

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.<sup>a</sup> 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 3<sup>1</sup>, 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 Especial<sup>2</sup> 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. Adviértase, por otra parte, que el anterior Relator Especial, Sr. Riphagen, había propuesto en el artículo 10<sup>3</sup> 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

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/444 y Add.1 a 3.

<sup>3</sup> 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 informe<sup>4</sup>, 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.

<sup>4</sup> 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 Internacionales<sup>5</sup>, 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*<sup>6</sup>. En este asunto, sin embargo, las responsabilidades del Secretario General rebasaban 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

<sup>5</sup> Resolución 37/10 de la Asamblea General, anexo.

<sup>6</sup> 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 Unidas<sup>7</sup>, la Declaración de Manila<sup>8</sup>, la Carta de la Organización de los Estados Americanos<sup>9</sup>, el Pacto de Bogotá<sup>10</sup> o la Carta de la Organización de la Unidad Africana y su Protocolo<sup>11</sup>. 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

<sup>7</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

<sup>8</sup> Véase nota 5 *supra*.

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 30, pág. 56).

<sup>11</sup> 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 artículos<sup>12</sup> 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-

<sup>12</sup> 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 Estados<sup>13</sup>, 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 parte<sup>14</sup> 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 Bogotá<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento N.º 33 (A/46/33 y Corr.1), anexo.*

<sup>14</sup> Véase 2305.ª sesión, párr. 25.

<sup>15</sup> 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 Comisión<sup>16</sup> 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 oeuvre*) 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 oeuvre*) 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.

<sup>16</sup> 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.<sup>a</sup> 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 3<sup>1</sup>, A/CN.4/451<sup>2</sup>, 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 21<sup>3</sup>. 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.<sup>a</sup> sesión.

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 74.