dar la impresión de que actividades agrícolas e industriales importantes, que sólo tienen un impacto insignificante sobre los acuíferos fueran a estar, sin embargo, sometidas a las restricciones previstas en dichos artículos.

57. En lo tocante al artículo 3, el Sr. Matheson no comparte el criterio de los miembros que consideran que, en lugar de decir que los Estados «podrán» concertar arreglos bilaterales o regionales entre sí, debería decir que los Estados tendrán que hacerlo, pues puede suceder que, en algunos casos, la conclusión de un arreglo no sea ni necesaria ni posible. Así ocurriría, por ejemplo, si no existiera ningún proyecto de explotación del acuífero o si un conflicto armado opusiera a los Estados del acuífero. Es preferible, por tanto, que los Estados «puedan» concluir arreglos. Por otra parte, no se entiende bien si el párrafo 3 de ese artículo se aplicará a los arreglos existentes que versan sobre la utilización y la protección de acuíferos transfronterizos. En opinión del Sr. Matheson, esos arreglos no deberían ser renegociados, puesto que fueron concluidos de buena fe y en función de las circunstancias concretas de cada acuífero. Se podría resolver esta cuestión agregando que los artículos no afectan a los acuíferos que ya han sido objeto de arreglos entre los Estados de que se trate. Sería igualmente útil puntualizar, bien en el cuerpo del texto o en la observación, que si no se ha concluido aún ningún acuerdo, cada Estado del acuífero puede sin embargo utilizar dicho acuífero y llevar a cabo en su territorio otras actividades que pudieran tener un impacto sobre ese acuífero, siempre y cuando respete los principios establecidos en la segunda parte del proyecto de artículos.

58. Pasando al artículo 12, la formulación utilizada para referirse a la protección de ecosistemas quizá sea demasiado categórica habida cuenta de los conocimientos actuales sobre los acuíferos y sus efectos sobre los ecosistemas. Quizá sería preferible indicar que los Estados deben procurar tomar todas las medidas adecuadas para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 12 antes que prever una obligación formal en ese sentido.

59. En cuanto al artículo 14, el Sr. Matheson comparte la opinión del Relator Especial, según la cual el principio de precaución no constituye todavía una norma de derecho internacional general. La fórmula propuesta le parece un medio adecuado para indicar que los Estados deberían hacer todo lo posible para prevenir los riesgos de contaminación e intervenir rápidamente para ponerle remedio.

60. Aunque está de acuerdo en que habría que alentar a los Estados a proporcionar diversos tipos de asistencia a los Estados en desarrollo para la protección y ordenación de su sistema acuífero, el Sr. Matheson considera que, en su redacción actual, el artículo 18 que trata sobre esta cuestión parece imponer a todos los Estados la obligación de prestar una serie de modalidades de asistencia que no necesariamente estarán en condiciones de facilitar. Habría que modificar, por consiguiente, el texto.

61. Por último y refiriéndose al artículo 21, el Sr. Matheson estima que no se puede obligar a ningún Estado a suministrar una información que sea vital para su defensa o seguridad nacionales. A su modo de ver, esa disposición debería aplicarse también a los secretos industriales y a la propiedad intelectual, como se prevé en el artículo 14 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[7].

62. Para concluir, el Sr. Matheson afirma que suscribe la propuesta de crear un grupo de trabajo destinado a examinar más a fondo todas esas cuestiones.

63. El PRESIDENTE señala que la riqueza del debate sobre el informe del Relator Especial, en el que ha participado la mayoría de los miembros de la Comisión, constituye un testimonio de la importancia otorgada al tema de los recursos naturales compartidos. Señala seguidamente a la atención de la Comisión el informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, del que ha formado parte el Sr. Baena Soares, titulado «Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos»[8] que, en su capítulo IV, aborda los conflictos entre Estados y los conflictos internos. Se ha establecido un vínculo entre los conflictos armados y la cuestión de los recursos naturales compartidos y en el párrafo 93, en concreto, se menciona el papel de la Comisión en la elaboración de normas para la explotación de recursos transfronterizos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2836.ª SESIÓN

Miércoles 11 de mayo de 2005, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. Djamchid MOMTAZ

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Recursos naturales compartidos *(continuación)* (A/CN.4/549 y Add.1, secc. B, A/CN.4/551 y Add.1, A/CN.4/555 y Add.1, A/CN.4/L.681)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión)*

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que resuma el debate sobre su tercer informe titulado «Recursos naturales compartidos: aguas subterráneas transfronterizas» (A/CN.4/551 y Add.1).

2. El Sr. YAMADA (Relator Especial) manifiesta su sincera gratitud a todos los miembros que han efectuado valiosas observaciones sobre su tercer informe,

[7] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 177.

[8] A/59/565 y Corr.1.

observaciones de las que ha tomado cuidadosamente nota y que tendrá en cuenta en los futuros trabajos. Dado el número de miembros de la Comisión que han intervenido, va a ser difícil hablar de todas las cuestiones suscitadas, por lo que ruega la indulgencia de la Comisión si se deja algo en el tintero.

3. Algunos miembros se preguntan si el tema de las aguas subterráneas transfronterizas está maduro para la codificación. Por su parte, estima que, al recomendar a la Asamblea General en 2000 el tema de los recursos naturales compartidos sobre la base de la lista preparada por el Sr. Rosenstock, el cual se centró exclusivamente en los acuíferos y en otras estructuras geológicas autónomas como las que contienen petróleo y gas[1], la Comisión entendió que, en efecto, el tema estaba listo para la codificación. Es cierto que el propio orador pensaba en principio que eran insuficientes la práctica de los Estados y las normas sobre los acuíferos subterráneos, de manera que lamenta que sus reiteradas afirmaciones en tal sentido en sus informes sucesivos hayan podido contribuir a crear la impresión errónea de que no existe base suficiente para la codificación.

4. Los acuíferos subterráneos representan el 97% de los recursos del planeta en agua dulce. El consumo mundial estimado de aguas subterráneas —más del 50% en agua potable, el 40% para usos industriales y el 20% para irrigación— cuando se preparó el primer informe[2], ha aumentado considerablemente, y en numerosas zonas del mundo se plantean ya problemas de sobreexplotación y contaminación de los acuíferos. Los especialistas en la materia y las instancias de gestión procuran por todos los medios hacer frente a esa situación. Sin embargo, la cooperación se ha centrado esencialmente en África, América y Europa a partir del año 2000. Análogamente, la mayoría de la literatura y de la normativa en materia de aguas subterráneas no se remonta hasta más allá de 1998. Aunque los títulos no aludan necesariamente a las aguas subterráneas, los textos recogidos en el documento «Shared Natural Resources: Compilation of international legal instruments on groundwater resources», distribuido por la secretaría, contienen referencias específicas a las aguas subterráneas, y los textos posteriores a 1998 se centran principalmente en ellas. Así pues, existen ejemplos abundantes de la práctica de los Estados, así como de mecanismos y acuerdos concertados en los últimos años sobre cuya base la Comisión podría avanzar en su labor.

5. El Sr. Brownlie ha hecho referencia al curso que dio el profesor Richard Baxter sobre tratados y costumbre en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1970, en el que el profesor Baxter sostenía que la antigüedad no es necesariamente un criterio de interés a la hora de determinar la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional[3], citando la sentencia en los asuntos *Plateau continental de la mer du Nord*, según la cual el paso de un breve período de tiempo no es obstáculo para la aparición de una nueva norma consuetudinaria. El profesor Baxter concluía que el tratado que pretende ser totalmente declarativo del derecho internacional consuetudinario representa un fenómeno extremadamente raro y que ninguno de los llamados tratados codificadores elaborados bajo los auspicios de la Comisión tiene ese carácter[4].

6. Por tanto, es perfectamente apropiado que la Comisión se interne en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho sobre las aguas subterráneas, de conformidad con el mandato recibido de la Asamblea General. Las aguas subterráneas serán uno de los temas principales de discusión en el Cuarto Foro Mundial del Agua que tendrá lugar en México en 2006. Los especialistas y los responsables de la gestión de las aguas subterráneas tienen puestas muchas esperanzas en la Comisión, la cual debe adaptarse al rápido ritmo de evolución de las circunstancias y responder a las necesidades del momento, so pena de que se resientan tanto su utilidad como su credibilidad.

7. Se ha aludido también a las relaciones entre el proyecto de instrumento y el derecho internacional general; el orador está de acuerdo con el Sr. Kolodkin en que está internacionalmente reconocido que todo instrumento elaborado por la Comisión tiene vocación de derecho internacional general. Sin embargo, reconoce que existen precedentes de referencias específicas al derecho internacional general en instrumentos elaborados en el pasado por la Comisión, por ejemplo, el quinto párrafo del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, párrafos análogos de los preámbulos de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y el artículo 56 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones[5]. Si la Comisión opta por agregar una referencia análoga en el sentido de que las cuestiones no reguladas por la presente convención seguirán rigiéndose por el derecho internacional consuetudinario, el orador no manifestará ninguna oposición.

8. También se han formulado comentarios a propósito de la inclusión del tema de la soberanía sobre los recursos naturales; a juicio de algunos miembros, la cuestión debería abordarse en un artículo y no en el preámbulo, al paso que dos miembros estimaron que sería preferible dejar enteramente de lado la cuestión. En principio, el orador incluyó el tema en el preámbulo en vista de los precedentes de la Convención de 1997, el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Ha advertido también después que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar contiene una disposición específica (art. 193) sobre la soberanía. Por tanto, examinará detenidamente el problema antes de pronunciarse.

9. Algunos miembros han sugerido que deberían figurar disposiciones más amplias acerca de los terceros Estados; en este momento, sólo se mencionan en el párrafo 3 del artículo 13, que habla de los Estados distintos de los Estados del acuífero en cuyo territorio está ubicada una

[1] Véase *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), anexo, pág. 148.

[2] *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/533 y Add.1.

[3] Baxter, *loc. cit.* (2832.ª sesión, nota 2), págs. 41 a 47.

[4] Ibíd., pág. 42.

[5] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 150 y 151.

zona de recarga o descarga, y a los que no impone ninguna obligación. A su juicio, eso es lo más que cabe hacer con respecto a los terceros Estados. Es muy probable que sólo sean partes en la convención los Estados de los acuíferos; la mayoría de Estados que no poseen acuíferos transfronterizos no serán partes, en cuyo caso, resultarán aplicables los artículos 34 a 38 de la sección 4 de la Convención de Viena de 1969. La Comisión no puede crear derechos ni obligaciones para los terceros Estados sin el consentimiento de éstos; si quiere que los Estados que no poseen acuíferos sean partes en la convención, tendrá que ofrecerles incentivos, pero el orador duda seriamente de que los Estados que poseen acuíferos estén dispuestos a ofrecer este tipo de incentivos a los terceros Estados. Esta idea podría también tener graves consecuencias: en efecto, se pregunta cómo podría justificar la Comisión imponer a los Estados que no poseen acuíferos algún tipo de obligación orientada a la preservación de los acuíferos transfronterizos de otros Estados. Si la justificación es que los acuíferos transfronterizos son de suma importancia para el género humano, se pregunta por qué los acuíferos situados dentro del territorio nacional no deberían también estar sujetos al mismo criterio. Si en la convención se incluyeran también los acuíferos nacionales, la Comisión no estaría lejos de decir que constituyen también patrimonio común de la humanidad.

10. En lo que concierne al artículo 7, algunos miembros son partidarios de conservar el límite del «daño sensible», al paso que otros se oponen. En respuesta al comentario de la Sra. Xue sobre el artículo 7 de proyecto, observa que éste no trata de la responsabilidad del Estado, pues ésta presupone la comisión de un hecho internacionalmente ilícito que entraña la responsabilidad del Estado y el daño ocasionado por ese hecho ilícito debe ser reparado íntegramente. Sin embargo, las actividades previstas en el artículo 7 no están prohibidas por el derecho internacional y son fundamentales para la supervivencia del género humano. Incluso si esas actividades tienen algún efecto perjudicial sobre otros Estados, ese efecto habrá de tolerarse hasta cierto punto y de ahí que la Comisión haya establecido un umbral de tolerancia. En defecto de este nivel de tolerancia, se prohibiría de hecho el aprovechamiento de los acuíferos. El artículo 7 se refiere a la hipótesis típica de la responsabilidad civil internacional derivada de actos no prohibidos por el derecho internacional. El párrafo 1 contempla la obligación de impedir que se causen daños sensibles; por su parte, el párrafo 3 contempla la eventualidad de que se causen daños sensibles pese a respetarse la obligación de prevención contenida en el párrafo 1. Incluso si se toman todas las medidas apropiadas y se observa la debida diligencia, puede producirse un daño transfronterizo, ya que no es posible eliminar por completo los riesgos inherentes a esas actividades; de todas formas, no se habrá cometido ningún hecho internacionalmente ilícito.

11. El orador no ha conseguido disuadir a la Comisión de examinar la forma final que ha de adoptar el resultado de la labor. En realidad, trataba simplemente de evitar un debate un tanto teológico. Por supuesto, no se le escapa la interrelación que existe entre la sustancia y la forma del instrumento, de manera que la Comisión tendrá que elegir antes o después.

12. En cuanto a las relaciones del tema examinado con eventuales trabajos futuros sobre otros recursos naturales dentro del contexto más amplio del tema de los recursos naturales compartidos, el orador reitera que el inventario preparado por el Sr. Rosenstock sienta ya las bases y que ha quedado ya generalmente entendido que incluirá al menos las aguas subterráneas, el petróleo y el gas (véase el párrafo 3 *supra*). Sin embargo, el mandato que se le ha confiado prevé un enfoque gradual y concentrarse por el momento en las aguas subterráneas. Ignora si en algún momento la Comisión abordará los yacimientos de petróleo y gas. Sin embargo, son muchas las semejanzas que existen entre las aguas subterráneas y las bolsas de petróleo y gas de manera que muchas decisiones referentes a las aguas subterráneas tendrán repercusiones en las bolsas de petróleo y gas; a la inversa, la práctica y la legislación de los Estados en materia de petróleo y gas tiene también repercusiones en la labor de la Comisión sobre las aguas subterráneas. Habrá que tener en cuenta ese aspecto antes de finalizar el examen del proyecto de artículos en segunda lectura.

13. Pasando ahora a sugerencias y cuestiones más específicas a propósito de los diversos artículos del proyecto, es consciente de las deficiencias del informe y, en particular, de explicaciones insuficientes de su razonamiento. Ha empleado también deliberadamente una serie de términos como «daño», «impacto», «efectos perjudiciales», en un esfuerzo por expresar conceptos semejantes aunque algo diferentes. El orador tratará de ofrecer explicaciones más detalladas en forma de comentarios y subraya su disposición a adaptarse a los deseos de la Comisión.

14. Algunos miembros han manifestado dudas acerca del apartado *b* del artículo 1 en el que se alude a «otras actividades». Se trata de un nuevo elemento que no figuraba en la Convención de 1997; a ese respecto, se remite al gráfico 3 de su primer informe[6], en el que se ilustran las actividades que rebasan la simple utilización del acuífero y que provocan contaminación; entre ellas figuran los productos químicos de la agricultura, los vertederos de basura, el tratamiento de aguas servidas y los tanques de almacenamiento subterráneo. Es esencial regular estas actividades para una gestión adecuada de los acuíferos, tarea de la cual se ocupan en realidad los especialistas en aguas subterráneas y los responsables de la gestión de las mismas.

15. Se han planteado dudas en cuanto a si la definición de «acuífero» que figura en el apartado *a* del artículo 2 debe contener las palabras «sustentada en una capa menos permeable». La respuesta es afirmativa: si no existiera esa capa, ninguna formación geológica podría servir de depósito de agua. Por su parte, tratará de incluir ilustraciones apropiadas a fin de aclarar la definición. En cuanto a la necesidad de definir los acuíferos recargables y no recargables en los apartados *e* y *f* del artículo 2, ello dependerá de si la Comisión formula normas diferentes para los recursos hídricos renovables y no renovables. A propósito de una pregunta acerca de la expresión «recarga hídrica contemporánea», el orador no está seguro de si el problema deriva del término inglés *contemporary* o si se trata de una discrepancia entre las versiones inglesa y francesa.

[6] Véase la nota 2 *supra*.

El acuífero franco-suizo de Ginebra constituye un ejemplo de instalación artificial de recarga[7].

16. Pasando ahora al artículo 3, relativo a los arreglos bilaterales y regionales, el orador observa que el punto más discutido durante la negociación de la Convención de 1997 fue el tratamiento que debía darse a los acuerdos existentes en la materia. En cambio, no parece que sean muchos los acuerdos existentes sobre las aguas subterráneas, por lo que decidió no incluir en el proyecto el párrafo pertinente de la Convención de 1997. Aunque se ha sugerido sustituir «arreglos» por «acuerdos», el primero de estos términos refleja mejor, a su juicio, la situación actual. Se ha sugerido asimismo que una redacción del tipo «se alienta a los Estados del acuífero» [a concertar un arreglo bilateral o regional] es más bien laxa; personalmente considera que esa redacción es mucho más fuerte que «podrán», que es la que figura en la Convención de 1997. Se ha sugerido también que en el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 6 debería resaltarse el empleo del agua para el consumo humano; sin embargo, piensa que sería preferible recoger esa idea en el artículo 11. El orador reflexionará sobre ese particular.

17. En cuanto a las observaciones sobre la ausencia de disposiciones relativas a la organización administrativa de las aguas subterráneas transfronterizas, observa que existe una sólida tradición de cooperación internacional en cuanto a los ríos internacionales; en realidad, las comisiones fluviales internacionales fueron los precursores de las organizaciones internacionales. Ahora bien, en el caso de las aguas subterráneas, sólo la Comisión de gestión del acuífero de Ginebra puede considerarse que es una organización internacional plenamente operante. Aunque están apareciendo diversos mecanismos de cooperación organizativa, se trata todavía de entidades poco vertebradas; de ahí el párrafo 2 del artículo 8 del proyecto en el que se recomienda el establecimiento de mecanismos o comisiones mixtas.

18. Muchos miembros han sugerido que se incluya una disposición sobre el arreglo de controversias, análogo al artículo 33 de la Convención de 1997. Si bien no tiene ninguna objeción al respecto, no ha reproducido ese artículo por estimar que se trata simplemente de un adorno sin utilidad práctica, puesto que no prevé la jurisdicción obligatoria. Toda eventual controversia habrá de resolverse en el contexto de mecanismos bilaterales y regionales que rijan las relaciones entre las partes en dicha controversia. A su entender, la única disposición importante del artículo 33 es que la controversia debe obligatoriamente someterse a un órgano decisorio imparcial (párr. 3); por consiguiente, incluyó esa idea en el párrafo 2 del artículo 17, que trata de la resolución de desacuerdos sobre el efecto de las actividades proyectadas.

19. Muchos miembros han dicho que la Parte IV de la Convención de 1997, que se refiere a las actividades que afectan a otros Estados, es excesivamente sencilla en comparación con la Parte III, relativa a las medidas proyectadas. El orador simplemente no cree que pueda probarse la existencia de normas consuetudinarias en lo que concierne a disposiciones adjetivas tan detalladas sobre las aguas subterráneas; sin embargo, está dispuesto a examinar las eventuales mejoras que se sugieran.

20. Muchos miembros han hablado también a favor y en contra de la inclusión del principio de la precaución. Si bien algunos instrumentos recogen ese principio, el orador no cree que esas disposiciones tengan carácter declarativo de la costumbre internacional ni que sean constitutivas de nueva costumbre. En todo caso, el principio de la precaución es un concepto abstracto, de manera que la Comisión tendría que definir qué medidas han de aplicarse para la gestión de los acuíferos a la luz de ese concepto. Por su parte, seguirá tratando de encontrar una formulación apropiada y agradecerá toda orientación que pueda proporcionarle la Comisión.

21. El sentir general parece inclinarse en favor de la creación de un grupo de trabajo sobre las aguas subterráneas transfronterizas. El orador espera que dicho grupo pueda reunirse hacia finales de la primera parte del actual período de sesiones y nuevamente al principio de la segunda parte. Tratará de elaborar un documento de trabajo para dicho grupo y hablará con los miembros para conocer las propuestas de éstos en torno al proyecto de artículos.

Efectos de los conflictos armados en los tratados *(continuación)* (A/CN.4/552, A/CN.4/550 y Corr. 1 y 2)

[Tema 8 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

22. El Sr. BROWNLIE (Relator Especial) tiene la impresión de que en la sesión precedente el Sr. Gaja dio a entender, quizás inadvertidamente, que la presentación que hace el Relator Especial de la actual práctica de los Estados es inadecuada. Quisiera precisar que preparó el informe no «tempranamente», como se dijo, sino durante el tiempo que le ha dejado el resto de sus obligaciones profesionales. Ha investigado personalmente y a fondo la práctica actual de los Estados, consultando no sólo su propia y rica colección de derecho internacional acumulada a lo largo de 50 años de práctica, sino también los fondos del All Souls College de Oxford. En los párrafos 66 a 107 de su informe (A/CN.4/552) hay virtualmente en cada página abundante y bien documentada referencia a la práctica de los Estados. Cabe esperar que en el futuro no se repitan esas afirmaciones que son profesionalmente lesivas.

23. Dicho esto, agradece al Sr. Gaja y a otros miembros de la Comisión sus observaciones sobre aspectos jurídicos, a las que responderá apropiadamente en su declaración final.

24. El Sr. GAJA lamenta que sus observaciones hayan podido causar un malentendido. Su referencia a la presentación temprana del informe del Relator Especial tenía carácter de cumplido y no pretendía en modo alguno insinuar que el Relator Especial no haya investigado adecuadamente la práctica actual de los Estados. El Sr. Brownlie

[7] Para más información sobre el acuífero franco-suizo, véase el segundo informe del Relator Especial sobre los recursos naturales compartidos, *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/539 y Add.1.

ha trabajado sobre el tema durante muchos años, ha sido el impulsor de que la Comisión se ocupara del mismo y, con toda lógica, fue nombrado Relator Especial. El orador trató simplemente de consignar que, a su juicio, el Relator Especial podía haber examinado con mayor amplitud la correspondencia entre la actual práctica de los Estados y el proyecto de artículos. Espera que la aparente interpretación incorrecta de sus comentarios no perjudique lo que considera una agradabilísima y fecunda relación de trabajo con el Relator Especial, que se remonta ya a muchos años.

25. El Sr. ECONOMIDES dice que, en vista de la naturaleza complicada y sensible del tema de los efectos de los conflictos armados en los tratados, la Comisión debería empezar con un debate general sobe la manera de abordar el tema, así como sobre los principios en los que debe basar sus decisiones y la estructura apropiada. La Comisión debe aprovechar toda oportunidad para llevar a cabo una labor útil y constructiva en beneficio de los Estados y de toda la comunidad internacional en general; el tema examinado ofrece precisamente una oportunidad en tanto en cuanto permite manifestarse contra los conflictos armados y preconizar el mantenimiento en vigor de los tratados internacionales.

26. El orador concuerda con la conclusión reflejada en el memorando de la Secretaría (A/CN.4/550 y Corr. 1 y 2, párr. 163) en favor de fortalecer a los tratados frente al conflicto armado. A su juicio, el Relator Especial ha prestado atención insuficiente en su informe al Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual los Miembros deberán resolver sus controversias internacionales por medios pacíficos y deberán abstenerse de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otros Estados, o de cualquier otra forma incompatible con los fines de las Naciones Unidas. El principio de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza es la piedra angular del empeño de las Naciones Unidas por mantener la paz y la seguridad internacionales y no debería omitirse en el texto del proyecto.

27. El articulado debe partir del hecho objetivo de que los actos de agresión son ilegales: en particular, el Estado agresor no puede ser colocado en pie de igualdad con el Estado que ejerce el derecho de legítima defensa individual o colectiva. A ese respecto, considera que el texto debería inspirarse en los artículos 7 y 9 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1985 sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados[8]. El Instituto distinguió acertadamente entre el Estado que actúa en legítima defensa y el Estado agresor al estipular: «El Estado que ejerza el derecho de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas tendrá la facultad de suspender en todo o en parte la aplicación de un tratado incompatible con el ejercicio de ese derecho, sin perjuicio de las eventuales consecuencias resultantes de la determinación ulterior por parte del Consejo de Seguridad de ese Estado como agresor» (art. 7). Las palabras finales de este artículo, a partir de «sin perjuicio de las eventuales consecuencias», podrían suprimirse, ya que el Consejo de Seguridad debe saber en todo momento si un Estado ha cometido un acto de agresión. En realidad, de acuerdo con el Artículo 51 de la Carta, la legítima defensa representa una medida temporal a la que sólo puede recurrirse hasta que el Consejo de Seguridad adopte las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales, pues se ha confiado expresamente al Consejo la responsabilidad de tomar en todo momento las disposiciones que estime necesarias para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

28. Según el artículo 9 de la citada resolución del Instituto de Derecho Internacional, «El Estado que cometa agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no dará por terminado un tratado ni suspenderá su aplicación si ello tuviera un efecto favorable para dicho Estado». En el texto que elabore la Comisión habría que eliminar o quizás retocar la última parte del texto a partir de «si el efecto».

29. El proyecto debería tener como fundamento estas dos disposiciones que, por desgracia, el Relator Especial no ha estimado apropiado incluir.

30. El artículo 4 del proyecto, en la forma propuesta por el Relator Especial, hace de la intención de las partes en el momento de la celebración de un tratado el criterio básico para su terminación o suspensión en caso de conflicto armado. Sobre ese particular, el orador hace suyas las observaciones formuladas por el Sr. Gaja en la sesión precedente. Aunque dicho criterio gozó de preferencia en el período de la entreguerra, por ejemplo, en la obra del profesor Constantin Eustathiades, eminente especialista griego en el derecho de la guerra y miembro que fue de la Comisión, perdió gran parte de su importancia con la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, salvo en ciertos tipos de tratados, como los referentes al derecho internacional humanitario, y ya no se encuentra en los tratados internacionales.

31. Una de las disposiciones que habrá de abordar primeramente la Comisión es la recogida en el apartado *b* del artículo 3 del proyecto, en cuyos términos el estallido de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación o suspensión de la aplicación de los tratados entre una o más partes en el conflicto armado y un tercer Estado. También debería estipularse que el estallido del conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados entre las partes en el conflicto armado. Ahora bien, la suspensión de la aplicación de los tratados entre las partes en un conflicto armado debería abordarse por separado sobre la base de los dos artículos recogidos en la resolución del Instituto de Derecho Internacional ya mencionada (párr. 27 *supra*).

32. Es también imperativo que el proyecto estipule expresamente que todos los tratados relativos específicamente al conflicto armado y al derecho internacional humanitario, en el sentido amplio de ambos términos, deben ser aplicables por razones humanitarias a los conflictos armados contemplados en el proyecto. Lo mismo debe decirse de los acuerdos militares (*pacta bellica*) concertados en el transcurso del conflicto.

[8] Véase 2834.ª sesión, nota 7.

33. El proyecto debería incluir también una disposición análoga a la que propone el Relator Especial en el artículo 7, en que se enumeran todos los tratados que el Estado no puede suspender en ejercicio del derecho de legítima defensa. En dicha enumeración deberían figurar como mínimo los tipos siguientes de tratados: los que crean o regulan un régimen o condición permanentes, los relativos a la protección de los derechos humanos, los referentes a las inmunidades diplomáticas y consulares, los relativos a la protección del medio ambiente, los tratados normativos y, por último, los relativos a la solución de controversias. Debe también figurar una disposición en el sentido de que la suspensión de la aplicación de todos estos tratados quedará sin efecto a la mayor brevedad una vez finalizado el conflicto.

34. Por último, se somete a la consideración de la Comisión la conveniencia de incluir en el proyecto una disposición análoga al artículo 8 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional, que reza así: «Un estado declarará terminado o suspendido todo tratado que sea incompatible con una resolución del Consejo de Seguridad o de las Naciones Unidas referente a medidas tomadas con respecto a amenazas contra la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión». Una disposición en tal sentido reforzaría el sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas.

35. El Sr. PELLET lamenta que el muy útil memorando de la Secretaría esté principalmente centrado en la literatura sobre la práctica y la doctrina en lengua inglesa a propósito de los efectos de los conflictos armados en los tratados. Con respecto a este punto, agradece que el Relator Especial haya adoptado un criterio más amplio en cuanto a las fuentes. Sorprendentemente por tratarse de un primer informe, la Comisión tiene ante sí lo que difícilmente puede considerarse un «informe preliminar», ya que contiene una serie completa de artículos. La ventaja de esa presentación es que fomenta el debate y permite a los miembros y a los Estados ver desde el principio cuál es el pensamiento del Relator Especial. El inconveniente es que se ofrece al lector una perspectiva única, a menudo sin acceso a los hechos que le permitirían establecer su propio criterio razonado, aunque el Relator Especial ofrece hasta cierto punto información general en su comentario a alguno de los artículos, sobre todo al artículo 4. En vista de las circunstancias, el orador estima que sería prematuro entrar a debatir en detalle cada uno de los artículos del proyecto, todos los cuales, salvo el artículo 5, plantean problemas importantes. Por esa razón, no cree que deba debatirse en el presente momento la conveniencia de transmitir los artículos del proyecto al Comité de Redacción. Por otra parte, como el propio Relator Especial reconoce en el párrafo 13 del informe, el proyecto de artículos ha de suscitar comentarios por parte de los gobiernos, así como información sobre la práctica de los Estados, sobre cuya base la Comisión podrá proseguir su cometido de precisar el derecho.

36. El orador se propone formular cinco observaciones de carácter general. En primer lugar, al leer el informe, se ha sentido con frecuencia incomodado por la afirmación reiterada de que un aspecto determinado es «evidente», pues personalmente hubiera agradecido disponer de más información para poder extraer sus propias conclusiones. Por ejemplo, en el párrafo 5 se exponen cuatro razonamientos muy diferentes en cuanto al régimen jurídico. El primero de ellos es que, por su propia naturaleza, la guerra supone una ruptura completa de todos los tratados; esta idea puede rechazarse sumariamente porque simplemente no refleja la realidad. De los otros tres razonamientos, sólo uno ha encontrado el favor del Relator Especial: el de la intención de las partes en el momento de celebrar el tratado. Ese es el único criterio cuya validez se defiende en el comentario al artículo 4. Los otros dos razonamientos se rechazan sin más trámite porque se trata de «ideas relativamente poco elaboradas e incoherentes» y también porque «las generalizaciones que entrañan tienden a situarse en un plano anterior al jurídico y están repletas de ambigüedades» (párr. 6). Sin embargo, el Sr. Pellet no ve nada absurdo respecto al criterio de la «compatibilidad con los propósitos de la guerra o el estado de las hostilidades» (párr. 5 *b*). En realidad, ese criterio está reflejado en varios artículos del proyecto propuesto por el Relator Especial. Por otra parte, se siente fuertemente inclinado a concordar con el Sr. Economides en que el texto del proyecto podría desempeñar una función importantísima el principio de la prohibición del empleo de la fuerza armada, que ha sido rechazado sin más por el Relator Especial sin examinarlo realmente.

37. También ha sorprendido al orador el rechazo categórico que se hace en el párrafo 40 del informe de lo que el Relator Especial denomina «tesis extrajurídica». Tampoco está seguro de que el Relator Especial haya interpretado correctamente lo que el propio orador ha escrito sobre ese particular. Es evidente que la guerra no es, en sentido propio, un fenómeno jurídico, ya que no tiene deliberadamente por objeto la producción de efectos jurídicos; ahora bien, lo que es también evidente es que produce efectos de esa naturaleza. Ahí reside la diferencia entre un acto jurídico, que tiene por objeto la producción de efectos jurídicos, y un hecho jurídico, que produce efectos jurídicos no contemplados. A diferencia del Relator Especial, no alcanza a ver ninguna «importante contradicción» en esa distinción; la finalidad misma de abordar el tema es, a su juicio, determinar los efectos jurídicos que sobre los tratados en vigor ejercen eventos que adoptan la forma de conflictos armados y que, por su propia naturaleza, son extrajurídicos.

38. Tampoco entiende por qué ha de ser «evidente» que el principio de la intención determinará todas las incidencias jurídicas de un tratado (párr. 48). Por supuesto, la intención o quizás más bien el consentimiento en obligarse, es el principio básico que rige el derecho de los tratados, el principio *pacta sunt servanda*, contemplado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 (párr. 47). Sin embargo, no todos los motivos de invalidez de los tratados expuestos en los artículos 46 a 53 de la Convención tienen relación con el consentimiento o con la intención. A mayor abundamiento, lo menos que puede decirse es que puede trazarse una analogía entre los conflictos armados y la «imposibilidad subsiguiente de cumplimiento» de un tratado (artículo 61 de la Convención) o «un cambio fundamental en las circunstancias» (art. 62). Aunque la Secretaría ha abordado ese aspecto crucial en su memorando, el Relator Especial no ha tomado en su informe posición sobre el particular.

39. Hay que plantear también la cuestión, como hace el memorando de la Secretaría, de la forma en que las circunstancias que excluyen la ilicitud, concretamente la fuerza mayor, inciden en el tema que se examina. El derecho de la responsabilidad y el derecho de los tratados representan dos instituciones diferentes cuya interrelación compleja ya puso de relieve, en particular, el arbitraje en el asunto del *Rainbow Warrior* y la sentencia de la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Quizás la existencia de estos dos grupos de normas haya sido la razón por la que el Relator Especial en el párrafo 10 de su informe indica que el único criterio apropiado para este tema es el adoptado en el derecho de los tratados. Sin embargo, no habría sido superflua una explicación detallada de ese aspecto en el informe. Incluso si se predica, por razones académicas o teóricas, una separación entre ambos grupos de normas, ello no debe impedir que la Comisión investigue las relaciones entre el tema que nos ocupa y el derecho de la responsabilidad, por lo menos para tratar de arrojar alguna luz útil sobre el tema.

40. Le causó, por último, también perplejidad el párrafo 50 del informe, según el cual es evidente la importancia de distinguir las relaciones entre las partes en un conflicto armado y las relaciones con terceros Estados o entre éstos, pero sólo dentro del marco del criterio de la intención. En defecto de explicación, debe admitir que no alcanza a comprender el razonamiento en que se inspira esa afirmación. A su juicio, la distinción entre las partes en un conflicto y los terceros es importante tanto en términos de la naturaleza del tratado como de la naturaleza del conflicto.

41. Con objeto de que su opinión no se interprete incorrectamente, resalta que no es fundamentalmente hostil al criterio de la intención, pero las demás teorías no deben descartarse sumariamente sin un análisis a fondo. La intención no es el único criterio, y el propio Relator Especial parece verlo fundamentalmente así, ya que el artículo 7 del proyecto se basa no sólo en la intención de las partes, sino también en el objeto y el fin de los diversos tipos de tratados citados.

42. Esto le lleva a la segunda observación general, que se refiere al criterio de la intención, que ocupa un lugar tan preeminente en el proyecto. En realidad, no tiene un criterio firme sobre esta preeminencia, pero está firmemente convencido de que no debe aplicarse ningún criterio con exclusión de todos los demás. Le inquieta la manera en que se emplea en el proyecto el criterio de la intención. En el párrafo 47 del informe, el Relator Especial dice que el principio de la intención promueve la seguridad jurídica, lo cual no es en modo alguno evidente por dos razones. En primer lugar, no es, ni mucho menos, fácil determinar la intención de las partes en un tratado. En segundo lugar, la razón de la dificultad es que, en general, las partes no tienen ninguna intención: simplemente no contemplan la posibilidad de que estalle un conflicto armado, sea entre ellas o entre terceros, sea en su propio territorio en el caso de un conflicto interno.

43. Por supuesto, podría suceder que los Estados piensen, aunque sea lejanamente, que el conflicto armado es una posibilidad. Evidentemente, sí sucede con los tratados que son expresamente aplicables en caso de conflicto armado, aludidos en el apartado *a* del párrafo 2 del artículo 7, y los mencionados en el párrafo 1 del artículo 5. Con independencia de las situaciones descritas en ambas disposiciones, los Estados en general no tienen ningún tipo de intención en cuanto a los posibles efectos en sus relaciones convencionales del estallido de un conflicto armado. En la mayoría de los casos, los Estados celebran los tratados pensando que permanecerán en paz. Así pues, sus intenciones respectivas son menos importantes que el objeto y el fin del tratado celebrado. Podría pensarse que el objeto y el fin del tratado reflejan sus intenciones implícitas, pero eso es una construcción intelectual bastante artificial, de manera que sería más comprensible y claro decir sin ambages que, en defecto de intención expresa, el objeto y el fin del tratado representan la orientación general.

44. En el párrafo 2 del artículo 4 y en el párrafo 2 del artículo 9, el Relator Especial indica que, a los efectos de determinar la probabilidad de terminación o suspensión de un tratado en la hipótesis de un conflicto armado, o el restablecimiento en vigor del mismo en caso de suspensión, la intención de las partes en el tratado debe determinarse de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 relativos a la interpretación de los tratados, así como a la luz de la naturaleza y alcance del conflicto armado. Ahora bien, se trata de dos criterios muy diferentes, el segundo de los cuales, esto es, la naturaleza y el alcance del conflicto armado, no tiene nada que ver con la intención de las partes. Sorprende el recurso a los artículos 31 y 32 de la Convención para determinar la intención de las partes en un tratado. Lejos de ello, en el artículo 31, lo que permite interpretar el tratado es la intención de las partes reflejada en el objeto y el fin del tratado y, en el artículo 32, los trabajos preparatorios. Remitirse a los artículos 31 y 32 equivale a una petición de principio pues, para determinar la intención de las Partes, hay que partir de la intención de las partes.

45. Su tercera observación general se refiere al alcance del proyecto de artículos, pero va más allá del análisis del artículo 1 que, bajo el título «Alcance», se limita a reproducir el del tema sin proporcionar ninguna indicación clara en cuanto al alcance propiamente dicho. El primer problema que se plantea es saber si el proyecto va a aplicarse exclusivamente a los tratados que ya han entrado en vigor o también a los que, habiendo sido firmados, no han entrado todavía en vigor. En este último caso, hay que trazar una distinción entre los Estados contratantes en el sentido del apartado *f* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 y los demás Estados. Esos aspectos deberían abordarse en el proyecto.

46. Un problema afín es si el proyecto debe prever la capacidad para celebrar tratados. Según el párrafo 2 del artículo 5, así parece ser, aunque la indicación figura en un lugar extraño, pues no alcanza a ver la ilación del párrafo 2 con el párrafo 1 o cuál es su relación con él. En el proyecto deben abordarse las repercusiones de la guerra en la capacidad de los Estados para celebrar tratados.

47. Otro problema relativo al alcance se refiere a la definición misma del conflicto armado. En principio, es partidario de una definición amplia, como la que se propone en el apartado *b* del artículo 2. Ahora bien, debe declararse expresamente que el proyecto de artículos contempla

los conflictos nacionales e internacionales, opinión que el propio Relator Especial —quien ha observado que la distinción entre ambos no es siempre tajante— parece compartir, aunque no haya incorporado en el proyecto nada en tal sentido. Tampoco está seguro el orador de que los conflictos armados nacionales y los internacionales tengan necesariamente los mismos efectos en todos los casos, por lo que lamenta la ausencia aparente de toda referencia subsiguiente a la distinción.

48. En el párrafo 16, el Relator Especial indica que la definición de conflicto armado incluye el bloqueo incluso en ausencia de acciones armadas. Resulta difícil conciliar ese criterio con la mención expresa que se hace de las operaciones armadas en el apartado *b* del artículo 2 del proyecto. Además, esa mención parece dejar cierta ambigüedad a la hora de saber si situaciones infinitamente más importantes en el mundo contemporáneo que el bloqueo van a quedar prescritas en el proyecto. Piensa en particular en el conflicto árabe-israelí. Los Estados, y no sólo los que están directamente envueltos, tienen que saber si el proyecto de artículos va a aplicarse a los conflictos armados de ese tipo.

49. El último problema a propósito del alcance es que no responde a una serie de preguntas fundamentales. Según el artículo 10, titulado «Legalidad de la conducta de las partes», las repercusiones —término cuya traducción francesa *la conséquence* debe figurar en plural y no en singular— de la terminación o suspensión de un tratado «no se verán afectadas por la legalidad de la conducta de las partes en el conflicto armado de conformidad con los principios del derecho internacional general» —es de presumir tanto el *jus in bello* como el *jus ad bellum*— «o las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas». En el año 2005 es difícil no preguntarse si la legalidad de la conducta de las partes no desempeña una función, con toda probabilidad fundamental, en el destino de los tratados en cuestión. Debido precisamente al carácter espinoso del problema, la Comisión acordó en 1963 no entrar en este tema[9], pero el proyecto que se examina sería mucho más útil e interesante si entrara en esos problemas espinosos. A ese respecto, el orador concuerda enteramente con el Sr. Economides en que en 2005 resulta difícil actuar como si el derecho de la guerra no hubiera sufrido absolutamente ningún cambio. La legalidad de la conducta debe ser uno de los elementos esenciales del proyecto y no quedar simplemente en la sombra merced al empleo de una cláusula del tipo «sin perjuicio» en el artículo 11. En todo caso, sería útil saber qué piensan los Estados de estas cuestiones, por lo que en el capítulo III del informe de la Comisión debería incluirse una petición expresa en tal sentido, especificando los aspectos concretos que, a juicio de la Comisión, revestirían especial interés.

50. Otra omisión está constituida por los tratados celebrados por organizaciones internacionales. Los tratados de integración, trátese de la Unión Europea o del MERCOSUR no pueden dejarse totalmente de lado.

51. La cuarta observación general es que el proyecto no traza suficiente distinción entre una variedad de situaciones cuyos efectos jurídicos son muy diferentes. Por ejemplo, habría sido útil distinguir conflictos armados internacionales y conflictos armados internos, así como Estados partes en un conflicto armado internacional y terceros Estados y, de una manera más concreta, Estados neutrales, entre los Estados que son partes en un tratado y los que, no siendo partes, lo son en un conflicto, entre los Estados partes y los Estados contratantes que no han ratificado el tratado, entre la terminación de un tratado a causa de un conflicto armado y la simple suspensión de su aplicación, entre los efectos de un conflicto armado en las disposiciones de un tratado ya ejecutadas o en curso de ejecución y las pendientes de ejecución y, por último, entre los efectos de un conflicto armado en las disposiciones sustantivas en contraposición a las cláusulas finales o disposiciones adjetivas.

52. Su observación final es que el proyecto tiende a considerar los tratados como un todo. Conviene aplicar un criterio más matizado. En el memorando de la Secretaría, particularmente en los párrafos 153 y siguientes, se observa que, especialmente en el caso de los tratados complejos, no todas las disposiciones están sujetas a los mismos efectos en la hipótesis de un conflicto armado. Dentro de un mismo tratado, algunas disposiciones pueden quedar suspendidas, al paso que otras terminan irremediablemente y todavía otras siguen aplicándose íntegramente. Piensa, *mutatis mutandis*, en la sentencia pronunciada en 1980 por la CIJ en el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, en el que la Corte resaltó claramente el carácter especial de las cláusulas de solución de controversias en la hipótesis de incumplimiento sustancial de las disposiciones de un tratado. Y ello plantea sin duda el delicado problema de la divisibilidad de las disposiciones de un tratado, que es también un aspecto cardinal en el tema y que se menciona en el memorando de la Secretaría (párrs. 153 a 157).

53. Prosiguiendo en esta vía, ¿cuál es el aspecto fundamental? ¿los efectos de un conflicto armado en el tratado en su conjunto, en cada una de sus disposiciones o en los derechos y obligaciones dimanantes del tratado? Según el artículo 63 de la Convención de Viena de 1969, titulado «Ruptura de relaciones diplomáticas o consulares», ésta «no afectará a las relaciones jurídicas establecidas [...] por el tratado». Obsérvese que lo que no está afectado son las «relaciones jurídicas» y no el propio tratado ni sus disposiciones. Aunque el orador no conoce bien la génesis de esa disposición, está absolutamente seguro de que se sopesaron cuidadosamente cada uno de los términos utilizados en la misma. Así pues, la Comisión obraría con prudencia si reflexionara atentamente sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. ¿Se trata del propio tratado, de cada una de sus disposiciones individual y separadamente o, como el orador sospecha que sucede en la realidad, de las obligaciones dimanantes del tratado? En algunos casos, un conflicto armado puede suspender las obligaciones resultantes del tratado. Precisamente los artículos 57 y 65 de la Convención estipulan los procedimientos para la suspensión de un tratado, pero sus procedimientos son difícilmente compatibles con situaciones de conflicto armado. El problema no se plantea si se reconoce que lo que se suspende no es el tratado ni sus disposiciones sino más bien las obligaciones resultantes de esas disposiciones o, como dice el artículo 63 de la

[9] Véase *Anuario... 1963*, vol. II, documento A/5509, págs. 220 y 221, párr. 14.

Convención, la relación jurídica establecida entre las partes en un tratado. Si la cuestión reside realmente en los efectos sobre las obligaciones resultantes de un tratado, el tema parece verse bajo una luz más clara, ya que no puede seguirse contemplando exclusivamente desde el punto de vista del derecho de los tratados: también entra en juego un elemento sustancial del derecho de la responsabilidad. Habrá que examinar detenidamente ese particular.

54. Para terminar, da las gracias al Relator Especial, que ha presentado un informe estimulante para la reflexión que, sin embargo, deja aspectos importantes en la oscuridad. Ahora hay que debatir a fondo los problemas planteados por el Relator Especial y también los que ha omitido. A juzgar por el párrafo 13 del informe, ese es el objetivo que se ha fijado también el Relator Especial. En todo caso, razones de principio se oponen a que se adopte en la fase actual toda una serie de proyectos de artículos.

55. El Sr. DUGARD felicita al Relator Especial por este primer informe. Constituye un admirable logro la presentación de una serie completa de artículos que permiten a la Comisión tener una imagen cabal desde el principio mismo, en lugar de tener que esperar a que cada año se presenten nuevos artículos. El informe representa un trabajo de investigación a fondo y está presentado con claridad, de manera que el orador está de acuerdo con el criterio general adoptado y, en particular, en lo que concierne al empleo de la fuerza.

56. Desea formular dos sugerencias a propósito del proyecto en general. La primera se refiere al interés de las decisiones de los tribunales internos que, si bien son fuente del derecho internacional, tienen sólo carácter subsidiario. En algunas instituciones del derecho internacional son de poca ayuda, al paso que en otras revisten gran importancia, por ejemplo, para el desarrollo del derecho internacional consuetudinario a la hora de restringir la inmunidad soberana de los Estados por los actos *jure gestionis*. El Relator Especial estima que las normas que rigen los efectos de los conflictos armados en los tratados pertenecen al derecho internacional que no está influido por las decisiones de los tribunales internos. Así, en los párrafos 20, 44 y 105 del informe consigna que, a su juicio, esas decisiones no son de gran utilidad, representan una fuente problemática y están en general supeditadas a orientaciones expresas del poder ejecutivo. El orador no está de acuerdo con ello. Los tribunales internos han examinado con frecuencia los efectos de los conflictos armados en los tratados. Es cierto que esas decisiones no son uniformes, pero la evolución del derecho en el sentido de restringir la inmunidad soberana revela la misma falta de uniformidad, al igual que otros tipos de práctica de los Estados, en particular las declaraciones de los gobiernos. Al paso que países como el Reino Unido y la antigua Unión Soviética se opusieron a los nuevos criterios aplicados por los tribunales internos, y otros países prefirieron mantener la inmunidad absoluta, otros sistemas jurídicos se inclinaron en favor de la teoría restrictiva. A su entender, las decisiones de los tribunales internos proporcionan una prueba útil de la práctica de los Estados, es decir, de la intención de las partes con respecto a ciertos tipos de tratado y al efecto de la naturaleza de un tratado sobre su supervivencia. Confirma la importancia de estas decisiones el memorando de la Secretaría (A/CN.4/550 y Corr.1 y 2), en el que se trae a colación una diversidad de casos, como *Techt* c. *Hughes* y *Clark* c. *Allen* en los Estados Unidos (párr. 11), así como sentencias en materia de tratados de extradición, por ejemplo, los asuntos *Gallina* v. *Fraser* (nota 233) y *Argento* v. *Horn* (nota 9) seguidas recientemente por los tribunales sudafricanos. El memorando hace también referencia a la jurisprudencia de tribunales italianos, griegos y de muchos otros países. En realidad, el propio Relator Especial utiliza también decisiones de los tribunales internos, citando abundantemente el *Digest of International Law* de Whiteman (párr. 78 del informe) y el asunto *Masinimport* c. *Scottish Mechanical Light Industries* (párr. 105). Exhorta al Relator Especial a que reconsidere su opinión sobre la poca utilidad de la jurisprudencia de los tribunales internos.

57. Su segunda sugerencia se refiere a la necesidad de incluir una referencia a la naturaleza del tratado. El Relator Especial estima que la intención de las partes es la clave para determinar qué tratados sobreviven a un conflicto armado, pero, al propio tiempo, cita una serie de autores según los cuales debe tenerse en cuenta la naturaleza del tratado. Por ejemplo, en el párrafo 33 del informe se cita a Lord McNair, según el cual «la naturaleza del tratado es, sin duda, la mejor prueba de la intención de las partes»; Fitzmaurice expuso una idea análoga (párr. 34). El Relator Especial cita también a Hurst (párr. 32), el cual escribió que «los casos que presentan dificultades son aquellos en que el tratado no ofrece ninguna indicación clara acerca de la intención de las partes y ésta debe, por tanto, presumirse de la naturaleza del tratado o de las circunstancias pertinentes». Sorprende, pues, que el Relator Especial no aluda en su proyecto a la naturaleza del tratado. El orador personalmente cree que los artículos 4 y 9 deberían hacer referencia no sólo a la naturaleza del conflicto armado, sino también a la del tratado, como prueba de la intención de las partes. Esa referencia sería más útil que la que se hace a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 y, a ese respecto, hace suyas las observaciones formuladas por los señores Gaja y Pellet.

58. También sorprende que el Relator Especial ponga de relieve en el párrafo 1 del artículo 7 que hay que tomar en consideración el objeto y el fin del tratado. ¿No equivale ello a subrayar la importancia de la naturaleza del tratado? Al fin y al cabo, el objeto y el fin del tratado forman parte de la naturaleza de éste y, por ello, sería mejor aludir a la naturaleza del tratado. En el párrafo 62, el Relator Especial parece aceptar esa idea al escribir que «un aspecto importante de las consideraciones de la doctrina es la indicación de categorías de tratados, a fin de determinar tipos de tratados que en principio no tienen probabilidades de ser suspendidos o terminados en caso de conflicto armado». Por tanto, el Relator Especial mantiene una posición ambivalente. Vale la pena señalar que el artículo 3 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1985 sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados se habla también de la «naturaleza o propósito» del tratado.

59. En cuanto a los artículos propiamente dichos, su primera observación se refiere al apartado *b* del artículo 2 y a la definición que el Relator Especial tomó del Instituto de Derecho Internacional. Existe ahora una definición ampliamente aceptada de conflicto armado, que no

es la del Instituto; se remite a este respecto a la sentencia del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia en el asunto *Tadić*, en el que el Tribunal concluyó que «existe un conflicto armado cuando se da el recurso a la fuerza armada entre Estados o existe una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre grupos de esta naturaleza dentro de un Estado» (sentencia de la Sala de Apelaciones, párr. 70). Si bien esa definición deja de lado el elemento convencional que está presente en la definición del Instituto de Derecho Internacional, es en este momento la definición de conflicto armado citada con más frecuencia, sobre todo en el derecho penal internacional, y la Comisión no puede hacer caso omiso de ella.

60. El orador celebra que el Relator Especial haya puesto de manifiesto el problema de la ocupación militar no acompañada de violencia armada prolongada o de operaciones armadas. Como ha señalado certeramente el Sr. Pellet, esa es una cuestión importante en el contexto del Oriente Medio. Sin embargo, no era de presumir que el Relator Especial se adentrara en las complejidades del conflicto del Oriente Medio, pues ello sin duda hubiera acarreado dificultades suplementarias.

61. A propósito del artículo 3, no tiene objeción al empleo del término «necesariamente», aunque espera que no se trate simplemente de evitar la expresión latina *ipso facto*. La Comisión no debe ser en principio hostil a las expresiones en latín.

62. En el artículo 4 debería agregarse un nuevo apartado *c* dentro del párrafo 2, en el que se haría referencia a la naturaleza del tratado; quizás convendría suprimir la referencia a la Convención de Viena de 1969 que figura en el apartado *a* de dicho párrafo.

63. En lo que respecta al artículo 7, la larga lista de tipos de tratados que incluye el Relator Especial confirma simplemente la opinión personal del orador sobre la necesidad de tener en cuenta la naturaleza del tratado. En el memorando de la Secretaría se hace referencia además a otros tipos de tratados, por ejemplo, los de extradición, y existen innumerables decisiones de tribunales internos sobre el particular. También deberían incluirse otras categorías; por ejemplo, en su resolución, el Instituto de Derecho Internacional alude a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales (art. 6). En el informe no queda claro si esta categoría queda incluida en la referencia del Relator Especial a los tratados multilaterales.

64. Sus observaciones sobre el artículo 4 se aplican igualmente al artículo 9. En cambio, no le plantean ninguna dificultad los artículos 10 a 14. En cuanto al artículo 11, la Comisión debería prestar quizás en su momento más atención a los efectos de las resoluciones del Consejo de Seguridad, así como a los del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas sobre los tratados, aunque ambas cuestiones se salen del mandato actual.

65. El orador no está seguro de cómo interpretar el párrafo 13 del informe. No cree que el Relator Especial esté indicando que la Comisión debe aprobar todos los artículos del proyecto en su forma actual y los transmita a los Estados recabando sus comentarios: la Comisión tiene el cometido de examinar los artículos antes de su transmisión a los Estados, y la respuesta de éstos no es siempre de gran ayuda, sobre todo si la propia Comisión no ha asimilado los principios. A su juicio, la Comisión debería examinar al menos la conveniencia de remitir algunos artículos del proyecto, posiblemente los artículos 1 a 3, al Comité de Redacción en el presente período de sesiones. El Relator Especial podría luego reexaminar las demás disposiciones, con o sin el concurso de un grupo trabajo.

66. El Sr. PELLET dice, a propósito del conflicto árabe-israelí, que en modo alguno ha propuesto que la Comisión examine ese problema detenidamente. Ha dicho simplemente que en el proyecto debería indicarse si va o no a ser aplicable en ese caso. A su juicio, el Relator Especial es excesivamente prudente y abstracto sobre ese conflicto. Los relatores especiales no deberían tener miedo a la hora de abordar en sus informes situaciones concretas.

67. En cuanto al párrafo 13, el solo hecho de que el proyecto no vaya a ser remitido al Comité de Redacción no quiere decir que los Estados no puedan formular observaciones a su respecto. En primer lugar, de los informes de los relatores especiales reciben copia todos los ministerios interesados y, en segundo lugar, es práctica corriente que en el informe de la Comisión se reproduzcan los artículos examinados en notas de pie de página.

68. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se declara totalmente insatisfecho con el informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, que ha proporcionado al Relator Especial una oportunidad para enriquecer el derecho de los tratados regido por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Existe ya una definición de tratado, de manera que el orador no está seguro de su necesidad en el proyecto que se examina. El artículo 4, con sus referencias a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, recoge también principios establecidos, aunque probablemente encaja bien en el proyecto, ya que el Relator Especial basó su razonamiento en la intención de las partes. Sin embargo, se pregunta si las disposiciones sobre la interpretación de los tratados representan el mejor método para abordar el problema. El artículo 6 deja sin resolver los aspectos referentes al régimen de la nulidad y, en realidad, a la finalidad misma del proyecto.

69. En cuanto al método, del informe no aparecen claramente las cuestiones básicas y, por ello, no se alcanza a ver por qué la Comisión decidió iniciar el examen del tema y si con ello ha obrado acertadamente. Todo el tema ha quedado difuminado al no haber expuesto el Relator Especial su propia metodología sobre el tema.

70. No se explica la noción misma de los «efectos», pese a que es crucial y ello con independencia de que se adopte un criterio restrictivo o extensivo. Como el recurso a la guerra está prohibido por el derecho internacional —salvo que se esté de acuerdo con la óptica del artículo 10, que el orador no comparte— salvo en supuestos de autorización por el Consejo de Seguridad y de legítima defensa, el problema estriba en saber si la infracción de dicha prohibición por parte del Estado que recurre a la guerra entraña consecuencias —a diferencia de «efectos»— para ese Estado, a causa del incumplimiento por su parte de una obligación impuesta por el derecho internacional general. En ese

contexto, tendría que haberse ligado el tema con el de la responsabilidad de los Estados y no sólo con el de los tratados. Y también el concepto de «efectos» podría haberse precisado yuxtaponiéndolo al de «consecuencias».

71. Incluso si la Comisión se centrara únicamente en los efectos que analiza el Relator Especial, es decir, la suspensión o terminación de un tratado, hay múltiples razones para preguntarse qué consecuencias puede tener para las propias partes esta suspensión o terminación a causa de los compromisos asumidos en virtud del tratado o frente a los terceros neutrales. Todas esas preguntas quedan sin respuesta en el informe. Hubiera sido conveniente que la Comisión recibiera más información sobre esos aspectos. Se siente desconcertado al no haber encontrado en el informe respuestas a estas consideraciones preliminares, en un informe que no contiene ni método, ni criterio, ni definición del tema ni un análisis de los problemas.

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

[Tema 1 del programa]

72. El PRESIDENTE dice que, de no formularse objeciones, entenderá que la Comisión está de acuerdo en establecer un grupo de trabajo sobre las aguas subterráneas transfronterizas.

Así queda acordado.

73. El PRESIDENTE invita a los miembros interesados en participar en el Grupo de Trabajo a que se pongan en contacto con el Relator Especial para el tema.

74. Anuncia que existe también el propósito de celebrar una sesión conjunta de la Comisión y de la European Society of Internacional Law, el 27 de mayo de 2005, a las 15.00 horas, sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Han anunciado su propósito de asistir más de 100 miembros de la Society, entre ellos su Presidente, el magistrado Simma. Se han tomado ya las disposiciones preliminares para ese importante acontecimiento. De no formularse objeciones, entenderá que la Comisión está de acuerdo en celebrar la referida sesión.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

2837.ª SESIÓN

Jueves 12 de mayo de 2005, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Djamchid MOMTAZ

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Efectos de los conflictos armados en los tratados *(continuación)* (A/CN.4/552, A/CN.4/550 y Corr. 1 y 2)

[Tema 8 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. KOSKENNIEMI, después de felicitar al Relator Especial, le agradece que haya preparado un proyecto de artículos completo, lo que permite tener una visión global de la cuestión y, además, hacer que los textos pasen al dominio público, a fin de que los gobiernos puedan formular observaciones concretas al respecto.

2. En un primer momento, el orador se ha visto tan sorprendido como el Sr. Gaja por el tono perentorio de ciertas afirmaciones del Relator Especial. En la introducción, después de mencionar cuatro teorías sin explicar cuál es su origen, el Relator Especial declara en el párrafo 6 que esa enumeración «no resulta de gran ayuda». Más adelante, en el párrafo 20, afirma que las decisiones de los tribunales nacionales «no son de mucho valor». En el párrafo 64, dice que «los materiales disponibles [...] son considerables», pero no hace ninguna indicación al respecto. Con todo, la afirmación más sorprendente es la que se hace en el párrafo 16, en el que dice que «no puede caber ninguna duda de que la labor de la Comisión sufrirá grandes retrasos si se intenta una definición muy compleja». El Relator Especial cuenta decididamente con el espíritu de colaboración de sus lectores. Cierto es que, al presentar un proyecto tan claro y determinado, ha prestado un gran servicio a la Comisión, pero ésta debe decidir si acepta el texto íntegramente antes de enviarlo al Comité de Redacción.

3. El orador deplora que la Comisión, cuando aborda un nuevo tema, no estudie suficientemente a fondo la orientación general que debe dar a sus trabajos. La Comisión podría preguntarse, por ejemplo, cuáles podrían ser las alternativas a la cuestión de los efectos de los conflictos armados en los tratados, cuáles serían sus repercusiones en casos concretos tales como el conflicto israelopalestino y qué es lo que estaría en juego. Todo esto merece ser estudiado, ya que, si no se procede así, los trabajos de codificación pueden transformarse en la redacción de una obra colectiva sobre el derecho de los tratados. Esta observación no es un reproche al Relator Especial, sino que se dirige a la manera general de proceder de la Comisión.

4. A juicio del orador, el principal problema es que un conflicto armado es un acontecimiento tan importante y traumatizante que, cuando estalla, la suerte de los tratados pasa a ser muy secundaria. ¿Se dejarán impresionar por las normas que se dicten al respecto quienes están dispuestos a violar la prohibición del uso de la fuerza? Además, en tal contexto de muerte y de destrucción, todo

* Reanudación de los trabajos de la 2834.ª sesión.