

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 Rodrigues, 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 seguridad 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,ª 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.
