RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

[Tema 7 del Programa]

DOCUMENTO A/CN.4/334 Y ADD.1 Y 2*

Informe preliminar sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial

[Original: inglés]
[24 y 27 de junio y 4 de julio de 1980]

ÍNDICE

		Página
Abreviaturas		259
Capítulo	*Párrafos*	
I. CONSIDERACIONES GENERALES	1-18	260
A. Introducción	1-9	260
B. Términos empleados (o no empleados)	10-18	262
II. COMPARACIONES CON LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS ILÍCITOS	19-31	265
A. Normas primarias y secundarias	19-25	265
B. Prevención de la ilicitud	26-31	266
III. LIMITACIONES DE LA SOBERANÍA	32-50	269
A. *Sic utere tuo...:* el criterio del «daño»	32-38	269
B. Intereses legítimos y factores múltiples	39-50	271
IV. NATURALEZA Y ALCANCE DEL TEMA	51-65	275
A. Naturaleza del tema	51-61	275
B. Alcance del tema	62-65	278

ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEPE	Comisión Económica para Europa
CIJ	Corte Internacional de Justicia
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
C.P.J.I., serie A	CPJI, *Recueil des arrêts*
ILA	International Law Association
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/334/Add.1/Corr.1.

CAPÍTULO PRIMERO

Consideraciones generales

A.—Introducción

1. En el presente informe preliminar, como es habitual en estos casos, no se intenta analizar o evaluar la doctrina y la práctica de los Estados en sectores que quizás requieran un estudio detenido, sino que se trata más bien de determinar esos sectores y sus posibles relaciones mutuas, de delinear a grandes rasgos, de una manera provisional, el perfil del tema y de asignarle en principio un lugar en el plan general de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional. Asimismo, las escasas alusiones a opiniones autorizadas no implican de por sí juicio alguno acerca de dónde reside la autoridad en esta materia, sino que sólo tienen como finalidad poner de relieve las tesis analizadas en el texto o servirles de contrapunto. Un informe preliminar es el instrumento que permite al Relator Especial compartir con sus colegas las prenociones, aún imperfectas, que se ha formado acerca de su tarea, a fin de que las observaciones que éstos hagan aporten una primera contribución a lo que siempre tendría que ser una empresa colectiva.

2. El Relator Especial no desea matizar ni complementar la breve descripción del tema que figura en el informe del Grupo de Trabajo constituido por la CDI en su 30.° período de sesiones y que se reproduce en lo esencial en un anexo del informe de la Comisión relativo a ese período de sesiones [1]. En realidad, los lectores que no consigan fácilmente abrirse camino entre la espesura del presente informe quizá deseen aguzar su sentido de la orientación remitiéndose de vez en cuando a las características del tema definidas por el Grupo de Trabajo. En el presente informe, tras la introducción más breve posible, se tiene el propósito de pasar directamente a considerar las múltiples dificultades que complican la materia escogida para su codificación y desarrollo progresivo y de las que cabe pensar que ponen en tela de juicio la oportunidad o viabilidad de llevarla a cabo.

3. Ante todo, sin embargo, conviene recordar que la inclusión de este tema en el programa activo de la Comisión obedece a la conjunción de dos circunstancias. En primer lugar, el Relator Especial para la responsabilidad de los Estados (primera parte), Sr. Ago, al delimitar el tema que se le había encomendado, subrayó que éste versaría sólo sobre las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos sin prejuzgar en modo alguno la evolución o el contenido de un régimen distinto, relativo a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional [2]. La Comisión adoptó ese punto de vista [3]. En segundo lugar, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a petición de su Sexta Comisión, tomó debida nota de la distinción y ha instado reiteradamente a la Comisión a que inicie el examen de este tema tan pronto como se lo permita su actual programa de trabajo [4]. En cierto sentido, pues, la Asamblea General ha fallado provisionalmente que el tema es viable y merece que se le dé prioridad.

4. El título actual se deriva de la contraposición genérica entre obligaciones que emanan, respectivamente, de hechos ilícitos y de actos que el derecho internacional no prohíbe, pero el contexto específico en que se estudia la materia ha sido siempre el de riesgo ambiental, causado por la actividad humana y acrecentado por las necesidades y posibilidades modernas en los ámbitos industrial y tecnológico. En 1973, cuando la Comisión por primera vez examinó incidentalmente esta derivación lógica del tema originario de la responsabilidad de los Estados, sólo hacía un año que se había celebrado la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano; el PNUMA estaba en plena estructuración; se habían establecido regímenes convencionales de carácter universal, relativos a actos no prohibidos por el derecho internacional, en relación con los objetos espaciales y la utilización de la energía atómica con fines pacíficos; en diversos órganos internacionales, en particular en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se examinaban cuestiones de conservación en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional; y existía un nivel de actividad igualmente elevado en relación con diversos problemas regionales, subregionales y transfronterizos.

5. Esta profusión de actividades y el sentimiento de urgencia que las originan aumentan sin cesar. Una manifestación reciente y especialmente notable fue la Reunión de alto nivel celebrada en el marco de la Comisión Económica para Europa en noviembre de 1979, y en la que participaron el Canadá, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética, así como los Estados de Europa occidental y Europa oriental, sobre la protección del medio ambiente [5]. Ahora bien, gran parte de esta actividad se caracteriza por el hecho de que las cuestiones de responsabilidad constituyen casi una materia prohibida. La Convención de la CEPE sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, que es muy importante, señala en su única nota de pie de página que «La presente Convención no contiene ninguna norma sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados» [6].

El Proyecto de principios de conducta en el campo del medio ambiente para la orientación de los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los

[1] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 14 a 149, documento A/33/10, cap. VIII, secc. C, anexo.

[2] *Anuario... 1973*, vol. I, pág. 14, 1204.ª sesión, párrs. 1 a 5.

[3] *Ibid.*, vol. II, págs. 171 y 172, documento A/9010/Rev.1, párrs. 37 a 39.

[4] Véase una explicación más detallada en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 146 y 147, documento A/33/10, párrs. 173 a 175.

[5] Véase ECE/HLM.1/2 y Add.1.

[6] ECE/HLM.1/2, anexo I, pág. 5.

recursos naturales compartidos por dos o más Estados [7], aprobado en 1978 por el Grupo Intergubernamental de Expertos del PNUMA sobre recursos naturales compartidos por dos o más Estados, comienza con una advertencia análoga [8]. Aun así, la Asamblea General de las Naciones Unidas, al tomar nota del Proyecto de principios, optó por subrayar su utilidad práctica potencial, reservándose, sin embargo, toda opinión en cuanto a sus consecuencias jurídicas [9].

6. Estos hechos pueden dar, quizás, a la CDI una indicación general acerca del camino que debería tratar de seguir y de las ineludibles dificultades con que puede tropezar durante su marcha [10]. En situaciones de gran novedad y complejidad resulta siempre difícil a los juristas y otras personas encargadas de elaborar normas de actuación lograr un entendimiento perfecto. En la esfera del medio ambiente, que acapara actualmente una gran parte, cada vez mayor, de la atención de los juristas internacionales, así como de los economistas y de otros especialistas en ciencias sociales y políticas, es indispensable un planteamiento interdisciplinario, como demuestra la larga y productiva labor de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Los juristas especializados en cuestiones ambientales, tanto los que participan en la labor de negociación como los que realizan una tarea de elaboración teórica, han mostrado una notable determinación de «no quedarse atrás», reorientando muchas veces su capacidad analítica del estudio de un conjunto reducido y abstruso de práctica estatal documentada a un examen, a la luz de los principios jurídicos, de las necesidades y aspiraciones de la comunidad mundial contemporánea [11].

7. La concordancia de elementos jurídicos y otros elementos normativos es menos difícil de conseguir cuando, como en el caso de la Convención de la CEPE sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, el objetivo principal de la negociación es lograr un compromiso sobre una línea de conducta común; es más difícil conseguirla cuando, como en el caso del Proyecto de principios del PNUMA, la finalidad primordial es regular de antemano los intereses antagónicos que puedan crearse entre las partes. En tales casos, aun cuando no exista ningún factor polarizador del tipo de aguas arriba-aguas abajo, la voluntad de los gobiernos de llegar a un acuerdo puede quedar debilitada de dos maneras principales. En primer lugar, puede estimarse que, si bien son necesarias directrices para impedir los choques que se producen forzosamente cuando Estados soberanos actúan haciendo caso omiso de los intereses recíprocos, puede resultar aún más doloroso estar obligado por normas que no pueden tener en cuenta la particularidad y variedad de los casos que surjan. En segundo lugar, la participación en proyectos que parecen estar dirigidos más bien a hacer frente

[7] UNEP/GC.6/17.

[8] La nota explicativa que sirve de prefacio al proyecto de principios dice, entre otras cosas, lo siguiente:

«Se ha tratado de evitar el empleo de un lenguaje que pudiera causar la impresión de que se intentaba hacer referencia, como puede darse el caso, a una obligación jurídica concreta reconocida por el derecho internacional o a la ausencia de tal obligación.

»El lenguaje utilizado en todo el conjunto de principios no trata de prejuzgar la cuestión de si la conducta contemplada en él es una conducta ya prescrita por las normas existentes del derecho internacional general. Ni tampoco la formulación intenta expresar opinión alguna acerca de si esos principios —en la medida en que no reflejan normas ya vigentes de derecho internacional general— se deberían incorporar al cuerpo del derecho internacional general, ni en qué medida o de qué modo.»

[9] Resolución 34/186 de la Asamblea General de 18 de diciembre de 1979. Los párrafos 2 y 3 de esta resolución dicen así:

[«La Asamblea General]

»2. *Toma nota* del proyecto de principios en su carácter de directrices y recomendaciones en materia de conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, sin perjuicio del carácter obligatorio de las normas ya reconocidas como tales en el derecho internacional;

»3. *Pide* a todos los Estados que utilicen los principios como directrices y recomendaciones en la formulación de convenciones bilaterales o multilaterales relativas a los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, sobre la base de la buena fe y con espíritu de buena vecindad, y en tal forma que beneficie y no perjudique el desarrollo y los intereses de todos los países, en particular de los países en desarrollo.»

[10] Una dificultad de este género es la que parece desprenderse de las siguientes observaciones del magistrado Jiménez de Aréchaga:

«La Comisión de Derecho Internacional decidió, con acierto, no codificar simultáneamente el tema de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos y las normas relativas a la responsabilidad por los riesgos resultantes de actividades lícitas, por la razón de que "un examen conjunto de ambas cuestiones no podría sino hacer más difícil la comprensión de una y otra".

»Varios miembros instaron a la Comisión a iniciar lo antes posible la codificación de la responsabilidad de los Estados por el riesgo creado por un comportamiento lícito pero peligroso.

»La dificultad de una codificación de esta índole estriba en que este tipo de responsabilidad sólo dimana del derecho convencional, no encuentra ninguna base en el derecho consuetudinario o los principios generales y, dado que versa sobre excepciones y no sobre normas generales, no puede hacerse extensiva a esferas no comprendidas en instrumentos concretos.» (E. Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I,* Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1979, t. 159, pág. 273.)

No obstante, el magistrado Jiménez de Aréchaga basa este juicio en una concepción del tema más estrecha que la que se desprende de su título o de la definición de sus características que dio el Grupo de Trabajo.

[11] Esta tendencia ha sido expuesta de manera autorizada por M. S. McDougal:

«La teoría ("doctrina" o "filosofía") del derecho que adquiere cada vez mayor predominio en la actualidad está orientada explícitamente en un sentido sociológico o político. Con arreglo a esa concepción, el derecho no es un conjunto fijo de normas o acuerdos preexistentes que paraliza toda actividad constructiva acerca de los problemas ambientales o de otra índole, sino más bien un proceso dinámico y continuo de decisión autorizada por el cual los miembros de una comunidad aclaran y satisfacen sus intereses comunes.» («Legal bases for securing the integrity of the earth-space environment», en *Environment and Society in Transition,* textos compilados por P. Albertson y M. Barnett, Annals of the New York Academy of Sciences, vol. 184, 7 de junio de 1971, pág. 377.)

a las consecuencias de un desastre ecológico que a impedirlo puede tropezar con una barrera psicológica muy difícil de salvar.

8. Por lo que respecta a la primera de esas causas de desaliento, hay que lograr cierto equilibrio. Es natural que los gobiernos tanteen el camino para llegar a las soluciones que mejor concilien sus intereses tanto individuales como colectivos. Incluso unas directrices oficiosas, a menos que se haga totalmente caso omiso de ellas, deben proporcionar indicios de una práctica concordante de los Estados, y en esa medida no pueden, a pesar de todos los mentís, carecer de significación jurídica. En algún momento, pues, y las declaraciones hechas en foros como la reciente Reunión de alto nivel de la CEPE no dejan lugar a duda de que los gobiernos ya consideran muy seriamente los riesgos ambientales creados por el hombre, los elementos tácitos y explícitos de la práctica de los Estados deben encarnarse en nuevas normas jurídicas que conjuguen la consideración por las necesidades actuales y el respeto por el principio jurídico preexistente. La búsqueda de proyectos de artículos que satisfagan esos criterios y contribuyan a ese proceso debe constituir el fin esencial del estudio de este tema que lleve a cabo la Comisión.

9. Queda en pie la cuestión de si los juristas que se ocupan del problema de la responsabilidad han de apartarse de la corriente general de la actividad internacional para decidir las responsabilidades a que dan lugar las deficiencias humanas. A nuestro juicio, nada más perjudicial que esta concepción equivocada de la orientación que debe darse a este tema. La cuestión de la responsabilidad por actos no prohibidos adquiere importancia precisamente porque es necesaria una tentativa original e imaginativa para conciliar la mayor libertad posible de acción con el respeto de los derechos de los demás y con el justificado temor de que la humanidad pueda perecer como consecuencia de la utilización indisciplinada del poder industrial y tecnológico. Por consiguiente, la finalidad primordial del proyecto de artículos debe ser fomentar la elaboración de regímenes para regular, sin recurrir a la prohibición, la realización de cualquier actividad concreta que se advierta que entraña peligros reales o potenciales de carácter esencial y que tenga efectos transnacionales. Es una consideración secundaria, aunque también importante, el que el proyecto de artículos ayude a determinar los efectos de la responsabilidad en los casos en que no existe un régimen especial aplicable y se han producido consecuencias perjudiciales.

B.—Términos empleados (o no empleados)

10. Aunque la cuestión de las definiciones no puede resolverse antes de haber concluido la redacción de un grupo de artículos, es preciso formular algunas observaciones sobre los términos empleados en el presente informe. La elección del término *liability* en la versión inglesa del título de este tema fue el resultado de un cambio de impresiones que tuvo lugar en el 25.° período de sesiones de la Comisión, en junio de 1973. El Sr. Kearney manifestó que, a su juicio,

> el término *responsibility* sólo debe emplearse en relación con hechos internacionalmente ilícitos y que, cuando se trate de las consecuencias perjudiciales que puede tener la realización de determinadas actividades lícitas, hay que utilizar el término *liability,* que es más exacto en este caso [12].

La Comisión aprobó esta propuesta sin debate [13]. El Relator Especial para la responsabilidad de los Estados (primera parte), Sr. Ago, observó que

> la modificación es pertinente en lo que respecta al texto inglés. El término *«liability»* entraña la necesidad de reparar y, por lo tanto, en este caso es el término exacto. Para designar esos dos conceptos, la lengua francesa sólo dispone al parecer del término *«responsabilité»* [14].

11. En realidad, la distinción señalada por el Sr. Kearney estaba firmemente arraigada, por lo menos a mediados del decenio de 1960, en la práctica de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, de las Naciones Unidas, y no se propone que se modifique [15]. Sin embargo, si se emplean dos expresiones en inglés mientras que en francés y en otros idiomas de trabajo no se utiliza más que una sola, la Comisión debe cerciorarse de que la variante inglesa es meramente idiomática [como la utilización de los dos términos ingleses *President* y *Chairman,* a los que corresponde en francés el término único *Président* («Presidente»)] y que no entraña ninguna diferencia de fondo. Parece que así ocurre en este caso. En la CDI [16] y en otros lugares, los términos ingleses *responsibility* y *liability* se han utilizado indistintamente en relación con el régimen de las obligaciones dimanantes de las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. El término *responsibility,* al igual que el término *liability,* entraña «la necesidad de reparar», y, en las obras de derecho internacional en lengua inglesa, el término *liability* se utiliza corrientemente para referirse genéricamente a las consecuencias de toda obligación jurídica.

12. En el presente informe, por lo tanto, el término *liability* se utilizará, en toda la medida de lo posible, sin ningún matiz diferencial y en un sentido muy próximo al de su significado ordinario, es decir, un deber de prestación, una obligación (en contraposición a un derecho). No designa únicamente las consecuencias de una obligación, sino la obligación misma, que —como

---

[12] *Anuario... 1973,* vol. I, pág. 222, 1243.ª sesión, párr. 37.

[13] *Ibid.*

[14] *Ibid.,* párr. 38.

[15] Véase, por ejemplo, el tercer párrafo del preámbulo de la resolución 2777 (XXVI) de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1971:

> «*Recordando* sus resoluciones 1963 (XVIII) de 13 de diciembre de 1963, 2130 (XX) de 21 de diciembre de 1965, 2222 (XXI) de 19 de diciembre de 1966, 2345 (XXII) de 19 de diciembre de 1967, 2453 B (XXIII) de 20 de diciembre de 1968, 2601 B (XXIV) de 16 de diciembre de 1969 y 2733 B (XXV) de 16 de diciembre de 1970, relativas a la preparación de un acuerdo sobre la responsabilidad por daños causados por el lanzamiento de objetos al espacio ultraterrestre.»

[16] Véase, por ejemplo, *Yearbook of the International Law Commission, 1973,* vol. II, pág. 169, documento A/9010/Rev.1, párrs. 38 y 39.

el concepto de *responsibility*— incluye las consecuencias que de ella se derivan [17]. Tal vez sea un inconveniente que el término *liability* se haya considerado a veces como equivalente en derecho interno del término *responsibility* en derecho internacional [18]. Esta es, sin duda, una de las razones por las que el título del tema comprende la expresión *international liability* (responsabilidad internacional); pero en el cuerpo del presente informe se omitirá el adjetivo «internacional» salvo que su inclusión esté justificada por alguna razón especial.

13. El título se refiere a la responsabilidad internacional «por las consecuencias perjudiciales». Esta fórmula es, por supuesto, la que distingue en cuanto al fondo las obligaciones de que se trata en este tema de las que derivan de hechos ilícitos. También en este caso, el origen de esa fórmula se remonta al debate de 1973 de la Comisión: denota el hecho de que, mientras que todo hecho ilícito entraña una obligación de reparar, un acto no prohibido sólo implica tal obligación si causa un perjuicio. Existe aún otra distinción, que se examinará mejor en otro lugar del presente informe, a saber: que un acto no prohibido da lugar a una obligación sólo cuando así lo dispone una norma primaria de derecho internacional [19].

14. Por razones imperiosas, la Comisión, en su período de sesiones de 1973, renunció a la expresión concisa «actos lícitos» en favor de la perífrasis, poco elegante pero más precisa, de «actos no prohibidos por el derecho internacional». En aquella ocasión, varios oradores hicieron observar, de una manera general, que la línea divisoria entre lo lícito y lo ilício muchas veces no era fácil de trazar. El progreso tecnológico ha dado lugar a actividades que lindan con la ilicitud y que se encuentran tal vez en vías de convertirse en ilícitas, pero que por lo menos conllevan la obligación de reparar cualquier pérdida o daño que ocasionen [20]. Por las razones entonces aducidas, se emplea en todo el presente informe la expresión «actos no prohibidos»; y, como no puede incumbir al Estado perjudicado la carga de la prueba de la licitud de las actividades de que se

---

[17] En el «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 y Corr.1 y 2), tres artículos (139, 235 y 263) en cuyos títulos en inglés figuran los términos *responsibility* y *liability;* ambos términos figuran también en el texto de esos artículos. Esta terminología parece estar basada en el texto de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General; véase, por ejemplo, el párrafo 14 de la resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1970:

«Todo Estado será responsable *[shall have the responsibility]* de garantizar que las actividades en la zona [...] se desarrollen de conformidad con el régimen internacional que se establezca. [...] Los daños causados por esas actividades entrañarán responsabilidad *[liability]*.»

Este empleo de los términos parece basado también en el enunciado del principio 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano [*Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I] y en la relación entre ese principio y el principio 21:

«*Principio 21*

»De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios de derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación *[responsibility]* de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

»*Principio 22*

»Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad *[liability]* y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción.»

En la versión francesa de los artículos 139, 235 y 263 del «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2», el término *responsabilité* corresponde:

a) al término *responsibility:* por ejemplo, en el título de los artículos 235 y 263 y en el párrafo 1 del artículo 139;

b) al término *liability:* por ejemplo, en el título del artículo 139 y en el párrafo 3 del artículo 235, mientras que en el párrafo 1 del artículo 235 el término francés *responsables* corresponde al término inglés *liable.* (Cf. los párrafos 2 y 3 del artículo 263, en los que el término francés *responsables* corresponde a los términos ingleses *responsible and liable.* Véase también, por ejemplo, el artículo 232, en el que existe una correspondencia terminológica más o menos análoga tanto en el título como en el texto.)

En relación con las variaciones ya señaladas, se advierten otras, que están destinadas a compensar las primeras y tienen por objeto lograr un equilibrio exacto entre los originales inglés y francés, por ejemplo:

a) *Responsibility and liability = Responsabilités et obligations qui en découlent; liability = obligation de réparer.*

b) *Responsibility and liability = obligation de veiller au respect de la convention et responsabilité en cas de dommages; States are responsible... = il incombe aux Etats de veiller...; international law relating to responsibility and liability = droit international relatif aux obligations et à la responsabilité concernant l'évaluation et l'indemnisation des dommages.*

Existen aún otras variantes: véanse, por ejemplo, las versiones inglesa y francesa del título y del texto del artículo 22 del anexo III.

En general, los elementos de juicio que ofrecen los textos parecen acordes con la premisa en que se ha basado la CDI, es decir, que los términos ingleses *responsibility* y *liability* son meras facetas de un mismo concepto, que se expresa en francés por el término *responsabilité.*

La terminología empleada en el párrafo 14 de la resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General y en otros textos análogos, incluida la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, no tenía por objeto escindir el átomo *responsabilité* en sus diferentes elementos. Su adopción estuvo dictada por las mismas consideraciones que sirvieron de guía a la CDI en 1973 y que fueron aceptadas por la Asamblea General con ocasión del examen del informe de la Comisión: es decir, que el desarrollo progresivo del derecho internacional de la responsabilidad *(responsibility* o *liability)* de los Estados requiere que las obligaciones derivadas de hechos ilícitos y las que pueden derivar de actos lícitos se examinen por separado.

Véase también T. Treves, «Les tendances récentes du droit conventionnel de la responsabilité et le nouveau droit de la mer», *Annuaire français de droit international, 1975,* París, vol. XXI, 1976, pág. 767.

[18] Véase Treves, *op. cit.,* pág. 776.

[19] Véase *Anuario... 1973,* vol. I, pág. 13, 1203.ª sesión, párr. 41 (Sr. Ushakov); y pág. 14, 1204.ª sesión, párr. 4 (Sr. Ago).

[20] *Ibid.* Véase, por ejemplo, pág. 7, 1202.ª sesión, párr. 23 (Sr. Kearney); pág. 8, párr. 32 (Sr. Hambro); págs. 10 y 11, 1203.ª sesión, párrs. 16 a 18 (Sr. Castañeda); pág. 14, 1204.ª sesión, párr. 3 (Sr. Ago).

queja, esta expresión debe entenderse implícitamente en el sentido más amplio de «actos prohibidos o no prohibidos».

15. Queda aún por mencionar la contraposición de las expresiones «responsabilidad por culpa» y «responsabilidad sin culpa» (o «responsabilidad por culpa» y «responsabilidad por riesgo»), que a menudo se utilizan por comodidad para designar, respectivamente, el régimen de la responsabilidad por hechos ilícitos y el de la responsabilidad dimanante de actos no prohibidos por el derecho internacional [21]. Los conceptos antinómicos de «culpa» y «falta de culpa» pueden considerarse como meras etiquetas, inadecuadas, por otra parte, para los fines de la Comisión, porque ese vasto y difícil concepto de «culpa» ha quedado hasta cierto punto sublimado en el derecho internacional moderno: no aparece por ningún lado en el proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados (primera parte) [22], cuya primera lectura se acerca ya a su terminación. Desde otro punto de vista, para algunos tratadistas la antinomia entre responsabilidad «por culpa» y responsabilidad «sin culpa» constituye la esencia del problema que nos ocupa y puede llevar a una especie de reducción al absurdo: si la práctica de los Estados en esta esfera se remite finalmente al criterio de la diligencia debida *(care* o *due diligence)*, por muy «objetivado» que esté ese criterio, ¿qué necesidad hay, en general, de un régimen auxiliar de responsabilidad que no esté basado en la obligación de diligencia o dónde tiene cabida ese régimen?

16. En el presente informe no se utilizan las expresiones «responsabilidad por culpa» y «responsabilidad sin culpa», ya que, aparte de cualquier otra objeción que pueda hacérseles, suscitan en el lector corriente, aún no familiarizado con el tema, un sentimiento de perplejidad y de desconfianza hacia los expertos. ¿Se pretende afirmar realmente —se preguntará— que los Estados soberanos, de suyo tan poco inclinados a someterse al yugo de la responsabilidad derivada de la ilicitud, deben acatar una norma de conducta aún más rigurosa al realizar actos que en principio no están prohibidos? En el presente informe, el régimen de la responsabilidad dimanante de actos no prohibidos por el derecho internacional se considera en gran parte —aunque quizá no totalmente— como el resultado de la obligación de debida diligencia, norma primaria de aplicación general que admiten y justifican con igual facilidad los defensores de las teorías subjetiva y objetiva de la responsabilidad [23]. Pero llega un momento en que es preciso admitir la influencia de un principio modificado, que guarda una relación más estrecha con esta era de la interdependencia; pues la obligación de diligencia deberá adquirir una dimensión nueva para poder explicar de manera convincente fenómenos como la limitación de la responsabilidad o las consideraciones enunciadas en el principio 23 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano [24].

17. En las publicaciones sobre este tema, el término «riesgo» se utiliza en dos sentidos por lo menos, que no siempre se distinguen claramente. Cada uno de esos sentidos corresponde a un uso corriente en inglés: el término *risk* puede designar un peligro latente, y a veces incluso denotar un peligro de excepcional gravedad —connotación que se expresa más exactamente con el término *ultra-hazard*—, o indicar simplemente en quién recae la carga de la responsabilidad, como en el aviso habitualmente colocado a la entrada de un camino particular para señalar a los transeúntes que quienes lo utilicen lo hacen *at their own risk* («de su cuenta y riesgo»). En esta última acepción, el término *risk* resulta totalmente innecesario, ya que existen expresiones más usuales y menos ampulosas para precisar a quién incumbe una obligación de diligencia o una responsabilidad. Con todo, si hemos de excluir el término «riesgo» de nuestro vocabulario científico, debemos empezar por reconocer que la interacción de sus diferentes significados ha estimulado considerablemente el pensamiento jurídico. Si los Estados crean riesgos —o no hacen nada por impedir su creación en el territorio nacional o, por empresas privadas, más allá de los límites territoriales de cualquier Estado—, ¿incumbe en principio a esos Estados soportar el riesgo creado o el derecho internacional deja a los demás Estados sin medios de recurso frente a los actos perjudiciales de un extranjero, al igual que ante los hechos de la naturaleza?

18. La definición de las actividades *ultra-hazardous* (es decir, que entrañan riesgos excepcionales) estará siempre ligada a las brillantes conferencias precursoras de C. Wilfred Jenks [25]. Aproximadamente en la misma época en que Jenks exhortaba a que se tomasen medidas excepcionales para precaver peligros excepcionales, L. F. E. Goldie abría nuevos caminos en un influyente artículo en el que destacaba que las situaciones humanas y las experiencias jurídicas correspondientes, las posibilidades de adaptación jurídica y el alcance y la gradación de las soluciones posibles se engarzaban sin solución de continuidad [26]. De estas y otras iniciativas

[21] Para un análisis detallado y reciente de estos conceptos, véase P. M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, París, Pedone, 1976.

[22] Para el texto de todos los artículos aprobados hasta ahora por la Comisión, véase *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), págs. 108 y ss., documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 1.

[23] Para un breve análisis de la doctrina concerniente a la «teoría de la culpa» y la «teoría objetiva», véase *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/315, cap. III, y particularmente págs. 202 a 216, párrs. 489 a 511.

[24] Para la referencia, véase *supra*, nota 17. El principio 23 dice así:

«*Principio 23*

»Sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser definidas a nivel nacional, en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevalecientes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que si bien son válidas para los países más avanzados pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo.»

[25] C. W. Jenks, «Liability for ultra-hazardous activities in international law», *Recueil des cours..., 1966-I*, Leyden, Sijthoff, 1967, t. 117, pág. 105.

[26] L. F. E. Goldie, «Liability for damage and progressive development of international law», *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 14, octubre de 1965, págs. 1189 y ss.

se desprenden definiciones que contienen elementos indicativos de un orden de magnitud. Por el término *ultra-hazard* se entiende un peligro que se materializa raramente, pero que, en esas raras ocasiones, reviste proporciones catastróficas; se considera asimismo que abarca peligros insidiosos y que pueden tener efectos acumulativos masivos, como la contaminación atmosférica [27]. Se ha señalado igualmente que los posibles regímenes de responsabilidad por actos no prohibidos pueden variar de los que establecen una responsabilidad meramente objetiva *(strict)* a aquellos en que la responsabilidad es absoluta *(absolute)* en el sentido de que no se admite ninguna causa de exoneración de responsabilidad si consta la existencia de la relación de causalidad. La necesidad de tales distinciones y el interés que pueden presentar para los trabajos de la Comisión no son dudosos, pero se han dejado a un lado al redactar el presente informe porque corresponden a un análisis más bien cuantitativo que cualitativo.

[27] Jenks, *loc. cit.*, págs. 107 y ss.; Goldie, *loc. cit.*, págs. 1200 y ss.

CAPÍTULO II

Comparaciones con la responsabilidad por hechos ilícitos

A.—Normas primarias y secundarias

19. Por razones históricas [28], este tema ha sido presentado a menudo como si estuviera en oposición, en ciertas esferas, con el régimen tradicional de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Consciente del deber de permanecer neutral en esta materia, la Comisión, en su informe de 1973 a la Asamblea General, observó:

> En vista del fundamento completamente distinto de la llamada responsabilidad por riesgos y de la naturaleza diferente de las normas que la prevén, y habida cuenta de su contenido y de las formas que puede adoptar, un examen conjunto de ambas cuestiones no podría sino hacer más difícil la comprensión de una y otra [29].

Desde entonces se ha cuidado siempre de no recargar el presente tema con precedentes tomados del régimen de la responsabilidad por hechos ilícitos. El artículo 1 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (primera parte) [30] fue concebido expresamente de manera que no se prestara «a una interpretación que pueda excluir automáticamente la existencia de otras fuentes posibles de *responsabilidad*» [31]; e incluso se estimó poco probable que las normas de atribución enunciadas en el capítulo II de ese proyecto de artículos fueran aplicables a las obligaciones dimanantes de actos no prohibidos por el derecho internacional [32].

20. Sin embargo, este deseo escrupuloso de no prejuzgar la evolución futura de la materia podría crear la impresión equivocada de que un régimen de responsabilidad por actos no prohibidos puede existir con total indepedencia del régimen de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Ello supondría hacer caso omiso de las consecuencias de la distinción que la Comisión ya ha trazado entre normas «primarias» y normas «secundarias». El informe de 1973 seguía diciendo:

> [la Comisión] se ha dedicado normalmente en sus proyectos anteriores a definir normas de derecho internacional que [...] imponen a los Estados determinadas obligaciones y que, en cierto sentido, pueden calificarse de «primarias». Al abordar el tema de la responsabilidad, la Comisión emprende, por el contrario, la definición de otras normas que [...] pueden calificarse de «secundarias» por cuanto su objeto es determinar las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas «primarias» [33].

21. El mejor exponente de esta distinción es el régimen convencional arquetipo establecido por el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1971 [34]. El artículo II del Convenio dispone:

> Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo.

Esa disposición crea para los Estados partes una obligación «primaria» de pagar una indemnización por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En virtud de una norma «secundaria», el hecho de que un Estado parte no pague la indemnización debida constituye una violación de una obligación internacional de ese Estado y da lugar a su responsabilidad internacional. Así pues, como puede verse, el régimen de la responsabilidad por actos no prohibidos no menoscaba la universalidad del régimen de la responsabilidad por hechos ilícitos, ya que ambos regímenes se sitúan en planos diferentes. Las obligaciones dimanantes de actos no prohibidos son el resultado de normas «primarias» determinadas, cuya violación, como la de cualquier otra norma «primaria», hace que entren en juego las normas «secundarias» de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos.

[28] Véase *supra*, párrs. 3, 4 y 15.

[29] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 172, documento A/9010/Rev.1, párr. 38.

[30] Véase *supra*, nota 22.

[31] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 172, documento A/9010/Rev.1, párr. 39.

[32] Véase *Anuario... 1974*, vol. I, pág. 31, 1257.ª sesión, párr. 25.

[33] *Anuario... 1973*, vol. II, pág. 172, documento A/9010/Rev.1, párr. 40.

[34] Resolución 2777 (XXVI) de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1971, anexo.

22. La distinción que acaba de hacerse ciertamente no es nueva: es evidente que la Comisión la tuvo presente durante su debate de 1973 [35]. La misma cuestión se planteó —esta vez en relación con las obligaciones relativas al trato de los extranjeros— durante el debate que celebró la Comisión en 1977 acerca del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (primera parte), con ocasión del examen del artículo 22, relativo al agotamiento de los recursos internos [36]. Aunque existían diferencias de opinión sobre otros puntos, no hubo desacuerdo acerca de la distinción expuesta del modo más sucinto por el Sr. Ushakov, quien hizo observar que existían «dos categorías de resarcimiento: el resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad internacional y el resarcimiento como consecuencia de una norma primaria» [37]. Surgió de nuevo esta cuestión, aunque más indirectamente, durante el debate celebrado por la Comisión en 1978 sobre el proyecto de artículo 23 (Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado) [38]. Una característica de este tipo de obligación es la de que puede exigir del Estado que es sujeto de la obligación un comportamiento que satisfaga un criterio más riguroso que el de la debida diligencia, sin que se trate tampoco de un criterio absoluto [39].

23. Para situar esta cuestión en una perspectiva más lejana, la Comisión decidió en 1963, con la aprobación de la Asamblea General, no reanudar sus anteriores tentativas de examinar el tema de la responsabilidad de los Estados en el sector particular de la responsabilidad por daños a la persona o los bienes de los extranjeros ni emprender el estudio de este tema en ningún otro sector determinado. En vez de ello, la Comisión estudiaría las normas «secundarias» de la responsabilidad internacional como una materia general e independiente, desligada de todo tratamiento sistemático de las normas «primarias» cuya violación da lugar a responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito [40]. Así pues, la distinción entre normas «primarias» y normas «secundarias» es un instrumento de análisis y los tres proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados —en elaboración o proyectados— serán polivalentes, de suerte que su aplicación a las diversas esferas del derecho internacional, incluida la que constituye el objeto del presente tema, compensará ampliamente los esfuerzos que hayan costado.

24. En los párrafos precedentes, los términos «primarias» y «secundarias» se han colocado entre comillas para indicar que se trata de abstracciones que sólo tienen la validez que se opta por atribuirles como método para aclarar los problemas. Muchos autores estiman que las consecuencias perjudiciales —es decir, la pérdida o el daño, material o no material— son un tercer elemento constitutivo esencial para determinar la responsabilidad por hechos ilícitos [41]. Otros, en cambio, consideran que incluso el factor de la atribución —es decir, la imputabilidad al Estado como persona jurídica— figura erróneamente entre los elementos constitutivos [42]. Ambas concepciones pueden revestir cierta importancia para el análisis de las relaciones entre el régimen de la responsabilidad por actos no prohibidos y el de la responsabilidad por hechos ilícitos.

25. Sin embargo, los términos «primarias» y «secundarias» tienen un sentido irreductible en el que se pueden utilizar sin comillas, y así cabe afirmar que las normas secundarias son simplemente una matriz vacía en la que las normas primarias —normas que establecen la obligación— pueden producir su efecto sustantivo. De este modo, Quadri señala:

> Esta es la razón por la cual, desde el punto de vista del método, siempre hemos criticado la tendencia casi general en la doctrina y en la práctica diplomática a considerar la mayor parte de los problemas relativos al trato de los extranjeros como problemas de responsabilidad. Nos referimos sobre todo a las obligaciones internacionales del Estado en lo que concierne a la protección de los extranjeros, de su persona o de sus bienes. En las obras generales de derecho internacional público se trata esa materia en los capítulos dedicados a la responsabilidad, insistiendo de un modo muy especial en la «denegación de justicia» *(denial of justice)*, considerada como ejemplo típico de delito internacional. Pero la denegación de justicia no es en realidad más que una de las maneras de violar la obligación de proteger a los extranjeros y, por lo tanto, debería examinarse en el capítulo relativo al trato de los extranjeros [43].

Esta observación es igualmente aplicable a la materia objeto de nuestro estudio, la única otra esfera sustantiva del derecho que se persiste en presentar como un aspecto de normas secundarias.

B.—Prevención de la ilicitud

26. El cambio de perspectivas resultante de pasar de las normas secundarias a las normas primarias permite situar el tema en un marco menos artificioso. El régi-

---

[35] Véase, por ejemplo, *Anuario... 1973*, vol. I, pág. 13, 1203.ª sesión, párr. 41 (intervención del Sr. Ushakov); y pág. 14, 1204.ª sesión, párr. 4 (respuesta del Sr. Ago, Relator Especial):

> «El Sr. Ushakov ha señalado acertadamente la existencia de un principio general que liga la responsabilidad por un hecho ilícito con toda violación de las normas jurídicas, mientras que un hecho lícito sólo da lugar a responsabilidad si así lo dispone una norma sustantiva o primaria. Si el daño ocasionado por una actividad lícita, es decir, no prohibida, como las actividades en el espacio ultraterrestre, acarrea la obligación de resarcir, no se trata estrictamente de una responsabilidad, sino de una garantía [...].»

[36] Véase *Anuario... 1977*, vol. I, págs. 268 a 273 y 278 a 298, sesiones 1463.ª y 1465.ª a 1468.ª

[37] *Ibid.*, pág. 295, 1468.ª sesión, párr. 14.

[38] Véase *Anuario... 1978*, vol. I, págs. 4 a 20, sesiones 1476.ª a 1478.ª

[39] *Ibid.*, vol. II (segunda parte), págs. 81 y 82, documento A/33/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 23, párrs. 4 y 6 del comentario.

[40] Véase, en particular, *Anuario... 1969*, vol. II, págs. 240 y ss., documento A/7610/Rev.1, cap. IV.

[41] Véase, por ejemplo, Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (cap. X: International responsibility), pág. 267.

[42] Véase, por ejemplo, R. Quadri, «Cours général de droit international public» (cap. IV: Responsabilité et garantie), *Recueil des cours..., 1964-III*, Leyden, Sijthoff, 1966, t. 113, págs. 457 a 459: «Todo estriba en la relación de causalidad. La cuestión de la imputabilidad sigue siendo de la competencia exclusiva del derecho interno [...].» (*Ibid.*, pág. 459.)

[43] *Ibid.*, pág. 456.

men de diligencia razonable, aplicado a un Estado que realiza o permite que se realice una actividad que puede tener efectos perjudiciales fuera de sus fronteras, podría —por ejemplo— incluir obligaciones de reunir y proporcionar datos, de tratar de llegar a un acuerdo sobre los métodos de construcción, los procedimientos de explotación o los niveles tolerables de contaminación, y de garantizar la reparación de las consecuencias perjudiciales que sobrevinieran pese a todas las precauciones. Según las circunstancias, el criterio del cuidado razonable o la diligencia debida puede perfectamente exigir normas de comportamiento más rigurosas que las propias como parte de un régimen especial de protección que comprenda garantías de resarcimiento de las posibles víctimas de todo riesgo que no se pueda eliminar por completo. El régimen general de responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos proporcionará criterios para clasificar las diversas obligaciones que constituyen el régimen especial de protección, pero el alcance de cada una de esas obligaciones será determinado por la propia norma primaria [44]. Así, el régimen de seguridad absoluta establecido por el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales [45] puede considerarse no sólo como el enunciado de las normas convencionales aplicables, sino también como la expresión del grado de diligencia que los autores del Convenio juzgaban razonable en relación con esa actividad particular.

27. Hay que matizar inmediatamente la afirmación anterior señalando que los regímenes convencionales de responsabilidad no contienen casi nunca indicaciones acerca de sus relaciones con el derecho consuetudinario y que, en los casos no regidos por ningún régimen convencional, generalmente se llega a una transacción amistosa y no basada en principios concretos. En eso radica una clave esencial de la naturaleza del presente tema. Para utilizar metafóricamente la terminología del derecho de la plataforma continental, la soberanía de cada Estado tiene su «prolongación natural», que en principio determina los límites de sus derechos y obligaciones respecto de cada uno de los demás Estados y de las zonas de uso común no sujetas a la soberanía de ningún Estado. Sin embargo, en la práctica, la mera invocación de principios no permite determinar fácilmente el trazado de cada línea de demarcación, sino que es menester llegar a una aproximación de común acuerdo, por referencia a principios de equidad, pero también con un espíritu de pragmatismo, tomando en consideración y conciliando las preocupaciones legítimas y satisfaciendo las justas demandas de cada uno de los Estados interesados [46]. Volveremos a examinar esta cuestión en el capítulo siguiente.

28. En la esfera del medio ambiente, como en la mayoría de los casos se trata de peligros nuevos o cuya existencia se ha advertido recientemente, la necesidad de una reglamentación internacional se reconoce de una manera general y continuamente se crean regímenes convencionales de ámbito universal, regional, subregional y transnacional. En algunos sectores —en particular los del espacio ultraterrestre, la utilización de la energía atómica con fines pacíficos y el transporte marítimo de hidrocarburos—, los compromisos que han contraído los Estados (o las responsabilidades que han asumido) comprenden la obligación de indemnizar a las víctimas de los accidentes que no se hayan conseguido impedir o de establecer un sistema de indemnización [47]. En otros sectores, como se ha visto, la falta de normas convencionales sobre la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales ha sido reconocida expresamente en forma de una nota de advertencia o de una afirmación de la necesidad de llenar esa laguna [48]. El hilo conductor de

[44] Véanse, por ejemplo, las observaciones del Sr. Ago, Relator Especial, acerca del artículo 23 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados (primera parte): *Anuario... 1977*, vol. I, pág. 248, 1457.ª sesión, párr. 21; *Anuario... 1978*, vol. I, págs. 10 y 11, 1477.ª sesión, párr. 5.

[45] Véase *supra*, nota 34.

[46] Esta generalización parece válida tanto en el caso de una gran consulta multilateral, por ejemplo la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, como en el de una negociación bilateral sobre delimitación de zonas marítimas. Así, incluso cuando se solicita de la Corte Internacional de Justicia que aclare los principios aplicables a una negociación del segundo tipo, como en los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte, el enunciado de los criterios que la propia Corte declara aplicables no puede ser tan decisivo como el análisis que hace de la posición adoptada por cada una de las partes. Véase W. Friedmann, «The North Sea continental shelf cases: A Critique», *The American Journal of International Law*, Wáshington (D. C.), vol. 64, N.° 2 (abril de 1970), pág. 229.

[47] Véase, por ejemplo:

Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1971) (v. *supra*, nota 34).

Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (1963) [Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1963* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 65.V.3), pág. 158];

Convención acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 1960) y Protocolo Adicional (1964) [*Journal du droit international* (Clunet), París, 96.° año, N.° 2, abril-junio de 1969, pág. 482];

Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares (Bruselas, 1971) [Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1972* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.74.V.1), pág. 101];

Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares y Protocolo Adicional (Bruselas, 1962) [Bélgica, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Comercio Exterior, Service des traités, *Conventions de droit maritime (Conventions de Bruxelles)*, Bruselas, 1968, pág. 85];

Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos (Bruselas, 1969) [Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1969* (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.71.V.4), pág. 187];

Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Bruselas, 1971) [Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1972 (op. cit.)*, pág. 104];

Convención Internacional sobre la responsabilidad civil por daños de contaminación por hidrocarburos resultante de la exploración y explotación de recursos minerales del fondo del mar (Londres, 1976) [Reino Unido, *Final Act of the Intergovernmental Conference on the Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage from Offshore Operations* (Miscellaneous N.° 8 [1977]), Cmnd. 6791, Londres, H. M. Stationery Office, 1977, pág. 7].

[48] Véase *supra*, párr. 5 y nota 8. Véase también el principio 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (*supra*, nota 17) y el artícu-

(Continúa en la página siguiente.)

toda la argumentación es que en principio no se debe permitir que las víctimas inocentes de una actividad que entraña cierto peligro tengan que soportar la pérdida, aun cuando el comportamiento del sujeto activo se presente sin tacha de ilicitud.

29. En la esfera mucho más antigua de la responsabilidad en materia de trato de los extranjeros, el derecho consuetudinario regula desde hace mucho tiempo situaciones que, sin pecar de extravagancia, se pueden analizar de manera análoga. También en esta esfera, los límites de la licitud y el alcance de la responsabilidad cuando no se alega la ilicitud son cuestiones controvertidas. Sørensen ha descrito las dos clases de responsabilidad como sigue:

> En primer lugar, el Estado tiene la obligación de no ejercer su competencia de expropiación de modo arbitrario. [...]
>
> En segundo lugar, es preciso que la expropiación no sea discriminatoria [...].
>
> Toda expropiación efectuada en violación de estas condiciones rebasa los límites que el derecho internacional impone a la competencia territorial y constituye así un acto ilícito, que entraña un deber de reparación. [...]
>
> Por el contrario, si no es lícita, la expropiación entraña no obstante la obligación de pagar una indemnización, pero es una indemnización por un acto lícito y como tal menos extensiva [49].

Para los presentes efectos basta con destacar la idea general en que se basa este razonamiento. El derecho internacional no restringe innecesariamente la libertad de acción de los Estados: si sus fines son legítimos y si los medios empleados para alcanzarlos tienen razonablemente en cuenta los intereses propios de otros Estados y los intereses de la colectividad, las consecuencias perjudiciales a que den lugar incidentalmente sus actividades no entrañan de por sí responsabilidad por hecho ilícito, siempre que se indemnice el perjuicio causado [50]. Otra cuestión, que se examinará también en el próximo capítulo, es la de determinar hasta qué punto la obligación misma de resarcimiento puede estar subordinada a los intereses esenciales del Estado que actúa.

30. La Comisión ha tenido recientemente ocasión de considerar un tercer tipo de situación en que puede surgir una obligación de reparar un perjuicio causado sin que medie ilicitud, es decir, el caso en el que un Estado actúa en violación de una obligación internacional que le incumbe, y en el que sus actos tienen consecuencias perjudiciales, pero circunstancias excepcionales como la fuerza mayor, el caso fortuito, el peligro extremo o el estado de necesidad excluyen su ilicitud [51]. Como señaló el Sr. Ago, Relator Especial para la responsabilidad de los Estados (primera parte), en relación con la cuestión del estado de necesidad:

> Por tanto, esa exclusión no se extendería en ningún caso a las consecuencias que el mismo hecho engendrara por otro título y particularmente al nacimiento de una obligación de indemnizar los daños causados por el acto de «necesidad» que se imputara al Estado con otra base que no fuera la de una responsabilidad *ex delicto* [52].

En realidad, la Comisión ha actuado basándose en ese criterio al señalar, en relación con las cuestiones de la fuerza mayor y el caso fortuito, que la exclusión de la ilicitud se entiende

> sin excluir la posibilidad de que intervengan en tales casos reglas diferentes que impongan al Estado eventuales obligaciones de resarcimiento total o parcial no vinculadas a la perpetración de un hecho ilícito [53].

Así, incluso en el caso extremo en el que, por hipótesis, el agente no tiene ninguna opción ni ninguna posibilidad de evitar la consecuencia perjudicial, la Comisión ha apoyado el criterio, expuesto por algunos de sus miembros, de que no es justo que toda la carga recaiga sobre «el Estado que [haya] sufrido en sí mismo o en la persona de sus nacionales esos daños» [54].

31. En resumen, la tendencia que parece manifestarse es la de que los Estados, a medida que cobran conciencia de situaciones particulares en las que sus actividades, o actividades sometidas a su jurisdicción o bajo su control, pueden tener consecuencias perjudiciales en zonas situadas fuera de su territorio, tratan de llegar a un acuerdo con los Estados a los que pueda afectar el problema sobre los procedimientos que han de seguirse y los niveles de protección que se han de conceder. En algunos casos, esas medidas comprenden el establecimiento de un régimen de responsabilidad, mientras que en otros se puntualiza que las disposiciones adoptadas no regulan la cuestión de la responsabilidad. Aun en el primer supuesto, muy rara vez existe una tentativa consciente de determinar una norma jurídica consuetudinaria, sino que los Estados, para cumplir su obligación de diligencia y no exponerse a una acusación de comportamiento ilícito, definen y aplican las normas correspondientes a una situación determinada. Incluso en la situación extrema en que está excluida toda atri-

---

(Continuación de la nota 48.)

lo 235, párr. 3, del «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» *(ibid.)*:

> «A fin de proporcionar una pronta y adecuada indemnización por todos los daños causados por la contaminación del medio marino, los Estados cooperarán en la aplicación del derecho internacional existente y en el ulterior desarrollo del derecho internacional relativo a las obligaciones y responsabilidades relacionadas con la evaluación de los daños y su indemnización y a la solución de las controversias conexas, así como, cuando proceda, en el desarrollo de criterios y procedimientos para el pago de una indemnización adecuada tales como un fondo de seguros o un fondo de indemnización.»

[49] M. Sørensen, «Principes de droit international public» (cap. IX: Limitations de la compétence territoriales), *Recueil des cours..., 1960-III,* Leyden, Sijthoff, 1961, t. 101, págs. 177 y 178.

[50] *Ibid.* (cap. X: Limitations de la compétence territoriale [suite]), págs. 197 y 198; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (cap. VII: Subjects of international law — the State and its territory), págs. 194 y 195.

[51] Véase *Anuario... 1979,* vol. II (segunda parte), págs. 146 y ss., documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, arts. 31 y 32; y *supra,* pág. 54, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 81, proyecto de artículo 33.

[52] *Supra,* pág. 23, documento A/CN.4/318/Add.5 a 7, párr. 18.

[53] *Anuario... 1979,* vol. II (segunda parte), pág. 159, documento A/34/10, cap. III, secc. B, subsecc. 2, art. 31, párr. 39 del comentario.

[54] *Ibid.* Véase también *Anuario... 1979,* vol. I, pág. 196, 1571.ª sesión, párr. 4 (Sr. Riphagen).

bución al Estado de un comportamiento ilícito, existe cierta disposición a reconocer en principio una obligación de equidad de asumir por lo menos una parte de la carga de las consecuencias perjudiciales sufridas por una víctima inocente por medio o a causa de ese Estado. Sin embargo, los regímenes convencionales, incluidos los que regulan la cuestión de la responsabilidad, pueden perseguir, desde luego, objetivos distintos de la prevención o la reparación de consecuencias perjudiciales: su función es lograr que el derecho internacional contribuya a conciliar y armonizar el conjunto de actividades creadoras beneficiosas.

CAPÍTULO III

Limitaciones de la soberanía

A.—*Sic utere tuo...*: el criterio del «daño»

32. Para comprender mejor la irresolución de los Estados a comprometerse a aceptar formulaciones concretas de normas de responsabilidad en esferas del derecho nuevas o en evolución es menester adoptar una perspectiva histórica. Hasta el siglo xx, los campos en que podía surgir un conflicto entre la libertad de acción del Estado dentro de sus fronteras y sus obligaciones para con otros Estados eran relativamente pocos. En la esfera de las inmunidades soberanas, al extenderse la actividad estatal a esferas comerciales empezaron a darse los elementos para un replanteamiento de la política jurídica. En el derecho del mar, el interés por asegurar la libertad de navegación seguía constituyendo aún la preocupación preponderante; y el derecho de paso inocente por el mar territorial no daba lugar todavía a ningún problema efectivo de equilibrio entre los intereses del Estado del pabellón y los del Estado ribereño. Del mismo modo, aunque el derecho relativo al trato de los extranjeros suscitó dificultades en todas las épocas, no ofrecía todavía un aspecto que pudiera considerarse indebidamente restrictivo de la libertad de todo Estado soberano de dirigir sus propios asuntos. Son las presiones del siglo xx las que han llevado al primer plano esas cuestiones.

33. En la esfera del medio ambiente, la utilización de los ríos internacionales para la navegación inició antes de 1900 una evolución basada en concesiones recíprocas; pero la doctrina Harmon, enunciada por primera vez por los Estados Unidos de América en 1895, negaba toda obligación de utilizar los cursos de agua no navegables en forma compatible con los intereses de los demás Estados ribereños. Los Estados Unidos, aunque no abandonaron explícitamente esa doctrina hasta 1960, en el contexto de los acuerdos concertados con el Canadá para la ordenación del río Columbia, ya se habían basado en principios diferentes al convenir con el Canadá las atribuciones del tribunal que ambos países establecieron conjuntamente en 1935 para dirimir el litigio que los oponía en el *Asunto de la fundición de Trail*[55]. Ese tribunal fue autorizado a aplicar tanto los principios de derecho internacional como los de la doctrina jurídica elaborada por los tribunales de los Estados Unidos en los litigios entre Estados de la Unión. En su laudo, el tribunal declaró que, conforme a los principios del derecho internacional y del derecho de los Estados Unidos:

> [...] ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños por efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes[56].

34. Curiosamente, la cuestión del equilibrio entre la libertad de acción del Estado dentro de su propio territorio y sus obligaciones para con otros Estados surgió en la doctrina de la Corte Permanente de Justicia Internacional en un contexto que no ha suscitado a menudo controversias, es decir, la cuestión del alcance del derecho del Estado de enjuiciar a un extranjero por un delito supuestamente cometido fuera del territorio de ese Estado. En el *Asunto del «Lotus»*[57], aunque el fallo versaba sobre una cuestión más limitada y aunque la Corte estaba especialmente preocupada por el derecho marítimo y por el carácter del territorio estatal atribuido a los buques, los miembros de la Corte se dividieron en dos grupos casi iguales acerca de la naturaleza de la soberanía del Estado. Para los magistrados que expresaron una opinión disidente era sorprendente que la soberanía de un Estado pudiera interpretarse de manera tan estricta y literal que permitiese a otro Estado inmis-

[55] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 1949.V.2), pág. 1911.

En cuanto a la doctrina Harmon, véase, por ejemplo, Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, págs. 188 a 192. Pero véase también el memorando del Departamento de Estado, de 21 de abril de 1958, relativo a los «aspectos jurídicos de la utilización de sistemas de aguas internacionales con referencia al sistema fluvial Columbia-Kootenay con arreglo al derecho internacional consuetudinario y al Tratado de 1909» [Estados Unidos de América, Congress, Senate, «Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to Columbia-Kootenay River System under customary international law and the Treaty of 1909», Wáshington (D. C.) (85th Congress, 2nd session, Senate, Document No. 118)], págs. 66 y ss., donde consta que las pruebas presentadas en nombre del Departamento de Estado al Comité del Senado sobre Relaciones Exteriores en 1945 contradicen la doctrina Harmon. El Sr. Frank Clayton, letrado de la Sección de los Estados Unidos de la Comisión Fronteriza Internacional Estados Unidos-México, declaró en esa ocasión que «la opinión del Fiscal General Harmon jamás ha sido seguida por los Estados Unidos ni por ningún otro país que yo sepa».

[56] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (*op. cit.*), pág. 1965.

[57] «Lotus», Arrêt N.° 9, 1927: *C.P.J.I.*, serie A, N.° 10.

cuirse en los asuntos del primero aplicando sus leyes y procedimientos penales a la conducta de un extranjero que no tenía el propósito de perjudicar a ese Estado y no podía suponer que estuviera sometido a su legislación [58].

35. Aun así, la mayoría de la Corte en el asunto del *Lotus* hizo una neta distinción entre la inexistencia de un derecho a ejercer los poderes del Estado fuera de sus fronteras y su libertad de actuar a su arbitrio dentro de ellas, siempre que, al hacerlo, no infringiera una obligación internacional [59]. La Corte no necesitaba llevar hasta sus últimas conclusiones la cuestión de si existía una norma de derecho internacional consuetudinario que impusiera tal obligación en la esfera de la jurisdicción penal; y esa cuestión no ha vuelto a plantearse ante ningún tribunal internacional. No obstante, el principio aducido por la Corte en el asunto del *Lotus* rige el desarrollo del presente tema: las limitaciones de la soberanía de los Estados dependen de la existencia de normas primarias que imponen obligaciones; y éstas no se presumen, sino que deben ser probadas. Del mismo modo, la profunda división que se produjo en la Corte con respecto a la principal cuestión no resuelta refleja la misma preocupación que confiere al presente tema su carácter apremiante: la soberanía de los Estados resulta irrisoria a menos que esté limitada en interés de la soberanía de los demás Estados y en interés de la comunidad internacional.

36. En el *Asunto del canal de Corfú* [60], la Corte Internacional de Justicia hizo especial hincapié en los dos aspectos del problema. «Entre Estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales» [61]: ni siquiera una provocación grave puede justificar que el Estado perjudicado recurra a una política de intervención. Al mismo tiempo, la seguridad dentro de las propias fronteras que la observancia del derecho internacional puede ofrecer a los Estados es una garantía de libertad, no de arbitrariedad. La Corte apela a un principio que recuerda al que, en otro contexto, enunció el tribunal que conoció del asunto de la fundición de Trail y menciona «la obligación que incumbe a todo Estado de no permitir conscientemente que su territorio se utilice para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados» [62]. Conviene advertir, sin embargo, que la Corte considera la violación de una norma indiscutible de derecho internacional, el derecho de paso inocente, y que se refiere a «actos contrarios a los derechos de otros Estados» y no a actos que causen «daño» o «perjuicio» a otros Estados [63].

37. La cuestión que existía latente en el asunto del *Lotus* sigue en pie: el criterio del «daño» es una variable que no cumple fácilmente la doble finalidad de determinar la existencia de una acción dañosa y medir su magnitud. Además, se plantean ahora problemas nuevos. Una vez probada la existencia de un perjuicio real, se tiene escasa predisposición a negar en principio la obligación de reparar, a menos que el perjuicio sea consecuencia de una actividad que los Estados interesados han convenido, expresa o tácitamente, en tolerar [64]; y, salvo en este último caso, es por ello relativamente poco importante determinar si el perjuicio es el resultado de un acto ilícito o de un acto no prohibido por el derecho internacional. Cuando, en 1954, los Estados Unidos de América hicieron estallar una bomba de hidrógeno en el atolón de Eniwetok, en las Islas Marshall, algunos pescadores japoneses en alta mar resultaron lesionados y una fuente de recursos pesqueros que el Japón acostumbraba explotar quedó contaminada por residuos radiactivos. Los Estados Unidos de América, además de expresar su preocupación y pesar, ofrecieron «*ex gratia* al Gobierno del Japón, sin referencia a la cuestión de responsabilidad jurídica, la suma de dos millones de dólares como reparación de las lesiones o perjuicios sufridos», pero expresaron que entendían que la suma ofrecida se recibiría «como liquidación total de todas las pretensiones» [65].

38. El problema más delicado se plantea cuando el daño es potencial, es decir, una consecuencia más o menos previsible de determinada manera de obrar. En tal supuesto, el criterio de «ilicitud» o «ilegalidad» quizá no ofrezca más que la opción entre la prohibición de la actividad o su aceptación como manifestación legítima de la soberanía del Estado [66]. En este punto es

---

[58] *Ibid.*, magistrado Loder, págs. 34 y 35; magistrado Weiss, pág. 44; magistrado Lord Finlay, págs. 56 y 57; magistrado Nyholm, pág. 60; magistrado Moore, págs. 92 y 93.

[59] *Ibid.*, págs. 18 y ss.

[60] Detroit de Corfou, fond, Arrêt: *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

[61] *Ibid.*, pág. 35.

[62] *Ibid.*, pág. 22.

[63] La brevedad de las referencias que en este capítulo se hacen a los asuntos de la fundición de Trail, del canal de Corfú y del lago Lanós no debe inducir en error al lector. Las publicaciones sobre esos tres asuntos célebres son abundantes y de mérito. Los especialistas encuentran en ellos una fuente de estímulo para la evolución de un derecho del medio ambiente nuevo y sin trabas o la prueba reconfortante de que la observancia de los tratados y las normas tradicionales de la responsabilidad de los Estados siguen rigiendo en todo el ámbito del derecho internacional. Estaría fuera de lugar tratar de analizar esas publicaciones en el marco del presente informe preliminar.

[64] Véase, por ejemplo, el arbitraje del asunto del lago Lanós:

> «Pero no se ha sostenido en ningún momento que las obras previstas presenten un carácter ni entrañen unos riesgos distintos de los de otras obras de la misma índole que actualmente existen por todo el mundo.» [Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: 63.V.3), pág. 303.]

[65] Estados Unidos de América, *Department of State Bulletin*, Wáshington (D. C.), vol. XXXII, N.° 812 (4 de enero de 1955), págs. 90 y 91.

[66] En el Asunto de los ensayos nucleares, cuando la CIJ atendió la solicitud de indicación de medidas provisionales, uno de los seis miembros de la Corte que expresaron una opinión disidente, el magistrado Ignacio-Pinto, se refirió al parecer a dos posiciones extremas prohibitivas:

> «no veo que exista en el estado actual del derecho ningún medio jurídico que autorice a un Estado a acudir a la Corte para pedirle que prohíba a otro Estado que realice en su propio territorio tales actividades [ensayos nucleares en la atmósfera] que entrañan riesgos para sus vecinos.»

Y más adelante:

> «En efecto, adoptar la tesis de la demanda de Australia nos llevaría a una nueva concepción en derecho internacional, consistente en prohibir a los Estados el ejercicio dentro del ámbito de su soberanía territorial de toda actividad crea-

donde la doctrina titubea y se aparta de la práctica de los Estados. La simple dicotomía entre lo permitido y lo no permitido por las normas generales de derecho internacional consuetudinario no toma en consideración la diversidad de derechos e intereses que es preciso conciliar en el régimen de cualquier río internacional o de cualquier actividad intrínsecamente beneficiosa, aunque peligrosa, que tenga efectos transnacionales. La teoría jurídica tropieza con la absoluta variabilidad del concepto de «daño» como determinante de la ilegalidad, pero la práctica de los Estados acredita la fuerza de ese concepto como principio rector del desarrollo jurídico. La máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas* representa el reverso de la medalla de la soberanía. Se ha convertido en el origen de la evolución del derecho consuetudinario y de un centenar de negociaciones intergubernamentales en una docena de esferas diferentes. De hecho, la descripción que McDougal y Schlei hicieron del proceso de desarrollo del derecho consuetudinario relativo a los usos de la alta mar no deja de ser aplicable, un cuarto de siglo después, a la actividad de elaboración convencional de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar:

> [...] Es un proceso continuo de acción recíproca en el que los órganos decisorios de cada Estado-nación formulan unilateralmente pretensiones del carácter más diverso y contradictorio [...] y en el que otros órganos decisorios, ajenos al Estado-nación peticionario y que comprenden funcionarios nacionales e internacionales, examinan y valoran esas pretensiones o puestas a la luz de los intereses de la comunidad mundial y de las partes contrarias y, finalmente, las aceptan o rechazan [67].

Para conciliar la doctrina con la práctica, es necesario desarrollar la teoría de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional reconociendo la importancia de sus correspondientes contextos de los intereses legítimos y de múltiples factores.

B.—Intereses legítimos y factores múltiples

39. En los párrafos anteriores y en el capítulo II [68] se ha hecho hincapié en que, en el mundo moderno, los problemas prácticos relativos a la delimitación de los intereses soberanos rara vez pueden resolverse por la mera aplicación de una regla básica simple. Así, al dictar su fallo en el *Asunto de las pesquerías (Reino Unido* c. *Noruega)* [69], la Corte Internacional de Justicia rechazó la idea de que la línea media de bajamar fuera el único criterio para determinar las líneas de base del mar territorial. Esa regla podía resultar satisfactoria en muchos casos; pero no en todos. En el caso de la costa noruega, que presentaba profundas escotaduras, bastaba, para cumplir los requisitos del derecho internacional consuetudinario, que las líneas de base no se apartaran «de una manera apreciable de la dirección general de la costa», teniendo en cuenta «la relación más o menos estrecha existente entre ciertas zonas marítimas y las formaciones terrestres que las separan o rodean» y «ciertos intereses económicos propios de una región, cuya realidad e importancia vienen a ser claramente corroboradas por un largo uso» [70].

40. En los *Asuntos relativos a la plataforma continental del Mar del Norte* [71], los factores que la Corte Internacional de Justicia señaló finalmente como aptos para orientar a las partes en la búsqueda de una solución acordada no se diferencian de los criterios adoptados por la Corte en el asunto de las pesquerías entre el Reino Unido y Noruega: la configuración geográfica; el dominio del mar por la tierra; la unidad de cualquier recurso natural; la medición de los frentes marítimos según la dirección general de las costas [72]. Cuando ni estos criterios ni otros aceptados de común acuerdo dan resultados ciertos, se vuelven a invocar los principios de edad; o, en este caso, de igualdad en la correspondiente esfera de intereses legítimos [73]. Lo que se destaca sobre todo, sin embargo, es la obligación de negociar: la propia norma de derecho aplicable impone a las partes la obligación de «entablar negociaciones a fin de lograr un acuerdo y no simplemente [la de] proceder a una negociación formal como una especie de condición previa para la aplicación automática de un determinado método de delimitación a falta de acuerdo [74].

41. Tales ampliaciones de la perspectiva jurídica no se llevan a cabo sin suscitar protestas. En el asunto de las pesquerías entre el Reino Unido y Noruega, el magistrado McNair, en su opinión disidente, observó:

> A mi juicio, la modificación de los límites de las aguas territoriales para proteger los intereses económicos y otros intereses sociales carece de justificación jurídica; es más, la aprobación de semejante práctica daría lugar a una tendencia peligrosa en cuanto que alentaría a los Estados a adoptar apreciaciones sub-

---

dora de riesgo.» [Ensayos nucleares (Australia *c.* Francia), medidas provisionales, ordenanza de 22 de junio de 1973: *C.I.J. Recueil 1973,* págs. 131 y 132.]

Véase, más generalmente, la opinión del magistrado Ignacio-Pinto (*ibid.,* pág. 128); y véase, por ejemplo, la opinión disidente del juez Badawi Pasha en el Asunto del canal de Corfú (fondo), *C.I.J. Recueil 1949,* especialmente en las págs. 65 y 66 (1949).

[67] M. S. McDougal y N. A. Schlei, «The hydrogen bomb tests in perspective: Lawful measures for security», *The Yale Journal,* New Haven (Conn.), vol. 64, N.° 5 (abril de 1955), pág. 656. Véase también, respecto de las sesiones examinadas en esta sección, G. Handl, «An international legal perspective on the conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas: The case of nuclear power plant siting», *Ecology Law Quarterly,* Berkeley (Calif.), vol. 7 (1978), N.° 1, especialmente págs. 6 a 15.

[68] Véase *supra,* párr. 26.

[69] Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951: *C.I.J. Recueil 1951,* pág. 116.

[70] *Ibid.,* pág. 133.

Estos criterios están codificados en el artículo 4 de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Naciones Unidas, *Recueil des Traités,* vol. 516, pág. 205) y en el artículo 7 del «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 y Corr.1 y 2).

[71] Plateau continental de la mer du Nord, arrêt: *C.I.J. Recueil 1969,* pág. 3.

[72] *Ibid.,* págs. 51 y 52.

[73] *Ibid.,* págs. 48 a 52.

[74] *Ibid.,* pág. 47.

jetivas de sus propios derechos en vez de ajustarse a una norma internacional común [75].

Del mismo modo, en los asuntos relativos a la plataforma continental del Mar del Norte, el magistrado Koretsky, también en su opinión disidente, distingue los factores políticos, económicos y otros factores afines, adecuados para servir de guía a las partes en la búsqueda de un acuerdo, de aquellos pertinentes en lo que concierne a la función judicial:

> La apreciación de tales consideraciones tiene un carácter político y subjetivo, y no corresponde a la Corte, como órgano judicial, ocuparse de ello, a menos que las partes le sometan un litigio relativo a una o varias cuestiones de índole realmente jurídica [76].

No obstante las protestas —y el comprensible anhelo de un mundo en que todo fuera más simple y el derecho y la política pudieran separarse más fácilmente—, no cabe duda de que en esos dos asuntos se cruzó una línea divisoria. La aceptación, aunque renuente, de la idea de que una misma norma jurídica puede aplicarse de manera multiforme se manifiesta en un cúmulo de opiniones individuales, tanto concurrentes como disidentes, de notables proporciones y gran mérito jurídico, que acompañan el fallo de la Corte en los asuntos relativos a la plataforma continental del Mar del Norte.

42. La conclusión que cabe extraer se ajusta bastante a la actitud de los Estados en la última parte del siglo XX. Siempre que ello sea posible, los Estados deben, en el ejercicio de su facultad para celebrar tratados, resolver los problemas antes de que se susciten sustituyendo los límites inciertos del derecho de cada uno de obrar a su arbitrio por límites fijados de común acuerdo y fáciles de observar, o por empresas comunes con objetivos y métodos de funcionamiento definidos. Como en el caso de la plataforma continental del Mar del Norte, los acuerdos logrados no pueden obligar a los que no son partes en ellos y tienen un interés jurídico, pero, al igual que en ese caso, la obligación de negociar «a fin de lograr un acuerdo y no simplemente [de] proceder a una negociación formal» constituye en sí misma la expresión de una norma obligatoria de derecho consuetudinario, aun cuando la norma tenga un carácter muy general. Esta norma, en la medida en que atañe a la conservación y utilización del medio físico, halla expresión en la célebre opinión del laudo arbitral dictado en el asunto de la fundición de Trail [77], citada en el pasaje correspondiente del fallo sobre el asunto del canal de Corfú [78] y confirmada en el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano [79]. El hecho de que ese principio esté acompañado en el principio 22 [80] de un llamamiento a que se continúe desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización, y en el principio 23 de la mención destacada de una categoría general especialmente importante de intereses legítimos [81], no le resta en absoluto fuerza jurídica.

43. Cabe enforcar los problemas del medio ambiente desde el punto de vista de la delimitación de los intereses propios de los Estados soberanos, de manera que el interés de cada uno alcance su máxima extensión con el mínimo menoscabo, o desde el punto de vista del uso equitativo de un recurso común. La expresión «recursos compartidos» suele reservarse para situaciones limitadas como aquellas en que las fronteras políticas no corresponden a la unidad geomorfológica del terreno [82]. No obstante, los conceptos de interés común y de interés propio son siempre complementarios. Así, por ejemplo, la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar trata de determinar los límites de las zonas marítimas a las que el Estado puede extender su soberanía y sus derechos soberanos, de armonizar los intereses propios de los Estados del pabellón y de los Estados ribereños en relación con cuestiones tales como el derecho de paso inocente por el mar territorial, incluidos los estrechos internacionales, y la jurisdicción más allá de los límites territoriales, de instituir un régimen de gestión y explotación de la zona económica exclusiva que establezca un equilibrio entre los intereses comunes y los intereses propios de los Estados y de desarrollar sus intereses comunes en la zona de los fondos marinos y oceánicos situada fuera de los límites de la jurisdicción nacional [83].

44. En estudios recientes de la propia CDI sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se ha subrayado que el suministro mundial de agua es limitado, que una cantidad determinada e invariable de agua está siendo reaprovechada constantemente por la naturaleza, pero que la depuración de la naturaleza no puede hacer frente a los niveles y clases de contaminación que se producen actualmente [84]. La Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias [85], que es, al parecer, el primer instrumento convencional que se refiere al principio 21 de la Declaración de Es-

[75] *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 169.

[76] *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 155.

[77] Véase *supra*, párr. 33.

[78] Véase *supra*, párr. 36.

[79] Véase *supra*, nota 17.

[80] *Ibid.*

[81] Véase *supra*, nota 24.

[82] Véase, por ejemplo, la resolución 3129 (XXVIII) de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1973, y el valioso informe sobre cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados, presentado al Consejo de Administración del PNUMA por el Director Ejecutivo, en abril de 1975, como consecuencia de dicha resolución (UNEP/GC/44 y Corr.1 y 2 y Add.1). Véanse también los informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre los recursos naturales compartidos por dos o más Estados acerca de la labor realizada en sus reuniones segunda y tercera, celebradas en septiembre de 1976 y en enero de 1977 (UNEP/IG.3/3). Véanse también las notas 7 y 8 del presente informe.

[83] Véase «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 y Corr.1 y 2).

[84] Véase, en especial, el primer informe del Sr. Schwebel, Relator Especial [*Anuario... 1979*, vol. II (primera parte), pág. 145, documento A/CN.4/320]. Véanse también los datos acerca de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (marzo de 1977) contenidos en el segundo informe del Sr. Schwebel (*supra*, pág. 190, documento A/CN.4/332 y Add.1, párrs. 149 y ss.).

[85] ECE/HLM.1/2, anexo I.

tocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, pone de relieve poco más o menos el mismo aspecto, al comprometerse las partes contratantes (art. 3)

a elaborar sin demora indebida, mediante intercambios de datos, consultas y actividades de investigación y vigilancia, políticas y estrategias que sirvan para combatir la evacuación de contaminantes de la atmósfera, teniendo en cuenta los esfuerzos ya realizados a nivel nacional e internacional.

El aire, el agua y la luz y el calor filtrados del sol, que son todos ellos elementos indispensables para la supervivencia del hombre, están amenazados de degeneración irreversible como consecuencia de la actividad humana.

45. Ante presiones de este tipo, relacionadas con la protección del medio ambiente, con la búsqueda de la paz o con cualquier otro objetivo que afecte vitalmente a la condición humana [86], la obligación de proceder con un cuidado razonable o la debida diligencia adquiere mayor intensidad y una nueva dimensión [87]. Al adoptar disposiciones eficaces para proteger el medio ambiente, tiene que mostrarse igual solicitud hacia las diversas circunstancias de los Estados y sus poblaciones. Tal es el objeto del principio 23 y de otras disposiciones de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, pero no faltan los ejemplos prácticos. Por ejemplo, en las propuestas sometidas a la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con los objetivos y las políticas de producción en la zona de los fondos marinos se presta especial atención a

La protección de los Estados en desarrollo frente a efectos adversos en sus economías o sus ingresos de exportación, como resultado de una reducción del precio de un mineral afectado o del volumen de exportación de dicho mineral [...] [88].

Asimismo, se prevé un sistema de compensación «para los países en desarrollo cuyos ingresos de exportación o economías sufran efectos desfavorables [...]» [89].

46. Si se considera la cuestión de otra forma, cabe pensar que la obligación de tener en cuenta todos los intereses que puedan verse afectados deriva directamente de la obligación de diligencia razonable, pero cabe también considerar que deriva de un principio de equidad que complementa e informa el cumplimiento de esa obligación. Se puede considerar que el Estado que realiza o autoriza una actividad que, en la práctica, causa considerables consecuencias perjudiciales más allá de sus fronteras, pese a las precauciones que haya podido adoptar, ha incumplido su obligación de diligencia si no ha establecido, o no ha hecho todo lo que le incumbía para establecer, un sistema de resarcimiento adecuado y aceptado. Ahora bien, aunque estas mismas consecuencias perjudiciales se produzcan en circunstancias que ni siquiera un Estado diligente hubiera podido normalmente prever, cabe que la equidad exija que el Estado que haya realizado o permitido la acción indemnice a la víctima inocente [90]; pero otras consideraciones de equidad pueden prevalecer sobre ésta [91].

47. El principio de equidad a veces se aplica —por así decirlo en condiciones de laboratorio— en circunstancias en que se excluye la ilicitud de la acción [92]; pero incluso en este caso límite la equidad actúa como función de la norma primaria de obligación, que requiere que la responsabilidad se determine atendiendo al mismo tiempo a las consecuencias perjudiciales sufridas por la víctima inocente y a la calificación del hecho [93]. Al otro extremo, puede muy bien ocurrir que se haga remisión en primer lugar al derecho interno para la reparación de las consecuencias perjudiciales derivadas de actividades que las comunidades nacionales adyacentes hayan convenido, expresa o tácitamente, en tolerar, aunque en un caso concreto esas consecuencias perjudiciales tengan un carácter transnacional [94]. Además, los Estados tienen siempre la posibilidad de hacer extensiva la aplicación de tales disposiciones, en condiciones de reciprocidad, a categorías de casos que, de otro modo, podrían dar lugar inmediatamente a su responsabilidad internacional. Por ejemplo, la OCDE ha aplicado este criterio en relación con la contaminación transfronteriza [95].

---

[86] A este respecto cabe señalar que la Reunión de alto nivel celebrada en el marco de la CEPE sobre la protección del medio ambiente (noviembre de 1979) (ECE/HLM.1/2 y Add.1), en la que se aprobó la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, estaba prefigurada ya en el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (agosto de 1975) (*Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa*, Helsinki, 1975, Lausana, Imprimeries réunies).

[87] Véase *supra*, párr. 16. Véase también Dupuy, *op. cit.*, especialmente el título II, cap. I, págs. 259 y ss.

[88] «Texto integrado oficioso para fines de negociación/Revisión 2» (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 y Corr.1 y 2), art. 150, apartado *g*.

[89] *Ibid.*, art. 151, párr. 4.

[90] *Ibid.*, art. 59:

«En los casos en que la presente Convención no atribuya derechos o jurisdicción al Estado ribereño o a otros Estados en la zona económica exclusiva y surja un conflicto entre los intereses del Estado ribereño y los de cualquier otro Estado o Estados, el conflicto debería ser resuelto sobre una base de equidad y a la luz de todas las circunstancias pertinentes, teniendo en cuenta la importancia respectiva que revistan los intereses de que se trate para las partes, así como para la comunidad internacional en conjunto.»

[91] Cf. Plateau continental de la mer du Nord, arrêt: *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 50:

«En realidad no existen límites jurídicos a las consideraciones que los Estados pueden tener en cuenta para cerciorarse de que aplican procedimientos equitativos, y las más de las veces es la contraposición de todas esas consideraciones lo que produce este resultado y no el hecho de recurrir a una sola con exclusión de todas las demás. Tales problemas de equilibrio entre diversas consideraciones varían naturalmente según las circunstancias del caso.»

[92] Véase *supra*, párr. 29.

[93] Cf. Plateau continental de la mer du Nord, arrêt: *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 48:

«No obstante, cuando se habla del juez que imparte justicia o que dice el derecho, lo que se entiende es que la decisión encuentra su justificación objetiva en consideraciones no fuera de la norma, sino con arreglo a la norma, y en esta esfera es precisamente una norma de derecho la que exige la aplicación de principios de equidad.»

[94] Véase *supra*, párr. 37 y nota 64.

[95] Véanse, por ejemplo, las recomendaciones acerca de los «Principes relatifs à la pollution transfrontière» y de «L'égalité d'accès en matière de pollution transfrontière», en *L'OCDE et l'environnement*, París, OCDE, 1979, págs. 117 y 124 respectivamente.

48. No es necesario, a los efectos del presente informe preliminar, examinar con mayor detalle las posibilidades ilimitadas que se ofrecen a los Estados al elaborar regímenes jurídicos para regular sus obligaciones mutuas en relación con intereses comunes o con actividades que tienen, o pueden tener, efectos perjudiciales transfronterizos. Sin embargo, quizá sea útil, para esclarecer los principios generales, referirse a dos tipos de modelo. En primer lugar, en las esferas muy importantes de los usos de la energía nuclear con fines pacíficos y del transporte marítimo de hidrocarburos, las medidas de seguridad y supervisión internacionalmente acordadas se han complementado con regímenes convencionales que regulan la responsabilidad por daños [96]. En ambos casos, la responsabilidad emana del daño causado y se atribuye al explotador de la instalación o del buque: la víctima, ya se trate de un Estado o de un particular, debe recurrir ante el tribunal nacional competente, y se renuncia a toda inmunidad jurisdiccional que, en otro caso, habría podido alejarse; se trata de medidas destinadas a garantizar una reparación efectiva, pero se establece un límite máximo de responsabilidad con respecto a cada siniestro. En el caso de las convenciones relativas a daños nucleares, los Estados contratantes garantizan el pago de la indemnización dentro de los límites de responsabilidad fijados; en el caso de las convenciones sobre derrames de hidrocarburos no se prevé una participación estatal tan directa, pero algunos Estados han creado un fondo internacional de indemnización para enjugar las pérdidas en que puedan incurrir los armadores y las víctimas de los accidentes [97].

49. En segundo lugar, en las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales [98], que versan sobre los derechos y obligaciones recíprocos de los Estados que comparten una cuenca hidrográfica internacional, la Asociación de Derecho Internacional proporcionó un modelo precoz e importante de régimen aplicable a los recursos compartidos. Desde el punto de vista del presente informe, reviste especial interés el hecho de que el principio de la utilización equitativa, enunciado como norma en el artículo IV, se vincule a la obligación de reducir al mínimo la contaminación, enunciada en el artículo X, y que esas dos normas generales estén vinculadas a la extensa y no exhaustiva enumeración de factores pertinentes contenida en el artículo V [99]. En el comentario al artículo IV se subraya la consideración fundamental de que en un régimen de protección del medio ambiente común debe prestarse igual atención a las peculiaridades y diferentes necesidades de los Estados y pueblos interesados [100].

[96] Las convenciones pertinentes se enumeran en la nota 47.

[97] Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Bruselas, 1971) (para la referencia, véase *supra*, nota 47).

[98] Para el texto original y completo de las Normas de Helsinki, con comentarios, véase ILA, *Report of the Fifty-second Conference (Helsinki, 1966)*, Londres, 1967, pág. 484. Para el texto español, véase *Ríos y lagos internacionales (utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4.ª ed., rev., OEA/Ser.I/VI, CIJ-75 rev. 2, Wáshington (D.C.), Organización de los Estados Americanos, 1971, págs. 628 y ss.

[99] *«Artículo IV*

»Todo Estado ribereño de una cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una participación razonable y equitativa en los usos beneficiosos de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional.

»Artículo V

»1. La participación razonable y equitativa en el sentido del artículo IV se determinará según todos los factores pertinentes de cada caso particular.

»2. Entre los factores pertinentes que deben considerarse figuran los siguientes:

»*a*) la geografía de la cuenca, en particular la extensión de la zona de desagüe en el territorio de cada Estado ribereño;

»*b*) la hidrología de la cuenca, en particular la contribución de agua por cada Estado ribereño;

»*c*) el clima de la cuenca;

»*d*) la utilización anterior de las aguas de la cuenca, y en particular su utilización actual;

»*e*) las necesidades económicas y sociales de cada Estado ribereño;

»*f*) la población que necesita las aguas de la cuenca en cada Estado ribereño;

»*g*) los costos comparativos de medios alternativos para satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada Estado ribereño;

»*h*) la disponibilidad de otros recursos;

»*i*) la prevención del desaprovechamiento innecesario en la utilización de las aguas de la cuenca;

»*j*) la posibilidad de que la indemnización a uno o más Estados corribereños de la cuenca sea medio de dirimir conflictos entre usuarios, y

»*k*) el grado en que pueden satisfacerse las necesidades de un Estado ribereño sin causar perjuicio sustancial a un Estado corribereño.

»3. El valor de cada factor se determinará por su importancia comparada con la de otros factores atinentes. Para determinar cuál es la participación razonable y equitativa se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de una evaluación del conjunto.»

«Artículo X

»1. En congruencia con el principio de utilización equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, un Estado deberá:

»*a*) evitar cualquier forma nueva de contaminación del agua o cualquier aumento del grado de la contaminación existente en una cuenca hidrográfica internacional, que pudiera causar perjuicio notable en el territorio de un Estado corribereño, y

»*b*) tomar todas las medidas aconsejables para disminuir la contaminación existente en una cuenca hidrográfica internacional hasta un grado en que dicha contaminación no cause daño considerable en el territorio de un Estado corribereño.

»2. La norma establecida en el párrafo 1 de este artículo se aplica a la contaminación de las aguas que se origina

»*a*) en el territorio de un Estado, o

»*b*) fuera del territorio del Estado, si es causada por obra de éste.»

[100] ILA, *op. cit.*, pág. 487:

«Todo uso por un Estado de la cuenca debe tener en cuenta las necesidades económicas y sociales de utilización de las aguas por los demás Estados de la cuenca, y viceversa. [...] Para merecer protección, un uso debe ser "beneficioso", es decir, que debe ser económica o socialmente útil, a diferencia, por ejemplo, de una desviación de las aguas efectuada por un Estado con el único objeto de hostigar a otro Estado.

»Un "uso beneficioso" no es necesariamente el más productivo que pueda hacerse de las aguas, no implica tampoco

50. Al término del capítulo, hay que volver al concepto de «interés jurídico». En el *Asunto del lago Lanós,* el Tribunal arbitral señaló:

En realidad, hoy día los Estados tienen plena conciencia de la importancia de los intereses contradictorios, que pone en tela de juicio el aprovechamiento industrial de los ríos internacionales, y de la necesidad de conciliarlos mediante concesiones mutuas. El único medio de llegar a transacciones de interés es la conclusión de acuerdos, partiendo de una base cada vez más amplia. La práctica internacional refleja la convicción de que los Estados deben tratar de concluir tales acuerdos; habría así una obligación de aceptar de buena fe todas las conversaciones que, con una amplia confrontación de intereses unida a la buena voluntad recíproca, deben ponerlos en condiciones óptimas de concluir acuerdos [101].

Sin embargo, el derecho internacional no menoscaba la soberanía de los Estados supeditando su libertad fundamental de acción dentro de sus propias fronteras a un veto extranjero [102]; y, salvo en último término, no confía en normas prohibitivas:

Francia puede ejercer sus derechos, pero no puede hacer caso omiso de los intereses españoles.

España puede exigir que se respeten sus derechos y se tengan en cuenta sus intereses.

Por lo que respecta a la forma, el Estado del curso superior tiene, en virtud del procedimiento, un derecho de iniciativa; no está obligado a contar con el Estado del curso inferior en la ejecución de sus proyectos. Si en el curso de las conversaciones el Estado del curso inferior le presenta proyectos, el Estado del curso superior debe examinarlos, pero tiene derecho a preferir la solución adoptada en su proyecto, siempre que en ella se tengan en cuenta de manera razonable los intereses del Estado del curso inferior [103].

la utilización de los métodos más eficaces conocidos para evitar el despilfarro y garantizar la utilización máxima [...] la presente norma no tiene por objeto fomentar el despilfarro, sino someter a los Estados a una obligación de eficacia que guarde proporción con sus recursos financieros.»

[101] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XII *(op. cit.),* pág. 308.

[102] Véase el laudo del Tribunal arbitral en el Asunto del lago Lanós, *ibid.,* en especial págs. 306 y 307.

[103] *Ibid.,* pág. 316.

CAPÍTULO IV

Naturaleza y alcance del tema

A.—Naturaleza del tema

51. Los datos reunidos en los capítulos precedentes posiblemente permiten definir el marco del presente tema, que puede ser contrastado de una manera preliminar con referencia al comportamiento conocido de los Estados y a las necesidades y esperanzas que éstos han expresado. En primer lugar, la base misma del tema está intrínsecamente contenida en su título actual. La responsabilidad sobre la que versa el tema no deriva de la ilicitud y, por consiguiente, sólo puede emanar de normas primarias que establecen obligaciones [104]. Cualquier otra conclusión supondría dejar de lado los principios de la responsabilidad de los Estados tal como la Comisión los ha entendido y formulado y el precio que habría que pagar por ese abandono sería astronómico. El temor a tener que pagar ese precio es, en parte, lo que fomenta la resistencia a nuevos conceptos de responsabilidad que hallan expresión en términos como «riesgo» o «falta de culpa» [105].

52. En segundo lugar, el principio del que nace la obligación primaria tiene el mismo carácter fundamental que el principio según el cual las obligaciones dimanantes de tratados deben ser respetadas. Todo ordenamiento jurídico se funda en el postulado de que la libertad de cada sujeto de derecho tiene como límite el respeto, en pie de igualdad, de las libertades de los demás sujetos. En definitiva, el alcance y la intensidad de las obligaciones de un Estado deben medirse en relación con esta norma, expresada en la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas.* Si se considera que las normas secundarias, que en realidad son totalmente neutrales, desempeñan esta función, puede muy bien darse una fatal disparidad entre el alcance de los derechos del Estado y el de sus obligaciones correlativas [106]. A veces se formulan nuevas teorías de la responsabilidad a fin de corregir la disparidad observada. Con el mismo propósito, algunos prestigiosos tratadistas han considerado que las cuestiones de atribución corresponden a la esfera de las normas primarias concretas a las que acompañan y no a la esfera general de las normas secundarias [107].

53. Con arreglo a la clasificación más corriente que ha adoptado la Comisión, la norma primaria sigue siendo la que determina la intensidad de una obligación. Así, por ejemplo, el Sr. Ago, Relator Especial para la responsabilidad de los Estados (primera parte), señaló que:

[...] las obligaciones internacionales de prevención de un acontecimiento pueden tener un origen consuetudinario o convencional y su contenido, así como el grado de prevención requerido, pueden ser muy variables. No se excluye la posibilidad de que algunas de ellas sean absolutas. Es evidente por otra parte que la protección de simples particulares extranjeros requiere un grado de prevención menor que el de las personas que gozan de una protección especial [108].

[104] Véase *supra,* párrs. 19 a 25.

[105] Véase *supra,* párrs. 15 a 17.

[106] Véase *supra,* párrs. 26 a 28.

[107] Véase *supra,* párr. 24.

[108] *Anuario... 1978,* vol. I, pág. 10, 1477.ª sesión, párr. 5.

Por consiguiente, las normas secundarias deben aplicarse con referencia al contenido de la norma primaria correspondiente a fin de no frustrar el propósito de esa norma primaria.

54. En tercer lugar, los acontecimientos que han dado lugar en el siglo XX a la creación de una organización mundial y a infinitas otras formas de cooperación intergubernamental organizada también han originado innumerables situaciones de conflicto efectivo o potencial entre los Estados, cada uno de los cuales persigue un derecho o interés legítimo [109]. La disparidad mencionada en el párrafo precedente adquiere entonces gran importancia práctica. Las presiones sobre lo que podría denominarse la «intimidad» de los Estados han dado origen a reiteradas reafirmaciones legislativas y judiciales de su soberanía inalienable, pero también a advertencias cada vez más frecuentes de que el derecho a vivir en libertad está subordinado al respeto de los derechos y las libertades de los demás. En el fallo dictado en el *Asunto del canal de Corfú* y en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, para mencionar sólo dos ejemplos destacados, tomados respectivamente de fuentes judiciales y legislativas, se hace igual hincapié en ambos aspectos [110].

55. En cuarto lugar, a medida que los Estados cobren mayor conciencia de la necesidad de preservar ese precario equilibrio entre libertad y libertinaje, y la proclamen más paladinamente, el grado de diligencia que se deben recíprocamente puede aumentar. Por ejemplo, si bien la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias incluye a pie de página la tímida nota de que no contiene ninguna norma sobre responsabilidad, el tenor de la Convención y de las declaraciones concordantes hechas por los jefes de delegación en la Reunión de alto nivel en que ésta se adoptó son, en sentido general, un compromiso recíproco de observar niveles de vigilancia más altos [111]. A causa de ese proceso evolutivo, como consecuencia o no de instrumentos convencionales, el principio del conocimiento real de una fuente de peligro, enunciado en el *Asunto del canal de Corfú,* puede sustituirse a veces, como criterio de la responsabilidad por ilicitud, por una valoración de si la falta de conocimiento es compatible con el grado de diligencia exigible. Más aún, ese criterio puede quedar purgado de todo elemento subjetivo por la aparición de una norma según la cual un nivel determinado de contaminación u otro perjuicio constituya una presunción, o incluso una prueba concluyente, de ilicitud [112].

56. Sin embargo, los Estados, contraponiendo a la necesidad de una normal observancia de criterios más estrictos cierta renuencia a admitir que una desviación accidental de esos criterios entrañe automáticamente la ilicitud, pueden optar por crear una zona intermedia. Así, en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1971, los Estados convinieron en que la caída accidental de un objeto espacial en el territorio de otro Estado no sería ilícita, sino que daría nacimiento a una obligación de indemnización de las consecuencias perjudiciales ocasionadas [113]. Este planteamiento del problema tal vez presente varias ventajas. En primer lugar, tiene en cuenta la obligación —subrayada, por ejemplo, en el laudo arbitral dictado en el *Asunto del lago Lanós*— de que los Estados que realicen una actividad que pueda causar consecuencias perjudiciales de ámbito transnacional tomarán razonablemente en consideración los intereses y deseos de otros Estados que puedan resultar afectados [114]. En segundo lugar, elimina la tacha de ilicitud de una actividad que, debidamente reglamentada, se considera beneficiosa pese a su capacidad subsidiaria de causar un daño incidental. En tercer lugar, debería contribuir a facilitar una liquidación justa, eficiente y amistosa de toda responsabilidad en que se haya incurrido.

57. El punto de partida para la elaboración de un régimen de esta índole debe ser la igualdad de derechos y obligaciones implícita en el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano [115] y en cualquier otro enunciado de la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas.* Tampoco hay en principio ningún motivo para que el nivel de obligación no sea un nivel absoluto, por ser éste el único que guarda proporción con el carácter total de la soberanía del Estado y la exclusividad de su jurisdicción sobre su territorio y sobre sus buques, aeronaves y las actividades de sus nacionales cuando se encuentran fuera de la jurisdicción territorial de cualquier Estado. Además, como se ha visto, un nivel de obligación tan alto no es incompatible con los principios de la responsabilidad de los Estados ni con la tendencia moderna a formular normas primarias detalladas de forma que no dejen ningún margen de apreciación. También es compatible con la conclusión a que ha llegado la Comisión de que las circunstancias que excluyen la ilicitud no impiden necesariamente que la misma acción u omisión dé lugar a responsabilidad [116]. Las causas que fundamentalmente disuaden de formular las normas vigentes que establecen obligaciones y de aceptar normas nuevas no son doctrinales, sino que dimanan de la complejidad de la materia.

58. Sin embargo, esa misma complejidad es la que constituye el principal incentivo a elaborar regímenes para regular el comportamiento y las responsabilidades con respecto a actos no prohibidos, en vez de multiplicar las prohibiciones [117]. Por lo general, los intereses de las partes en una negociación de esta índole no estarán polarizados. La mayoría de los Estados expuestos a los peligros de derrames de hidrocarburos en el mar también dependen, como consumidores, productores, cargadores o las tres cosas a la vez, del transporte marítimo de hidrocarburos; por ello, una limitación de responsabilidad con respecto a cada siniestro puede parecer un

[109] Véase *supra,* párrs. 32 y 38.

[110] Véase *supra,* párrs. 36 y 42.

[111] Véase *supra,* párrs. 5 y 7.

[112] Véase Dupuy, *op. cit.,* págs. 259 a 274.

[113] Véase *supra,* párr. 21 y nota 34.

[114] Véase *supra,* párr. 50 y nota 101.

[115] Véase *supra,* nota 17.

[116] Véase *supra,* párr. 30.

[117] Véase *supra,* párrs. 42 y ss.

precio razonable para tener la certidumbre de indemnización dentro de ese límite y disminuir la carga financiera soportada por las empresas [118]. La mayoría de los Estados que han tropezado con un problema transnacional de contaminación atmosférica industrial a corta distancia también contribuyen por su parte a la contaminación que sufren junto con sus vecinos y están interesados en ampliar el campo en que se adoptan medidas correctivas uniformes [119]. En los casos en que hay un plan de acción que se presta a una aplicación uniforme por medio de los tribunales nacionales, la posibilidad de eludir los procedimientos menos estructurados de la negociación intergubernamental con respecto a cada siniestro también debería ser recibida con agrado por los diversos intereses y el régimen resultante puede contribuir hasta cierto punto a realizar el ideal monista de la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno [120].

59. En los casos en que los intereses son desiguales, la obligación de diligencia, regida y completada por el concepto de equidad, debe tener en cuenta la validez de las situaciones humanas existentes y la necesidad de conservación de los recursos. Si las acciones u omisiones de un Estado causan daños en el territorio de otro Estado en circunstancias en que esté excluida la ilicitud, puede muy bien haber una obligación subsidiaria a cargo del primer Estado de compensar la pérdida sufrida por el segundo Estado [121]; pero, según las circunstancias de cada caso y los elementos del desastre común, quizá sea más equitativo que la pérdida sea compartida o que recaiga en quien la sufra. Si los adelantos de la ciencia y la técnica revelan las consecuencias nocivas de prácticas industriales consolidadas y ofrecen otras soluciones mejores, puede resultar totalmente equitativo que los Estados que tienen un interés común subvencionen a aquellos de entre ellos en los que recaiga el mayor peso de la carga de reequipamiento. Del mismo modo, puede ser justo que un Estado de aguas abajo contribuya al costo de una obra construida aguas arriba que reduzca el riesgo de crecidas y, cuando existe un interés internacional en preservar un recurso o paraje situado dentro de las fronteras de uno o varios Estados, la equidad puede exigir que se compartan tanto la carga como los beneficios.

60. En resumen, la elaboración de las normas relativas a la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional gira en torno al concepto variable de «daño» [122]. En los casos en que un Estado sufre un perjuicio considerable o estima razonablemente que está expuesto a un peligro considerable, dimanante más allá de sus fronteras de las acciones u omisiones de otros Estados, existe una nueva relación jurídica que obliga a los Estados interesados a tratar de buena fe de llegar a un acuerdo acerca de la realidad del perjuicio o peligro y de las medidas de reparación o supresión adecuadas a la situación de que se trate. El Estado dentro de cuya jurisdicción se causa un perjuicio o peligro no puede negarse justificadamente a prestar su cooperación aduciendo que desconocía o desconoce la causa del peligro o que no tenía o no tiene ningún dominio efectivo sobre ésta. Si tal perjuicio o peligro no deriva de la violación de una obligación internacional determinada, el Estado que sufra ese perjuicio o peligro no puede exigir justificadamente ninguna limitación de la libertad de acción de otro Estado con respecto a cuestiones que surjan dentro de la jurisdicción de ese Estado, salvo el mínimo necesario para lograr la reparación y supresión del perjuicio o peligro, habida cuenta de cualesquiera intereses beneficiosos, aunque antagónicos.

61. Aunque el presente informe preliminar es una previsión y no una demostración de las cuestiones sobre las que versa, entendemos que el cuadro trazado en el párrafo anterior está de una manera general en conformidad con elementos de la práctica actual de los Estados y con manifestaciones solemnes de intención de carácter internacional, desde los objetivos y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y el enunciado del principio de buena vecindad de la Conferencia Afroasiática celebrada en Bandung en 1955 [123] hasta la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano [124] y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados [125]. Cabe considerar asimismo que ese cuadro señala la transición de la obligación de cuidado razonable o debida diligencia del contexto relativamente limitado del ajuste de diferencias entre Estados a las exigencias más complejas de intereses comunes interdependientes. No se ha estimado necesario en el presente informe inspirarse en analogías

[118] Cf. Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos (Bruselas, 1969) y Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Bruselas, 1971) (para las referencias, véase *supra*, nota 47).

[119] Véanse las recomendaciones de la OCDE citadas en la nota 95.

[120] Véanse, por ejemplo, los regímenes mencionados en las dos notas anteriores.

[121] Véase *supra*, párrs. 29 y 47.

[122] Véase en especial *supra*, párr. 38.

[123] Indonesia, Ministerio de Asuntos Exteriores, *Asian-African Conference*, Bulletin N.° 9, Jakarta, 1955, pág. 2. La Declaración sobre las medidas en favor de la paz y la cooperación mundial contiene el pasaje siguiente:

«Libres de recelos y temores y llenas de confianza y buena voluntad recíprocas, las naciones deben practicar la tolerancia, vivir en paz unas con otras fieles al espíritu de buena vecindad y desarrollar una cooperación amistosa basándose en los principios siguientes [...]» (*ibid.*, pág. 18).

[124] Véase *supra*, notas 17 y 24.

[125] Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3281 (XXIX). Véase especialmente el artículo 30:

«La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover y no afectar adversamente el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente.»

con el derecho interno, ya que éstas suelen ser tan generales que ya han entrado a formar parte del derecho internacional por mediación de la equidad o en calidad de principio general o, por el contrario, son tan específicas que su influencia se dejará sentir al proceder a la elaboración de un régimen determinado. No obstante, hay que reconocer que el tema de la interdependencia aplica necesariamente en el ámbito internacional elementos derivados de la experiencia y el sentido de los valores que han adquirido los Estados en el proceso de gestión de sus propios asuntos.

B.—Alcance del tema

62. El análisis detallado del alcance del tema corresponde más exactamente al segundo informe, a fin de poder tener en cuenta las opiniones de los miembros de la Comisión sobre el presente informe preliminar antes de avanzar más en la planificación del estudio. Hay, sin embargo, algunas cuestiones generales que convendría señalar a la atención de la Comisión, incluso en la etapa actual. En primer lugar, el título del tema es abstracto y de una generalidad ilimitada. El significado de ese título y de los términos que en él se emplean se ha analizado en el capítulo I, en el que se señaló que, en la práctica, este tema se ha estudiado siempre en el contexto específico del riesgo ambiental [126]. A todo lo largo del presente informe se han mencionado ejemplos tomados de la esfera del medio ambiente, pero también se ha intentado demostrar que el principio expresado en el título del tema no se circunscribe a dicha esfera [127]. A juicio del Relator Especial, no se pide a la Comisión que se adhiera a nuevos principios o que convierta las excepciones convencionales en reglas generales, sino que desarrolle principios vigentes, de antigua raigambre y gran generalidad, para atender una necesidad sin precedentes. En esta tarea ya tiene la ventaja de poder recurrir a una abundante práctica de los Estados.

63. En segundo lugar, al tratar de determinar los principios rectores se ha destacado, especialmente en el capítulo II del presente informe, la relación entre la responsabilidad por hechos ilícitos y la responsabilidad respecto de actos prohibidos por el derecho internacional. Toda obligación es susceptible de ser violada y, por consiguiente, todas las obligaciones, incluidas las que dan lugar a responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos, se pueden reducir finalmente al régimen de la responsabilidad por ilicitud. Un régimen de responsabilidad por actos no prohibidos no tiene como finalidad trazar la línea divisoria entre licitud e ilicitud, sino que sólo determina las condiciones en que la costumbre o los tratados permiten evitar la ilicitud. No se trata, sin embargo, de que los regímenes de responsabilidad por actos no prohibidos invadan campos en los que de otra manera los Estados no estarían sujetos a ninguna obligación. La mayoría de las veces amplían la esfera de libertad relativa conciliando y armonizando intereses y actividades antagónicos sin recurrir a la prohibición.

64. Indirectamente, pues, los regímenes de responsabilidad por actos no prohibidos pueden desempeñar una importante función al determinar, si llega el caso, una línea divisoria no trazada entre licitud e ilicitud. Algunas referencias iniciales a estas repercusiones más amplias forman parte del proceso de verificación de la validez del presente tema y su relación con otros temas. Hecho esto parece que no será necesario en futuros informes comparar constantemente el régimen de la responsabilidad por hechos ilícitos con el de la responsabilidad por actos no prohibidos. Es conforme a la lógica interna de este tema que, como se indica en el capítulo III del presente informe, los Estados tengan el deber de descubrir el contenido concreto del criterio del «daño», cuando llegue el caso, y de obrar en consecuencia.

65. Si la Comisión y la Asamblea General aceptan la idea de que este tema versa fundamentalmente sobre la elaboración de normas primarias que establecen obligaciones y que debe centrarse principalmente en las cuestiones relacionadas con el medio ambiente, también se podría acordar expresamente limitarlo, en los términos recomendados por el Grupo de Trabajo creado por la Comisión en su 30.° período de sesiones en 1978:

> [El tema] trata de la forma en que los Estados utilizan o disponen la utilización de su medio físico, ya sea dentro de su propio territorio o en zonas no sujetas a la soberanía de ningún Estado. [El tema] trata además de las consecuencias nocivas que esa utilización u ordenación pueden acarrear dentro del territorio de otros Estados o en relación con los ciudadanos o los bienes de otros Estados en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional. [...] [128].

En tal caso, quizá se decidiera después modificar el título del tema, de modo menos ambicioso y más concreto, para reflejar el ámbito de su verdadero objeto.

---

[126] Véase *supra*, párrs. 3 y 4.

[127] En 1960, en su curso general, Sørensen examinó con detenimiento las limitaciones de la soberanía de los Estados (*loc. cit.*, pág. 5). Esbozó, por ejemplo, los elementos de la responsabilidad en materia de trato de los extranjeros a que se hace referencia en el párrafo 29 del presente informe. Aceptó, con más facilidad que algunos tratadistas prestigiosos, que «Pese a esas incertidumbres y dificultades, parece fundado concluir que el ejercicio de la competencia territorial del Estado está subordinado a un principio de buena vecindad internacional» (*ibid.*, pág. 198), pero llegó a la conclusión de que ese principio llevaba consigo su propia limitación:

> «El perjuicio económico causado al Estado vecino por un cambio de política comercial de un Estado, por el aprovechamiento de sus recursos, por la mejora de sus vías de comunicación, etc., forma parte de las vicisitudes de la vida contra las que el derecho internacional no protege en absoluto, a menos que existan entre las partes compromisos contractuales que prevean tales contingencias.» (*Ibid.*, pág. 195.)

Habida cuenta de la evolución ocurrida desde 1960, y especialmente quizás de la adopción por la Asamblea General de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, sería preciso reconsiderar ahora esta última opinión.

[128] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 148, documento A/33/10, cap. VIII, secc. C, anexo, párr. 13.