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

[Tema 7 del programa)

DOCUMENTO A/CN.4/402*

Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial

[*Original: español*]
[*13 de mayo de 1986*]

ÍNDICE

Capítulo	*Párrafos*	*Página*
I. INTRODUCCIÓN	1-11	153
A. Uso de ciertos términos	2-5	153
B. La unidad del tema	6-10	155
C. El alcance del tema	11	156
II. EL PLAN ESQUEMÁTICO	12-28	156
III. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PLAN ESQUEMÁTICO	29-69	159
A. Las actividades	29-33	159
B. Las obligaciones	34-41	160
C. El daño producido sin régimen convencional	42-69	162

CAPÍTULO PRIMERO

Introducción

1. Aunque la parte principal del presente informe gira alrededor del plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, Robert Q. Quentin-Baxter, en su tercer informe y modificado en su cuarto informe[1], parece conveniente referirse con antelación a dos cuestiones de importancia: una provocada por la dualidad de conceptos en la terminología jurídica anglosajona entre *responsibility* y *liability*, y la otra relativa a la unidad del tema.

A.—Uso de ciertos términos

2. La primera cuestión tiene una relevancia que excede la simple determinación terminológica en uno de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, como se verá a continuación. En el informe preliminar[2], el anterior Relator Especial explica que la palabra *liability* en el título inglés del presente tema fue el resultado de intercambios de puntos de vista en el 25.° período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional ya que se consideró que *responsibility* se refería en el lenguaje del *common law* a las consecuencias que seguían a los hechos ilícitos,

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/402/Corr.1, 3 y 4.

[1] Véase nota 21 *infra*.

[2] El informe preliminar fue presentado a la Comisión en su 32.° período de sesiones: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 259, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2.

Los otros informes presentados a la Comisión por el anterior Relator Especial, del 33.° al 36.° períodos de sesiones, han sido reproducidos como sigue:

Segundo informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2;

Tercer informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 61, documento A/CN.4/360;

Cuarto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 213, documento A/CN.4/373;

Quinto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1.

mientras que *liability* hacía mención también a la obligación misma, impuesta por la norma primaria[3]. En cuanto al francés, siendo *responsabilité* el único vocablo disponible sería entonces el utilizado para referirse a ambas significaciones. Cabe añadir que el español, también idioma oficial de las Naciones Unidas, tampoco contiene aquella distinción del inglés, y que el único término utilizable es el de «responsabilidad». En su quinto informe, sin embargo, el anterior Relator Especial parece llegar a conclusiones diferentes en cuanto al uso de ambos términos. Basándose en la utilización que de ellos hacen ciertos tratados, especialmente los relativos al espacio ultraterrestre y al medio marino, concluye que «como se desprende claramente de los textos, el término *responsibility* tiene en esos tratados un significado totalmente diferente, ya que se refiere al contenido de una obligación primaria y no a su violación»[4].

3. A su vez, la palabra *liability* en comparación con la del informe preliminar, en el quinto informe aparece bajo una luz algo diferente. Al examinar el párrafo 1 del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982[5], el anterior Relator Especial advierte que queda claro que «puede darse *liability* haya habido o no violación de una obligación internacional»[6]. Así, entonces, «la fórmula *responsibility and liability* utilizada en el texto inglés de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, corresponde fielmente a los aspectos gemelos de la prevención y la reparación, que constituyen la base del presente tema»[7]. Para abonar esta conclusión, en el quinto informe se hace referencia a muchas otras normas legales[8].

4. Estas acertadas observaciones encontraron confirmación en un autor versado también en el *common law*, L. F. E. Goldie, quien al analizar los matices de diferencia entre los vocablos ingleses *responsibility* y *liability* y refiriéndose al artículo 139, párrafos 1 y 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, y a los artículos VI y XII del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales[9], dice que las dos palabras

> [...] están empleadas con connotaciones distintas. En los dos tratados se entiende que *responsibility* denota una obligación o las normas que impone el ordenamiento jurídico para el desempeño de una función en la sociedad, mientras que el término *liability* indica las consecuencias del incumplimiento de la obligación o del de las normas requeridas. Así, pues, el término *liability* denota la posibilidad de quedar sujeto en derecho a una reparación una vez establecida la *responsibility*. Aunque en ciertas ocasiones los internacionalistas y los magistrados pueden emplear ambos términos en forma prácticamente intercambiable o como sinónimos, en la presente obra serán utilizados en los dos sentidos distintos que se acaban de indicar[10].

Refiriéndose luego a la responsabilidad por riesgo en el derecho interno y dando como ejemplo la llamada «enterprise liability» (responsabilidad empresaria) y «products liability» (responsabilidad por los productos), Goldie dice:

> [...] Todas las categorías que se han examinado se basan en conceptos de obligaciones sociales jurídicamente impuestas sobre el autor [...] de utilizar los procedimientos más seguros o los mejores métodos de protección o, cuando sea necesario, de dar claras noticias de precaución. Alternativamente, el actor está obligado a indemnizar a la víctima por el daño dimanado de la falta de cumplimiento de sus deberes o, incluso cuando se han cumplido esos procedimientos o se han aplicado esos métodos, en la obligación de pagar una indemnización por el daño que ocurra de todas maneras [...]. En este sentido, el término *responsibility* constituye la perspectiva en derecho de las obligaciones a que está sujeta una persona actuando en el marco de la sociedad[11].

5. Como dice la frase del quinto informe citada anteriormente (párr. 3), la distinción entre los términos ingleses *responsibility* y *liability* corresponde fielmente a los aspectos gemelos de la prevención y la reparación. En resumen, el derecho considera que ciertas personas son responsables de determinadas obligaciones antes de que suceda el evento que desencadena las consecuencias perjudiciales. En tal sentido, la responsabilidad se refiere al conjunto de obligaciones que el derecho impone a las personas por razones del papel que desempeñan. Es, en el caso del presente tema, el Estado, con sus obligaciones de control que se desprenden de la exclusividad de la jurisdicción que ejerce en su territorio. El Estado sería entonces responsable —cuando no se ha convenido un régimen que asigne responsabilidad directa a individuos en ciertos casos— no sólo luego de haberse producido las consecuencias perjudiciales de ciertas actividades realizadas en su territorio o bajo su control, sino también por las obligaciones de prevención, esto es, todos los deberes relativos a evitar o minimizar la producción de tales consecuencias. En el idioma español, y seguramente también en el francés, el término «responsabilidad» que comprende las dos significaciones desdobladas en el inglés abarcaría los deberes de prevención y de reparación sin violencia, y arrojaría nueva luz sobre una aguda objeción que se levantó contra la inclusión de las obligaciones de prevención, en el sentido de que, en derecho, la responsabilidad se limitaba estrictamente a las consecuencias de la violación de una obliga-

---

[3] Documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2 (véase nota 2 *supra*), párr. 10.

[4] Documento A/CN.4/383 y Add.1 (véase nota 2 *supra*), párr. 39.

[5] *Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.84.V.3), pág. 198, documento A/CONF.62/122.

[6] Documento A/CN.4/383 y Add.1 (véase nota 2 *supra*), párr. 39.

[7] *Ibid.*, párr. 40.

[8] Ibid., notas 100 y 101.

[9] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 961, pág. 212.

[10] L.F.E. Goldie, «Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk», *Netherlands Yearbook of International Law, 1985* La Haya, vol. XVI, pág. 180.

Más adelante, en el mismo artículo, Goldie cita un pasaje de un artículo anterior suyo en el que enunció los mismos conceptos:

> «Así, el término *responsibility* incluye la atribución de las consecuencias de una conducta desde el punto de vista de las obligaciones de una persona en la sociedad. En segundo lugar, puede indicar el papel del demandado como parte responsable de haber causado un daño. En esta segunda acepción, establece la responsabilidad contingente del actor. En cambio, el término *liability* puede utilizarse como contraste para indicar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que derivan de la *responsibility* (reparación), esto es, el incumplimiento de una obligación o la responsabilidad que en el sentido causal por un daño entrañan las consecuencias jurídicas (tanto en la función de sanción como la de compensación) de la *liability*.» («Responsibility and liability in the common law», en *Legal Aspects of Transfrontier Pollution*, París, OCDE, 1977, pág. 344.)

El autor termina con este importante concepto para el presente tema:

> «Estas consideraciones pragmáticas indican la importancia que reviste establecer una distinción, cuando proceda, entre la *responsibility* como factor constante y la *liability* como factor sujeto a diversas consideraciones variables en el proceso de decisión.» *(Ibid.)*

[11] «Concepts of strict and absolute liability...», *loc. cit.* (nota 10 *supra*), pág. 181.

ción. La prevención, en esa postura, nada tenía que ver con la responsabilidad[12].

B.—La unidad del tema

6. Al ampliarse en la forma que se ha visto el significado de la palabra «responsabilidad» se hace lugar en el título y en el tema mismo a las obligaciones de prevención, y se da así cumplimiento a la tendencia manifestada en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General[13] en el sentido de que en modo alguno debía dejarse de lado todo lo relativo a ese respecto. El título, entonces, acoge a ambos aspectos, pero queda por ver cuál es el vínculo íntimo que otorga unidad a esta simbiosis de prevención y compensación, que a primera vista pueden parecer productos heterogéneos. Para el anterior Relator Especial, la base del *continuum* prevención-reparación es la primera, porque todo lo concerniente a aquélla estaba mucho mejor instalado en la práctica estatal, y encontraba una inserción mucho más robusta que lo que tocaba a la reparación. En efecto, puede leerse en su cuarto informe lo siguiente:

> Pero, ¿qué es «prevención» y qué es «reparación»? La reparación tiene siempre por objeto restablecer lo más plenamente posible una situación preexistente; en el contexto del tema actual, puede equivaler a veces a la prevención tras el acaecimiento.[...][14].

El vínculo entre la prevención y la reparación estaría en su práctica identidad, desde que prevenir y reparar son lo mismo visto desde diferentes ángulos o si se quiere desde distintos momentos. La «debida diligencia», o el «debido cuidado» («the duty of care») se extiende hasta la reparación de cualquier daño que pueda ser razonablemente atribuible al lícito desarrollo de una actividad lícita, señaló el anterior Relator Especial en su segundo informe[15]. Pero los regímenes convencionales demuestran abundantemente que el resarcimiento es una forma de prevención menos adecuada y no debe permitirse que se convierta en una tarifa para causar daños evitables[16].

7. Finalmente, la diferencia conceptual entre normas de prevención y de reparación sólo existiría cuando las de reparación emanan de la ilicitud de un acto, o sea cuando son normas secundarias. El contenido del tema, desde un punto de vista formal, «debe expresarse como una obligación "primaria" mixta, que abarca toda la esfera de la prevención, la limitación, la reparación y el acaecimiento de un daño físico transfronterizo», dice el anterior Relator Especial en su cuarto informe[17]. Conviene recordar nuevamente que esta calidad de pertenecer la prevención y la reparación al dominio de las normas primarias tiene por resultado que si el daño se produce y nace por ende la obligación de reparar, esta reparación está impuesta por la norma primaria como condición de la licitud de la actividad de que se trate y que sólo si el Estado de origen no cumple con la reparación debida en la obligación primaria, entonces se pasa al dominio de las normas secundarias y allí recién se encuentra la responsabilidad por el hecho ilícito de haber el Estado violado aquella obligación primaria. El presente tema se daría, entonces, dentro de las normas primarias.

8. He aquí un criterio, como se dice más arriba (párr. 6), formal de unidad. Pero, ¿cuál sería la unidad de fondo, de sustancia del tema? Conviene ensayar una teoría al respecto, y acaso se debería acudir al daño para encontrar el criterio unificador de prevención y reparación. Si bien se mira, el daño es un verdadero polo de atracción, todo gira alrededor suyo. En el caso de la reparación, se trata del daño ya producido; en el de la prevención, del daño potencial, que no otra cosa es el riesgo. La reparación se justifica por el daño producido, que aparece como la condición suspensiva cuyo cumplimiento desencadena a su vez el de la obligación. Y las obligaciones de prevención surgen del riesgo, de la cercanía del daño, de su previsibilidad genérica. Si la actividad no entrañara un riesgo, si el peligro de un daño no estuviera a la vista, no habría necesidad de obligaciones de prevención.

9. Este protagonismo del daño, en su forma actual o potencial, favorece una tajante distinción entre el presente tema y el de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, y lo ubica claramente en el campo total de la responsabilidad internacional, dentro de la concepción que hasta el presente ha adoptado la CDI. En efecto, en la primera parte del tema de la responsabilidad de los Estados, el daño no es una condición *sine qua non* de la responsabilidad a diferencia de lo que para muchos autores exige el derecho consuetudinario actual[18].

10. En efecto, en su segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, el Relator Especial Roberto Ago, dijo:

> Antes de concluir, hay que mencionar una última cuestión. Junto a los dos elementos, subjetivo y objetivo, mencionados como constitutivos de un hecho ilícito internacional que es a su vez fuente de responsabilidad, se habla a veces de un tercer elemento al que se denomina en general «daño». No obstante, parece que tales afirmaciones no están exentas de todo equívoco. Hay casos en que al subrayar la necesidad de que haya un daño se apunta más bien a la necesidad de que se haya producido ese acontecimiento exterior que, como se ha indicado en los párrafos precedentes, debe concurrir a veces con el comportamiento propiamente dicho del Estado para que ese comportamiento constituya la violación de una obligación internacional [...][19].

Y termina diciendo:

> Por consiguiente, no parece que haya motivos para tener en cuenta el elemento del daño al definir las condiciones de existencia de un hecho ilícito internacional[20].

---

[12] Véase *Anuario... 1982*, vol. I, pág. 301, 1743.ª sesión, párr. 40, y pág. 307, 1744.ª sesión, párr. 26 (observaciones del Sr. Thiam).

[13] Véase el tercer informe del anterior Relator Especial, documento A/CN.4/360 (véase nota 1, *supra*), párr. 9 y nota 12; y su cuarto informe, documento A/CN.4/373, párr. 10 y nota 31.

[14] Documento A/CN.4/373 (véase nota 2 *supra*), párr. 47.

[15] Documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2 (véase nota 2 *supra*), párr. 40.

[16] *Ibid.*, párr. 91.

[17] Documento A/CN.4/373 (véase nota 2 *supra*), párr. 40.

[18] Véase, por ejemplo, E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», en *Manual of Public International Law*, M. Sorensen, ed., Londres, Macmillan, 1968, pág. 534. Según K. Zemanek, «Dado que la jurisprudencia internacional tuvo con tanta frecuencia como base las reclamaciones por daños materiales sufridos por nacionales en el extranjero, tanto ella como la doctrina llegaron a considerar el daño como un elemento constitutivo de la responsabilidad.» («La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites», *Responsabilité internationale*, París, Pedone, 1987, pág. 19.

[19] *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 208, documento A/CN.4/233, párr. 53.

[20] *Ibid.*, pág. 209, párr. 54.

C.—El alcance del tema

11. En el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial[21], básicamente se contempla el deber que atañe al Estado de origen de evitar, minimizar o reparar toda pérdida o daño material transfronterizo que sea «apreciable» o «sensible», del que se pueda prever el riesgo por derivar de una cierta actividad peligrosa. Sujeto aquel deber del Estado a factores como la distribución de la responsabilidad y de los costos y beneficios, este deber se concibe, según el anterior Relator Especial en su cuarto informe, como la «contrapartida de la jurisdicción exclusiva o dominante que el derecho internacional confiere al Estado de origen en cuanto autoridad territorial o de control»[22]. A esta indicación general corresponderían tres importantes aclaraciones:

a) El alcance del tema se limitará a las actividades físicas que ocasionen un daño material transfronterizo, por no haberse desarrollado suficientemente la práctica de los Estados en cuanto a los demás aspectos;

b) La declaración de principios de la sección 5 del plan esquemático podrá ampliarse y reforzarse en tanto y en cuanto se considere justificado por el examen de la práctica estatal, y la enumeración de los factores de la sección 6 se ajustará consecuentemente. Como consecuencia de este proceso, se verá «hasta qué punto las soluciones contenidas en el plan esquemático se aproximan a la norma de la responsabilidad estricta»[23];

c) El alcance acaso se vea influenciado por un examen del papel que pueden desempeñar las organizaciones internacionales, no en principio como ocupando el lugar de un Estado de origen, sino más bien en cuanto a que los procedimientos expuestos en las secciones 2, 3 y 4 del plan esquemático «puedan verse sustancialmente afectados por la forma en que los Estados se comportan entre sí en cuanto miembros de organizaciones internacionales»[24]. Análogamente, parece que los procedimientos de consulta de las organizaciones internacionales y los servicios técnicos que ellas suministran puedan sustituir a lo previsto en la sección 3 o pueden tener algún papel relevante en la evaluación de la reparación que contempla la sección 4[25].

El actual Relator Especial acepta estas indicaciones como punto de partida, sujetas a lo que el futuro desarrollo del tema pueda aconsejar.

[21] Para el texto del plan esquemático, véase el tercer informe del anterior Relator Especial, documento A/CN.4/360 (véase nota 2 *supra*), párr. 53. Para los cambios hechos al plan esquemático, véase el cuarto informe, documento A/CN.4/373, párrs. 63 y 64.

[22] Documento A/CN.4/373 (véase nota 2 *supra*), párr. 63.

[23] *Ibid.*

[24] *Ibid.*, párr. 64.

[25] *Ibid.*

CAPÍTULO II

El plan esquemático

12. En su informe preliminar, el actual Relator Especial indicó su intención de concentrar su próxima actividad en torno a lo que consideraba la principal materia prima del presente tema, o sea el plan esquemático[26]. Ello es así porque puede afirmarse que el plan mencionado gozó de aceptación en sus líneas generales, no obstante algunas críticas y sugerencias en cuanto a su mejoramiento que hubo en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. La primera tarea, entonces, parece ser la de examinar dicho plan, para tratar de conceptualizar su dinámica, volver a examinar sus fundamentos teóricos y cotejarlo con la práctica de los Estados en la materia.

13. Se tratará de dirigir este análisis, entonces, primordialmente a comprender el funcionamiento del plan esquemático y a desbrozar las distintas obligaciones que de él se desprenden. Esta labor se limitará en esta instancia al plan esquemático mismo y no a las modificaciones introducidas por los primeros cinco proyectos de artículos posteriormente presentados por el anterior Relator Especial en su quinto informe[27], que serán objeto de consideración separada, incluso cuestiones tan importantes como si el tema alcanza también a las «situaciones», además de las «actividades». En la sección 1 del plan esquemático se establece el alcance del tema, se incluyen definiciones necesarias y se hace una reserva. En cuanto a ciertos aspectos del alcance, ya se ha hecho un comentario más arriba. Pero algo más debería decirse respecto a las actividades que constituyen el foco mismo del plan esquemático y la sustancia del tema. Estas son ciertas actividades que se realizan «en el territorio o bajo el control de un Estado que causan o puedan causar una pérdida o un daño a personas o cosas que se encuentran en el territorio o bajo el control de otro Estado» (secc. 1.1). No se dan indicaciones acerca de qué tipo de riesgo es el que se tiene en cuenta. No se dice si éste consiste en la existencia de una probabilidad muy baja de producción de daños catastróficos, por ejemplo, si se considerarán sólo las actividades que Jenks llama *ultra-hazardous*[28], o bien si el riesgo consiste en la producción cierta de daños menores que tengan efecto acumulativo, como en el caso de la contaminación. Se trataría, en suma, de actividades que tienen probabilidades superiores a la normal de producir daños sustanciales en el territorio de otro Estado, o en lugares sometidos a su control.

14. En el caso en que se estuviera por iniciar una actividad del tipo descrito, o si está iniciada, de percatarse

[26] *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 104, documento A/CN.4/394, párrs. 14 y ss.

[27] Documento A/CN.4/383 y Add.1 (véase nota 2 *supra*), párr. 1.

[28] Véase C. W. Jenks, «Liability for ultra-hazardous activities in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1966-I*, Leyden, Sijthoff, 1967, vol. 117, pág. 105.

de sus características el Estado en cuyo territorio o bajo cuyo control se realiza, le correspondería entonces a dicho Estado una primera obligación: la de avisar al Estado que eventualmente podría ser perjudicado sobre esta situación, y a proporcionarle «toda la información pertinente de que disponga, con indicación explícita de los tipos y grados de pérdida o daño que considere previsibles y las medidas que proponga para poner remedio a la situación» (secc. 2, párr. 1). Igual obligación correspondería en el caso de que sea el Estado afectado quien primero advierta estas circunstancias y lo haga saber al Estado de origen (secc. 2, párr. 2).

15. Si se produce una disidencia por no estar el Estado afectado de acuerdo con que las medidas propuestas sean suficientes para la salvaguardia de sus intereses, nace entonces una segunda obligación para el Estado de origen: la de «cooperar de buena fe para llegar a un acuerdo con el Estado afectado» respecto a la instauración de un procedimiento de investigación de hechos, siempre que aquel Estado afectado la haya propuesto (secc. 2, párr. 5). Este mecanismo tiene por misión en realidad más que la mera investigación de los hechos. Es una verdadera instancia de conciliación, desde que puede «evaluar sus consecuencias» lo cual es un añadido enteramente natural, pero puede también «de ser posible, recomendar soluciones» (secc. 2, párr. 6 *a*). Su informe tiene carácter consultivo, y no obligatorio (secc. 2, párr. 6 *b*).

16. ¿Qué carácter tienen estas dos primeras obligaciones consignadas? En realidad, el plan esquemático distingue entre la obligación de informar, a cuyo incumplimiento le asigna en la sección 5, párrafo 4, ciertas consecuencias procesales adversas (recurso amplio a presunciones de hecho e indicios o pruebas circunstanciales para determinar si la actividad causa o puede causar una pérdida o un daño), y el resto de las prestaciones que configuran las dos primeras obligaciones (proponer medidas de prevención en la primera obligación, cooperar para el establecimiento de la instancia de investigación y conciliación en la segunda). Las dos primeras obligaciones del esquema están expresamente desprovistas de tutela jurisdiccional por el párrafo 8 de la sección 2 y el párrafo 4 de la sección 3, respectivamente.

17. Pero no queda allí la cosa. Los mismos párrafos recién citados incluyen una obligación que rige hasta el cumplimiento de la original, cuyo carácter de obligación tampoco es enteramente claro en el esquema, ya que las palabras utilizadas son algo equívocas. En efecto, luego de decir que «el Estado autor está obligado en todo momento a mantener en observación la actividad que cause o pueda causar una pérdida o un daño», sigue «a adoptar, para poner remedio a la situación, cualesquiera medidas que considere necesarias y viables para proteger los intereses del Estado afectado y, en lo posible, a proporcionar información al Estado afectado acerca de las medidas que adopte». Naturalmente que este lenguaje, al redactarse eventualmente el artículo que lo exprese, puede cambiar y tornarse más objetivo. Si eso es así, se estaría frente a una obligación que en caso de intervenir el daño autorizaría la comparación de las medidas preventivas realmente tomadas con las que hubieran efectivamente impedido dicho resultado dañoso, y por ese intermedio tal vez se estaría introduciendo en el tema una especie de «debida diligencia».

18. Si se cumplen determinadas condiciones, que básicamente son que fracase el mecanismo de determinación de los hechos y conciliación, ya sea porque el plazo razonable para instalarlo, o para que éste cumpla su mandato, haya vencido (secc. 3, párr. 1 *a*), o si uno de los Estados interesados no acepta las conclusiones (secc. 3, párr. 1 *b*), o naturalmente si el informe del mecanismo incluya una recomendación en ese sentido (secc. 3, párr. 1 *c*), nace una tercera obligación para los Estados Partes: la de negociar «a petición de cualquiera de ellos con miras a determinar si es necesario establecer un régimen y cuál debe ser su forma» (*ibid., in fine*). Aquí las partes estarían orientadas, aunque no obligadas puesto que cabe el pacto en contrario, a aplicar los principios enunciados en la sección 5 y las cuestiones de la sección 7. Asimismo, se despoja a esta obligación de negociar de toda posibilidad de tutela jurisdiccional por el párrafo 4 de la sección 3, y se renueva una obligación de diligencia idéntica a la del párrafo 8 de la sección 2.

19. La sección 4 del plan esquemático tiene enorme importancia desde el punto de vista teórico: los miembros de la Comisión recordarán las largas discusiones que la responsabilidad por riesgo, o «strict liability» provocó en su momento. En realidad, esto es el corazón mismo del tema, puesto que se trata de establecer los derechos de las partes cuando una actividad del tipo de las que contempla el plan esquemático ha producido un daño, y no existe un régimen convenido para discernirlos, ya sea por no haber aún llegado a un acuerdo las partes, no obstante las negociaciones iniciadas, o porque una de ellas se ha negado a comenzarlas. Aquí habrá que empezar de nuevo la cuenta de las obligaciones. Las tres primeras que se han señalado son obligaciones «hacia» la creación de un régimen; las que se consideran ahora son «hacia» la reparación del daño causado. La del párrafo 17 *supra*, en cambio, es una obligación pura de prevención.

20. El párrafo 2 de la sección 4 establece el deber de dar «una reparación», en principio, a «toda pérdida o daño de esa naturaleza». Esto debe leerse conjuntamente con el principio, acaso el más importante del plan esquemático, contenido en el párrafo 3 de la sección 5: «Cuando ello sea compatible con los artículos anteriores, no se deben hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado.» Pero este principio está sujeto a dos grandes condicionantes. El primero, contenido en el mismo párrafo 2 de la sección 4: «a menos que conste que la reparación de una pérdida o un daño de esa índole o carácter no responde a las expectativas compartidas de esos Estados». Y el otro, contenido en el párrafo 3 de la sección 4, es la negociación misma, en la que amén de las anteriores expectativas «se tendrá en cuenta el carácter razonable del comportamiento de las partes, a la luz de las minutas de cualesquiera comunicaciones o negociaciones entre ellas y de las medidas que para poner remedio a la situación haya adoptado el Estado autor [ahora "de origen"] a fin de proteger los intereses del Estado afectado». Agrega que «también podrá tenerse en cuenta cualquier factor pertinente, incluidos los enunciados en la sección 6, y guiarse por cualquiera de las cuestiones enunciadas en la sección 7». Parece que de las negociaciones emprendidas, entonces, puede resultar una reparación cuyo monto varíe dependiendo ello de la naturaleza del daño, de la naturaleza de la acti-

vidad de que se trate, de las medidas de prevención adoptadas, etc. No sería tal vez inconcebible que las partes acordaran que la reparación no debe darse por mediar alguna excepción que la haga en su criterio improcedente. La negociación, en suma, es abierta y debe tener en cuenta numerosos factores para reglar la indemnización.

21. El texto español del párrafo 2 de la sección 4 que se comenta dice: «a menos que conste que la reparación [...] no responde a las expectativas compartidas de esos Estados». El texto inglés, en cambio, reza así «[...] unless it is established that the making of reparation [...] is not in accordance with the shared expectations of those States». Hubiera sido posible traducirla por su exacto equivalente español, o sea «a menos que se establezca». La expresión «a menos que conste» puede dar lugar a una interpretación mucho más grave en cuanto al cargo de la prueba; en el texto inglés no está muy claro: generalmente se deben probar los hechos positivos, no su inexistencia, pero en todo caso si la intención del plan esquemático fue hacer recaer el peso en el Estado de origen, éste puede valerse sin duda de presunciones y de todos los medios probatorios. En cambio, en el texto español, el cargo de la prueba va sin duda al Estado de origen y además se le exige una forma de constancia negativa, esto es, que en alguna parte figure expresamente que esa reparación no era una expectativa compartida. Esa es, al menos, una posible interpretación que, en el fondo, anularía cualquier condicionamiento y haría la reparación en la práctica siempre procedente, por imposibilidad de probar lo contrario. No es, por ende, una mera preocupación semántica la que promueve las anteriores observaciones; máxime teniendo en cuenta que algunas formas de responsabilidad estricta —las menos estrictas— acuden como técnica para obtener sus propósitos, a manera de inversión del *onus probandi.*

22. Las «expectativas compartidas» son aquellas que: *a*) «se han expresado en la correspondencia u otras comunicaciones entre los Estados interesados o, en la medida en que no se hayan expresado de ese modo, *b*) pueden deducirse implícitamente de principios comunes, legislativos o de otro carácter, o de normas de conducta normalmente observadas por los Estados interesados o en cualquier agrupación regional o de otro tipo a que ambos pertenezcan o en la colectividad internacional» (secc. 4, párr. 4). ¿Qué naturaleza tienen estas «expectativas compartidas»? Las expectativas tienen cierta fuerza de creación de derechos. Eso cae dentro de la aplicación del principio de la buena fe, del *estoppel,* o de lo que suele llamarse en algunos sistemas jurídicos, la doctrina de los actos propios. Si una de las partes actúa en función de las expectativas creadas por la otra, podrá tener derecho más de una vez a cierta reparación en caso de que las expectativas no se cumplan por culpa de la otra parte. Hay una cierta fuerza contractual, o cuasi contractual, en esto de las expectativas. ¿Sería esa la naturaleza que el plan esquemático ha querido darle? No se puede descartar esta hipótesis, al menos si se tiene en cuenta el texto del inciso *a* del párrafo 4 de la sección 4, que señala en primer término buscar las expectativas compartidas en «la correspondencia u otras comunicaciones entre los Estados interesados», y sólo «en la medida en que no se hayan expresado», en otras fuentes. Pero la intención parece haber sido aquí más bien la de acudir a un fondo de valoraciones comunes, ya sea a ambas partes, ya sea a una región o, en último caso, a la comunidad internacional entera. Estas expectativas parecen querer dotar a la reparación de una base más o menos consuetudinaria, o cuasi consuetudinaria. Serían ilustrativos a este respecto algunos casos que se citan más adelante[29], en los que se alegó que en Europa era una expectativa normal la de que, iniciada una actividad que entraña un riesgo era obligatoria una negociación con los eventuales Estados afectados.

23. En suma, el plan esquemático persigue dos objetivos básicos: facilitar a los Estados un procedimiento para construir regímenes que reglamenten actividades que causen o puedan causar daños transfronterizos, y contemplar la situación de un daño producido cuando aún no se ha instaurado un régimen.

24. En cuanto al primer objetivo, rigen para los Estados básicamente dos tipos de obligaciones:

a) La primera es la de avisar al Estado presuntamente afectado acerca de una actividad peligrosa por el Estado de origen, de informarle de sus características en relación con el daño previsible, y de proponer las medidas para poner remedio a la situación;

b) La segunda surge en caso de que tales medidas no parezcan suficientes al Estado afectado, en cuyo caso el de origen tiene la obligación de cooperar de buena fe en el establecimiento de un procedimiento de determinación de hechos y de conciliación.

En el plan esquemático, ambas obligaciones fueron despojadas expresamente de toda tutela jurisdiccional, aunque el incumplimiento de la obligación de informar ocasiona algunas consecuencias procesales adversas.

25. Una obligación adicional existe durante el incumplimiento por el Estado de origen de las dos primeras y podría decirse con exactitud que en todo caso desde que se advierten los peligros de la actividad, mantenerla en todo momento bajo supervisión y adoptar las medidas que el Estado de origen considere necesarias y viables para proteger los intereses del Estados afectado.

26. En cuanto al segundo objetivo, parece dirigirse a crear un régimen aplicable a la reparación del daño. Su fundamento teórico es mixto: por un lado el anterior Relator Especial ha buscado asentarlo sobre las obligaciones de prevención, de tal manera que éstas —cuya inserción en la práctica de los Estados y en el derecho internacional general parece generalmente reconocida— incluyen también la obligación de reparar en caso de producido el daño. No obstante esto, también se basa la obligación de reparar en alguna forma de responsabilidad estricta, muy mitigada en su automatismo por los dos condicionantes antes mencionados: las expectativas compartidas y la negociación (véase párr. 20), en la que intervienen las cuestiones de la sección 7, de tal forma que pareciera buscarse en la determinación del daño causado por un acto específico y su compensación las fórmulas del equilibrio de intereses.

27. En cuanto a los principios, factores y cuestiones del plan esquemático, correspondería consignar en este momento los primeros, contenidos en la sección 5, debido a la gran importancia que tienen para el funcionamiento de los mecanismos cuya dinámica se trata de exponer.

---

[29] Véase nota 40 *d infra.*

a) El primer principio (párr. 1) intenta reflejar el contenido del Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[30], o sea, en otros términos, asegurar que en el territorio de un Estado se ejerzan todas las actividades humanas con la mayor libertad que sea compatible con los intereses de los otros Estados. Es el principio orientador de toda la materia, el que va a autorizar y justificar la prueba del equilibrio de intereses y sobre el que se basan todos los regímenes así como todas las compensaciones sin régimen;

b) El segundo principio (párr. 2) es el de la prevención y eventualmente de la reparación ligada a la primera. El nivel de la prevención está determinado a su vez por la importancia de la actividad en cuestión y su viabilidad económica.

c) El tercer principio (párr. 3) es el de que una víctima inocente no debe soportar las consecuencias de la pérdida o daño que se le hubiere causado, sujeto ello a los condicionantes ya mencionados. También aquí interviene una forma de equilibrio de intereses según sea el reparto de los beneficios de la actividad peligrosa, los medios de que disponga el Estado de origen, las normas de aplicación en el Estado afectado y en la práctica regional e internacional.

d) Por último, existe un principio (párr. 4) comentado antes (párr. 16 *supra*) de naturaleza procesal, que otorga a un Estado afectado que no haya recibido información del Estado de origen sobre la naturaleza y efectos de una actividad, ni los medios para verificar y evaluar esa información, a utilizar ampliamente presunciones de hecho e indicios o pruebas circunstanciales para determinar si la actividad causa o puede causar una pérdida o un daño. Este principio parece destinado a reparar el desequilibrio que en cuanto a la naturaleza y efectos de la actividad existe entre el Estado de origen, con jurisdicción exclusiva sobre su territorio, y el afectado que no puede indagar sobre la actividad y sus efectos por razón de aquella exclusividad[31].

28. ¿Cuál es el carácter de estos principios? Para el caso de la formación de regímenes, tienen un propósito orientador que facilitaría su elaboración. Pero para la hipótesis del daño causado sin régimen, parecen tener una gravitación de tipo más obligatorio. Al menos, una de las partes podrá invocarlos y sólo se renunciaría a ellos en caso de pacto en contrario de ambas. El resto del plan esquemático, aunque tiene importancia para el tema, no influye decisivamente en su funcionamiento dinámico, en todo caso su influencia parece limitarse a lo comentado en el párrafo 26 *supra*. Son los factores a tener en cuenta por las partes, los de la sección 6, las cuestiones relativas a la prevención y reparación de la sección 7 y la eventual instauración de medios de solución de controversias de la sección 8. Todo ello será analizado en posteriores desarrollos del tema.

[30] *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.

[31] Véase el razonamiento de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú* (fondo), fallo de 9 de abril de 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 18.

CAPÍTULO III

Análisis crítico del plan esquemático

A.—Las actividades

29. En primer lugar, cabría observar que el plan esquemático considera constantemente las actividades que dan lugar a consecuencias perjudiciales, no los actos como señala el título español, tanto como el inglés, del tema. De esta manera zanja sin decirlo expresamente la brecha existente entre estas versiones y la francesa que dice, en el título del tema, que se trata de «activités». Una actividad está compuesta, si se quiere ver de esta manera, por una serie de actos. Lo que tiene sentido de peligro y se refiere a la forma genérica, o hasta en ciertos casos estadística, en que tales daños se producen, son las actividades. Estas son la materia de consideración para ser eventualmente sometidas a un régimen, no sólo los actos aislados cuya regimentación resulta más difícil. Es fácil advertir la variedad enorme de actos de diferente naturaleza que hay en una actividad de las que consideramos en este tema, como podría ser la actividad de manejar una planta del tipo de la fundición de Trail, y la cantidad y variedad de actos de distintas personas que convergen finalmente en la producción de sus humos nocivos. De modo entonces que parece acertada esta posición, que acaso mereciera en algún momento reflejarse en los títulos español e inglés del tema.

30. Las actividades del proyecto son aquellas «que causen o puedan causar» un daño transfronterizo (secc. 1.1), o sea, actividades que entrañan un riesgo pero sin que se especifique qué clase de riesgo es el que las caracteriza. Se ha visto más arriba (párr. 13, *in fine*) que según el riesgo que producen, se pueden concebir varios tipos de actividades. Zemanek distingue entre las que producen daño sólo en caso de accidente y las que producen permanentemente la emisión de materias nocivas[32]. A su vez, Gunther Handl excluye un tipo de

[32] Zemanek, considera que:

«Para este tipo de responsabilidad se utiliza frecuentemente la expresión "responsabilidad por riesgo". Sin embargo, el término no es conveniente en el presente contexto porque debe aplicarse a dos situaciones de las cuales solamente una entraña en realidad un elemento de riesgo:

»*a*) la actividad que entraña un riesgo propiamente dicha; en este caso, la actividad no causa daños en su curso normal pero sí puede causarlos en caso de accidente. Lo que se teme es la dimensión del daño y esa es la razón por la cual sólo se autoriza esa actividad con la condición de que se indemnice cualquier daño eventual;

»*b* La emisión permanente de materias nocivas: en este caso las sociedades parecen aceptar cierto grado de contaminación (que a menudo el ser humano no percibe con claridad) pero, si se sobrepasa el límite fijado, sea por un accidente o sea por un cambio de la norma tecnológica, hay que indemnizar el perjuicio resultante.

(Continúa en la página siguiente.)

las actividades de la segunda categoría del alcance de este tema: aquellas en que el Estado de origen, por tratarse de emisiones constantes y perfectamente previsibles, tiene o debiera tener conocimiento del daño transnacional significativo que cause y capacidad para impedirlo. En tal caso se estaría ante un hecho ilícito internacional[33]. Ambos autores admiten la existencia de un mínimo de daño, o umbral, que la costumbre ya formada haría soportar al Estado afectado, pero Handl subraya que si existe por lo menos el conocimiento del riesgo de superar ese umbral y la capacidad de impedirlo por parte del Estado de origen, se estaría, como se ha visto, ante la responsabilidad por hechos ilícitos. Lo cual puede ser cierto en los casos en que se ha prohibido el daño sustantivo en cuestión. Pero cabe aquí la observación en el sentido de que aun en estos casos de «emisión permanente de materias nocivas», como los califica Zemanek, cabría la posibilidad de accidente y la responsabilidad que actuaría sería la causal, como queda demostrado en el asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*[34], donde el tribunal arbitral estableció ciertos cánones y requisitos tendientes a evitar la producción de un nivel sustancial de daño, pero en cuyo régimen se prevé, no obstante, la indemnización para el caso de que por accidente —aunque se cumplan con los requisitos de prevención impuestos— el daño se produzca.

31. En suma, si una actividad no ha sido prohibida, aun cuando sea peligrosa y susceptible de ser prohibida en el futuro, estaría en el terreno del tema. Solamente a esta frontera movible de actividades en tránsito hacia la prohibición puede aplicárseles el calificativo de «zona crepuscular», no al resto de su alcance, porque es claro que dentro del presente tema habrá actividades que, aunque causen daño significativo, serán permitidas porque la evaluación de los intereses contrapuestos así lo indique y el fiel de la balanza se incline en favor de la continuación de la actividad no obstante sus riesgos y sus daños compensables.

32. A estos dos tipos de actividades, en las que la previsibilidad del riesgo o el daño potencial es genérica, cabría agregar las otras en que el daño es imprevisible. Tal sería el caso de exención de ilicitud por las causales de los artículos 31 (Fuerza mayor y caso fortuito), 32 (Peligro extremo) y 33 (Estado de necesidad), todas de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[35]. El artículo 35 establece que «La exclusión de la ilicitud de un hecho de un Estado en virtud de las disposiciones de los artículos 29, 31, 32 ó 33 no prejuzgará ninguna cuestión que pueda surgir con relación a la indemnización de los daños causados por ese hecho.» Esta reserva se completaría así en el presente, donde habría una obligación de indemnizar establecida por el principio del párrafo 3 de la sección 4, sujeta por cierto a las condiciones ya invocadas (expectativas compartidas, negociaciones).

33. Por cierto que las actividades y casos comprendidos son heterogéneos, pero eso no atenta contra la unidad del tema, que está dada por el daño, y por lo demás cabe aquí señalar la reflexión que en todos los sistemas jurídicos aparecen mezcladas, la responsabilidad por acto ilícito con la por riesgo, desde que esta última suele complementar adecuadamente a la primera[36].

B.—Las obligaciones

34. El análisis parece mostrar que las obligaciones «hacia» el régimen son de dos tipos: de informar y de negociar.

35. La primera obligación que surge es la de informar al Estado eventualmente afectado de que una actividad se ha iniciado, o va a iniciarse en su territorio, que se considera peligrosa, y proporcionarle todos los datos necesarios en cuanto a las características de esa actividad, de los riesgos que crea y del tipo de daño que puede causar, para que el Estado potencialmente afectado haga una evaluación propia de la situación. La misma obligación surge para el Estado de origen si el Estado potencialmente afectado le llama la atención hacia una

(Continuación de la nota 32.)

»Proponemos emplear el término "responsabilidad absoluta" plara abarcar los dos casos. Esta expresión implica al mismo tiempo que la responsabilidad no es consecuencia de un delito.» [*Op. cit.* (nota 18 *supra*), pág. 17.]

[33] Handl dice:

«[...] Naturalmente, la cuestión fundamental se refiere a determinar cuándo debe considerarse intenacionalmente ilícita la conducta de un Estado que en sí es lícita porque en sí constituye la expresión del ejercicio legítimo del derecho soberano pero causa efectos transfronterizos perjudiciales. [...] No cabe duda de que los Estados están sujetos a la obligación general de abstenerse de causar daños transfronterizos. Sin embargo, esta obligación no significa que los Estados afectados gocen de una protección absoluta respecto de la perturbación transfronteriza del medio ambiente. La práctica internacional indica con claridad que sólo constituirá una transgresión de los derechos del Estados afectado el daño transnacional "sustancial", "importante" o con una calificación similar. La evaluación *ex post facto* del carácter "sustancial" de los efectos transnacionales nocivos sirve pues solamente para determinar si de resultas de la utilización por un Estado de recursos naturales compartidos, en sí permisible, se han transgredido los derechos de otro. En todo caso, la constatación de tal transgresión no permite asimismo calificar de internacionalmente ilícita a la conducta que causa el perjuicio.»

Sin embargo, a renglón seguido llega a este importante concepto:

«En cambio, la naturaleza de la contaminación transfronteriza puede dar lugar a una conclusión en este sentido. Si la contaminación es continua, es probable que el Estado fuente sepa o quepa presumir que sabe que hay una corriente transfronteriza de contaminantes. Esta presunción será cada vez mayor a medida que los Estados comiencen a establecer normas de calidad ambiental para la protección de la salud y el bienestar humano y de los recursos naturales. Las normas de esa índole entrañarían la necesidad de vigilar cuidadosamente las concentraciones de contaminantes en el medio ambiente y las formas en que se dispersan; en consecuencia, los Estados necesariamente cobrarán más conciencia de las corrientes transfronterizas importantes de sustancias contaminantes. Así pues, cuando los Estados descarguen intencionalmente contaminantes sabiendo que esa descarga necesariamente causará efectos perjudiciales en el ámbito transnacional, o con la certeza de que los causará, evidentemente el Estado fuente será responsable del daño que se cause. La conducta causal será calificada de internacionalmente ilícita. La mayoría de los casos de efectos ambientales transfronterizos nocivos entrañan una contaminación transfronteriza continua. En consecuencia, la mayor parte de estas situaciones se refieren principalmente a cuestiones de responsabilidad del Estado.»

(G. Handl, «Liability as an obligation established by a primary rule of international law: Some basic reflections on the International Law Commission's work», *Netherlands Yearbook of International Law, 1985*, La Haya, vol. XVI, págs. 56 a 59.)

[34] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.° de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

[35] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

[36] Según Handl: «Esta expectativa [de homogeneidad del contenido del tema] parecería sin embargo poco razonable habida cuenta de que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos coexisten casos de responsabilidad estricta o de responsabilidad sin culpa cuyo fundamento no puede reducirse necesariamente a un denominador común.» [*Loc. cit.* (nota 33 *supra*), pág. 63.]

de estas actividades ya iniciada o que esté por iniciarse en territorio del Estado de origen. Esta obligación parece tener dos tipos distintos de finalidad: una es la general de cooperar con el Estado afectado en estas circunstancias. Pero no hay que olvidar cuáles son estas circunstancias, o sea la existencia de un riesgo y por consiguiente de un daño contingente para el Estado afectado. Por lo demás, según el régimen que fija el plan esquemático, de un daño del cual, en principio, sería responsable el Estado de origen, puesto que también en principio la víctima inocente no va a quedarse con él. He aquí, entonces, la otra finalidad: prevenir y evitar un daño que sería atribuible al Estado de origen, lo que da mayor fuerza a la obligación que el mero deber más o menos general de cooperar.

36. La violación de esta obligación autoriza, y ello parece ser una natural contraparte, al Estado afectado para acudir a medios que de otra manera le serían vedados para probar el carácter peligroso de la actividad (secc. 5, párr. 4) y —cabe también añadir aunque no lo diga expresamente el esquema— también acaso para presumir, salvo prueba en contrario, la relación de causalidad entre la actividad y el daño, en el caso de que éste se produjera antes de acordarse ningún régimen. La primera hipótesis contempla la situación en que, no obstante la negativa inicial, se ha llegado a constituir un mecanismo de determinación de hechos, y parece reflejar adecuadamente el razonamiento de la CIJ en el asunto del *Estreno de Corfú*[37], ya que la Corte, al rechazar la posibilidad de que el Reino Unido buscara pruebas en territorio albanés, recurrió a presunciones respecto al conocimiento del Gobierno de Albania de la existencia del campo minado. De hecho, ¿qué otra posibilidad cabe frente a la exclusividad de la soberanía territorial? Lo dicho anteriormente, entonces, da pie para considerar a esta obligación de informar como parte de las obligaciones de prevención.

37. Las otras obligaciones parecen ser todas partes de la obligación de negociar. ¿De negociar qué? En general, de negociar un régimen que tenga por objeto prevenir, minimizar y eventualmente indemnizar los daños resultantes de la actividad de que se trate. En efecto, en el párrafo 1 de la sección 2 se plantea la proposición de medidas para poner remedio a la situación, como anexo de la obligación de informar. Sin perjuicio de que, si efectivamente el Estado de origen se propone tomar medidas preventivas respecto a esta actividad, deba informar de ellas al Estado afectado, resulta enteramente obvio que si le informa sobre los peligros de una actividad nueva, deba también proponer medidas que prevengan, minimicen o tiendan a indemnizar el daño eventual. Distinto sería el caso de ser el Estado afectado quien señale la peligrosidad de una actividad que el de origen no considera del mismo modo. En tales circunstancias, no hay todavía obligación de proponer medidas, porque no hay todavía acuerdo en cuanto a los hechos. Pero es claro que tiene obligación de informar al Estado afectado sobre las características de la actividad para que de ella surja o no su eventual carácter peligroso. En la primera situación comentada, habría obligación de proponer medidas de prevención, y ésta se enlaza con la obligación de negociar un régimen, desde que tales medidas son el primer paso de cualquier negociación.

38. Pero esta obligación general de negociar un régimen, en realidad da por sentado un acuerdo previo de las partes en relación con los hechos que rodean la actividad en cuestión, y también es lógico que sea así. La obligación de negociar debe partir de alguna base común, y si las partes no están de acuerdo con que la actividad sea, en efecto peligrosa, será necesario establecer ese hecho en sus exactos alcances. De allí que el plan esquemático prevea que, si las medidas propuestas parecen insuficientes al Estado afectado, se establezca un mecanismo de determinación de hechos. Cabría agregar que idéntica medida debería tomarse en caso de que el Estado de origen discrepe en cuanto a la calidad de peligrosa de la actividad cuestionada. En ambos casos, la obligación inicial de proponer medidas se transforma en otra de negociar la creación del mecanismo de determinación de hechos y conciliación. Por ende, no puede decirse que estas dos primeras obligaciones instauradas por la sección 2 queden sin consecuencia alguna en caso de incumplimiento; la de informar acarrea una consecuencia procesal adversa al Estado de origen, y la segunda se transforma en otra obligación específica, como es la relativa al establecimiento del mecanismo.

39. La obligación de informar, sin embargo, no es sólo «hacia» la creación de un régimen, sino también «hacia» la reparación, o tiene que ver con la reparación de un daño efectivamente causado. Parece obvio que si, como consecuencia de una actividad realizada en un Estado, sobre cuya peligrosidad éste omitió toda información a los posibles afectados, surge un daño, esto coloque al Estado de origen en una situación muy desfavorable, no sólo del punto de vista procesal (atribución causal presuntiva del daño a la actividad) sino también que se considere su acto como un acto ilícito, que dé lugar a todas las consecuencias que de tales actos se derivan. Si, por ejemplo, los Estados Unidos de América no hubieran emitido las advertencias, ni hubieran tomado todas las medidas de precaución que tomaron antes de iniciar sus experimentos nucleares, poca duda podría caber que en tales circunstancias el episodio del *Fukuryu Maru* (1954)[38] hubiera tenido muy distinta connotación de la que tuvo. Despojar, entonces, como se hace en el párrafo 8 de la sección 2, de toda tutela jurisdiccional a esta obligación, sobre todo en lo relativo a la producción de un daño, resulta poco feliz. Cabrían aquí, como también en cuanto a la obligación de negociar un mecanismo de determinación de hechos, tres posibilidades. La primera, dejar las cosas como están con miras a obtener un consenso más fácil de los Estados, de forma que no tengan la dificultad de ingresar en un régimen que les pone, de entrada, obligaciones con consecuencias gravosas. La segunda, incorporar dichas consecuencias expresamente dentro del proyecto, y la última, suprimir lisa y llanamente del párrafo 8 de la sección 2 la frase relativa a la falta de tutela jurisdiccional.

40. Para facilitar el pronunciamiento de la Comisión respecto a estas tres posibles vías, conviene recordar ahora la naturaleza de la obligación de negociar, desde que podría pensarse que se trata de una obligación incompleta, o de la así llamada *soft law*, y parecer entonces natural que quede sin consecuencia su incumplimiento. Este tema fue estudiado por la Comisión en los primeros informes relativos al tópico de los cursos de

[37] Véase nota 31 *supra*.

[38] Véase M. M. Whiteman, ed., *Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1967, vol. 8, pág. 764.

agua internacionales, y no cabe agregar mucho a lo que allí se dijo[39]. Surge de todo lo analizado que la obligación de negociar está bien establecida en el derecho internacional para resolver conflictos de intereses, y es particularmente así en los examinados aquí, donde ella se relaciona con la prevención de un daño del que es eventualmente responsable una de las partes en la negociación. La interdicción general de causar un daño a otro, contenida en la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas* puede aquí tener el efecto de reforzar la obligatoriedad de la negociación como mecanismo necesario que es para el cumplimiento de aquel principio de derecho[40]. En realidad, la obligación de negociar no parece tanto una obligación incompleta cuanto una cuyo incumplimiento no es siempre fácil de determinar. En ayuda viene ahora la decisión arbitral en el asunto del *Lago Lanós* (1957), en que se expresan dos conceptos aplicables al desarrollo que se intenta:

> [...] Así se hace referencia, a menudo en forma inexacta, a la «obligación de negociar un acuerdo», En realidad, las obligaciones que en esta forma contraen los Estados revisten formas muy diversas y su alcance varía según la manera en que estén definidas y según los procedimientos previstos para hacerlas valer; sin embargo, es indudable que las obligaciones así contraídas son reales y que cabe aplicar sanciones en caso, por ejemplo, de una ruptura injustificada de las negociaciones, demora anormal, incumplimiento de procedimientos convenidos, negativa sistemática de tener en cuenta propuestas o intereses adversos y, más en general, en casos de violación de los principios de buena fe [...][41].

Del párrafo transcrito, los dos conceptos que interesan son: *a*) que se trata incontestablemente de una real obligación, y *b*) ejemplos de cómo esa obligación puede ser violada.

41. Volviendo ahora a las tres posibilidades que se presentan en relación con la obligación de negociar el presente proyecto caben las siguientes reflexiones:

a) Si es obligación negociar, como se ha concluido en los párrafos anteriores, cabe pensar que normalmente su incumplimiento por un Estado podría acarrear alguna consecuencia adversa. Por ejemplo, el Estado afectado podría muy bien dejar de cumplir alguna obligación que le incumbiera en otro tratado, uno cuyas prestaciones fueran particularmente convenientes para el Estado de origen, a manera de represalia. Esto es posible si se tiene en cuenta el artículo 73 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969[42]. Si dejamos el texto tal cual es, acaso estaríamos prohibiendo al Estado afectado esta posibilidad que le da el derecho internacional general. Parece un poco peligroso este despojo de toda tutela jurisdiccional que se hace en el proyecto, y estos argumentos militarían en contra de la primera posibilidad, o sea de dejar las cosas como están.

b) ¿Debería la Comisión incluir una sanción en el proyecto? El Relator Especial estima que si estos artículos se transforman alguna vez en un tratado, los Estados partes tendrían a su disposición los recursos del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. Añadir algo más a ese régimen no parece muy práctico.

c) La mejor vía a seguir parece ser la de suprimir la primera frase en el párrafo 8 de la sección 2 y en el párrafo 4 de la sección 3 del plan esquemático. Ya se verá más adelante qué sucede con la segunda frase de ambos artículos.

C.—El daño producido sin régimen convencional

42. La sección 4 del plan esquemático ha suscitado los más difíciles debates en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, así como en la doctrina, puesto

---

[39] Véase en particular el primer informe del Sr. Schwebel sobre ese tema: *Anuario... 1979,* vol. II (primera parte), págs. 168 y 169, documento A/CN.4/320, párrs. 86 y 87.

[40] Debe mencionarse al respecto el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, así como:

a) Las disposiciones de numerosos tratados multilaterales donde esta obligación se impone repetidamente, en especial el artículo 5 de la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia (E/ECE/1010), el artículo 142 (párr. 2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982 (véase nota 5 *supra*), el artículo III del Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos (Naciones Unidas, *Recueil des Traités,* vol. 970, pág. 254), el artículo 12 del Convenio para la protección y el desarrollo del medio marino de la región del Gran Caribe [*International Legal Materials,* Washington (D.C.), vol. XXII, N.° 2, 1983, pág. 227];

b) Las disposiciones de numerosos tratados bilaterales tales como el artículo II (párr. 1) y los artículos IV y V del Acuerdo de 1975 entre el Canadá y los Estados Unidos de América relativo al intercambio de información sobre actividades de modificación meteorológica (Naciones Unidas, *Recueil des Traités,* vol. 977, pág. 385), los artículos 30 y 31 del Acuerdo entre Dinamarca y Alemania sobre aguas y diques fronterizos, de 1922 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités,* vol. X, pág. 200), el artículo 3 del Convenio General entre Rumania y Yugoslavia relativo al sistema hidráulico, de 1931 (*ibid.,* vol. CXXXV, pág. 31), el artículo 14 del Convenio entre Noruega y Suecia relativo a algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de los cursos de agua, de 1929 (*ibid.,* vol. CXX, pág. 263);

c) Ciertas conocidas decisiones judiciales, tales como la opinión consultiva de la CPJI, de 15 de octubre de 1931, en el asunto del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia,* donde se da una primera definición de la obligación de negociar como «no sólo de entrar en negociaciones sino de continuarlas todo lo posible con miras a concluir acuerdos» (*C.P.J.I. serie A/B, N.° 42,* pág. 116); la sentencia de la CIJ, de 20 de febrero de 1969, en el asunto de la *Plataforma continental del mar del Norte (C.I.J. Recueil 1969,* pág. 3) y la de 25 de junio de 1974, en el asunto de la *Jurisdicción sobre pesquería (Reino Unido c. Islandia)* (*C.I.J. Recueil 1974,* pág. 3); la sentencia arbitral de 16 de noviembre de 1957 en el asunto del *Lago Lanós* (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XII (N.° de venta: 63.V.3), pág. 281); véase también *Anuario... 1974,* vol. II (segunda parte), págs. 206 y ss., documento A/5409, párrs. 1055 a 1068;

d) La práctica de los Estados ofrece también ejemplos de interés en el mismo sentido que los mencionados anteriormente. Se ha hecho alusión a algunos casos (párr. 22 *supra, in fine*), de los cuales uno concierne a la instalación de una central nuclear para la producción de electricidad en Dukovany, Checoslovaquia, a 35 kilómetros de la frontera de Austria. El gobierno checoslovaco aceptó entrar en conversaciones con el gobierno austríaco respecto a la seguridad de la planta. Otro caso se refiere a otra instalación de una central nuclear en Rüthi, Suiza, en el Alto Valle del río Rin, cerca de la frontera de Austria. A raíz de objeciones por parte del gobierno austríaco, se abrieron negociaciones entre ambos países con el resultado de que el gobierno suizo hizo una entera reevaluación de todo el proyecto. Un tercer caso se refiere a una refinería en Bélgica, cerca de la frontera de Holanda. Este último país interpuso objeciones e hizo notar que era un principio aceptado en Europa que antes de iniciar cualquier actividad que pudiera causar daños a los Estados vecinos, el Estado de origen debía negociar con aquellos. En este caso el Parlamento belga expresó una preocupación análoga al preguntar a su Gobierno cómo se proponía resolver el problema. (Para mayores detalles respecto de estos casos y de los anteriores, véase el estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, preparado por la Secretaría: *Anuario... 1985,* vol. II (primera parte)/Add.1, documento A/CN.4/384, párrs. 97 a 113.)

[41] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XII..., págs. 306 y 307, párr. 11.

[42] Naciones Unidas, *Anuario Jurídico, 1969* (N.° de venta: S.71.V.4), pág. 151.

que contempla la situación en que, en ausencia de un régimen que establezca convencionalmente los derechos de las partes, se produzca, como consecuencia de una actividad realizada en el territorio o bajo el control de un Estado, un daño a personas o cosas situadas en territorio de otro Estado. Adelantándose, por razones de buena exposición, al comentario de la sección 5, cabe apuntar aquí que el plan esquemático establece el principio de que «no se debe hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado» (párr. 3) pero eso, naturalmente, «cuando ello sea compatible con los artículos anteriores». Se ha visto (párrs. 20 a 22 *supra*) que el sistema seguido supone subordinar la reparación a dos importantes condicionantes: *a*) el de las expectativas compartidas, y *b*) la negociación misma, donde interviene eventualmente una consideración de diferentes factores.

43. Obviamente, el objeto de estas disposiciones es el de crear amortiguadores entre el daño causado y la responsabilidad absoluta del Estado de origen, de forma tal que no entre en juego el mecanismo automático propio de esta responsabilidad. Tal es sin duda una de las mayores contribuciones del plan esquemático en dirección a allanar las dificultades que se erigían en sectores de esta Comisión y también entre los Estados en general, con respecto al eventual funcionamiento, en el plano internacional, de la responsabilidad estricta sin un convenio respecto a una actividad determinada. Ya se ha visto (párr. 20 *supra*) qué es lo que las partes negociarían. A esto podría agregarse lo dicho en el cuarto informe del anterior Relator Especial al comentar opiniones de Caubet:

> [...] A falta de una estipulación explícita en un régimen aplicable, siempre debe haber margen para evaluar cuestiones tales como la forma en que debe caracterizarse una pérdida o daño, y para decidir si ese tipo de pérdida o daño era previsible, si la pérdida o daño es considerable; y si la cuantía de la reparación se ve afectada por alguna cuestión de distribución de la misma, o por un cambio de las circunstancias prevalecientes cuando se llevó a cabo la actividad que originó la pérdida o el daño [...][43].

Esta etapa negociadora hace decir a Handl que se está en presencia de un «negotiable duty», o sea un deber negociable par el Estado de origen, y que «la probabilidad de aceptación» —del proyecto por parte de los Estados en general— «está dada al precio de una significativa disolución del contenido normativo de la responsabilidad»[44].

44. Queda por ver si es un precio necesario, y eso sólo el tiempo lo dirá. Por el momento, la negociación es un paso inevitable si no existe un mecanismo de solución de controversias en el mismo proyecto. ¿De qué otro modo se podrán adecuar los derechos de las partes a los principios establecidos en la sección 5? Luego, tratándose de una actividad sobre la cual no hay un régimen, y por ende donde es menester aplicar principios generales, ¿cómo determinar la cuantía de la indemnización en vista de alguna eventual distribución de costos si ha habido medidas preventivas, y demás factores que se mencionaron u otros que figuran en la sección 6? ¿Cómo determinar si el daño es sensible, o significativo, o apreciable, o como se lo quiera llamar, y por ello ha traspasado ese umbral de tolerancia que la costumbre parece haber impuesto en esta materia?

45. El párrafo 1 *in fine* de la sección 4 dice que «los Estados interesados negociarán de buena fe para lograr ese fin», o sea, para determinar los derechos y obligaciones de las partes. El significado de esto parece ser el establecimiento de una nueva obligación de negociar, pero esta vez no «hacia» un régimen, sino «hacia» la reparación del daño causado. Se debe advertir que esta obligación de negociar no está desprovista de tutela jurisdiccional, como lo estaba la de negociar un mecanismo de determinación de hechos o un régimen como se estipula en la sección 3.

46. En cuanto a la responsabilidad «estricta», los anteriores informes dirigen considerable esfuerzo, en primer término y como se ha visto, a amortiguar sus efectos, y luego también a considerarla sólo como uno de los varios factores que fundamentan en derecho la reparación que eventualmente se otorgue, en casos de daños sin régimen convencional previo. En efecto, se ha visto que la obligación de reparar se apoyaba en la obligación de prevención, que se consideraba sustentada en el derecho internacional. La obligación de reparar no es otra cosa en suma que «la prevención tras el acaecimiento»[45]. También, si bien se mira, este recurso a las «expectativas compartidas» puede interpretarse como la tentativa de dar un segundo pie a la obligación de reparar, amén naturalmente de la función ya asignada de condicionante del automatismo de la responsabilidad estricta. Este segundo pie estaría constituido, acaso, por la naturalez «casi» contractual de dichas expectativas, cuando surgen de intercambios entre las partes testimonio de áreas de acuerdos imperfectos entre ellas, o bien de la índole «casi» consuetudinaria si se permite expresión tan heterodoxa, cuando las expectativas en cuestión deriven de «principios comunes, legislativos o de otro carácter, o de normas de conducta normalmente observadas por los Estados interesados o en cualquier agrupación regional o de otro tipo a que ambos pertenezcan o en la colectividad internacional», como dice el inciso *b* del párrafo 4 de la sección 4.

47. Pero aun admitiendo lo anterior, el tercer pie no puede dejar de ser la responsabilidad estricta. Así, el anterior Relator Especial señala en su tercer informe :

> Al final, cuando se han dejado a un lado todas las oportunidades de construcción de un régimen, o subsidiariamente, cuando se ha producido una pérdida o un daño que nadie hubiera previsto, existe el compromiso, del género de la responsabilidad causal, de compensar la pérdida.[...][46].

Se llega, entonces, al debatido tema de la responsabilidad estricta.

48. Una primera consideración que surge al respecto es que esta responsabilidad no es monolítica: su funcionamiento dista mucho de ser uniforme, o si se quiere ver de otra manera, hay varios grados de rigor en este campo. A tal punto que, a modo de ver del Relator Especial, cabría hablar de «formas» de responsabilidad estricta. En el derecho anglosajón, Goldie hace notar diferencias entre «responsabilidad estricta» («strict

[43] Documento A/CN.4/373 (véase nota 2 *supra*), párr. 54.

[44] Handl, *loc. cit.* (nota 33 *supra*), pág. 72.

[45] Véanse párr. 6 y nota 14 *supra*.

[46] Documento A/CN.4/360 (véase nota 2 *supra*), párr. 41.

liability») y «responsabilidad absoluta» («absolute liability»), según la rigidez con que se apliquen una y otra[47].

49. En cuanto al derecho internacional, Goldie hace ver la diferencia, en el sentido comentado, de convenciones tales como las relativas a la energía nuclear, en las que se incorporó el novedoso recurso de «encauzamiento» que «para imputar la responsabilidad se remonta hasta el operador nuclear, con prescindencia de cuán larga sea la cadena causal o de cuán nuevos sean los factores que hayan intervenido en el proceso (salvo un pequeño número de circunstancias eximentes)»[48]. Las excepciones a la responsabilidad son en este terreno muy escasas, tal como sucede en el artículo 9 del Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 1960, modificado por el protocolo adicional de 1964[49], en el que las únicas causales para exonerar al operador nuclear son:

[...] disturbios de carácter internacional como un conflicto armado o una invasión, de carácter político, como una guerra civil o la insurrección, o desastres naturales graves de carácter excepcional que sean catastróficos y absolutamente imprevisibles, habida cuenta de que todas esas causales son de la responsabilidad de la nación en su conjunto. [...][50].

No serían, entonces, de aplicación causales tan clásicas como muchos casos de fuerza mayor, actos dolosos, hechos de Dios o actos de terceras personas. Incluso la conducta negligente del demandante no alcanza para exculpar completamente al operador nuclear[51].

50. Goldie cita otros tratados donde se establecen formas de responsabilidad absoluta en el artículo aquí comentado y en el que los miembros de la Comision encontrarán una mayor ilustración en este aspecto[52]. Por ejemplo, el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales[53] (donde la severidad es menor, puesto que no funcionaría el «encauzamiento» de la responsabilidad, y el Estado demandante debería probar la conexión causal). También en el terreno de la contaminación marítima, existen diferentes grados de rigor en la apreciación de la responsabilidad, yendo de menor a mayor según el transcurso del tiempo: el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, hecho en Bruselas en 1969[54], ya se apartó de la opinión del Comité Marítimo Internacional, cuyo proyecto de convención se basaba en la culpa y en la inversión del *onus probandi*. En Bruselas, entonces, se impuso un régimen, que se podría llamar de «responsabilidad absoluta», en el artículo III del Convenio. Esto se completó con la creación, en 1971, de un Fondo de indemnización que proveía indemnizaciones adicionales, con causas de excepción para el Fondo aún más reducidas (véase párr. 59 *infra*). Por último, la Conferencia internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños derivados del transporte marítimo de ciertas sustancias, reunida en Londres en 1984 bajo los auspicios de la OMI, adoptó dos Protocolos —uno modificando el Convenio de Bruselas de 1969, y el otro modificando el Convenio de 1971 sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización— que aumentaban las cantidades pagaderas[55].

51. La responsabilidad por riesgo, o estricta, no es sino una técnica que el derecho aplica para obtener un resultado, o si se prefiere, entre la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad internacional no median sino diferentes grados de prohibición, como se ha señalado. Para conseguir la finalidad de impedir ciertos hechos, o bien indemnizarlos si se producen, se pueden concebir distintos tipos de recursos, que conducirán a regímenes más o menos rigurosos según sea la valoración general de la comunidad al respecto. Es obvio que en los ejemplos del párrafo anterior, la comunidad internacional, y los Estados que ingresaron en esos regímenes convencionales, albergaban sentimientos fuertes respecto al riesgo que creaban, y el resultado fue una responsabilidad que Goldie prefiere llamar «absoluta» más bien que «estricta». Pero lo cierto parece ser que no hay una división tajante entre ambos tipos, sino muchos matices de rigurosidad, desde el «encauzamiento» y la casi ausencia de excepciones hasta formas más benignas, como podría ser la simple inversión de la carga de la prueba o el establecimiento de algunas presunciones que operarían en favor del demandante[56]. De más está

[47] Goldie dice:

«Si bien es cierto que en obras más antiguas estos calificativos [estricta y absoluta] se usaban en forma intercambiable para describir la responsabilidad, dejó de ser así en la práctica después de la publicación, hace casi sesenta años, del importante artículo de Sir Percy Winfield, "The Myth of Absolute Liability".

»Sir Percy Winfield aducía, en forma tan persuasiva que sus argumentos siguen siendo influyentes, que la circunstancia eximente establecida por los tribunales para mitigar el carácter estricto de la responsabilidad del demandado en el caso *Rylands* c. *Fletcher* (y los que se presentaron luego en jurisdicciones en que se reconocía la doctrina alternativa de las actividades ultrapeligrosas) desvirtuaba casi por completo el adjetivo "absoluta"; por ello, en el *common law* se ha optado por la expresión "responsabilidad estricta". En cambio, en el presente artículo se ha revivido el término "responsabilidad absoluta" no porque se hace caso omiso de los importantes argumentos de Sir Percy Winfield sino para indicar que existe ahora, especialmente en el ámbito internacional, una forma más rigurosa de responsabilidad que aquella que generalmente se califica de "estricta".»

[«Concepts of strict and absolute liability...», *loc. cit.* (nota 10 *supra*), pág. 194.]

[48] *Ibid.*, pág. 196.

[49] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 956, págs. 251 y 363.

[50] Véase *Annuaire européen*, vol. VIII. La Haya, 1961, pág. 248, «Exposé des motifs», párr. 48; citado por Goldie, *loc. cit.* (nota 10 *supra*), pág. 196.

[51] Goldie, *loc. cit.*, pág. 197.

[52] *Ibid.*, págs. 193 a 204.

[53] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 961, pág. 212.

[54] *Ibid.*, vol. 973, pág. 47.

[55] Goldie, *loc. cit.*, págs. 202 a 204. La Conferencia de Londres también tuvo ante sí un proyecto de convenio sobre la responsabilidad e indemnización relativas al transporte marítimo de sustancias nocivas y de sustancias potencialmente peligrosas, que de manera aún más significativa extiende la responsabilidad a otras sustancias peligrosas. Véase el Acta final de la Conferencia, a la que se adjuntan los textos de los documentos y resoluciones aprobados (publicación de la OMI, N.° de venta: 456 85.15.S). El proyecto de convenio distribuido por la OMI con la signatura LEG/CONF.6/3, se publicó en inglés en *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 23, N.° 1, enero de 1984, pág. 150.

[56] Por ejemplo, el Código Civil argentino contempla varias gradaciones en este sentido. En la responsabilidad por los dependientes, cuyo fundamento se considera el riesgo:

«[...] si se demuestra que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, no habrá lugar a indemnización; si se prueba que medió culpa concurrente, la indemnización será parcial. Estas soluciones

decir que estas formas de responsabilidad absoluta, tan severas en la asignación de las consecuencias al Estado de origen, sólo cabrían en convenciones sobre actividades determinadas y muy peligrosas, pero no en un régimen general como el que se considera. Naturalmente que si los Estados celebran, en el marco de estos artículos, convenciones particulares respecto a ciertas actividades, elegirán la responsabilidad que crean más adecuada a su riesgo, o a sus características. Pero si se trata de la prevención o reparación de un daño sin que haya un régimen previo, como es lo que aquí se considera, entonces la responsabilidad deberá ser de las menos estrictas, o condicionada. Tal parece la intención del plan esquemático que desemboca en un régimen de responsabilidad no muy estricta y sujeta a las condiciones ya vistas, que parecen adecuadas con algunas modificaciones.

52. Como se indicó antes, la responsabilidad por riesgo, o estricta, ha despertado algunas fuertes oposiciones de parte de algunos miembros de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General, porque se ha dicho, acaso acertadamente, que no hay ninguna norma del derecho internacional general que la establezca. Ello es, desde luego, posible si se piensa en una norma perteneciente a un nivel bajo de generalidad, de aplicación específica a un caso. Pero existen todos los elementos necesarios para proponerla casi como una consecuencia que deriva de premisas comprobables por la fuerza misma de la lógica. Esas premisas se encuentran en la base del orden jurídico internacional. En efecto, no necesita demostrarse que la noción de soberanía está en esa base: a esta noción se debe acudir si se quiere fundamentar el derecho innegable de todo Estado a no soportar perturbaciones en el uso y goce de su territorio. Desde un punto de vista teórico, un Estado no tendría obligación alguna de que dicho uso y goce se viera perturbado en lo más mínimo por la acción de otro Estado, o de personas, en el territorio de ese otro Estado. Tal es el principio en su estado más puro.

53. La otra cara de la moneda, y con base también en el mismo principio de soberanía territorial, está dada por el alegado derecho de un Estado a realizar o autorizar cualquier acción en su territorio sin parar mientes en las consecuencias para el territorio de otros Estados. Ambas premisas surgen de la idea de soberanía, y ninguna de ellas es válida si se la formula de esa manera. Es bien sabido que la soberanía es, como el dios Jano, bifronte. Ello es así como resultado de la contradicción interna que sufre: no se es, en realidad, soberano cuando se tiene que coexistir con otras entidades iguales. La idea de soberanía es incompatible con la de multiplicidad, ya que soberano puede ser uno solo, y no uno en un conjunto de iguales. La soberanía concebida en forma absoluta existiría en un imperio universal y no en una comunidad de naciones como la presente. Ambos conceptos son incompatibles con el derecho internacional y con la mera coexistencia fáctica entre iguales. Así, entonces, el concepto de la libertad absoluta de obrar en el propio territorio, y por tanto partir de la premisa de que cualquier actividad autorizada por el Estado de origen es válida, y si produce daños, no son ellos compensables en el derecho de gentes, es tan irreal como suponer lo contrario, esto es que como está prohibido causar daños por interferir con el uso y goce del territorio de otro Estado, toda actividad que pueda crear un riesgo está en principio prohibida, y para comenzarla deba ser autorizada previamente por los demás Estados. Finalmente, si el daño a extranjeros en el territorio de un Estado debe ser compensado, ¿qué decir del causado a personas que viven en su propio país? La conclusión es clara. En la base misma del ordenamiento jurídico internacional está la soberanía, concebida como no puede ser de otra manera, dado el hecho de la coexistencia internacional, en el contexto de la interdependencia. A su vez, esta coexistencia no se concibe sin la igualdad jurídica de los Estados que la comparten. No tener en cuenta el derecho al uso y goce sin perturbaciones del territorio del otro Estado (y por ende negarse a entrar en un régimen que regule los derechos y deberes de cada uno frente a la actividad) o negarse a reparar los daños que produzca, simplemente altera el equilibrio, rompe la igualdad. El principio de la igualdad jurídica es muy general, y necesita de normas más específicas, sean primarias o secundarias según lo determine la naturaleza del tema, para ser cumplido. Proponer, entonces, normas que le den cumplimiento no es más que aplicar a la situación una técnica jurídica inevitable.

54. No se puede, entonces, basar una norma jurídica en una realidad internacional que no existe, pues no existe la absoluta independencia, o la absoluta soberanía. Ha existido siempre, en cambio, y existe cada vez más, la interdependencia, y también sobre esta base en el derecho internacional la responsabilidad por riesgo creado. Son acertadas las tentativas, que refleja el plan esquemático, de fundamentar también la obligación de reparar en la de prevención. Es aceptable porque es cierto que prevención y reparación forman un *continuum*, ya que ambas buscan similares efectos, esto es, tratar de que una actividad se desarrolle de tal manera que el impacto del daño que produce, que constituye su aspecto negativo, sea lo más suave posible: en un caso, mediante

---

no son incompatibles con la teoría del riesgo creado, porque demostrada la culpa de la víctima queda también demostrado que la actividad peligrosa no es la única causa del accidente, y habiendo concausa, el daño debe distribuirse teniendo en consideración dicha circunstancia.» (G. A. Borda, *Manual de obligaciones,* 4.ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1970, pág. 484.)

En cambio, la responsabilidad de los dueños de hoteles, casas de hospedaje y establecimientos análogos, así como la de los capitanes de barcos y agentes de transportes por los daños causados a los bienes de los que respectivamente habitan en aquellas casas o son confiados al transporte, o la resultante de cosas arrojadas de una casa, obedecen a un régimen más estricto, desde que por virtud del artículo 1118 del Código Civil, los responsables no se eximen «aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño».

En la responsabilidad por daños causados por animales, los matices son variados. Aquí también se considera que la responsabilidad es por el riesgo creado no obstante que, según la teoría clásica, ella debía fundamentarse en la culpa *in vigilando*, ya que frecuentemente no podrá encontrarse culpa alguna en el responsable (Borda, *op. cit.*, pág. 500). Las causales de exención son: *a*) si el animal hubiera sido excitado por un tercero (art. 1125); *b*) si se hubiera soltado o extraviado sin culpa del guardián (art. 1127), se entiende, por culpa de un tercero solamente; *c*) fuerza mayor o culpa de la víctima (art. 1128). Si se trata de un animal feroz (art. 1129) en cambio, no rige la eximente de fuerza mayor ni la falta de culpa del guardián. Tal vez sí exima la culpa de la propia víctima.

En los daños causados con las cosas —modificado el artículo 1113 y concordantes del Código Civil por la ley 17.711 de 1968— se hace una distinción según que la cosa haya o no tenido vicio o riesgo: si no concurren estas circunstancias, el dueño o guardián se eximen demostrando que no han tenido culpa; si concurren, sólo acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por el que no se responde (*ibid.*, pág. 505).

las precauciones preventivas; en el otro a través de la indemnización que borra en lo posible sus consecuencias. Como se ha visto antes (cap I, secc. B), es el daño, su prevención y su eliminación lo que domina el presente tema. Es entonces justo que una actividad socialmente útil, pero que crea un riesgo, deba someterse a un examen en el que se estudien los diversos intereses que están en juego, y sea permitida cuando estos se equilibren, para evitar que la igualdad soberana de los Estados se lesione. La conceptualización jurídica del asunto puede ser novedosa. Cowan, por ejemplo, ve la creación de riesgo mediante una actividad peligrosa como una expropiación de ciertos derechos[57]. Es que estas actividades, si no se pone remedio a los daños que producen, engendran un verdadero desplazamiento de costos desde el actor hacia el afectado. Son los terceros quienes, a través de los daños recibidos, estarían pagando costos que debieran ser contabilizados en el débito de la empresa. En el orden internacional, serían los otros Estados los que solventarían actividades benéficas para un cierto Estado. Se puede justificadamente hablar de que la reparación representa una verdadera «internalización» de costos, costos que injustamente aparecen como externos a una empresa o actividad, se trasladan a su interior, se internalizan[58].

55. Ya se ha visto el papel morigerador que cumple el requisito de las expectativas compartidas en el plan esquemático. También que, eventualmente, servían para reforzar el fundamento de la obligación de reparar. No obstante estas virtudes, conviene una nueva reflexión sobre el concepto. En primer término, cabría decir que las expectativas son algo menos que un derecho: son la esperanza fundada en la lógica y en anteriores experiencias de que algo va a suceder; en este caso, de que va a obtenerse una indemnización. Las expectativas, por cierto, juegan algún papel en derecho y hay instancias en que los tribunales han acordado alguna forma de indemnización o de satisfacción a quienes las mantuvieron con fundamento.

56. El estudio de la Secretaría sobre la práctica de los Estados relativa a la materia del presente tema contiene algunos conceptos de interés para este desarrollo. Por ejemplo, dice:

> No se han pasado por alto en el estudio las dificultades de determinar cuándo un caso particular constituye una «prueba» de la práctica de los Estados. Los tratados o las decisiones pueden estar motivados por diferentes principios. Algunos de ellos pueden ser compromisos o arreglos que obedecen a razones ajenas al asunto. Pero la repetición de actos en la práctica de los Estados, cuando sigue y fomenta principios similares, puede crear expectativas acerca de la aplicabilidad de estos principios en el futuro. Incluso aunque algunos de los principios pueden no haber sido explícitamente declarados en relación con los casos pertinentes, o pueden haberse dejado sin determinar deliberada y explícitamente, la continuación de una conducta similar puede dar lugar a la creación de una norma consuetudinaria. Los elementos que aquí se examinan, constituyan o no derecho consuetudinario, *demuestran* una tendencia en las expectativas y pueden contribuir a aclarar los principios relativos a algunas normas concretas en el tema de la responsabilidad internacional. La práctica también muestra maneras de conciliar las nuevas normas con principios antagónicos, como la «soberanía de los Estados» y la «jurisdicción nacional»[59].

Así pues, la apreciable cantidad de práctica examinada, si no autorizaba aún la declaración de la existencia de normas consuetudinarias en esta materia, parece que sí hacía posible encontrar expectativas fundadas, o al menos, una tendencia hacia esas expectativas.

57. Tan cauto lenguaje demuestra la dificultad del tema. Si después de un estudio tan completo se llega a la conclusión de que éste marca ciertas tendencias en la creación de expectativas, mal parece que pudiera exigirse que se cumpla un requisito tan pesado procesalmente como la prueba de expectativas compartidas al respecto. Podrá haber casos en que estas expectativas surjan con facilidad, como cuando se registren en las constancias de las negociaciones entre las partes. Habrá también otros casos en que una expectativa compartida de carácter regional pueda ser admitida por el juez o por otra parte en la negociación como parece haber sucedido en los ejemplos comentados anteriormente, relativos a la instalación de centrales nucleares, o de una refinería, cerca de la frontera entre países europeos[60]. Pero en ge-

---

[57] Recordando la opinión de Cowan, Goldie dice:

«Tal vez queda considerar que esté surgiendo un principio según el cual la empresa que en el curso de su actividad (ultrapeligrosa) da lugar a la posibilidad de causar daños a quienes consumen su producto o entran en contacto con sus operaciones es responsable de los daños dimanados del riesgo que crea. Si se [impusiera] a una empresa [exclusivamente la responsabilidad por culpa] se le permitiría realizar sus operaciones a costa de otros y deshacerse de un costo de explotación que realmente existe para imputarlo a sus vecinos o a los usuarios últimos de sus productos o servicios. Cowan ha dicho acertadamente que la nueva tendencia de los tribunales a conceder una indemnización en esos casos equivale a considerar que el riesgo deliberadamente creado es una expropiación.» [*Loc. cit.* (nota 10 *supra*), pág. 185.]

[58] Según Fleming:

«En el plano más prosaico, cabe mencionar como ejemplo del problema un accidente acaecido en el curso de una excavación de pozos de petróleo en que el operador decidió hacer volar un pozo y procedió a hacerlo con arreglo a las normas establecidas. Estas sin embargo no eran garantía alguna de que no se expulsaran de las entrañas de la tierra sustancias desconocidas y nocivas, incluido el arsénico que se desparramó por campos vecinos. En este caso el operador había resuelto su dilema subordinando los intereses de los demás a los suyos propios. Las posibilidades de que saliera alguna sustancia nociva pueden haber sido comparativamente reducidas si bien claramente reconocibles y el problema era aún peor porque no cabía otra cosa que no fuera la explosión. Sin embargo, ésta constituía un procedimiento necesario y habitual en la excavación de pozos de petróleo, industria de importancia primordial en la economía que no sería justificable entrabar por razones que no fuesen absolutamente apremiantes. Aducir negligencia del operador sería decir que era ilícito que procediera a la explosión y que cabía una demanda en su contra. Precisamente para resolver este dilema la ley puede decirle: "Lo que se propone hacer no está prohibido y por lo tanto no podemos impedirlo. Pero, si lo hace, tiene que estar dispuesto a pagar lo que sea en caso de que algo ande mal, cosa que usted espera que no ocurra aunque bien sabe que puede ocurrir."» (J. G. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts,* Oxford, Clarendon Press, 1967, págs. 158 y 159; citado por Goldie, *loc. cit.*, pág. 187.)

De estos materiales Goldie extrae su conclusión en el sentido de que los daños producidos por ciertas actividades como las que se examinan aquí debieran ser considerados como producidos sin culpa, pero como requiriendo una expropiación compensable de ciertos derechos —que él llama «amenities», tales como el derecho de cada uno a un agua pura y a una atmósfera limpia— y de la seguridad personal, cuando ciertos daños resultan como consecuencia de la licitud de la actividad (*loc. cit.*, pág. 189). No indemnizar por esta expropiación significaría un enriquecimiento sin causa («unjust enrichment»). En el derecho interno, estas «amenities» debieran ser vistas como un derecho personal y también como un derecho real («both a personal and a property right»). «En derecho internacional las analogías con ambas categorías deben recibirse y desarrollarse desde el punto de vista de la integridad territorial de los Estados y de su derecho soberano a disfrutar de sus recursos naturales.» (*Ibid.*, pág. 193.)

[59] *Anuario.., 1985,* vol. II (primera parte)/Add.1, documento A/CN.4/384, párr. 10.

[60] Véase nota 40 *d supra.*

neral una prueba semejante sería difícil. Acaso pudiera tomarse algo de lo que se definía en el plan esquemático como expectativas compartidas sin necesidad de aceptar todo el concepto. Hay un aspecto, expresado en el inciso *b* del párrafo 4 de la sección 4, que parece importante y que debería tomarse en cuenta: es el relativo a la existencia de principios comunes, legislativos o de otro carácter. Tal vez la clave esté aquí en los principios de derecho interno, ya sea contenidos en la ley o en la jurisprudencia de los tribunales. Parece, en efecto, muy injusto que si un Estado en cuyo territorio o bajo cuyo control se realiza la actividad en cuestión, hubiera establecido una indemnización de haberse producido el siniestro en su territorio, rehúse indemnizar por el hecho de que perjudica a otro territorio. Tampoco parece muy lógico que el Estado afectado que no prevé indemnización en su derecho interno para tales ocurrencias la pretenda cuando el daño se origina en un Estado vecino. No se exigiría en este caso una norma específica, pues eso llevaría a introducirse en las complejidades de la interpretación de un derecho interno ajeno: bastaría con que los principios que imponen la indemnización estén ahí. Esto posiblemente dé una aplicación suficientemente amplia al proyecto ya que tales principios están contenidos en el derecho interno de la mayoría de los Estados de la comunidad internacional[61].

58. Sin embargo, no estaría de acuerdo con la naturaleza del sistema en cuanto a la indemnización de daños poner la prueba de esta circunstancia a cargo del Estado afectado. Sería concebible entonces como una excepción: el Estado de origen puede eximirse de la indemnización si demuestra que, ni en su derecho interno ni en el del Estado afectado existen los principios correspondientes. También, como excepción, podría admitirse la existencia de una práctica regional indicativa de que en el caso en cuestión no se indemniza o que la práctica del Estado afectado en situación similar es contraria a indemnizar. Es menester insistir en el carácter regional o individual de esta especie de expectativa negativa, puesto que es una excepción que debe ser precisa y eso no cabría si se contempla el orden general.

59. Ciertos convenios contemplan excepciones por casos determinados de fuerza mayor o caso fortuito (no toda fuerza mayor o no todo caso fortuito). Como ya se ha visto (párr. 49 *supra*), las excepciones en el Convenio de París acerca de la responsabilidd civil en materia de energía nuclear, de 1960, modificado por su Protocolo adicional de 1964, son muy limitadas. El Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969[62], reconoce en el inciso *a* del párrafo 2 de su artículo III, la misma causal de exoneración, si los daños por contaminación «resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible». En el inciso *a* del párrafo 2 de su artículo 4, el Convenio internacional de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1971[63], reconoce en favor del Fondo una exención semejante, pero limitada a actos de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección. Por otra parte, el proyecto de convenio sobre la responsabilidad e indemnización relativas al transporte marítimo de sustancias nocivas y de sustancias potencialmente peligrosas[64], en el inciso *a* del párrafo 2 de su artículo 3, contiene entre otras las causales de «acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurreción o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible».

60. Otras excepciones concebibles son la negligencia de la víctima, y la acción de terceros con intención de dañar, como sucede en varias convenciones internacionales[65] y en el derecho interno de muchos países.

61. Estas excepciones, que suavizan la aplicación de la responsabilidad estricta, podrían no caber en caso de que el Estado de origen hubiera incurrido en conducta no compatible con sus obligaciones de informar o de negociar, siempre y cuando en el primer caso conociera, o debiera conocer, la peligrosidad de la actividad de que se trate. A este respecto, cabría la liberalidad en la apreciación de la prueba que ya se ha encontrado al comentar el asunto del *Estrecho de Corfú* (véase párr. 36). Sería esta una forma de incentivar a los Estados para cumplir con las obligaciones mencionadas y parece justo, por lo demás, que quien manifiesta un desinterés tan flagrante hacia los derechos o intereses del vecino, no pueda ampararse luego en excepciones.

62. Lo relativo a la prevención ocupó un aspecto central, como se ha visto antes, en los debates sobre el tema, que revelaron en particular el sentimiento mayoritario en sentido de mantener la preocupación preventiva como parte esencial del proyecto[66]. En este aspecto de la prevención, como en todo el tema, campea también el equilibrio de los intereses a manera de importante patrón de medida de las obligaciones. En relación con los casos en que los países entren en negociaciones, finalmente exitosas, hacia la construcción de un régimen para una actividad que entrañe un riesgo, el papel del proyecto esbozado en el plan esquemático no puede ser otro que el de suministrar orientaciones generales para el tratado que eventualmente se firme. No está aquí, el problema que reclama atención, sino en relación con

[61] Es de interés en este respecto el estudio de M. H. Arsanjani, titulado «No-fault liability from the perspective of the general principles of law», que está por publicarse. En él se demuestra que los principios de la responsabilidad por riesgo, en sus diversos rubros y formas, han sido aceptados por un gran número de países, a tal punto que la autora considera que existen las condiciones necesarias para considerarlo un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ:

«En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se acepta ya la responsabilidad estricta como concepto jurídico, especialmente en los ordenamientos de los países tecnológicamente avanzados en que las normas sobre responsabilidad extracontractual son más complejas. [...] Sin embargo, es evidente que la responsabilidad estricta es un principio común a un gran número de países que tienen ordenamientos jurídicos distintos y en los que han tenido lugar en particular actividades relacionadas con la aplicación de este principio. Si bien los Estados pueden discrepar en cuanto a la aplicación concreta del principio, su apreciación y formulación es sustancialmente similar.»

[62] Véase nota 54 *supra*.

[63] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1110, pág. 130.

[64] Véase nota 55 *supra*.

[65] Véase el estudio de la Secretaría sobre la práctica de los Estados, documento A/CN.4/384 (véase nota 40 *d supra in fine*), párrs. 484 a 507.

[66] Véase nota 13 *supra*.

aquellas actividades peligrosas sobre las que no hay aún acuerdo entre las partes.

63. La obligación contenida en la parte final del párrafo 8 de la sección 2 y del párrafo 4 de la sección 3 del plan esquemático es una obligación de diligencia debida que se remite, en caso de producción del daño, a criterios dados por el estado de la tecnología en cuanto a la posibilidad de evitar el daño en cuestión, a la proporcionalidad entre las precauciones exigibles en relación con el peligro que la actividad crea y siempre teniendo en cuenta que de producirse efectivamente el daño potencial, éste deberá ser indemnizado en la forma prevista en el plan esquemático. Para obtener el resultado apetecido de evitar el daño o borrar lo mejor posible sus consecuencias, cabría la posibilidad teórica de mezclar un régimen de responsabilidad por actos ilícitos con otro de responsabilidad por riesgo, tal como parece ser el caso del régimen establecido por el tribunal arbitral en el caso de la *Fundición de Trail*[67]. Por este régimen se determina una serie de procedimientos que la industria debe seguir para disminuir la contaminación al grado aceptable más bajo posible, dado el estado actual de la técnica, y que al mismo tiempo es compatible con la rentabilidad de la empresa. Presumiblemente, si el nivel de contaminación esperado y obtenido generalmente aumenta hasta pasar los límites establecidos, cabrá una investigación, y si ésta revela que los procedimientos no han sido cumplidos, puede haber una conducta ilícita del Estado canadiense si, por ejemplo, éste ha descuidado sus deberes de control sobre la actividad de la fundición. Parece que en el ejemplo citado, aun cuando no se llegue a daños sustanciales, se podría estar frente a obligaciones de comportamiento a cargo del Gobierno del Canadá, tal como ellas se definen en el artículo 20 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados:

Artículo 20.—Violación de una obligación internacional que exige observar un comportamiento específicamente determinado

Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige observar un comportamiento específicamente determinado cuando el comportamiento de ese Estado no esta en conformidad con el que de él exige esa obligación[68].

Coexiste con este régimen de la responsabilidad de los Estados, otro de responsabilidad por riesgo, desde el momento en que, aun si se cumplen todos los procedimientos indicados y el daño se produce por lo que podría considerarse un accidente, entonces corresponde igualmente indemnizar por el daño causado.

64. La obligación de diligencia debida aquí parece tener otro carácter: el de ser dependiente de la producción del daño. Si éste ocurre, solamente entonces entran en juego las consecuencias de su violación, y entran a hacerlo dentro del régimen de responsabilidad por riesgo, transformándose en una nueva obligación de indemnizar cuyo alcance es modificado (aumentado) por la incidencia de aquellas incumplidas obligaciones. No serían obligaciones autónomas, como las de comportamiento, cuyo mero incumplimiento ya origina ilicitud, sino obligaciones que se incluyen en el régimen de la responsabilidad por riesgo y que dependen para funcionar de la misma condición que ésta: la producción del daño. Podría acaso establecerse una comparación con las obligaciones de prevenir un acontecimiento dado, descritas en el artículo 23 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados:

Artículo 23.—Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado

Cuando el resultado exigido de un Estado por una obligación internacional sea prevenir, por el medio que elija, que se produzca un acontecimiento dado, sólo habrá violación de esa obligación si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra ese resultado[69].

Los precedimientos y precauciones adoptados son del exclusivo resorte del Estado al que la obligación incumbe, y sólo si el acontecimiento que se quería evitar se produce, se entra a comparar los métodos preventivos seguidos con los que debieron haberse seguido según las relgas del arte.

65. Una diferencia notable entre la prevención en estas obligaciones de evitar un acontecimiento determinado y la prevención en un régimen de responsabilidad por riesgo está en que aquélla puede llevar a la exención de consecuencias adversas al Estado que empleó modos razonables de evitar el resultado[70], mientras que en el régimen de la responsabilidad por riesgo la indemnización corresponde siempre, sujeta en su monto a todos los factores antes mencionados, incluyendo las excepciones. Se puede decir que en tal régimen, las obligaciones no son autónomas, dependen de lo mismo que condiciona la reparación (esto es, la producción del daño) y en todo caso su efecto es el de agravar la situación procesal y a veces de fondo del Estado de origen. Entre las obligaciones de impedir un acontecimiento dado y las obligaciones de reparar que emergen de un régimen de responsabilidad por riesgo —aunque se trate de un régimen no enteramente puro, en el caso del plan esquemático— existe la diferencia que media entre las obligaciones secundarias y las primarias. En el caso de las obligaciones secundarias, la producción del acontecimiento que se quiere evitar causa la eventual ilicitud de

[67] Véase nota 34 *supra*.

[68] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

[69] *Ibid.*

[70] En el párrafo 6 del comentario al artículo 23 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la Comisión declara:

«La realización del acontecimiento [el daño en este caso] no constituye, sin embargo, la única condición específicamente requerida para que haya violación de una obligación internacional que requiere del Estado lograr el resultado de prevenir la realización de tal acontecimiento. Al asumir esta clase de obligaciones, los Estados no suscriben una especie de seguro, en beneficio de los Estados cocontratantes, contra la realización, sean cuales fueren sus condiciones, de acontecimientos de la clase prevista, es decir incluso prescindiendo de toda posibilidad material de impedir que, en un caso determinado, se produzca el acontecimiento. Evidentemente, el Estado no puede estar obligado más que a oponerse por su acción a la eventualidad de tal acontecimiento, a frustrar, en lo que dependa de él, la realización de tal acontecimiento. Sólo cuando éste ha podido producirse porque el Estado, por su comportamiento, no ha sabido prevenirlo y cuando resulta que hubiera podido evitarlo mediante un comportamiento diferente, puede llegarse a la conclusión de que no se ha logrado el resultado exigido por la obligación.[...] Apenas es necesario añadir que será también a la luz del objeto de cada obligación y del carácter más o menos esencial de la prevención de un tipo determinado de acontecimiento, como deberá establecerse, una vez producido el acontecimiento que se debía prevenir, la comparación entre el comportamiento efectivamente observado por el Estado y el que en ese caso concreto habrá sido razonable esperar que adoptara para evitar la realización del acontecimiento.» [*Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 81.]

la conducta estatal (esto es, si los medios para prevenirlo no fueron razonables, o fueron previsiblemente insuficientes), mientras que en el otro caso no media ilicitud sino cumplimiento de una obligación que incluía la reparación en su formulación misma.

66. Se llega a la conclusión, entonces, de que de la obligación contenida al final del párrafo 8 de la sección 2 y del párrafo 4 de la sección 3 forma parte de un régimen de prevención cuyos efectos entran a funcionar sólo después de producido el daño y que consisten principalmente en agravar la situación procesal y de fondo del Estado de origen. ¿Pero qué sucede con la obligación de informar (párrs. 1 y 2 de la secc. 2) y de negociar sobre un régimen (párr. 1 de la secc. 3)? ¿Se trata de una verdadera obligación de prevención? Parece que en parte lo fuera. Advertir al Estado eventualmente afectado, informarle sobre la actividad a emprender, sobre su naturaleza y posibles efectos perjudiciales, va a contribuir a evitar o minimizar los daños, por las precauciones unilaterales que el Estado afectado puede tomar. Pero la finalidad inmediata de esta obligación es la de mover a las partes hacia la formulación de un régimen en el que se establezcan sus derechos y obligaciones en relación con esa actividad, un régimen en el que incidirá la consideración del equilibrio de intereses, las obligaciones de prevención unilaterales y de coordinación de las conductas de ambas partes en el sentido de la prevención y de la reparación. Aunque la prevención, entonces, sea una preocupación eminente en estos regímenes, no es la única. Eso parece marcar la diferencia más importante con la prevención que se ha visto anteriormente y que consistía en medidas unilaterales a cargo del Estado de origen para controlar la actividad y tener en cuenta los intereses de los posibles afectados.

67. ¿Daría esta característica autonomía propia a las obligaciones que se consideran? Esto es, ¿es necesario esperar la producción del daño para que entren a funcionar, como en el caso anterior? Es ésta una pregunta muy importante, porque es claro que si es así, las conductas incompatibles con tales obligaciones serían ilícitas y cabría discutir su inclusión en este tema. Es opinión del Relator Especial que las obligaciones de informar y de negociar están suficientemente establecidas en el derecho internacional y que su violación por ende engendra ilicitud. Pero bien mirado, no significa ello que no puedan ser incluidas en el presente proyecto.

68. Se ha visto al principio de este informe (cap. I, secc. A) el alcance de la palabra «responsabilidad» como refiriéndose a los deberes que incumben a ciertas personas. Pues bien, es claro que los deberes de informar y de negociar son parte de la responsabilidad internacional por las actividades no prohibidas. Y aquí se vuelve a las complejidades del título del tema y a la distinción entre actos y actividades. El Relator Especial cree, como lo ha dicho antes (párr. 29), que la versión francesa es la correcta, y la que da al tema su verdadero alcance. Es menester ocuparse, según el mandato de la Asamblea General, de las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional. Las actividades se configuran a través de conductas complejas y variadas que se entrelazan y hasta se confunden. Alrededor de esa actividad hay numerosos actos particulares, que con ella se relacionan íntimamente. Y entre esos actos bien puede haber algunos ilícitos, que no tornan ilícita la actividad. Nada impide entonces a la Comisión, cuando se ocupa de dar un régimen a la responsabilidad por consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas, ocuparse también no ya de actividades, sino de actos que son inseparables de ellas y que son ilícitos por ser incompatibles con obligaciones establecidas (en este caso, de información y de negociación). Tal es, entonces, el alcance del mandato de la Comisión y dentro de él se permanece cuando dentro del régimen convencional se incluyen también obligaciones «hacia» un régimen cuya violación engendra ilicitud.

69. Respecto a los principios, su análisis crítico revela que el plan esquemático parace haber sido orientado por ellos, y que los básicos y necesarios para el presente tema están expresados correctamente en sus líneas generales en la sección 5. Quedan, sin embargo, algunas dudas sobre aspectos más específicos, aspectos que se perfilarán con mayor nitidez a medida que el tema vaya desarrollándose, y se intente plasmar en artículos los conceptos contenidos en dicha sección. En esta tarea, que constituye el próximo paso, el Relator Especial espera ser guiado por tales textos en sus orientaciones generales, y al mismo tiempo someterlos a la piedra de toque de su funcionamiento dentro de la economía del cuerpo normativo que resulte, teniendo siempre como telón de fondo la práctica de los Estados. El Relator Especial cree que esa es la mejor manera de llegar a una formulación definitiva de los principios que informan el presente tema.