtud de su derecho nacional. El Estado ha de haber aceptado además la competencia de la Corte con respecto al crimen, ya como Estado parte en el Estatuto, ya como Estado que no es parte en el mismo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23.

19. Al realizar la instrucción (art. 30) el Fiscal estará facultado para interrogar a los testigos, recoger pruebas y efectuar inspecciones oculares. Podrá pedir a la Corte que dicte providencias y recabar la cooperación de los Estados en la investigación. Durante la instrucción deben respetarse plenamente los derechos del presunto culpable. Después de la instrucción, el Fiscal debe decidir si existe o no fundamento suficiente para ejercitar la acción penal e informar a la Junta de Gobierno de su decisión. La Junta de Gobierno, a petición del Estado denunciante o del Consejo de Seguridad, podrá revisar toda decisión negativa del Fiscal y ordenarle que ejercite la acción penal. Si existe fundamento suficiente para ello, el Fiscal preparará la petición de procesamiento. La Corte podrá ordenar la detención provisional del presunto culpable antes de su procesamiento si hay motivos bastantes para creer que puede haber cometido el crimen y que en otro caso no podría garantizarse su comparecencia en el juicio.

20. De conformidad con el artículo 32, la Corte examinará la petición de procesamiento y los documentos justificativos que se acompañen y confirmará si la información proporcionada corrobora la existencia de indicios racionales de criminalidad. En tal caso, la Corte dictará una orden de detención u otras providencias instructorias. La Corte deberá notificar sin demora a todos los Estados partes en el Estatuto y remitir el auto de procesamiento y otros documentos pertinentes al Estado en que se crea que se encuentra el procesado (art. 33). La Corte podrá ordenar al Estado que haya aceptado su competencia que notifique personalmente al procesado el auto de procesamiento y cumpla la orden de detención o auto de prisión que, en su caso, haya dictado. También podrá pedir al Estado parte que no haya aceptado su competencia que coopere. Si se cree que el procesado se encuentra en el territorio de un Estado que no es parte en el Estatuto, la Corte podrá invitar a ese Estado a que coopere. La Corte podrá prescribir otro método de informar al procesado de los cargos que se le imputan si no ha podido ser notificado personalmente en un plazo de 60 días contados desde el día en que se haya decretado el procesamiento. Una vez detenido el procesado, la Corte decidirá si debe ser puesto en libertad bajo fianza en espera del juicio (art. 35).

21. El título IV del estatuto (arts. 36 a 54) versa sobre el juicio oral, las atribuciones de la Corte y los derechos del acusado. Los acusados serán juzgados por una Sala de la Corte integrada por cinco magistrados elegidos por la Junta de Gobierno de entre los que no provengan del Estado denunciante ni del Estado de que sea nacional el acusado (art. 37). Este procedimiento flexible permite tener en cuenta la especialización de cada magistrado. De conformidad con el artículo 37, podrán constituirse y reunirse simultáneamente varias salas para conocer de distintos asuntos, de modo que la Corte en pleno no tendrá que entender en ninguna causa. La Sala resolverá sobre el lugar en que haya de celebrarse el juicio oral y el idioma o los idiomas que se utilizarán en el procedimiento oral y la documentación escrita (arts. 36 y 39). De conformidad con el artículo 38, la Corte apreciará su propia competencia y resolverá sobre las cuestiones de competencia suscitadas por el acusado.

22. La Sala velará asimismo por que el juicio sea imparcial y sin dilaciones y por que sea conducido con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo en cuenta la protección de las víctimas y los testigos (arts. 40 a 46). El Estatuto recoge los derechos del acusado enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y exige el respeto de los principios fundamentales de *nullum crimen sine lege* y *non bis in idem*. La prohibición de un nuevo proceso ante los tribunales nacionales sólo se aplica en los casos en que la Corte haya ejercido efectivamente su jurisdicción y fallado el fondo del asunto. El comentario relativo al artículo 44 recoge las opiniones contradictorias expresadas en el Grupo de Trabajo en relación con los juicios en rebeldía. De conformidad con los artículos 40 y 46, el juicio será público, a menos que la Corte decida otra cosa. En los artículos 47 a 49 se enuncian las atribuciones de la Corte y el procedimiento que ha de aplicarse durante la vista, así como ciertas normas fundamentales sobre el procedimiento y la práctica de la prueba.

23. Al final del juicio, la Sala dictará sentencia en forma escrita que se leerá en audiencia pública (art. 51). Si el acusado es declarado culpable, la Sala debe celebrar una nueva vista para el examen de la cuestión de las penas que corresponda imponer, después de la cual podrá imponer una pena de conformidad con los artículos 52 a 54. Al determinar la duración de una pena privativa de libertad, la Corte debe tener en cuenta la legislación del Estado de que sea nacional el autor del crimen, del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen y del Estado bajo cuya custodia y jurisdicción se halle el acusado (art. 53). Al imponer una pena que corresponda al crimen, la Corte también debe tener en cuenta las circunstancias agravantes o atenuantes, conforme a lo dispuesto en el artículo 54.

24. El título V del proyecto de estatuto (arts. 55 a 57) versa sobre la apelación y la revisión. El penado podrá apelar de la decisión de la Corte por cualquiera de los motivos enunciados en el artículo 55 y podrá también pedir a la Corte que revise su sentencia por haber sobrevenido el conocimiento de un hecho nuevo que haya podido influir de manera decisiva en el fallo (art. 57). Conocerá de las apelaciones una Sala de Apelaciones constituida de conformidad con el artículo 56, pero en principio los recursos de revisión habrán de ser resueltos por la misma Sala que haya dictado la decisión anterior. El Grupo de Trabajo proyecta volver a examinar la cuestión de la medida en que el Fiscal también debe estar facultado para interponer recursos de apelación o revisión.

25. El funcionamiento efectivo del Tribunal dependerá de la cooperación internacional y la asistencia judicial de los Estados, cuestiones que constituyen el objeto del título VI (arts. 58 a 64). Los Estados partes en el Estatuto tienen la obligación de cooperar con el Fiscal y de atender sin dilación indebida toda solicitud o resolución de la Corte. Las solicitudes o resoluciones deben ir acompañadas de una explicación suficiente y de la documentación apropiada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 61. El artículo 63 prevé la entrega del inculcado en tres supuestos diferentes: a) todo Estado parte que haya aceptado la competencia de la Corte en lo concerniente al crimen de que se trate debe adoptar sin demora medidas para la detención de la persona inculpada y su entrega para ponerla

a disposición de la Corte; b) todo Estado parte que sea también parte en el tratado en que se defina el crimen de que se trate pero no haya aceptado la competencia de la Corte debe detener al inculpado y decidir si incoa contra él un proceso penal; y c) todo Estado parte que no sea parte en el tratado pertinente debe examinar si su derecho interno le permite detener y entregar al inculpado. Habrá que dar prioridad a las solicitudes de la Corte sobre las solicitudes de extradición formuladas por otros Estados.

26. De conformidad con el artículo 64, se aplicará el principio de especialidad a las personas entregadas y una limitación análoga a las pruebas presentadas a la Corte, sin perjuicio de la dispensa que pueda otorgar el Estado interesado.

27. Los Estados partes celebrarán prontamente, a petición de cualquiera de ellos, consultas sobre la aplicación o la ejecución de las disposiciones relativas a la asistencia judicial y la cooperación internacional, de conformidad con el artículo 60. Se alienta además a los Estados que no sean partes en el Estatuto a cooperar con la Corte y prestar asistencia judicial de conformidad con el artículo 59.

28. El título VII del proyecto de estatuto (arts. 65 a 67) versa sobre la ejecución de las sentencias y las penas impuestas por la Corte. Los Estados partes en el Estatuto deben reconocer las sentencias de la Corte y darles efecto, así como, en su caso, promulgar las medidas legislativas y administrativas necesarias para ello. Las penas privativas de libertad impuestas por la Corte se cumplirán en un Estado designado por la Corte o, a falta de esa designación, en el Estado en que el Tribunal tenga su sede, y en ambos casos estarán sujetas a la supervisión de la Corte. El Estatuto reconoce la posibilidad de indulto, libertad condicional o conmutación de pena.

29. Incumbe a la Comisión decidir cómo desea examinar el informe del Grupo de Trabajo y cómo recogerlo en el informe de la propia Comisión. El Presidente del Grupo de Trabajo expresa su reconocimiento a todos los miembros del Grupo, en particular al Sr. Crawford, el Sr. Calero Rodrigues, el Sr. Yankov y el Sr. Thiam, Relator Especial, por su cooperación y el enorme trabajo que han realizado.

30. El PRESIDENTE da las gracias al Presidente del Grupo de Trabajo por su lúcida y completa presentación del informe del Grupo. El Sr. Koroma ha sido demasiado modesto acerca de su propia contribución, que indudablemente ha sido decisiva.

31. El Sr. CRAWFORD desea adherirse al homenaje que ha tributado el Presidente al Sr. Koroma. También hay que dar las gracias al Sr. Thiam, el Relator Especial, cuya aceptación sin reservas del método de trabajo ha facilitado grandemente la labor del Grupo; el proyecto de estatuto preparado por el Sr. Thiam contenía muchas ideas que han sido recogidas en el presente proyecto de informe.

32. Como queda poco tiempo en el actual período de sesiones para examinar detalladamente el informe, sería injusto y poco realista esperar que la Comisión aprobase el informe del Grupo de Trabajo en su totalidad como in-

forme de la CDI. De lo que se trata ahora es de obtener las opiniones de la Sexta Comisión sobre las importantes cuestiones contenidas en el informe, que reflejan las cinco decisiones básicas sobre la estructura del estatuto del Tribunal que habían sido aceptadas en principio por la Comisión en 1992⁷. En su próximo período de sesiones, la Comisión podrá perfilar los detalles de esa estructura.

33. Propone que, por ahora, la Comisión se limite a tomar nota del informe y que lo transmita a la Asamblea General para que formule sus observaciones.

34. El Sr. SHI dice que el Grupo de Trabajo ha realizado, bajo la dirección de su Presidente, una excelente labor en un plazo breve, y ha puesto así de manifiesto que la Comisión puede trabajar con gran eficiencia cuando su labor se organiza cuidadosamente y como es debido. El excelente 11.º informe del Relator Especial (A/CN.4/449) y los debates sobre el mismo celebrados en el Pleno han contribuido sobremedida sin duda a facilitar el cometido del Grupo de Trabajo.

35. El artículo 2 del proyecto de estatuto elaborado por el Grupo de Trabajo concierne a la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas. Los corchetes que encierran los dos párrafos del artículo ponen de relieve que existen dos concepciones de esa relación. El 11.º informe del Relator Especial apoya claramente la idea de que el Tribunal debe ser un órgano judicial de las Naciones Unidas, mientras que el informe revisado del Grupo de Trabajo parece inclinarse por alguna forma de asociación pero sin llegar a la condición de órgano judicial. Si bien no tiene personalmente nada que objetar a que el Tribunal sea un órgano judicial de las Naciones Unidas, ese planteamiento podría suscitar varios problemas, ya que quizás necesite la enmienda de la Carta, quizás tropiece con obstáculos políticos por parte de los Estados Miembros y quizás implique que los Estados Miembros pasen a ser *ipso facto* partes en el estatuto del Tribunal. Por eso se inclina a favor del texto del segundo párrafo del artículo 2, que se limita a establecer una relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas.

36. Por lo que respecta a las condiciones que han de reunir los magistrados (art. 6), opina que éstos deben tener experiencia no sólo en derecho penal sino también en derecho internacional, incluidos el derecho humanitario internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, ya que la Corte juzgará a los autores de crímenes en virtud del derecho internacional. El artículo 6, sin embargo, no establece el requisito de que cada uno de los miembros de la Corte tenga experiencia tanto en derecho penal como en derecho internacional y sólo dice que se tendrá «debidamente en cuenta» esa experiencia en la «composición general de la Corte». La Comisión tendrá que examinar con más cuidado este aspecto en su próximo período de sesiones.

37. El artículo 9, relativo a la independencia de los magistrados, parece inspirado en el Artículo 16 del Estatuto de la CIJ, y lo apoya en cuanto al fondo. Habría que ampliar el comentario al artículo 9 para aclarar si es o no admisible que un miembro de la Corte ejerza funciones

⁷ *Ibid.*, pág. 18, párr. 104.

judiciales en un órgano jurisdiccional penal de su propio país.

38. No es evidente la necesidad de que la presidencia de la Corte sea un cargo de dedicación exclusiva. Al principio, los procesos penales incoados ante la Corte serán probablemente poco frecuentes, pero, como dispone el artículo 12, es preciso que el Secretario tenga dedicación exclusiva. No hay nada en el texto del artículo 10 que impida que el Presidente actúe con dedicación exclusiva si así lo requieren las circunstancias.

39. Está de acuerdo con lo indicado en el párrafo 3 del comentario al artículo 13 de que la Fiscalía debe ser independiente en el ejercicio de sus funciones y gozar de autonomía con respecto a la estructura de la Corte. Por eso, el Fiscal y el Fiscal Adjunto no serán elegidos por la Corte. No obstante, quizás sea apropiado que el Fiscal nombre el personal de la Fiscalía en consulta con la Junta de Gobierno de la Corte; a diferencia de algunos miembros del Grupo de Trabajo, opina que esa obligación de consulta podría servir de contrapeso necesario a los posibles prejuicios del Fiscal, garantizando así la independencia e imparcialidad de la Fiscalía.

40. El título II, que trata de la competencia y el derecho aplicable, constituye, como ha reconocido con acierto el Grupo de Trabajo, el núcleo del proyecto de estatuto. Ese título y, en particular, los artículos relativos a la competencia de la Corte serán los que determinen si los Estados aceptan o rechazan la idea de un tribunal penal internacional. Los principios universalmente reconocidos de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* requieren que se definan exactamente los crímenes punibles y las penas correspondientes. Las convenciones mencionadas en el proyecto de estatuto no establecen penas y, por eso, el Grupo de Trabajo ha incluido en el proyecto una disposición a tal efecto.

41. No tiene nada que objetar a la idea de las dos normas de competencia mencionadas en el párrafo 1 del comentario al artículo 22. Se pregunta, sin embargo, si la competencia de la Corte no debería limitarse a los crímenes internacionales más graves, los que destruyen el fundamento mismo de la civilización, o sea, los crímenes enumerados en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La Comisión debería estudiar a fondo esta cuestión en el próximo período de sesiones. Personalmente duda que sea acertado hacer extensiva la competencia de la Corte a crímenes que no sean los más graves. Los Estados tienden a mostrarse muy poco dispuestos a renunciar a su jurisdicción penal y es sólo en relación con crímenes internacionales graves, con respecto a los cuales la acción individual de los Estados casi no tiene utilidad, que los Estados quizás estén dispuestos a aceptar la competencia de un tribunal penal internacional. En su opinión, la competencia de la Corte debe limitarse, al menos por ahora, a los crímenes enumerados en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, lo que contribuirá también a hacer del código un instrumento jurídico significativo.

42. La variante A del artículo 23 recoge la opinión, sostenida por muchos miembros de la Comisión, de que el hecho de ser parte en el estatuto no significa que el Estado acepte *ipso facto* la competencia de la Corte; a te-

nor de la variante A, un Estado parte podría, mediante una declaración, aceptar la competencia de la Corte respecto de uno o varios de los crímenes enumerados en el artículo 22. Por otra parte, conviene en que la condición de parte en el estatuto de la Corte sería más significativa si esa condición confiriese automáticamente competencia a la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22, conforme a lo dispuesto en las variantes B y C. No obstante, la variante A es la fórmula más realista y probablemente la que inducirá a los Estados a adquirir la condición de parte en el estatuto, mientras que las variantes B o C quizás disuadan a los Estados de hacerlo. Actualmente, la aceptación por los Estados debe prevalecer sobre cualquier otra consideración.

43. El artículo 24 define cuáles son los Estados que han de consentir en que la Corte ejerza su jurisdicción en relación con los crímenes enumerados en el artículo 22. Se da preeminencia al consentimiento del Estado en cuyo territorio se halle el presunto culpable. El consentimiento del Estado de que sea nacional el presunto culpable o del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen no es siempre necesario; la Corte podrá intervenir con la máxima eficacia con respecto a los inculcados que hayan sido efectivamente puestos a su disposición y, por consiguiente, la competencia debe vincularse a un procedimiento que generalmente garantice la entrega de los presuntos culpables a la Corte. Por otra parte, el ejercicio de la acción penal y un juicio justo serían imposibles sin una instrucción adecuada, que a menudo requiere la cooperación estrecha del Estado de que es nacional el presunto culpable o del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen. Convendría no pasar por alto la importancia de la aceptación de la competencia de la Corte por los Estados de esas dos categorías y, de hecho, el proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional de 1953⁸ incluía una disposición especial a tal efecto. Por otra parte, el Relator Especial ha apoyado ese planteamiento en su informe. Se trata de una cuestión compleja que merece un examen más atento.

44. Es necesario examinar cuidadosamente la cuestión de si las organizaciones internacionales deben tener derecho a someter asuntos a la Corte. Con prudencia y realismo, el artículo 25 se limita a establecer la posibilidad de que el Consejo de Seguridad someta asuntos a la Corte, según establece expresamente el artículo 29. Esos dos artículos tienen la ventaja de permitir que el Consejo de Seguridad no se vea en la necesidad de establecer un tribunal *ad hoc* en el futuro.

45. El artículo 27, que trata de la imputación de un acto de agresión, está en consonancia con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, que contiene la Definición de la Agresión. El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado provisionalmente en primera lectura en el 43.º período de sesiones⁹, incluye una disposición que es similar al artículo 27.

⁸ Véase *Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional* (1953), 27 de julio-20 de agosto de 1953 [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/2645)], anexo.

⁹ Véase nota 1 *supra*.

46. Con respecto al artículo 30, que trata de la instrucción y la petición de procesamiento, conviene en que los derechos del acusado durante el juicio oral no tendrían ningún sentido si no se respetaran los derechos del presunto culpable durante la instrucción. Además, como los derechos del presunto culpable y los del acusado difieren en algunos aspectos, es importante incluir disposiciones separadas sobre ellos. La Comisión tiene que reexaminar la última frase del párrafo 1 del artículo 30, que dispone que la Junta de Gobierno, a petición del Estado denunciante o del Consejo de Seguridad, estará facultada para revisar la decisión del Fiscal de no ejercitar la acción penal. Algunos miembros del Grupo de Trabajo opinaron, como era su derecho, que tal disposición podría poner en peligro la independencia del Fiscal. Por su parte, el orador no tiene todavía un criterio definitivo a este respecto.

47. En el párrafo 4 del comentario al artículo 37, el Grupo de Trabajo invita a la Comisión y la Asamblea General a que formulen observaciones sobre la manera como habrían de elegirse los miembros de las Salas de la Corte. Si bien el artículo no establece ninguna disposición expresa a este respecto, el comentario ofrece tres variantes: elección de los magistrados por la Junta de Gobierno, elección basada en el principio de rotación y elección basada en criterios objetivos enunciados en el reglamento de la Corte. En su opinión, los métodos segundo y tercero son los que merecen ser estudiados, ya que el primero es demasiado subjetivo. Al examinar esta cuestión, la Comisión debería tener presentes los métodos empleados por la CIJ para la elección de los magistrados.

48. El artículo 38 trata de la impugnación de la competencia de la Corte por los Estados partes y por el acusado. En su opinión, para evitar toda injerencia innecesaria en el funcionamiento normal de la Corte, el derecho a promover cuestiones de competencia debería otorgarse sólo a los Estados que tienen un interés directo en un asunto determinado, aunque ese derecho pueda teóricamente otorgarse a otros Estados, por ejemplo, todos los Estados partes en el estatuto. En realidad, sería muy raro que un Estado que no estuviera directamente interesado en un asunto impugnara la competencia de la Corte; en tales casos, el acusado probablemente impugnaría también la competencia de la Corte. Es, pues, de la máxima importancia que el acusado tenga garantizado el derecho a impugnar, no sólo la competencia de la Corte en cualquier fase del proceso, sino también esa competencia y el fundamento de su procesamiento en la fase de instrucción sumarial. Para garantizar la imparcialidad, esas cuestiones de competencia no deben ser resueltas por la Junta de Gobierno sino por una sala constituida en la fase de instrucción. Difícilmente puede apoyar la idea de que la estructura institucional restringida de la Corte impide que ésta pueda permitirse, desde el punto de vista financiero, la tramitación como incidente de las cuestiones de competencia suscitadas durante la fase de instrucción. Las consideraciones de orden financiero, aunque ciertamente importantes, no deben redundar en perjuicio de la imparcialidad de la Corte ni de los derechos del acusado.

49. El artículo 40, que trata del derecho a un juicio imparcial, hace hincapié en la necesidad de velar debidamente por la protección de víctimas y testigos. A este

respecto, se pregunta si este artículo no debería referirse explícitamente a la inmunidad de los testigos respecto de la persecución procesal penal por cualquier testimonio inculpatario sobre cualquier conducta en la que se hallen ellos mismos implicados, como establecen las leyes de algunos Estados. El artículo 44 recoge, con la excepción de la disposición relativa a los juicios en rebeldía, los derechos fundamentales del acusado enunciados en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El orador ha sostenido siempre que el derecho a estar presente en el juicio es un derecho fundamental del acusado, pero últimamente está empezando a cambiar de opinión a este respecto. La incomparecencia del acusado puede ser una tentativa deliberada de eludir la justicia y también quizás el resultado de la negativa del Estado interesado a entregar al acusado, lo que se aplica especialmente en los supuestos de agresión en que órganos de alto nivel del Estado son responsables penalmente. Exigir que el presunto culpable esté presente en esas circunstancias significa, bien que el acusado tendrá que ser obligado a comparecer ante la Corte mediante el uso de la fuerza armada contra el Estado interesado, por orden del Consejo de Seguridad, lo que indudablemente daría lugar a que se causaran daños a víctimas inocentes, o bien que no pueda celebrarse en absoluto el juicio, lo que daría lugar a una pérdida de autoridad y prestigio del sistema internacional de justicia criminal. Además, los juicios en rebeldía pueden tener efectos disuasorios. Por esta y otras razones que se enuncian en el párrafo 3 del comentario al artículo 44 opina que la Comisión debería estudiar atentamente las ventajas e inconvenientes de los juicios en rebeldía. Tales juicios, por supuesto, darían lugar a una sentencia provisional y, si el procesado compareciese posteriormente ante la Corte, se reabrirla la causa y se celebraría un nuevo juicio.

50. En cuanto al principio *non bis in idem* (art. 45), está de acuerdo con la posición adoptada por el Grupo de Trabajo de que no debe permitirse que la Corte vuelva a examinar en segunda instancia los procesos sustanciados ante los tribunales nacionales, pues tal reexamen constituiría una invasión de la soberanía del Estado. Las cuestiones relativas a la práctica de la prueba son muy complejas pero el estatuto debería, no obstante, incluir algunas disposiciones básicas; las disposiciones del artículo 48 representan el mínimo posible en esta materia. Se felicita, en especial, de la disposición sobre la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas directa o indirectamente por medios ilegales.

51. En lo que concierne a la sentencia, el artículo 51 no incluye ninguna disposición sobre la posibilidad de voto particular concurrente o disconforme, aunque, en las sentencias en que se declare culpable al acusado, las opiniones expresadas en un voto particular pueden ser muy importantes para éste a los efectos de apelación de la condena. Por otra parte, un voto particular disconforme en caso de sentencia absolutoria puede tener efectos devastadores para el equilibrio psicológico de la persona absuelta y para su vida y carrera en la sociedad. En definitiva, el Grupo de Trabajo ha estado acertado en su decisión.

52. En lo que se refiere a las penas aplicables, el principio de *nulla poena sine lege* exige que el estatuto establezca por lo menos una escala general de penas de pri-

vacación de libertad por los crímenes enumerados. El párrafo 1 del artículo 53 trata de cumplir los requisitos de ese importante principio de derecho penal. Sin embargo, para velar por la uniformidad de las penas aplicables por los mismos crímenes, la Corte debería determinar el castigo apropiado en cada caso sin tener en cuenta las penas establecidas en la legislación nacional de los Estados indicados en el párrafo 2 del artículo 53, a pesar de que el comentario aclara que la Corte tiene la posibilidad de tomar en consideración la legislación nacional pertinente de esos Estados, pero no está obligada a aplicar la de ninguno de ellos.

53. En materia de apelación y revisión, comparte la preocupación expresada por algunos miembros del Grupo de Trabajo ante la posibilidad de permitir al Fiscal apelar contra una decisión de la Corte, especialmente si ésta es absolutoria. Para garantizar un juicio imparcial, sin embargo, deberían admitirse excepciones en casos muy limitados a fin de que el Fiscal pueda apelar de una decisión de la Corte como se indica en el párrafo 3 del comentario al artículo 55. No aprueba la idea de una Sala de Apelaciones. Como los asuntos son juzgados por Salas de la Corte, de las apelaciones debería conocer la Corte en pleno, excepto los magistrados que hubieran participado en la sentencia impugnada de la Sala que hubiera conocido del asunto en primera instancia.

54. Por último, opina que el proyecto de estatuto, que tiene carácter preliminar, constituye un logro notable y servirá de útil base para la continuación de los trabajos sobre el tema.

55. El Sr. YANKOV propone que se incluya en el informe de la Comisión el texto siguiente:

«La Comisión estimó que el informe del Grupo de Trabajo suponía un avance considerable con respecto al del año anterior sobre el mismo tema, presentado a la Asamblea General en su cuadragésimo séptimo período de sesiones, en 1992. El informe actual hacía hincapié en la elaboración de un proyecto de artículos amplio y sistemático, con breves comentarios. Aunque la Comisión no pudo examinar en el actual período de sesiones los artículos propuestos y proceder a su adopción estimó que, en principio, el proyecto de artículos ofrecía una base para el examen por la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones.

»La Comisión acogerá con agrado las observaciones de la Asamblea General y los Estados Miembros sobre las cuestiones concretas y sobre el proyecto de artículos en su totalidad. Esas observaciones servirían ciertamente para orientar los trabajos ulteriores de la Comisión con vistas a terminar la elaboración del proyecto de estatuto en su 46.º período de sesiones, en 1994, como estaba previsto en su plan de trabajo.»

56. Después de las palabras «cuestiones concretas», al comienzo del segundo párrafo, figurará una llamada que remitirá a la siguiente nota de pie de página: «Véase la lista de artículos concretos del proyecto respecto de los cuales la Comisión solicita a la Asamblea General y los Estados Miembros que formulen observaciones».

57. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que examine las propuestas de procedimiento hechas por el Sr. Crawford y el Sr. Yankov.

58. El Sr. CRAWFORD dice que las dos propuestas no difieren en principio y que podrían muy bien refundirse. Señala que la propuesta del Sr. Yankov implica que el informe del Grupo de Trabajo se adjunte con el informe de la propia Comisión relativo al presente período de sesiones.

59. El Sr. BENNOUNA dice que el excelente informe que se examina puede ser transmitido a la Asamblea General, con la fórmula propuesta por el Sr. Yankov, que apoya sin reservas. Si tiene éxito, contribuirá a suplir una carencia del derecho internacional en el mundo de hoy, esto es, la falta de un tribunal penal internacional que permita salir de ciertos atolladeros en las relaciones internacionales. El proyecto ofrece un tribunal hecho a la medida a los Estados que, por el motivo que sea, no consiguen resolver ciertas cuestiones que surgen en sus relaciones mutuas.

60. Con algunas reservas, puede apoyar el proyecto, cuyo elemento esencial se encuentra en el título I, en el que se inclina firmemente por la segunda variante del artículo 2 (De la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas). Considera preferible la fórmula «La relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas es...» porque el Tribunal no puede ser «un órgano judicial de las Naciones Unidas». Un órgano de las Naciones Unidas no puede crear por medio de una resolución un «órgano judicial de las Naciones Unidas».

61. En lo que se refiere al artículo 9, habría que estudiar más atentamente el problema de cómo garantizar la independencia de los magistrados cuando éstos no desempeñan sus funciones con carácter permanente. La cuestión guarda relación, en particular, con las disposiciones del artículo 17 (De los estipendios y gastos). La fórmula propuesta en lo que concierne a la relación entre el estatuto y el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y con la lista de crímenes, es aceptable provisionalmente, pero habrá que examinar la cuestión más a fondo puesto que el estatuto de la Corte se separa del código de crímenes y se convierte en un instrumento autónomo. Además, la cuestión tendrá que examinarse en relación con los trabajos sobre la responsabilidad de los Estados en el próximo período de sesiones, con especial referencia al artículo 19 de la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados¹⁰ y la distinción entre crímenes y delitos, distinción que no figura en el estatuto de la Corte. Formula, por consiguiente, una reserva con respecto a este punto.

62. En relación con el artículo 25 (De los asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad), está en total desacuerdo con la idea de implicar al Consejo de Seguridad con el Tribunal. El Consejo de Seguridad es un órgano político y sus características le impiden injerirse en la labor de un órgano judicial. Por ejemplo, los nacionales de Estados que poseen el derecho de veto en

¹⁰ Para el texto de los artículos 1 a 35 de la primera parte aprobados provisionalmente en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 32.

el Consejo de Seguridad o las personas protegidas por uno de esos Estados no serían nunca inculpadas. El Consejo de Seguridad, como órgano político, adopta medidas políticas para el mantenimiento de la paz y no medidas judiciales. En realidad, en interés del propio Consejo de Seguridad, debe respetarse su carácter político.

63. El Sr. GÜNEY no se propone entrar en los detalles, ya que ha sido miembro del Grupo de Trabajo y algunas de sus opiniones, aunque no todas, se han tenido en cuenta en el informe.

64. Apoya sin reservas las propuestas de procedimientos hechas por el Sr. Crawford y el Sr. Yankov tendientes a que la Comisión tome nota del informe del Grupo de Trabajo. Hay que señalar que el informe sigue fielmente las directrices adoptadas en el período de sesiones anterior y también que la Comisión tiene que completar sus trabajos sobre el Tribunal en su próximo período de sesiones.

65. El Sr. PELLET dice que el proyecto de estatuto tiene el mérito de la coherencia aunque, por supuesto, no puede aceptarse en su forma actual. Esto no es en sí importante porque la Comisión no tiene que aprobar ahora el estatuto. Está de acuerdo con la propuesta de que la Comisión tome nota de él.

66. Sin embargo, tiene algunas observaciones que hacer sobre diversos puntos que le preocupan. Desea señalar, como cuestión terminológica, que en la versión francesa se utiliza el término «*cour*» donde habría que utilizar el término «*tribunal*», y viceversa. Hay que corregir esa confusión terminológica.

67. Se ha elogiado la flexibilidad del estatuto en lo que concierne al régimen interno de la Corte pero, en su opinión, no es bastante flexible y habrá que seguir trabajando en esa dirección.

68. Con respecto al artículo 22 (De la lista de los crímenes definidos por tratados), no le satisfacen las explicaciones que figuran en el párrafo 1 del comentario, y las explicaciones que ha dado el Presidente del Grupo de Trabajo no han servido tampoco para aclararle más ese aspecto. A su juicio, hay que distinguir dos conceptos: por una parte, los crímenes internacionales y, por otra, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sólo los crímenes internacionales pueden ser juzgados en el plano internacional. Seguramente la Corte es competente para juzgar los crímenes más graves, es decir, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

69. El Tribunal Penal Internacional no constituye un foro adecuado para enjuiciar indiscriminada y conjuntamente todos los crímenes internacionales. Así pues, en lo que concierne a los crímenes relacionados con los estupefacientes, la labor es muy especializada y, además, se plantearía un problema cuantitativo. Tales crímenes pueden dar lugar a un gran número de casos, mientras que los casos de agresión, que plantean problemas muy difíciles, serán en cambio poco numerosos. El enjuiciamiento por medio de salas no constituye una solución adecuada. El apartado *b* del párrafo 2 del artículo 26 trata de resolver la cuestión con ayuda del criterio muy subjetivo de «crimen excepcionalmente grave», criterio que tam-

bién se aplica a otras infracciones penales. La fórmula no tiene prácticamente ningún sentido. Es acérrimo partidario del establecimiento de un tribunal internacional para enjuiciar los crímenes relacionados con los estupefacientes, pero la solución que el Grupo de Trabajo quiere dar al problema de esos crímenes no es la adecuada.

70. El artículo 22 constituye un gran paso atrás en otro aspecto. Cree firmemente que, en 1993, es un error dar primacía a los tratados en la definición de los crímenes internacionales. El crimen de genocidio, por ejemplo, existe con independencia de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948. Ya en 1945, los crímenes internacionales fueron considerados punibles independientemente de su definición por tratado.

71. A este respecto, la referencia en el párrafo 1 del artículo 26 a «otros crímenes internacionales no comprendidos en el artículo 22» y la distinción que se hace en relación con los Estados que no son partes en tratados que establecen un crimen internacional suscitan una grave dificultad. El comentario al artículo 26 es insuficiente sobre este punto. La posición correcta es sin duda que la costumbre internacional constituye la esencia del derecho en materia de crímenes internacionales. La cuestión, por ejemplo, de si un Estado determinado ha firmado o no la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio es indiferente a los efectos de determinar si ese Estado ha cometido el crimen de genocidio, que es punible en virtud del derecho internacional consuetudinario.

72. Abriga ciertas reservas con respecto al artículo 28 (Del derecho aplicable), que ofrece poca o ninguna orientación acerca de la función respectiva de los tratados, la costumbre internacional, las normas y principios del derecho internacional general y, en especial, el derecho nacional. Es necesaria mayor precisión en estas cuestiones. Los artículos 25 y 27 introducen una útil idea sobre el papel del Consejo de Seguridad, que aprueba. No obstante, es necesario especificar que la Corte está obligada por la Definición de la Agresión aprobada por la Asamblea General, aspecto que no aclaran el artículo 27 ni el comentario correspondiente.

73. Se felicita de la posición que ha adoptado el Grupo de Trabajo sobre la celebración de juicios en rebeldía, tal como se desprende del apartado *h* del párrafo 1 del artículo 44 (De los derechos del acusado). Esta disposición está basada, por supuesto, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A este respecto, señala que ese artículo del Pacto es objeto de una interpretación equivocada en el informe del Secretario General publicado de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad¹¹, cuando se dice que el artículo 14 prohíbe los juicios en rebeldía. En realidad, dicho artículo se limita a enunciar el derecho del acusado a hallarse presente en el juicio, pero no excluye la posibilidad de un juicio en rebeldía en caso de ausencia deliberada. El comentario debería señalar ese error de interpretación.

¹¹ Documento S/25704 y Corr.1 y Add.1.

74. Aunque la reacción que le inspira la labor del Grupo de Trabajo es, en conjunto, positiva, entiende que la Comisión está muy lejos de haber llegado a un consenso sobre algunos puntos importantes. Por consiguiente, la mejor línea de conducta sería que la CDI tomase nota del informe del Grupo de Trabajo y solicitase las opiniones de la Sexta Comisión sobre la materia. El texto propuesto por el Sr. Yankov, con el que está de acuerdo, debería incluirse en el informe de la CDI a la Asamblea General. Además, si pudiera llegarse antes del final del período de sesiones a un acuerdo sobre una lista de las principales cuestiones sobre las que la Comisión desearía conocer las observaciones de la Asamblea General, debería indicarse así en una nota de pie de página. Personalmente le gustaría que se incluyeran en esa lista las cuestiones del derecho aplicable, la definición de los crímenes y el juicio en rebeldía.

75. Su manera de abordar la cuestión de procedimiento es más vigorosa que la del Sr. Crawford. Su propuesta sería que la CDI examinase párrafo por párrafo en su 46.º período de sesiones el informe del Grupo de Trabajo teniendo en cuenta las reacciones de la Sexta Comisión y que sólo después se devolviese el informe al Grupo de Trabajo para que elaborase un informe definitivo para someterlo a la consideración de la CDI.

76. El Sr. TOMUSCHAT felicita al Relator Especial y a los Presidentes del Grupo de Trabajo y sus tres subgrupos por la inestimable labor que han realizado y dice que, aunque su principal interés está en que se apruebe lo antes posible el estatuto del tribunal propuesto, sería lamentable que finalmente pudiera inferirse de las intervenciones de los miembros que la Comisión no está de acuerdo sobre el fondo de los artículos. Estima, pues, que la propuesta del Sr. Yankov, a la que da su apoyo, debe ser aprobada, aunque quizás en forma algo diferente. No se dispone, desde luego, de tiempo suficiente para examinar todos los artículos párrafo por párrafo.

77. El Grupo de Trabajo ha adoptado un planteamiento prudente, en consonancia con lo que se había decidido en el período de sesiones anterior de la Comisión. Sin embargo, los Estados tendrán que ratificar primero el estatuto y aceptar después la competencia de la Corte. Esto será un proceso lento y difícil y cabe que el estatuto quede, no sólo durante años, sino incluso durante decenios, como letra muerta. Por eso, tal vez convendría reflexionar sobre la posibilidad de incluir una disposición sobre un tribunal penal internacional en la Carta de las Naciones Unidas, lo que quizás podría hacerse en el contexto de la actual revisión de la Carta. Tal vez convendría también indicar, ya en la propuesta del Sr. Yankov, ya en el informe mismo, que una enmienda de la Carta es perfectamente viable.

78. El Sr. Pellet ha sostenido que, en virtud del derecho consuetudinario positivo, hay ahora, y ello desde 1945, una serie de crímenes que son punibles. A este respecto, el proyecto de estatuto ofrece dos opciones, una en virtud del artículo 22 (De la lista de los crímenes definidos por tratados) y otra en virtud del artículo 26 (De la aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22). Si se concede prioridad a los crímenes punibles a tenor de convenciones internacionales, se da primacía al derecho

escrito que, en materia penal, ocupa un lugar especial. Será siempre un tanto discutible castigar a alguien sobre la base del derecho consuetudinario exclusivamente. En realidad, en 1945 se impugnó globalmente ese planteamiento y, después, surgió la cuestión de si la experiencia de Nuremberg había sido realmente válida. Desde la época de los tribunales de Nuremberg y Tokio no ha habido otra práctica, por lo que hay abundantes motivos para dudar que los principios de Nuremberg tengan carácter de derecho positivo. Esta es la razón por la cual se hace remisión ante todo al derecho escrito, cosa especialmente legítima en materia penal.

79. Aunque está de acuerdo en general con las soluciones a que ha llegado el Grupo de Trabajo, discrepa totalmente del artículo 67, que concede cierta importancia al Estado en que se cumple la pena privativa de libertad. A su juicio, el derecho de ese Estado no debe influir en una pena impuesta por un tribunal internacional.

80. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice, en relación con las observaciones del Sr. Pellet, que él mismo se había referido al principio a la cuestión terminológica al señalar que una corte no podía ser colocada en una posición inferior a la de un tribunal. Este punto fue largamente debatido, pero el Grupo de Trabajo opinó que era necesario sobre todo definir los términos empleados, como sin duda tendrá que hacer finalmente la Comisión.

81. Está de acuerdo con el Sr. Pellet en lo que concierne a la cuestión del tráfico de estupefacientes y, de hecho, en el Grupo de Trabajo dijo que era absurdo que, al mismo tiempo que la Comisión pedía que se crease un tribunal para reprimir el tráfico de estupefacientes, el proyecto de estatuto apenas mencionase esa cuestión.

82. Las cuestiones de los principios generales y la costumbre fueron planteadas en su primer informe¹², y fueron debatidas aunque nunca se llegó a un acuerdo general sobre ellas. Por consiguiente, en el próximo período de sesiones habría que tratar de llegar a un acuerdo, en especial con respecto al derecho aplicable. Evidentemente no es posible hacer caso omiso de los principios generales del derecho, ni tampoco de la costumbre, y en realidad había incluido ese concepto entre corchetes para suscitar un mayor debate sobre la cuestión.

83. Conviene en que el informe del Grupo de Trabajo no puede discutirse en detalle tan tarde en el período de sesiones. Pero en su próximo período de sesiones la Comisión debería empezar por un debate sobre las cuestiones más importantes que se plantean y crear luego un grupo de trabajo para examinar toda la materia a la luz de ese debate.

84. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que la clara propuesta del Sr. Yankov facilitaría la presentación a la Sexta Comisión del informe del Grupo de Trabajo y permitiría así a la CDI beneficiarse de las utilísimas observaciones de los Estados Miembros.

85. El informe del Grupo de Trabajo no contiene nada nuevo. Todo fue debatido en el período de sesiones ante-

¹² *Anuario...* 1983, vol. II (primera parte), pág. 147, documento A/CN.4/364.

rior. Se establecieron los parámetros del estatuto de un tribunal y se llegó a un acuerdo sobre su posible estructura. La Asamblea General, consultada sobre las cuestiones acerca de las cuales se estimó necesario que proporcionara orientaciones, expresó su satisfacción. En el actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo ha dispuesto también de diversos documentos del Consejo de Seguridad y ha examinado además las aportaciones de distinguidos juristas. No se le ocultan, pues, los límites a que está sujeto y es consciente del material de que dispone.

86. Deplora, sin embargo, que algunos miembros de la Comisión, que han estado ausentes de Ginebra, no hayan aportado su contribución, en especial sobre la cuestión del tráfico de estupefacientes. A este respecto, los países de América Latina tienen planteado un problema porque la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 1988, impone a los Estados la obligación de incorporar penas a su derecho interno. Teniendo en cuenta la máxima *nulla poena sine lege*, los países latinoamericanos no pueden aplicar penas que no estén ya previstas en su legislación. Por consiguiente, es importante para ellos poder basarse en las penas establecidas en el derecho positivo. Este problema requiere solución.

87. La mayoría de los miembros de la Comisión han participado en la labor del Grupo de Trabajo y están satisfechos con su informe. Estiman que el informe debe transmitirse a la Asamblea General a fin de que la Comisión pueda tener en cuenta las observaciones de la Asamblea y proseguir su labor sobre esta materia. Como miembro del Grupo de Trabajo, apoya la propuesta del Sr. Yankov.

88. El PRESIDENTE dice que la Comisión quizás desee ahora adoptar una decisión sobre la propuesta del Sr. Crawford, ampliada por la propuesta del Sr. Yankov. Los miembros que deseen hacer declaraciones de fondo sobre otros aspectos del informe podrán hacerlo más adelante. Por consiguiente, propone que la Comisión tome nota del informe del Grupo de Trabajo, lo incluya íntegramente en un anexo del informe de la Comisión a la Asamblea General e incluya en este último informe el párrafo propuesto por el Sr. Yankov.

89. El Sr. CRAWFORD está de acuerdo con la sugerencia del Sr. Pellet sobre el procedimiento. En cuanto a la propuesta del Sr. Yankov, propone que, en la última frase del primer párrafo, se sustituyan en la versión inglesa las palabras «*grounds for their examination*» por «*a basis for examination*».

90. El Sr. KOROMA propone, también en relación con la propuesta del Sr. Yankov, que al comienzo de la última frase del primer párrafo se inserte la palabra «detenidamente» entre «examinar» y «en el actual período de sesiones».

91. El Sr. ROSENSTOCK acepta el procedimiento sugerido por el Presidente y también la propuesta del Sr. Yankov, con tal que se llegue a un acuerdo sobre la nota de pie de página concerniente a la lista de cuestiones concretas que debe incluirse en relación con esa propuesta.

92. El Sr. PELLET dice que también puede aceptar la sugerencia del Presidente, a condición de que los miembros puedan intervenir sobre los aspectos de fondo del informe más adelante. Queda en pie, sin embargo, la cuestión de la nota correspondiente a la propuesta del Sr. Yankov. Es importante, a su juicio, enumerar las principales cuestiones que han de señalarse a la atención de la Sexta Comisión. Ahora bien, los miembros que deseen hacer propuestas a este respecto deberían hacerlo lo más rápidamente posible, a fin de que puedan incluirse en el informe.

93. El Sr. YANKOV está de acuerdo con el Sr. Pellet acerca de la necesidad de enumerar las cuestiones principales.

94. El Sr. VERESHCHETIN apoya la propuesta del Sr. Yankov, en su forma enmendada, pero duda que haya tiempo suficiente para preparar una lista de cuestiones para señalarlas a la atención de la Asamblea General. Sea como sea, el Grupo de Trabajo ha señalado ya algunas cuestiones en los comentarios. Propone, por consiguiente, que no se incluya la nota y que se deje a los miembros de la Asamblea General decidir por sí mismos lo que es importante o no.

95. Aunque está totalmente de acuerdo en que la Comisión celebre un debate en el próximo período de sesiones sobre el informe del Grupo de Trabajo, no debería, a su juicio, abrir un nuevo debate general, sino utilizar el informe como base para hacer propuestas de redacción concretas a fin de resolver rápidamente la cuestión.

96. El Sr. BENNOUNA no cree que la Comisión tenga tiempo para ponerse de acuerdo sobre una lista de cuestiones especiales antes del final del período de sesiones, pues ello daría lugar a un debate de fondo. Por eso apoya la propuesta del Sr. Vereshchetin de suprimir la nota.

97. El Sr. MAHIOU dice que, en lo que respecta a la cuestión de la lista de cuestiones especiales, no hay necesidad de añadir nada a las tres claras indicaciones que ya proporciona el informe del Grupo de Trabajo: en primer lugar, los diversos aspectos sobre los cuales se solicitan las observaciones de la Asamblea General figuran entre corchetes en el informe; en segundolugar, en ciertos casos, como en el del artículo 23, se ofrecen varias opciones, y corresponderá a la Asamblea General determinar cuál es la preferida; y, en tercer lugar, el propio Grupo de Trabajo ha solicitado la opinión de la Asamblea General sobre ciertas cuestiones, como el artículo 11, relativo a la recusación de los magistrados.

98. No obstante, hay dos cuestiones muy importantes acerca de las cuales la CDI quizás estime conveniente expresar su deseo de conocer las reacciones de la Sexta Comisión: la lista de crímenes, a que se refiere el artículo 22, y la cuestión de la competencia, regulada en los artículos 23 a 26.

99. El Sr. KUSUMA-ATMADJA, apoyado por el Sr. KOROMA, dice que las palabras «y proceder a su adopción», en el primer párrafo de la propuesta del Sr. Yankov, no son realmente necesarias. Propone, pues, que se supriman.

100. El PRESIDENTE sugiere que la Comisión tome nota del informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y acuerde incluir el informe íntegro en un anexo del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones. Propone además que el texto propuesto por el Sr. Yankov, y enmendado por el Sr. Crawford, el Sr. Koroma, el Sr. Kusuma-Atmadja y el Sr. Vereshchetin, se incluya en el informe de la Comisión a la Asamblea General.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 18.10 horas.

2326.^a SESIÓN

Jueves 22 de julio de 1993, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (conclusión) (A/CN.4/446, secc. B, A/CN.4/448 y Add.1², A/CN.4/449³, A/CN.4/452 y Add.1 a 3⁴, A/CN.4/L.488 y Add.1 a 4, A/CN.4/L.490 y Add.1)

[Tema 3 del programa]

INFORME REVISADO DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE
UN PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL
PENAL INTERNACIONAL (conclusión)

1. El Sr. FOMBA dice que el informe del Grupo de Trabajo demuestra un auténtico deseo de establecer un equilibrio global entre la exigencia de rigor del derecho penal y la de flexibilidad del imperativo político. Considera el informe satisfactorio en general y no discrepa considerablemente de las posiciones de consenso a que ha llegado el Grupo de Trabajo sobre las cuestiones fun-

damentales. Ello no es óbice para que su parecer sobre cuestiones determinadas pueda a veces ser diferente o menos tajante como, por ejemplo, en lo que concierne a la cuestión del «juicio en rebeldía», solución de la que es partidario desde un punto de vista doctrinal por su efecto disuasorio, o también la elección entre el sistema llamado de «aceptación» y el denominado de «exclusión» con respecto a la aceptación por los Estados de la competencia de la Corte; personalmente prefiere el segundo, ya que confiere mayor coherencia y rigor jurídico al mecanismo de la Corte, pero no se le oculta que el Grupo de Trabajo, al tener que optar entre lo deseable y lo posible, ha elegido una solución que refleja mejor la base consensual de la competencia de la Corte y que se caracteriza por su flexibilidad.

2. El orador se reserva el derecho a intervenir sobre otros aspectos en el 46.º período de sesiones, aunque teniendo en cuenta la reserva formulada entre otros por el Sr. Bennouna y el Sr. Vereshchetin con respecto a la utilidad de otro debate general sobre la cuestión.

3. El Sr. VERESHCHETIN desea hacer algunas aclaraciones sobre una cuestión que no es, ni mucho menos, la más importante, pero que ha sido mencionada, en particular, por el Sr. Pellet, a saber: las razones por las que el Grupo de Trabajo ha decidido llamar «Tribunal» y no «Corte» el mecanismo jurisdiccional previsto.

4. El Grupo de Trabajo se ha visto en un dilema para escoger los términos que había que utilizar para designar la entidad compuesta por la Fiscalía, los magistrados y la Secretaría, por una parte, y el órgano juzgador, por otra.

5. El problema estribaba en que, en los distintos idiomas, se utilizaban términos diferentes para designar el tribunal de primera instancia. El Sr. Thiam señaló, por ejemplo, que en el sistema francés se empleaba el término «tribunal» para designar el órgano jurisdiccional de primera instancia. En Rusia, y en otros países, el término «tribunal» está reservado exclusivamente a los tribunales militares. No había, pues, unanimidad sobre un término concreto, a causa, en especial, de las disparidades entre los sistemas jurídicos, y ha sido preciso, para elegir, tener en cuenta varios otros factores. El primero, que no es ni mucho menos el más importante, era la necesidad de distinguir el futuro mecanismo jurisdiccional de la CIJ de La Haya. Emplear el mismo término para los dos órganos jurisdiccionales podía dar pie a una constante confusión en la mente, no sólo de los estudiantes, sino también de todos aquellos que, posteriormente, trataran de distinguir los procedimientos de uno u otro órgano. El segundo factor era la tradición, bien arraigada desde la época del Tribunal de Nuremberg y que ha continuado con el órgano jurisdiccional creado por el Consejo de Seguridad en relación con la situación en la ex Yugoslavia, que también ha sido calificado de tribunal. Al adoptar el término «tribunal» se mantenía, pues, cierta tradición según la cual ese término designa un órgano jurisdiccional destinado a juzgar personas y no Estados.

6. El tercer factor era la falta de coincidencia, ya mencionada, en cuanto a la utilización de uno u otro término en los distintos sistemas jurídicos. Por eso, el Grupo de Trabajo ha adoptado la solución que, sin ser quizás la más feliz, parece la mejor habida cuenta de las circunstancias: llamar «Tribunal» a la entidad y reservar el tér-

¹ Para el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

² Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

mino «Corte» al elemento constitutivo que ha de ejercer la función juzgadora.

7. Convenía, en su opinión, recordar estos argumentos, ya que se trata de un aspecto que puede dar lugar a equívoco; el Presidente, o la persona que deba presentar el resultado de la labor del Grupo de Trabajo en la Sexta Comisión, deberá exponerlos.

8. El Sr. RAZAFINDRALAMBO expresa, en su calidad de miembro del Grupo de Trabajo, su acuerdo con el conjunto del proyecto de estatuto. No obstante, como no pudo asistir a las primeras sesiones del Grupo durante las cuales se aprobó la primera parte del estatuto, desea formular algunas reservas con respecto, en especial, a las disposiciones relativas a la condición jurídica del Tribunal (art. 4) y a la independencia de los magistrados (art. 9). En relación con esos dos aspectos, el estatuto propuesto por el Grupo de Trabajo no responde, a su juicio, a los criterios fundamentales de permanencia y estabilidad del tribunal ni a los de independencia, imparcialidad e igualdad de los magistrados.

9. En primer lugar, ninguno de los órganos del mecanismo jurisdiccional propuesto funciona de manera permanente. Sólo son permanentes la sede y los locales del Tribunal. Se trata de una especie de tribunal permanente de arbitraje que tiene atribuida una competencia penal, con la única diferencia de que sus miembros son elegidos. El mecanismo jurisdiccional propuesto no goza, pues, de ninguna estabilidad real, ya que depende de la disponibilidad de los magistrados, los cuales sólo ejercen sus funciones en el Tribunal de manera episódica e intermitente. Los magistrados, efectivamente, deben seguir ejerciendo otras funciones remuneradas para asegurarse unos medios de existencia. Si, por ejemplo, conservan funciones judiciales nacionales, generalmente consideradas como aptas para garantizar su independencia, no se encuentran por ello protegidos contra toda injerencia en su mandato internacional ya que, si son elegidos, dependerán de sus electores y, si son nombrados por el poder ejecutivo, quedarán sujetos a una subordinación jerárquica. Por consiguiente, su imparcialidad será en todo caso muy poco segura.

10. En consecuencia, los magistrados no gozarán de ninguna igualdad en materia de remuneración y los que sean originarios del tercer mundo se encontrarán en situación desventajosa con respecto a sus colegas de los países ricos, lo que es contrario a una organización judicial democrática. Por último, el hecho de que los magistrados sigan dedicándose a sus actividades ordinarias puede exponerlos a graves peligros para su seguridad ya que, si bien el estatuto prevé la protección de los testigos y las víctimas, no establece ninguna garantía de seguridad para los magistrados. Los riesgos serán especialmente altos si, por ejemplo, se incluye el tráfico de estupefacientes en la lista de crímenes sometidos a la competencia *ratione materiae* del Tribunal. Y los magistrados no se hallarán siquiera protegidos por su pertenencia a su administración nacional cuando se desplacen por cuenta del Tribunal.

11. En esas condiciones, opina que los gobiernos o los organismos empleadores, públicos o privados, no se sentirán en absoluto inclinados a autorizar a sus nacionales a abandonar sus funciones por períodos que quizás sean

muy largos si se tiene en cuenta la duración de procesos en materia de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad como el proceso Barbie o el asunto Noriega.

12. El Sr. MIKULKA está completamente de acuerdo con la orientación del proyecto propuesto. Lamenta sin embargo, aunque ello esté justificado hasta cierto punto por la actualidad del tema, que la Comisión, tanto al final del presente período de sesiones como al final del 44.º período de sesiones, transmita a la Asamblea General un texto que no ha sido suficientemente debatido en la Comisión. Desea, además, formular algunas observaciones sobre cuestiones relativas a la competencia *ratione materiae* de la Corte, que se regulan en el artículo 22 y en los apartados *a* y *b* del párrafo 2 del artículo 26 del proyecto.

13. En primer lugar, no está convencido de que el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 26, que se refiere a «todo crimen en virtud de una ley nacional, como los relacionados con los estupefacientes, destinada a dar efecto a una disposición de un tratado multilateral», deba figurar en el proyecto. En su opinión, la Comisión ha decidido que sólo los crímenes de derecho internacional deben ser de la competencia del Tribunal, como se desprende por otra parte de la cláusula de encabezamiento del párrafo 2. Ahora bien, ciertos tratados internacionales regulan la cooperación entre Estados en la esfera de la persecución procesal penal de actos criminales individuales que no corresponden necesariamente a la categoría de los crímenes internacionales. En otras palabras, a pesar de la existencia de un tratado, algunos actos criminales comprendidos en las disposiciones del apartado *b* del párrafo 2 del artículo 26 conservan el carácter de crimen de derecho interno. Se trata de una cuestión que habrá que volver a examinar muy atentamente.

14. Las demás disposiciones relativas a la competencia *ratione materiae* se dividen de manera bastante artificial, a su juicio, entre el artículo 22, que versa sobre los crímenes definidos por tratados, y el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 26, que versa sobre los crímenes cuya prohibición se basa exclusivamente en el derecho internacional consuetudinario. Puesto que nada justifica que se dé preferencia a una forma de competencia con respecto a la otra, las dos disposiciones deberían ser objeto de dos párrafos distintos de un solo artículo, es decir, que el contenido del apartado *a* del párrafo 2 del artículo 26 podría constituir el párrafo 2 del artículo 22. De eso se derivarían consecuencias lógicas desde el punto de vista de la aceptación de la competencia, ya que en el texto propuesto la diferencia entre las disposiciones del artículo 23 y las del párrafo 1 del artículo 26 no está muy clara.

15. Esta reordenación de las disposiciones relativas a la competencia *ratione materiae* de la Corte también tendría al parecer consecuencias positivas para la interpretación del artículo 25. En efecto, aunque no sea ésta la intención del Grupo de Trabajo, se puede tener la impresión al leer el artículo 25, relativo a los asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad, en el contexto de dos disposiciones relativas a la competencia *ratione materiae* de que, en lo que se refiere a la competencia definida en el artículo 26, la aceptación de la competencia de la Corte es una condición *sine qua non* para

que un asunto pueda ser sometido a la Corte por el Consejo de Seguridad. Se trata de un defecto de redacción que tendrá que ser discutido, pero que podría corregirse fácilmente.

16. El Sr. PELLET vuelve a plantear dos problemas de importancia inmediata que le preocupan y sobre los cuales no se ha adoptado verdaderamente ninguna decisión.

17. El primero de esos problemas es el de la denominación del órgano jurisdiccional que, aunque no sea fundamental, es suficientemente importante para ser examinado. Los argumentos mencionados por el Sr. Vereshchetin, que supuestamente explican la elección del Grupo de Trabajo, parecen, por el contrario, oponerse a esa elección, puesto que el Grupo de Trabajo ha decidido en definitiva denominar en su proyecto «Corte» a lo que en francés, y aparentemente también en inglés, debería razonable y lógicamente denominarse «Tribunal», y llamar «Tribunal» a lo que lógicamente debería llamarse «Corte».

18. En primer lugar, por lo que hace al riesgo de confusión con la CIJ, el hecho de que se haya creado una «Corte» como órgano judicial principal de las Naciones Unidas pone de manifiesto que ese término designa lo que tiene más «prestigio» en el orden internacional. Así pues, optar por el término «Tribunal» equivale, contra toda lógica, a invertir los papeles, tanto más cuanto que se ha decidido a pesar de todo crear una Corte y que el riesgo de confusión, por lo tanto, no se ha eliminado.

19. El segundo argumento, basado en la tradición, tampoco se sostiene. En el caso de los dos órganos jurisdiccionales mencionados se optó por el término «Tribunal» precisamente porque se trataba de órganos jurisdiccionales temporales, mientras que el proyecto del Grupo de Trabajo tiene por objeto, en cambio, crear un órgano jurisdiccional permanente y la noción de «Corte» es la que pone mejor de relieve esa idea de permanencia. Más exactamente, cuando en la CSCE se pensó en crear un tribunal internacional, por iniciativa de varios países, se planteó esa cuestión; si se optó por la palabra «Tribunal» fue precisamente para dejar a un futuro órgano jurisdiccional permanente la dignidad que entraña el término «Corte».

20. Siendo así, no es demasiado tarde para invertir los términos, si la Comisión llega a un acuerdo. Por el contrario, si se conserva la terminología propuesta se corre el riesgo de mantener eternamente la confusión.

21. En lo que se refiere a la lista de temas, no se ha adoptado en realidad ninguna decisión, y opina el orador que las variantes y los pasajes entre corchetes que figuran en el texto mismo del informe no versan sobre los aspectos más importantes sino, por el contrario, sobre problemas relativamente secundarios. Ahora bien, lo que interesa a la Comisión es conocer la opinión de la Asamblea General acerca no tanto de los enunciados como de las opciones fundamentales. Por su parte, persiste en creer que el problema fundamental es el de la competencia y que el juicio en rebeldía es una cuestión importante sobre la que sería mejor conocer el parecer de los políticos. Desearía, por ello, que esos dos temas figurasen en la lista, en la inteligencia, por supuesto, de que si algunos miembros de la CDI consideran importantes otros te-

mas no habrá más que incluirlos. A falta de una lista de ese género, los miembros de la Sexta Comisión quizás no hablen más que de lo que les interesa y ello tal vez interese muy poco a la CDI. Por lo demás, la indicación de los puntos respecto de los cuales la CDI considera que se plantea un problema y sobre los cuales solicita una opinión permitiría estructurar el debate.

22. Por último, puntualiza que se halla en cordial pero total desacuerdo con el Sr. Razafindralambo. Las reservas que éste ha formulado con respecto a ciertos aspectos del proyecto podrían aplicarse, a excepción quizás de las relativas a la seguridad, a todos los magistrados y, en particular, a varios tribunales internacionales actuales cuyo estatuto se sitúa en un punto medio entre un órgano jurisdiccional permanente y la lista del Tribunal Permanente de Arbitraje. Tal es el caso, en especial, de los tribunales administrativos internacionales.

23. El Sr. CRAWFORD dice que la elección del término «Tribunal» también plantea problemas en inglés, lengua en la que designa más bien un órgano no permanente y cuasi judicial, incluso administrativo, mientras que las «Courts» son órganos realmente judiciales. Hubiera preferido que, en materia penal, se optara por la denominación de «Court».

24. El PRESIDENTE dice que el problema de terminología se plantea también en español.

25. El Sr. MAHIOU se pregunta si no se trata más bien de un problema de traducción que cada grupo lingüístico podría solucionar en lo que le concierne remitiéndose a los usos propios de su idioma de trabajo. Sigue pensando que no estaría mal indicar a la Asamblea General las cuestiones importantes acerca de las cuales se desea que dé a conocer su opinión. En cuanto al informe mismo, el Grupo de Trabajo ha conseguido un resultado notable, aun cuando ciertos artículos planteen problemas de fondo y de principio a los que se propone volver en el 46.º período de sesiones.

26. El PRESIDENTE señala que la CDI decidió la víspera tomar nota del informe del Grupo de Trabajo y presentarlo a la Asamblea General como anexo de su propio informe, incluyendo el párrafo propuesto por el Sr. Yankov y suprimiendo la segunda nota de pie de página, que precisamente contenía las preguntas dirigidas a la Asamblea. La CDI no puede modificar el informe del Grupo de Trabajo, pero los problemas de terminología o de otra índole pueden señalarse, ya en el informe de la CDI misma, ya en la declaración que el Presidente haga ante la Sexta Comisión.

27. El Sr. ROSENSTOCK dice que sería un grave error dejar que la Sexta Comisión entablara el debate terminológico «Tribunal/Corte». De mencionarse esta cuestión, la CDI tendría que indicar muy claramente que se trata de un problema estrictamente terminológico.

28. El Sr. de SARAM estima, como el Sr. Pellet y el Sr. Crawford, que la denominación de «Court» sería más atinada en lo que concierne al órgano cuya creación se propone. Opina asimismo que la CDI debe ordenar los problemas e indicar a la Sexta Comisión cuáles son los más fundamentales.

29. El Sr. KOROMA exhorta al Presidente a no abordar el problema de terminología ante la Sexta Comisión a fin de que ésta pueda expresar su parecer sobre problemas más importantes. La CDI puede tomar nota de las observaciones del Sr. Pellet y examinarlas en el período de sesiones siguiente.

30. El Sr. TOMUSCHAT propone que la Comisión, en caso de que decida mencionar la cuestión, incluya en su informe el texto siguiente:

«En su siguiente período de sesiones, en 1994, la Comisión volverá a examinar la cuestión de si procede conservar la denominación que se ha dado provisionalmente al mecanismo jurisdiccional cuyo estatuto ha elaborado el Grupo de Trabajo. Según el informe del Grupo de Trabajo, la institución en su conjunto se denomina Tribunal y el órgano juzgador, que es uno de sus elementos constitutivos, recibe el nombre de Corte. Sería tal vez deseable, de conformidad con el uso terminológico adoptado en algunos de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, permutar esas dos denominaciones para dar el nombre de Corte Penal Internacional al conjunto del sistema que reúne las Salas, la Secretaría y la Fiscalía. La Comisión desea subrayar que esta cuestión de terminología no es importante en lo que concierne al fondo.»

31. El Sr. VERESHCHETIN dice que la tercera frase del texto propuesto por el Sr. Tomuschat prejuzga la decisión que ha de adoptar la Comisión y, por lo tanto, debe suprimirse.

32. El Sr. CALERO RODRIGUES hace observar que, en su informe, la Comisión dedica sólo algunas frases a la presentación del informe del Grupo de Trabajo, de suerte que el texto propuesto por el Sr. Tomuschat puede dar un realce desproporcionado al problema. Sería mejor incluir ese texto en el comentario y, dado que todos los miembros del Grupo de Trabajo están presentes, quizás estén de acuerdo en introducir esta modificación en su informe. Si se adopta esta solución, habrá que aprobar también la propuesta tendente a suprimir la tercera frase del texto, con objeto de evitar que el comentario sea contradictorio.

33. El PRESIDENTE propone a la Comisión que apruebe la solución preconizada por el Sr. Calero Rodríguez, esto es, incluir en el comentario que figura en el informe del Grupo de Trabajo el texto propuesto por el Sr. Tomuschat, sin la frase cuya supresión ha propuesto el Sr. Vereshchetin.

Así queda acordado.

34. El Sr. BOWETT dice que la Comisión quizás debería solicitar también observaciones escritas de los Estados Miembros sobre el estatuto propuesto.

35. El Sr. YANKOV propone que se añada al párrafo que la Comisión aprobó la víspera la frase siguiente: «La Comisión acogerá también con agrado las observaciones escritas de los Estados Miembros».

36. El Sr. BENNOUNA considera prematuro pedir a los gobiernos que adopten oficialmente posición sobre un texto que, después de todo, es sólo el informe de un

grupo de trabajo y no un documento aprobado oficialmente por la Comisión.

37. El Sr. ROSENSTOCK dice que la propuesta del Sr. Bowett, a la que el Sr. Yankov ha dado forma, está perfectamente justificada habida cuenta de la urgencia con que hay que atender los deseos de la comunidad internacional.

38. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la propuesta del Sr. Yankov.

Así queda acordado.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO V.—El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (A/CN.4/L.485)

39. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar párrafo por párrafo el capítulo V, dedicado al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de su proyecto de informe a la Asamblea General (A/CN.4/L.485).

Párrafos 1 a 17

Quedan aprobados los párrafos 1 a 17.

Párrafo 18

40. El Sr. BENNOUNA estima que el párrafo 18 no refleja exactamente el debate celebrado en el Pleno y propone que se inserten las palabras «, dada la flexibilidad del instrumento jurídico que se estaba preparando,» después de las palabras «también se observó que», en la cuarta línea, y que se incluya al final del párrafo la frase siguiente: «Se señaló además que la parte III del proyecto de artículos contenía un conjunto de procedimientos de consulta encaminados precisamente a prevenir las controversias entre Estados».

Queda aprobado el párrafo 18, en su forma enmendada.

Párrafos 19 a 21

Quedan aprobados los párrafos 19 a 21.

Párrafos 22 y 23

41. El Sr. AL KHASAWNEH propone que se modifique el párrafo 22 de la manera siguiente:

«22. Según otra opinión, la elasticidad de las normas de fondo hacía indispensable incluir disposiciones sobre determinación de hechos y conciliación obligatorias y sobre el arbitraje y el arreglo judicial obligatorios.»

Habría que suprimir el párrafo 23.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 22, en su forma enmendada, y queda suprimido el párrafo 23.

Párrafos 24 a 50

Quedan aprobados los párrafos 24 a 50.

Párrafo 51

42. El Sr. GÜNEY dice que ha consultado a los miembros de la Comisión que tienen el francés como idioma de trabajo y que éstos opinan, como él mismo, que la traducción del término inglés «*significant*» por el término francés «*sensible*» no es satisfactoria.

43. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, señala a este respecto que el «menoscabo» a que se refiere el párrafo 2 del artículo 3 no es «insignificante» pero tampoco «sustancial».

44. El Sr. ARANGIO RUIZ, apoyado por el Sr. BENNOUNA, el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA y el Sr. MAHIOU, dice que tal vez se podría traducir «*signifiant*» por «*significatif*».

45. El Sr. GÜNEY señala que, al ser consultado, el Sr. Pellet expresó reservas en cuanto al empleo del término «*significatif*» en un texto de carácter jurídico. Personalmente, no obstante, está dispuesto a aceptarlo.

46. El PRESIDENTE entiende que los miembros de la Comisión desean que en la versión francesa de los artículos del proyecto y los comentarios correspondientes se sustituya el término «*sensible*» por «*significatif*» para traducir el término inglés «*significant*».

Queda aprobado el párrafo 51, con las enmiendas introducidas en la versión francesa.

Párrafos 52 a 76

Quedan aprobados los párrafos 52 a 76.

Párrafo 77

47. El Sr. THIAM estima que la expresión «*il a été noté*», en la segunda línea del párrafo, no es muy feliz, en el sentido de que no queda claro si lo que se hace constar es la opinión de la Comisión o la de algunos miembros.

48. El Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial) cree que se trata de una cuestión de traducción, ya que la expresión inglesa correspondiente es una expresión bien consolidada en la terminología de los informes y, por otra parte, figura en numerosos párrafos del documento examinado.

49. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, propone que se sustituyan en el texto francés las palabras «*il a été noté*» por «*la remarque a été faite*».

Así queda acordado.

50. El Sr. BENNOUNA dice que la utilización de la expresión «*diligence voulue*» no tiene mucho sentido en francés y que sería preferible mantener la expresión inglesa correspondiente, esto es, «*due diligence*».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 77, con las modificaciones introducidas en la versión francesa.

Párrafos 78 a 82

Quedan aprobados los párrafos 78 a 82.

Queda aprobado en su conjunto el capítulo V, en su forma enmendada.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2327.^a SESIÓN

Viernes 23 de julio de 1993, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.^o período de sesiones (conclusión)

CAPÍTULO I.—Organización del período de sesiones (A/CN.4/L.481)

A.—Composición de la Comisión

B.—Mesa

C.—Comité de Redacción

D.—Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional

E.—Secretaría

F.—Programa y

G.—Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 45.^o período de sesiones

Párrafos 1 a 20

Quedan aprobados los párrafos 1 a 20.

Quedan aprobadas las secciones A a G.

Queda aprobado en su conjunto el capítulo I.

CAPÍTULO II.—Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (conclusión*) (A/CN.4/L.482 y Corr.1 y A/CN.4/L.482/Add.1/Rev.1)

1. El PRESIDENTE dice que el texto del capítulo II del proyecto de informe figura en el documento A/CN.4/L.482 y Corr.1, así como en el documento A/CN.4/L.482/Add.1/Rev.1. El segundo documento, cuyos párrafos van numerados del 1 al 49, es una versión

* Reanudación de los trabajos de la 2324.^a sesión.

revisada del documento A/CN.4/L.482/Add.1 que contenía los párrafos 32 a 109 del capítulo II. Propone que se suspenda la sesión para que los miembros de la Comisión puedan leer los documentos.

Así queda acordado.

Se suspende la sesión a las 10.15 horas y se reanuda a las 10.45 horas.

A.—Introducción (A/CN.4/L.482 y Corr.1)

Párrafos 1 a 12

Quedan aprobados los párrafos 1 a 12.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.482 y Corr.1)

Párrafos 13 y 14

Quedan aprobados los párrafos 13 y 14.

1. UNDÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (A/CN.4/L.482 y Corr.1)

Párrafos 15 a 31

Quedan aprobados los párrafos 15 a 31.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión) (A/CN.4/L.482/Add.1/Rev.1)

1. UNDÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

Párrafos 1 a 8

Quedan aprobados los párrafos 1 a 8.

Párrafos 9 y 10

2. El Sr. BENNOUNA dice que la referencia a un «órgano subsidiario» de las Naciones Unidas, en el párrafo 9, es inexacta y que debería decir «órgano judicial». La cuarta frase del párrafo es confusa porque algunos miembros de la Comisión opinan que el Tribunal Penal Internacional puede ser creado por una resolución de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad sin que sea necesaria una enmienda de la Carta de las Naciones Unidas. Por consiguiente, habría que suprimir la referencia a la modificación de la Carta.

3. El Sr. PELLET no está de acuerdo con el Sr. Bennouna. Según el Relator Especial, si el Tribunal no ha de ser un órgano subsidiario, entonces será necesaria una enmienda de la Carta o una resolución de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad. El texto recoge lo que varios miembros de la Comisión manifestaron realmente.

4. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que el texto ofrece la posibilidad de optar entre: a) una enmienda de la Carta, o b) una resolución de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad. Por consiguiente, no se plantea el problema indicado por el Sr. Bennouna.

5. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que el Sr. Bennouna tiene razón: como Relator Especial se refirió a un «órgano judicial», teniendo presente que en el artículo 1 del Estatuto de la CIJ se la califica de «órgano judicial principal».

6. El Sr. ARANGIO-RUIZ señala que el informe se refiere sólo de pasada al modo de creación del Tribunal, en el párrafo 8. La cuestión estriba en si la Comisión desea

que el Tribunal sea un órgano subsidiario o un órgano principal de las Naciones Unidas. Todos los órganos principales pueden crear órganos subsidiarios. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad, siempre que esté implicado directamente en una operación militar, está facultado para crear un tribunal militar en el marco de su organización militar. Por consiguiente, el Sr. Bennouna tiene razón.

7. El PRESIDENTE dice que la Comisión no puede ampliar ahora lo que se ha dicho en el debate sobre este punto. El informe debe reflejar exactamente el debate y el Relator Especial acaba de decir que la expresión «órgano judicial» es la correcta.

8. El Sr. de SARAM dice que si se reabre el debate también tendrá algo que decir. Su posición es que el Tribunal se establezca en virtud de un tratado entre Estados con estrechas relaciones con las Naciones Unidas.

9. El Sr. TOMUSCHAT apoya la observación del Presidente, pero señala que el informe debe recoger todas las opiniones expresadas en el debate y no sólo las del Relator Especial.

10. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que en el debate insistió en que el Tribunal no podía ser un órgano subsidiario de las Naciones Unidas. Si el informe no recoge esta opinión, tendrá que formular una reserva.

11. El Sr. CALERO RODRIGUES sugiere que los miembros que intervinieron en el debate y deseen que su punto de vista sea recogido en el informe presenten un texto apropiado a la Secretaría.

12. El Sr. PELLET dice que con suprimir en el texto el término «subsidiario» se habría recogido su punto de vista. Las opiniones contrarias de otros miembros de la Comisión ya figuran en el párrafo 10. Cualesquiera otras opiniones expresadas durante el debate pueden, por supuesto, incluirse en el informe si así lo desean los miembros.

13. El Sr. BENNOUNA dice que el texto del párrafo es, en su forma actual, contradictorio. Algunos miembros opinan que la Carta ya ofrece una base jurídica para la creación del Tribunal. Otros opinan que será necesario modificar la Carta. No sería suficiente suprimir el término «subsidiario» porque el Relator Especial ha utilizado en realidad la expresión «órgano judicial». La mejor solución quizás sea modificar el párrafo para dejar bien sentado que el Relator Especial es partidario de un órgano judicial, mientras que otros miembros de la Comisión opinan que el Tribunal debe ser un órgano subsidiario.

14. El Sr. ROSENSTOCK dice que da lo mismo casi qué término se utiliza. No hay necesidad de calificar de ningún modo el término «órgano». El párrafo 9 recoge un grupo de opiniones y el párrafo 10 otro. Quizás la solución sea añadir algo al párrafo 10.

15. El Sr. PELLET dice que la solución propuesta por el Sr. Bennouna no sería tal solución. El término «judicial» es una descripción de la función del órgano; un órgano judicial puede ser un órgano principal o un órgano subsidiario.

16. El PRESIDENTE propone que la Comisión establezca un grupo de trabajo integrado por el Sr. Arangio-Ruiz, el Sr. Bennouna, el Sr. Pellet, el Sr. Rosenstock y el Relator Especial, Sr. Thiam, para modificar la redacción de los párrafos 9 y 10.

Así queda acordado.

Párrafos 11 a 41.

Quedan aprobados los párrafos 11 a 41.

Párrafo 42

17. Tras un breve debate sobre terminología, con especial referencia a la expresión «procedimiento de instrucción» («*investigation procedure*»; «*de l'instruction ou de l'enquête*»), el PRESIDENTE señala que esa parte del informe ha sido preparada por el Sr. Thiam, Relator Especial del tema, que es un especialista del derecho francés. Así pues, propone que, como se trata de una cuestión de traducción, se deje que sea la Secretaría la que armonice la versión inglesa con el texto francés.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 42.

Párrafos 43 y 44

Quedan aprobados los párrafos 43 y 44.

2. ESTABLECIMIENTO DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE UN PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Párrafos 45 y 46

Quedan aprobados los párrafos 45 y 46

3. RESULTADOS DE LOS TRABAJOS REALIZADOS POR EL GRUPO DE TRABAJO SOBRE UN PROYECTO DE ESTATUTO DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Párrafo 47

Queda aprobado el párrafo 47.

Párrafo 48

18. El Sr. PELLET propone que se sustituyan las palabras «en su próximo cuadragésimo octavo período de sesiones» por «en su próximo período de sesiones» o «en su cuadragésimo octavo período de sesiones».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 48, en su forma enmendada.

Párrafo 49

Queda aprobado el párrafo 49.

Se suspende la sesión a las 11.30 horas y se reanuda a las 12.00 horas.

Párrafos 9 y 10 (conclusión)

19. El PRESIDENTE invita a uno de los miembros del Grupo de Trabajo designado anteriormente durante la sesión para reexaminar el texto de los párrafos 9 y 10 a que presente sus conclusiones.

20. El Sr. BENNOUNA dice que el grupo de trabajo propone, en primer lugar, que se sustituyan en la segunda frase del párrafo 9 las palabras «un órgano subsidiario» por «un órgano». El resto de ese párrafo se mantiene sin cambios. En segundo lugar, en el párrafo 10 habría

que suprimir, en la cuarta frase, las palabras «a diferencia de la creación del tribunal por la Asamblea General». Por último, la quinta y última frase del texto inglés no figura, por un error técnico, en el texto francés. Sugiere que se armonice a este respecto el texto francés con la versión inglesa.

Así queda acordado.

Quedan aprobados los párrafos 9 y 10, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.

Queda aprobado en su conjunto el capítulo II, en su forma enmendada.

Queda aprobado en su conjunto el proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones, en su forma enmendada.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación (conclusión*)
(A/CN.4/ 446, secc. E, A/CN.4/L.479)

[Tema 6 del programa]

PROGRAMA DE TRABAJO DE LA COMISIÓN
EN SU 46.º PERÍODO DE SESIONES

21. El Sr. CALERO RODRIGUES pregunta, con respecto al programa de trabajo de la Comisión para el comienzo de su próximo período de sesiones, si se reunirá primero el Comité de Redacción, como ha hecho en el período de sesiones en curso.

22. El PRESIDENTE dice que no está previsto que el Comité de Redacción se reúna al iniciarse el período de sesiones. La Comisión comenzará, en sesión plenaria, por examinar el informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

23. El Sr. PELLET, apoyado por el Sr. GÜNEY, dice que había quedado entendido implícitamente que la Comisión iniciaría sus trabajos examinando, artículo por artículo, el informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional. El Grupo de Trabajo podrá revisar el texto teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el Pleno.

24. El Sr. ARANGIO-RUIZ (Relator Especial encargado del tema de la responsabilidad de los Estados) dice que, para completar la sección de su informe relativa a los crímenes, necesitará disponer, a fines del próximo mes de mayo a más tardar, de las opiniones de los miembros sobre esta cuestión ya que guarda relación con el tema de la responsabilidad de los Estados.

25. El Sr. MAHIOU, apoyado por el Sr. THIAM, dice que también él tenía entendido que la Comisión comenzaría el próximo período de sesiones con sesiones plenarias, ya que es necesario examinar tres temas principales.

* Reanudación de los trabajos de la 2317.ª sesión.

Conviene con el Sr. Pellet en que el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional necesitará indudablemente conocer las opiniones expresadas en el Pleno antes de poder revisar su informe.

26. El Sr. ROSENSTOCK dice que es totalmente apropiado que la Comisión examine el proyecto de estatuto como primer tema de su programa en su 46.º período de sesiones. Después de ese debate, que no debería, en principio, ser demasiado largo, la Comisión podrá pasar a otras cuestiones. En la planificación de su programa de trabajo, la Comisión debe tener presente la necesidad de aprovechar lo más eficazmente posible el tiempo disponible. Propone, por consiguiente, que la Comisión se reúna en sesión plenaria con la mayor frecuencia posible, lo que permitirá al Comité de Redacción o al Grupo de Trabajo disponer de los textos necesarios para seguir trabajando.

27. El Sr. CRAWFORD dice que, en su examen del proyecto de estatuto, la Comisión evidentemente no actuará como comité de redacción; su finalidad será examinar, artículo por artículo, las cuestiones de principio planteadas, cosa que no debería llevar más de una semana. Por lo tanto, tendrá tiempo todavía de proporcionar orientación al Relator Especial encargado del tema de la responsabilidad de los Estados.

28. El PRESIDENTE dice que hay acuerdo general en que la Comisión empiece por examinar el proyecto de estatuto del tribunal y después el proyecto de código de

crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El orden en que se examinarán estos dos últimos temas se determinará con arreglo a la documentación de que se disponga y otras consideraciones. Los detalles del programa de trabajo de la Comisión pueden elaborarse al empezar el período de sesiones.

29. El Sr. CALERO RODRIGUES propone que la Comisión se reúna dos veces al día durante las primeras dos semanas de su próximo período de sesiones.

30. La Sra. DAUCHY (Secretaria de la Comisión) dice que no está segura de que la Comisión pueda reunirse cada tarde y que tendrá que asegurarse de que se podrá disponer de servicios de conferencias.

31. El Sr. BENNOUNA dice que el calendario de las sesiones plenarias debería decidirse al comienzo del próximo período de sesiones.

Clausura del período de sesiones

32. Tras el acostumbrado intercambio de expresiones de cortesía, el PRESIDENTE declara clausurado el 45.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة
يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم - استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها
أو اكتب إلى الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
