

inferior ni menos importantes que los que aparecen en otras partes del proyecto.

Se levanta la sesión a las 12.10 horas.

2354.^a SESIÓN

Miércoles 22 de junio de 1994, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. Vladlen VERESHCHETIN

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. He, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, 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.4/457, secc. E, A/CN.4/462¹, A/CN.4/L.492 y Corr.1 y Add.1, A/CN.4/L.493 y Add.1 y Add.1/Corr.1 y Add.2 y Add.2/Corr.1)

[Tema 5 del programa]

EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS
EN SEGUNDA LECTURA (continuación)

1. El PRESIDENTE dice que la Comisión examinará, artículo por artículo, el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura (A/CN.4/L.492 y Corr.1), así como el proyecto de resolución sobre las aguas subterráneas confinadas (A/CN.4/L.492/Add.1).

2. Se ha puesto a disposición de los miembros una versión no oficial de los comentarios a la mayoría de los artículos. De conformidad con la práctica establecida, la versión oficial se distribuirá tan pronto como sea posible, y se actuará en consecuencia en el marco del examen por la Comisión de su informe a la Asamblea General.

3. El Sr. BOWETT (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Sr. Al-Khasawneh observó que el hecho de trasladar los antiguos artículos 26, 27 y 28, titulados respectivamente «Gestión», «Regulación» e

«Instalaciones», de la parte VI (Disposiciones diversas) del proyecto a la parte IV (Protección, preservación y gestión) del proyecto daba la impresión de que los demás artículos de la parte VI eran de menor importancia. Por su parte, aunque miembros del Comité de Redacción calificaron esos tres artículos de importantes, duda mucho de que quisieran atribuir con ello menos importancia a los artículos restantes. La razón de trasladar esos tres artículos fue que eran esenciales para la utilización de los cursos de agua y, en consecuencia, no correspondían a la parte VI.

4. El Sr. AL-KHASAWNEH pregunta si sería apropiado hacer en este momento algunas observaciones generales sobre el proyecto de artículos en su totalidad.

5. Tras un breve debate en el que participan el Sr. CALERO RODRIGUES, el Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial), el Sr. IDRIS, el Sr. GÜNEY, el Sr. THIAM y el Sr. AL-KHASAWNEH, el PRESIDENTE dice que parece haber consenso en que los miembros desean comenzar el examen de los proyectos de artículos uno por uno. Luego se ocuparán del proyecto en su totalidad, momento en el que habrá oportunidad de hacer observaciones generales.

ARTÍCULO 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos)

Queda aprobado el artículo 1.

ARTÍCULO 2 (Términos empleados)

6. El PRESIDENTE dice que el artículo 2 es idéntico al aprobado en primera lectura², salvo que se ha añadido a la definición de «curso de agua» la palabra «normalmente» y que, en la versión inglesa, las palabras «surface and groundwaters» se han sustituido por «surface waters and groundwaters».

7. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que el artículo 2 no es satisfactorio, porque no se ha tratado de incluir en él el concepto de utilización de un curso de agua internacional, que es uno de los conceptos esenciales del proyecto. Aunque no se opondrá a que se apruebe el artículo en su forma actual, alguna definición de utilización, ya fuera en el artículo mismo o bien en su comentario, constituiría una útil adición al proyecto.

8. El Sr. GÜNEY dice que la expresión «curso de agua», tradicionalmente limitada a las aguas de superficie, se define de forma deficiente. En el apartado *b* del artículo 2, esa expresión es de ámbito tan amplio que resulta próxima a los conceptos de cuenca hidrográfica y sistema fluvial que la Comisión rechazó al principio. Además, en su forma actual, el artículo 2 podría dar lugar a dificultades de aplicación. Se debería suprimir la referencia a las aguas «subterráneas». Sin embargo, sobre la base y en el entendimiento de que la palabra «normalmente», contenida en el apartado *b*, no amplía el ám-

¹ Reproducido en *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte).

² Para los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 71 y ss.

bito de esa definición, no se opondrá a la aprobación del artículo.

9. El Sr. KABATSI dice que la preocupación del Sr. Pambou-Tchivounda podría desaparecer con el comentario al párrafo 1 del artículo 1, que especifica que la palabra «usos» abarca todos los de un curso de agua internacional distintos de la navegación. Además, resulta conveniente disponer de una definición muy amplia, porque los avances tecnológicos y científicos podrían llevar a otros usos en el futuro. Una definición específica de utilización quizá limitase el ámbito innecesariamente.

10. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que incluir la palabra «normalmente» en el apartado *b* sólo conduciría a la incertidumbre, lo que resulta especialmente peligroso en un artículo sobre los términos empleados. La alternativa es explicar claramente en el comentario que la única excepción a la definición normal de «curso de agua», contenida en el apartado *b*, es el caso de un curso de agua que desemboque en un delta, y que la definición no se aplicará a los casos de dos ríos paralelos que puedan estar conectados por aguas subterráneas.

11. La inclusión de la palabra «normalmente» ampliaría el ámbito del proyecto de artículos en tal medida, que podría quedar cubierto todo el territorio de un país pequeño. Eso haría el proyecto menos aceptable para los Estados.

12. El Sr. SZEKELY dice que, en debates anteriores sobre la cuestión, algunos miembros se opusieron firmemente a la expresión «término común», aduciendo que era inexacta desde el punto de vista hidrológico. Al presentar el informe del Comité de Redacción, el Presidente del Comité ha explicado que precisamente se ha añadido la palabra «normalmente» al artículo 2 para evitar esa inexactitud hidrológica e incluir los casos en que las aguas de superficie y subterráneas que constituyen un curso de agua internacional no fluyan a un término común, casos que no son sólo los de los deltas. En el comentario se explicarán claramente los casos en que no se aplicará la palabra «normalmente». Por consiguiente, el artículo no dará lugar a ninguna incertidumbre.

13. El Sr. IDRIS dice que comparte las opiniones del Sr. Al-Khasawneh relativas a la palabra «normalmente». Además, no considera que la expresión «término común» sea inexacta desde el punto de vista hidrológico, y que esa afirmación de inexactitud no puede probarse. En cualquier caso, la expresión tiene un efecto jurídico importante. Por espíritu de transacción, tal vez desee la Comisión aprobar el artículo 2 en su forma actual y aclarar esas cuestiones en el comentario.

14. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que tendrá que votar en contra del artículo 2 en su forma actual. La explicación dada por el Sr. Szekely es inaceptable. La exactitud científica, si es que puede lograrse, no es el factor decisivo en el caso. Si la palabra «normalmente» produce el efecto de ampliar el ámbito del proyecto de artículos de una forma nunca prevista por la Comisión, tendrá que oponerse a la aprobación del artículo.

15. El Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial) dice que las palabras «fluyen a un término común» se añadieron en 1991, en el momento de la primera lectura, a fin de excluir del ámbito del proyecto un caso en que dos ríos

estaban conectados por un canal artificial. Ese aspecto se reforzará en el comentario, que dejará en claro también por qué se necesita la palabra «normalmente». Sin ella, los principales sistemas fluviales quedaría excluidos del ámbito de los artículos, produciéndose una situación absurda.

16. Con respecto a las preocupaciones del Sr. Al-Khasawneh, quiere señalar que si el trato, manipulación o aprovechamiento de las aguas afecta a un sistema fluvial determinado, los artículos se aplicarán; si no es así, los artículos no se aplicarán. La finalidad de incluir la palabra «normalmente» no es ampliar el ámbito del proyecto de artículos, sino preservar el ámbito originalmente previsto, sin dejar de excluir los casos de ríos conectados por un canal.

17. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que no le satisface la explicación del Relator Especial. El criterio de las aguas subterráneas no se ha utilizado anteriormente por la Comisión. Toda la cuestión de los cursos de agua conectados por aguas subterráneas debe tratarse con mayor detalle.

18. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER sugiere que el Sr. Al-Khasawneh presente una enmienda a fin de que la Comisión pueda votar sobre ella.

19. El Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial) lee en voz alta el párrafo 5 del comentario al artículo 2³. Por su parte, no ha dicho nada en la actual sesión que sea incompatible con ese párrafo. Sugiere que la Comisión no permita que los proyectos de artículos se acumulen y que adopte una decisión sobre el artículo 2.

20. El PRESIDENTE dice que no se trata de archivar indefinidamente los proyectos de artículos. Tal vez la Comisión deba volver a ocuparse del artículo 2 cuando los miembros que han tenido dificultades con él hayan podido estudiar el pasaje del comentario citado por el Relator Especial. Sugiere además que la Comisión pida al Sr. Al-Khasawneh, al Sr. Calero Rodrigues, al Sr. Szekely, al Relator Especial y al Presidente del Comité de Redacción que actúen como colaboradores del Presidente y se reúnan oficiosamente para encontrar una solución del problema.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11 horas y se reanuda a las 11.10 horas.

21. El Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial), informando sobre las consultas oficiosas, dice que se ha convenido en que podría aceptarse el artículo 2 con un cambio de poca importancia en el comentario a fin de dejar en claro que los cursos de agua como el Danubio y el Rin no formarían un gran sistema sino que seguirían siendo dos sistemas separados.

Queda aprobado el artículo 2, en ese entendimiento.

ARTÍCULO 3 (Acuerdos de curso de agua)

Queda aprobado el artículo 3.

³ Anuario... 1991, vol. II (segunda parte), pág. 76.

ARTÍCULO 4 (Partes en acuerdos de curso de agua)

Queda aprobado el artículo 4.

ARTÍCULO 5 (Utilización y participación equitativas y razonables)

22. El Sr. GÜNEY dice que, en vista de la doble obligación que impone a los Estados el párrafo 1, el párrafo 2 resulta completamente superfluo y, en consecuencia, debería suprimirse a fin de ofrecer un artículo de carácter general. Lo mismo se aplica a las palabras «y participación» del título del artículo.

23. El Comité de Redacción decidió no reabrir el debate que se produjo en primera lectura sobre el artículo 5. Por su parte, acatará esa decisión, siempre que sus propias opiniones se reflejen en el acta resumida de la sesión.

24. El Sr. TOMUSCHAT dice que, durante el debate del informe del Relator Especial (A/CN.4/462), se opuso (2336.ª sesión) al empleo de la expresión «utilización óptima» en el párrafo 1. La redacción actual parece imponer a los Estados la obligación de esforzarse por alcanzar una utilización óptima, aprovechando hasta la última gota del curso de agua. La expresión «aprovechamiento sostenible» sería más apropiada, porque incluye el concepto de utilización a largo plazo. Propone que se sustituya «óptima» por «sostenible»; otra posibilidad sería decir «utilización óptima y sostenible».

25. El Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial) dice que la propuesta del Sr. Tomuschat destruiría el equilibrio del artículo. Hay que recordar que el párrafo 1 añade la matización «compatibles con la protección adecuada del curso de agua» y que el artículo 24 se refiere a «el hecho de planificar el aprovechamiento sostenible de un curso de agua internacional». La modificación del artículo 5 propuesta crearía un desequilibrio en detrimento del aprovechamiento económico de los cursos de agua.

26. El Sr. YANKOV dice que apoya la propuesta del Sr. Tomuschat. Entiende el razonamiento del Relator Especial, pero no comprende por qué incluir la palabra «sostenible» destruiría el equilibrio del artículo. «Utilización óptima» no refleja el nuevo enfoque adoptado por los Estados con respecto al uso de los recursos naturales. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, «aprovechamiento sostenible» fue una expresión esencial en los textos sobre el uso de los recursos naturales.

27. El Sr. CALERO RODRIGUES apoya al Relator Especial. El Sr. Tomuschat no está en lo cierto al pensar que «utilización óptima» significa aprovechar hasta la última gota de agua. El párrafo 1 no vincula la utilización a una protección adecuada. Además, aunque la expresión «aprovechamiento sostenible» se utilice ampliamente en la actualidad, podría no ser necesariamente de aplicación universal en el futuro. Ni siquiera resulta claro lo que en realidad comprende esa expresión. En cualquier caso, el proyecto de comentario explica perfectamente cuál es la situación.

28. En general, siempre que se propone una enmienda, la Comisión debe votar sobre ella. Si la enmienda no es aprobada, todos los miembros deben aceptar la opinión de la mayoría. Sugiere que se vote para saber si existe o no mayoría a favor de la propuesta del Sr. Tomuschat.

29. El PRESIDENTE dice que sería preferible no votar en la etapa actual, con la esperanza de que surgiera un consenso.

30. El Sr. Sreenivasa RAO dice que los miembros que apoyan la posición del Sr. Tomuschat pueden estar seguros de que se pretende que el concepto de aprovechamiento sostenible oriente, en lo posible, las actividades de los Estados. Sin embargo, como se ha señalado correctamente, ese concepto está evolucionando, y en cualquier caso se aplica esencialmente al uso de los recursos naturales renovables. El agua no es exactamente un recurso renovable y no es sostenible en el mismo sentido que los recursos pesqueros.

31. La presente versión del artículo 5 es resultado de largos debates y sería un error modificarla ahora. Está de acuerdo con el Relator Especial en que el texto logra el debido equilibrio entre la utilización y la protección, y ruega al Sr. Tomuschat que no insista en su enmienda. El aprovechamiento sostenible se refiere por lo general a la actuación de los distintos Estados con respecto a sus recursos internos, mientras que el proyecto de artículos se ocupa de la gestión de un recurso compartido. La cuestión de la sostenibilidad sólo es pertinente con respecto al proyecto de artículos si afecta a ese aprovechamiento compartido. La finalidad del proyecto no es prescribir disposiciones internas a los Estados. Además, si se aprueba la enmienda propuesta, sería difícil lograr un consenso sobre el artículo 5 en la Asamblea General y en otras instancias.

32. El Sr. IDRIS dice que comprende los argumentos del Relator Especial y del Sr. Sreenivasa Rao, y estima que no debe modificarse el texto. Los dos conceptos son muy diferentes en sus consecuencias y, en cualquier caso, es difícil reflejar el concepto de aprovechamiento sostenible en un texto jurídico complejo. Si el Sr. Tomuschat insiste en su enmienda, sería mejor añadir las palabras «y sostenible» al texto actual. En el comentario podría aclararse la cuestión.

33. El Sr. FOMBA dice que, de hecho, no hay contradicción fundamental entre los dos conceptos. El aprovechamiento sostenible está implícito en el concepto de utilización óptima con sujeción a una protección adecuada. Si se satisface el requisito de esta protección, el curso de agua podrá utilizarse sobre una base sostenible. No hay verdadera necesidad de mencionar expresamente la sostenibilidad en el texto, que debe seguir inalterado.

34. El Sr. BOWETT (Presidente del Comité de Redacción) dice que «utilización óptima» no quiere decir «utilización máxima».

35. El Sr. HE dice que el artículo 5 es claro: su significado esencial es que los cursos de agua deben utilizarse de una manera equitativa y razonable que conduzca al objetivo superior de una utilización óptima. Suscribe la observación hecha por el Sr. Bowett y estima que el requisito de la utilización óptima con sujeción a una pro-

tección adecuada implica el concepto de aprovechamiento sostenible. En consecuencia, no hace falta incluir ninguna referencia a la sostenibilidad. No obstante, si otros miembros de la Comisión insisten, ese aspecto podría tratarse en el comentario.

36. El Sr. THIAM dice que está de acuerdo en que el texto permanezca inalterado y se dé una explicación en el comentario.

37. El Sr. SZEKELY dice que la preocupación del Sr. Tomuschat es que la redacción actual dé la impresión de que invita, incita u obliga a los Estados a hacer una utilización óptima de los cursos de agua, en el sentido de un uso máximo y en detrimento de la conservación de los recursos. El comentario deberá indicar claramente que no es así.

38. El Sr. TOMUSCHAT dice que, si la opinión general de la Comisión es que la utilización óptima comprende el aprovechamiento sostenible, podría explicarse en el comentario. Sin embargo, existe otro aspecto sobre el que quizá él no se haya explicado de forma totalmente clara. El artículo 5, en su redacción actual, parece imponer a los Estados la obligación de aprovechar un curso de agua internacional, pero no es ésta la única opción que los Estados tienen. Otra posibilidad sería dejar el curso de agua internacional en su estado natural. Por consiguiente, el comentario debería explicar también que los Estados no estarán estrictamente obligados a aprovechar un curso de agua internacional. Es especialmente importante no restringir en forma alguna su libertad. Por su parte, siempre que esos aspectos se reflejen en el comentario, se dará por satisfecho.

39. El Sr. YANKOV dice que es evidente que la cuestión debe tratarse en el comentario a fin de llegar a un consenso. En el comentario deberá hacerse referencia también al capítulo del Programa 21⁴ que se ocupa de los recursos hídricos. Ha tomado nota de la observación del Sr. Bowett, pero la cuestión fundamental es que la utilización óptima exigida en el tema actual podría no ser la utilización óptima exigida en el futuro. En el pasado, el uso óptimo de recursos como la energía y el agua resultó no ser el más razonable desde el punto de vista de lo que se necesitaría en el futuro. La nueva tendencia del derecho ambiental contemporáneo es considerar toda la cuestión bajo una luz nueva; por consiguiente, se necesita un enfoque más orientado hacia el medio ambiente.

40. El Sr. BARBOZA dice que el comentario al artículo⁵ es muy explícito. La parte pertinente del párrafo 3 decía:

Lograr una utilización óptima y un disfrute máximo no significa conseguir el uso «máximo», el uso tecnológicamente más eficiente ni el uso pecuniariamente más lucrativo. Tampoco quiere decir que el Estado capaz de hacer el uso más eficiente de un curso de agua —bien económicamente, o sea, evitando todo despilfarro, o bien en cualquier otro sentido— tenga mayor derecho al uso de ese curso de agua. Más

⁴ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 [A/CONF 151/Rev 1 (Vol I, Vol I/Corr 1, Vol II, Vol III y Vol.III/Corr 1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S 93 I 8 y correcciones), vol I *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo II

⁵ Aprobado inicialmente como artículo 6. Para el comentario, véase *Anuario... 1987*, vol II (segunda parte), págs 32 y ss

bien significa lograr el disfrute máximo posible para todos los Estados del curso de agua y la máxima satisfacción posible de todas sus necesidades, con el mínimo detrimento, o el mínimo de necesidades insatisfechas, para cada uno de ellos⁶.

Un texto redactado en ese sentido, que incorporase una referencia a la idea del aprovechamiento sostenible, quizá pudiera resolver las cuestiones suscitadas por el Sr. Tomuschat y el Sr. Yankov.

41. El Sr. IDRIS dice que, al parecer, el Sr. Tomuschat considera que utilización «óptima» supone una utilización «sostenible». Por su parte, no puede estar de acuerdo, ni cree que ésa sea la opinión de la Comisión. Sin embargo, se puede hacer una referencia al aprovechamiento sostenible en el comentario a fin de interpretar el sentido del artículo.

42. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el artículo 5, en el entendimiento de que en el comentario se hará una referencia al aprovechamiento sostenible.

Queda aprobado el artículo 5, en ese entendimiento.

ARTÍCULO 6 (Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable)

43. El Sr. GÜNEY, refiriéndose al apartado c del párrafo I, dice que sería preferible utilizar la terminología sólidamente establecida. En consecuencia, sugiere que se modifique la redacción del apartado a fin de que diga «la población dependiente de las aguas», a fin de ajustarlo a la redacción del artículo V de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966⁷. En el Comité de Redacción no se ha formulado objeción alguna a la incorporación de esa idea en el artículo.

44. El Sr. IDRIS y el Sr. Sreenivasa RAO apoyan la sugerencia.

45. El Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial) dice que una posibilidad sería reflejar el pensamiento expresado en su comentario revisado al artículo, en el que se habla de «tanto el tamaño de la población que depende del curso de agua como el grado o la medida de esa dependencia». Otra sería emplear el texto utilizado en las Normas de Helsinki, como ha sugerido el Sr. Güney; en tal caso, habría que sustituir la palabra «cuenca», que aparece en las Normas, por «curso de agua». Cualquiera de las dos posibilidades sería aceptable siempre que el comentario reflejase el concepto de la importancia tanto del tamaño de la población dependiente del curso de agua como del grado o la medida de su dependencia.

46. El Sr. GÜNEY dice que podría aceptar ese texto.

47. El Sr. SZEKELY dice que, como manifestó ya en el Comité de Redacción, sería un error destacar la pobla-

⁶ *Ibid*, pág 33

⁷ ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, págs 484 y ss, reproducido parcialmente en *Anuario... 1974*, vol II (segunda parte), págs 389 y ss, documento A/CN 4/274, párr 405

ción y no el grado de dependencia de esa población de las aguas de un curso de agua. No presentará ninguna objeción formal a la redacción propuesta, pero estima que ésta sería lamentable.

48. El PRESIDENTE sugiere, a la luz de las observaciones de los miembros, que se enmiende el apartado *c* del párrafo 1 para que diga: «la población dependiente del curso de agua en cada Estado del curso de agua».

Así queda acordado.

49. El Sr. AL-KHASAWNEH sugeriría que se modificase el apartado *e* del párrafo 1 para que dijera: «la especial importancia de los usos reconocidos» o «la especial importancia de los usos existentes», y que se añadiera un nuevo apartado *f* que dijera: «los usos potenciales de los cursos de agua». La idea que inspira su sugerencia es dar a los usos existentes cierto grado de importancia, sin conceder no obstante al Estado cuyos usos se reconocen la facultad de prohibir nuevos usos posibles. Esa modificación sería una solución más justa y aumentaría las perspectivas de que los artículos fueran aceptados por los Estados. El proyecto tiene que lograr un equilibrio delicado entre los intereses de los Estados ribereños del curso superior y los del curso inferior; en otras palabras, entre la necesidad de aprovechamiento y la protección dada por la ley a los usos existentes y reconocidos.

50. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que la sugerencia del Sr. Al-Khasawneh provoca en él una fuerte reacción, porque cargar el acento en los usos existentes equivale a condenar a las tres cuartas partes del tercer mundo al subdesarrollo. Como juristas, los miembros de la Comisión no pueden estar vinculados sólo por los usos existentes. Los usuarios potenciales son una cuestión vital en todo el continente americano y, por su parte, no puede hacer caso omiso del futuro de la población de esa parte del mundo de la que procede y que tiene derecho a introducir nuevos usos de los cursos de agua.

51. El Sr. SZEKELY dice que se opone también a todo cambio en el artículo 6. Las opiniones expresadas por el Sr. Villagrán Kramer se debatieron exhaustivamente en el Comité de Redacción. Discriminar a favor de algunos de los elementos que intervienen equivaldría a descalificar a los otros. El artículo 6 dice que la utilización de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes. Eso no significa que sea necesario decidir si alguna de las categorías de los apartados *a* a *g* es más importante que las otras. Seguir esa vía sería destruir el equilibrio del artículo y, por consiguiente, no puede apoyar la propuesta.

52. El Sr. AL-KHASAWNEH, respondiendo a una pregunta del PRESIDENTE, dice que tiene conciencia de que el Comité de Redacción debatió la cuestión detenidamente, pero señala que, en aquella ocasión, se reservó el derecho a plantear la cuestión. Su propuesta de subrayar la importancia de los usos existentes debe considerarse en el contexto del artículo 6 en su conjunto, que prevé cierta libertad de acción, ya que especifica los factores que deben tenerse en cuenta. En consecuencia, no tendría las dramáticas consecuencias que algunos de sus colegas han previsto. Es cierto que la Comisión ha tratado siempre de no dar preferencia a ninguna opinión

particular. No obstante, a medida que ha ido avanzando la redacción, se ha sentido la necesidad de dar cierta preeminencia a determinados usos. En el artículo 10, por ejemplo, se ha destacado la consideración especial de la satisfacción de las necesidades humanas esenciales. Destacar la importancia de los usos existentes y reconocidos —aunque no en la medida que él hubiera deseado— no perturbaría el equilibrio del proyecto. No está pidiendo una votación. Sin embargo, en vista de la forma en que se están examinando las propuestas, desea reservar su posición con respecto al proyecto hasta que haya terminado su examen.

53. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el artículo 6, en ese entendimiento.

Queda aprobado el artículo 6, en ese entendimiento.

ARTÍCULO 7 (Obligación de no causar daños sensibles)

54. El Sr. BARBOZA dice que desea dejar constancia en acta de su interpretación del artículo 7. Tal como lo entiende, los párrafos 1 y 2 del artículo se refieren a dos obligaciones principales diferentes, sin relación entre sí. La obligación del párrafo 1 es autónoma: podría ser objeto fácilmente de un artículo distinto y separado del de la obligación del párrafo 2. La obligación contenida en el párrafo 1 es una obligación de diligencia debida. Ello tiene, en su opinión, dos consecuencias. En primer lugar, es una obligación estricta y no, en manera alguna, flexible. En segundo lugar, al ser una obligación de diligencia debida, no es una obligación de resultado. Esto significa que no hace falta un resultado —es decir, un daño sensible— para que la obligación se incumpla. El Estado sólo está obligado a esforzarse por impedir que se produzca un daño sensible; si no se esfuerza, incumplirá su obligación antes incluso de que se haya producido ningún resultado. Ese esfuerzo debe satisfacer los criterios técnicos y científicos comúnmente aceptados por los Estados; ése es, en pocas palabras, el contenido de una obligación de diligencia debida según Pisillo Mazzeschi⁸. Una vez más, el incumplimiento de esa obligación deberá producir todas las consecuencias de derecho internacional, es decir: *a*) cesación de la acción u omisión que cause el daño si se trata de una acción continua; *b*) restitución en especie, es decir, vuelta al *statu quo ante*; *c*) si procede, indemnización; y *d*) satisfacción y garantías de no repetición.

55. La obligación del párrafo 2 no es ya de diligencia debida. Surge cuando se ha producido un daño sensible a pesar del ejercicio de la diligencia debida por el Estado de origen. Evidentemente, esa obligación tiene el carácter de responsabilidad y, además, de responsabilidad *sine delicto*. No hay incumplimiento de una obligación, puesto que se ha utilizado la diligencia debida.

56. ¿Cuáles son las consecuencias del daño sensible? El párrafo 2 indica una consecuencia procesal: las consultas con el Estado afectado. Pero se trata sólo de un

⁸ «Forms of international responsibility for environmental harm», *International Responsibility for Environmental Harm*, F. Francioni y T. Scovazzi, eds., Londres, Graham y Trotman, 1991, págs. 15 a 36.

procedimiento. ¿Cuáles son las consecuencias sustantivas del daño? El Estado de origen tendrá que probar la medida en que el uso era equitativo y razonable. La carga de la prueba recaerá sobre ese Estado, como dijo el Presidente del Comité de Redacción (2353.ª sesión) y se deduce del texto, es decir, del hecho de que ese uso haya probado ser equitativo y razonable. Si el Estado no lo prueba, no se reconocerá la diligencia debida y se estará en el caso del párrafo 1: incumplimiento de una obligación de diligencia debida.

57. Si el Estado de origen prueba la medida de su diligencia, habrá que ajustar el uso (apartado *b*) de forma que se eliminen o mitiguen los daños y, cuando proceda, se planteará la cuestión de la indemnización. En su opinión, la expresión «cuando proceda» no puede tener otro significado que «siempre que se haya producido un daño indemnizable». Por último, si no se llega a un acuerdo satisfactorio, la controversia deberá resolverse por los medios establecidos en la parte pertinente del proyecto.

58. El Sr. TOMUSCHAT dice que su posición ha sido siempre que la obligación del artículo 7 es de diligencia debida. Sin embargo, las palabras «has proved» («haya probado ser») del apartado *a* del párrafo 2 son desafortunadas, y el apartado quedaría mejor si se sustituyeran por «may be considered» («pueda considerarse»). No es sólo un problema de prueba. La primera cuestión es saber si ese uso es equitativo y razonable; sólo entonces se planteará la cuestión de si ello puede probarse y, en caso afirmativo, de qué manera. Es posible que, en alguna etapa, el Comité de Redacción haya querido hacer alguna indicación con respecto a la carga de la prueba y haya recurrido por ello a la palabra inglesa «proved» (literalmente, «probado»). En su opinión, sin embargo, sería más coherente con la idea general que inspira la disposición utilizar las palabras «has proved» o «may be considered».

59. Una vez más se impone al Estado autor del hecho lesivo la obligación de consultar con el Estado que sufra los daños. La Comisión debería preocuparse también por los derechos de este último Estado. Por ello, se debería especificar expresamente, en el texto o en el comentario, que, además de esa obligación, el Estado que sufra los daños tendrá derecho a solicitar consultas.

60. El Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial) dice que no ve problema alguno en la propuesta de especificar que la parte hacia la que existe una obligación pueda pedir que esa obligación se cumpla. En cuanto a la redacción del apartado *a* del párrafo 2, y con sujeción a la aprobación del Presidente del Comité de Redacción, que redactó esas palabras, no ve gran diferencia en utilizar cualquiera de los dos textos y estaría dispuesto a considerar cualquier expresión que recibiera el apoyo más amplio.

61. El Sr. BOWETT (Presidente del Comité de Redacción) dice que su opinión personal es que el párrafo 2 se ocupa de una situación en que se ha ejercido la diligencia debida y, por consiguiente, no hay incumplimiento. Trata del caso de que un plan de utilización, inicialmente adoptado y aprobado por reunir los factores de un uso razonable y equitativo, cause luego un daño sensible aunque se haya ejercido la debida diligencia. En otras palabras, la diferencia se refiere al momento en que se juzga

si el uso es equitativo y razonable. Se formula un juicio al aprobar el plan; ulteriormente, a la luz de la experiencia del funcionamiento de ese plan, hay que volver a determinar su grado de equidad y razonabilidad. La diferencia en el tiempo, reflejada en la forma verbal inglesa «has proved» («haya probado ser»), no se refleja en las palabras «may be considered» («pueda considerarse»).

62. El PRESIDENTE pregunta si la palabra inglesa «proved» se utiliza en el sentido de «has turned out to be» («haya resultado ser») o significa que alguien tendrá que probar ante un tribunal la medida en que el uso sea equitativo y razonable.

63. El Sr. BOWETT (Presidente del Comité de Redacción) confirma que el sentido es «has turned out to be». El concepto de prueba no interviene.

64. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que la aclaración es constructiva. La obligación de ejercer la diligencia debida se impone sólo con respecto a los posibles daños a los cursos de agua. En su opinión, debe reflejar la preocupación de todos los juristas y Estados de preservar el ecosistema más amplio en que se encuentre el curso de agua. La tala de árboles en algunos países causa daños increíbles, no sólo en la cuenca hidrográfica de que se trate, sino en el mundo entero. La obligación de ejercer la diligencia debida debe ampliarse para que incluya la necesidad de salvaguardar los ecosistemas.

65. El Sr. TOMUSCHAT dice que las palabras «has proved» implican que, al menos en cierta medida, el uso ha sido realmente equitativo y razonable. Sin embargo, esa hipótesis puede ser en sí misma controvertida; en una situación determinada, el único hecho cierto puede ser que se han causado verdaderamente daños. Por ello, la mejor redacción para el apartado *a* del párrafo 2 sería «has been equitable and reasonable» («ha sido equitativo y razonable»).

66. El Sr. BOWETT (Presidente del Comité de Redacción) dice que podría aceptar la redacción propuesta por el Sr. Tomuschat.

67. El Sr. BARBOZA dice que también él podría aceptar la redacción propuesta por el Sr. Tomuschat, pero insiste en que la declaración hecha por el Presidente del Comité de Redacción (2353.ª sesión), es decir, que la carga de la prueba incumbirá al Estado que haya causado los daños, debería reflejarse en el comentario.

68. El Sr. Sreenivasa RAO dice que la idea central del párrafo seguiría siendo la misma, con independencia del cambio de forma verbal. El Presidente del Comité de Redacción ha señalado acertadamente que, en definitiva, una vez causados los daños, se examinará de nuevo el uso dado al curso de agua. La idea inspiradora en esa cuestión ha sido siempre que, si el uso es *a priori* razonable y equitativo, podrá continuar, aunque se hayan producido daños sensibles, sin más cambios que la indemnización de los daños. Sin embargo, la nueva redacción del artículo, elaborada como transacción, incluye otra obligación para los Estados: si ese uso ha resultado dañoso, los Estados tendrán que consultarse sobre la cuestión de los ajustes especiales.

69. El Sr. SZEKELY dice que podría aceptar también la propuesta del Sr. Tomuschat, con sujeción a la condición ya indicada por el Sr. Barboza.

70. El Sr. GÜNEY dice que tiene una preferencia marcada por que se conserven las palabras «s'est avérée» («haya resultado ser») en la versión francesa del apartado a del párrafo 2.

71. EL Sr. ROSENSTOCK (Relator Especial) dice que las palabras «has been» («haya sido») son una forma más complicada de decir lo que podría decirse con la palabra «is» («es»). El párrafo 2 prevé el caso de que se haya producido un uso y se hayan producido unos daños: la cuestión es determinar si ese uso es ahora equitativo y razonable. La solución más fácil sería utilizar la sencilla forma verbal «es».

72. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que los miembros acuerdan que la redacción del apartado a del párrafo 2 sea: «la medida en que ese uso es equitativo y razonable teniendo en cuenta los factores enumerados en el artículo 6».

Así queda acordado.

73. El Sr. de SARAM dice que desea subrayar desde el principio que sus observaciones no tienen por objeto trastornar el consenso naciente sobre los principios generales establecidos en el artículo 7. Sin embargo, no puede dejar de señalar que, en su concepción fundamental, ese artículo difiere de los aprobados en primera lectura, que hubiera sido mejor mantener. Es una cuestión importante, porque ese ámbito se desarrolla con rapidez. Se están preparando convenciones en otras esferas que tratan de los casos en que un uso legítimo dentro de la jurisdicción de un Estado cause daños fuera de ella. El artículo aprobado por la Comisión en primera lectura —al que acompañaban veinte páginas de bien meditado comentario— representaba un punto de vista. Las preocupaciones acertadamente suscitadas por el Relator Especial en el actual período de sesiones han llevado a aprobar un punto de vista diferente.

74. Su propia preocupación es que nada de lo que la Comisión haga en el contexto de los cursos de agua afecte en modo alguno, ni favorable ni desfavorablemente, al importante debate que se celebrará el próximo año sobre el tema de la responsabilidad. En realidad, personalmente hubiera preferido que el artículo se omitiera, dejando a las normas sobre responsabilidad de los Estados la tarea de determinar, si se causan daños y los Estados ribereños no llegan a un acuerdo, la forma de indemnizar esos daños. No comprende cómo el párrafo 1 del artículo 7, que sienta el criterio de la diligencia debida que —en su opinión— es el generalmente aplicable en la esfera de la responsabilidad de los Estados, combinado con la obligación contenida en el párrafo 2 de consultar sobre los daños, puede ir mucho más lejos de lo que hubiera ocurrido si la cuestión se hubiera resuelto como un asunto de responsabilidad de los Estados. Además, le preocupa el que, en caso de daños catastróficos, no se pueda dejar que los padezcan donde se hayan producido. La Comisión conoce los debates que se están celebrando actualmente sobre mecanismos al margen de las normas de responsabilidad civil, sobre la forma de prever esa indemnización. Su propia opinión es que se debería dejar gran libertad a los Estados ribereños para consultarse y

cooperar. El Presidente del Comité de Redacción, en la introducción que hizo (2353.ª sesión), dijo que la idea inspiradora del proyecto era realmente la obligación de celebrar consultas y cooperar. Por esas razones, personalmente hubiera preferido mucho más que el artículo se omitiera.

75. El PRESIDENTE pregunta al Sr. de Saram si hubiera preferido que se omitiera el artículo en su totalidad.

76. El Sr. de SARAM dice que su preocupación se refiere a la diligencia debida en contraposición a la responsabilidad objetiva o la obligación de no causar daños.

77. El Sr. SZEKELY, refiriéndose a las observaciones del Sr. Villagrán Kramer sobre el ámbito espacial de los daños, dice que no cree que haya ningún motivo de preocupación a ese respecto. Los daños a que se refiere el artículo 7 no son sólo los daños causados al curso de agua internacional. En el párrafo 1 puede verse que la obligación de no causar daños sensibles no se refiere sólo a los cursos de agua sino también a los otros Estados del curso de agua.

78. Respondiendo a una duda del Sr. AL-KHASAWNEH, el PRESIDENTE dice que en la próxima sesión se reanudará el examen del artículo 7.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

2355.ª SESIÓN

Jueves 23 de junio de 1994, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Vladlen VERESHCHETIN

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. He, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, 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.4/457, secc. E, A/CN.4/462¹, A/CN.4/L.492 y Corr.1 y Add.1, A/CN.4/L.493 y Add.1 y Add.1/Corr.1 y Add.2 y Add.2/Corr.1)

[Tema 5 del programa]

EXAMEN DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS
EN SEGUNDA LECTURA (continuación)

¹ Reproducido en *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte).