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

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/405

Tercer 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]
[16 de marzo de 1987]

ÍNDICE

		Parrafos	Pagina
AMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES CONEXAS DEL PROYECTO DE ARTICULOS		1-75	49
Seccion			
I.	INTRODUCCION	1-6	49
	A. Informes y debates anteriores	1-3	49
	B. Artículos propuestos	4-6	50
II.	ARTICULO 1	7-43	51
	A. Las actividades	7-23	51
	B. Las situaciones	24-30	53
	C. Las conductas despojadas de ilicitud	31-36	53
	D. Las tres limitaciones o criterios	37-43	54
III.	ARTICULO 2	44-60	55
	A. Territorio y control	44-53	55
	B. El daño	54-60	56
IV.	ARTICULOS 3 A 6	61-75	57
	A. Artículo 3	61-64	57
	B. Artículo 4	65-70	57
	C. Artículos 5 y 6	71	58
	D. Las organizaciones internacionales	72-75	58

Ambito de aplicación y disposiciones conexas del proyecto de artículos

I.—INTRODUCCIÓN

A.—Informes y debates anteriores

1. El debate dedicado por la Comisión de Derecho Internacional al informe preliminar[1] y al segundo informes del Relator Especial[2] en su período de sesiones anterior ha sido notoriamente insuficiente. La falta de tiempo y las otras prioridades establecidas para sus trabajos no le han permitido un tratamiento normal de esos documentos. Durante las pocas sesiones adjudicadas al tema[3] no pudieron participar todos los miembros de la

[1] *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 101, documento A/CN.4/394.

[2] *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/402.

[3] Véase *Anuario... 1986*, vol. I, págs. 208 y ss., sesiones 1972.ª a 1976.ª.

Comisión y varios de ellos dejaron constancia de este hecho y han expresado su decepción. Además, hay que tener en cuenta que la composición de la nueva Comisión es considerablemente diferente de la anterior, y que los nuevos miembros seguramente querrán tener la oportunidad de intervenir en el tema.

2. El presente informe incluye el texto de seis artículos basados, en sus líneas generales, sobre los cinco proyectos que presentó el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter. Esas disposiciones contienen conceptos básicos de la materia en examen, algunas de las cuales fueron objeto de debates tanto en la CDI como en la Sexta Comisión de la Asamblea General. El análisis de esos debates demuestra que la discusión sobre el proyecto de artículos tampoco alcanzó a ser desarrollado de manera exhaustiva, ni mucho menos, debido a que gran parte de la atención de la CDI y de la Sexta Comisión se concentró sobre diversas cuestiones de orden general que aún quedaban pendientes de consideración.

3. Por todo lo anterior, el Relator Especial considera conveniente que en su 39.° período de sesiones la Comisión reabra el debate sobre los dos primeros informes, para dar oportunidad de intervenir a los miembros que quieran hacerlo y trate asimismo el presente informe con los seis proyectos de artículos que contiene.

B.—Artículos propuestos

4. Sobre la base de los cinco proyectos de artículos contenidos en el quinto informe del anterior Relator Especial[4], pero con las modificaciones surgidas durante los debates tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, el Relator Especial propone las disposiciones que se insertan a continuación. Propone llamar «texto original» al que figura en el quinto informe de su predecesor y «texto revisado» al que figura en el presente informe.

5. Para la mejor comprensión de lo que sigue, es esencial la lectura del quinto informe mencionado, así como de las actas resumidas de las sesiones dedicadas al examen de ese informe por la CDI en su 36.° período de sesiones[5], el informe de la CDI sobre ese mismo período de sesiones[6] y el resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el tema durante el trigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General[7].

6. Los artículos propuestos son los siguientes:

Artículo 1.—Ambito de aplicación de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplicarán con respecto a actividades o situaciones que tengan lugar en el territorio o bajo el control de un Estado y que originen o puedan originar una consecuencia física que afecte adversamente a personas o cosas, así como al uso o disfrute de zonas, situadas en el territorio o bajo el control de otro Estado.

---

[4] Por razones de comodidad y una mejor comprension del presente informe, los cinco proyectos de articulos presentados por R Q Quentin-Baxter en su quinto informe [*Anuario 1984*, vol II (primera parte), pags 162 y 163, documento A/CN 4/383 y Add 1, parr 1] se reproducen a continuacion·

«CAPITULO I —DISPOSICIONES GENERALES

»*Articulo 1 —Ambito de aplicacion de los presentes articulos*

»Los presentes articulos se aplicaran con respecto a actividades y situaciones que se verifiquen en el territorio o bajo el control de un Estado y que den o puedan dar lugar a una consecuencia material que afecte al uso o disfrute de zonas situadas en el territorio o sujetas al control de cualquier otro Estado

»*Articulo 2 —Términos empleados*

»Para los efectos de los presentes articulos

»1 La expresion "en el territorio o bajo el control",

»*a*) en relacion con un Estado ribereño, abarca las zonas maritimas si el regimen juridico de una de esas zonas confiere jurisdiccion a ese Estado con respecto a cualquier cuestion,

»*b*) en relacion con el Estado de matricula o el Estado del pabellon de cualquier buque, aeronave u objeto espacial, abarca los buques, aeronaves y objetos espaciales de ese Estado mientras ejercen el derecho de paso ininterrumpido o de sobrevuelo a traves del territorio maritimo o el espacio aereo de cualquier otro Estado,

»*c*) en relacion con el uso o disfrute de cualquier zona fuera de los límites de la jurisdiccion nacional, abarca cualquier cuestion en relacion con la cual se ejerce un derecho o se invoca un interes,

»2 Se entiende por "Estado de origen" el Estado en cuyo territorio o bajo cuyo control tiene lugar una actividad o situacion,

»3 Se entiende por "Estado afectado" el Estado en cuyo territorio o bajo cuyo control resulta o puede resultar afectado el uso o disfrute de una zona,

»4 Se entiende por "efectos transfronterizos" los efectos que se producen como consecuencia material de una actividad realizada o una situacion existente en el territorio o bajo el control del Estado de origen, y que afectan al uso o disfrute de una zona situada en el territorio o sujeta al control del Estado afectado,

»5 Se entiende por "perdida o daño transfronterizo" los efectos transfronterizos constitutivos de una perdida o un daño

»*Articulo 3 —Relacion entre los presentes articulos y otros convenios internacionales*

»Cuando actividades o situaciones comprendidas en el ambito de aplicación de los presentes articulos se rijan por cualquier otro convenio internacional haya entrado este en vigor antes o despues de la entrada en vigor de los presentes articulos, los presentes articulos se aplicaran en las relaciones entre los Estados partes en ese otro convenio internacional sin perjuicio de lo dispuesto en ese otro convenio internacional

»*Articulo 4 —Falta de efectos sobre otras normas de derecho internacional*

»El hecho de que los presentes articulos no especifiquen los supuestos en que una perdida o un daño transfronterizo se produce como consecuencia de un acto u omision ilicitos del Estado de origen se entendera sin perjuicio de la aplicacion de cualquier otra norma de derecho internacional

»*Articulo 5 —Supuestos no comprendidos en el ambito de aplicacion de los presentes articulos*

»El hecho de que los presentes articulos no se apliquen a los derechos y obligaciones de las organizaciones internacionales con respecto a actividades o situaciones que tengan lugar bajo su control o afecten al uso o disfrute de zonas en las cuales puedan ejercer cualquier derecho o invocar cualquier interes no afectara

a) a la aplicacion a las organizaciones internacionales de cualquiera de las normas que se enuncian en los presentes articulos con referencia a los Estados de origen o los Estados afectados y a las que las organizaciones internacionales estuvieren sometidas en virtud del derecho internacional independientemente de estos articulos,

b) a la aplicacion de los presentes articulos a las relaciones de los Estados entre si »

[5] *Anuario 1984*, vol I, pags 210 y ss , sesiones 1848 ª a 1853 ª

[6] *Anuario 1984*, vol II (segunda parte), pags 77 y ss , párrs 221 a 257

[7] Documento A/CN 4/L 382, secc E

Artículo 2.—Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

1. Se entiende por «situación» a la que se produce como consecuencia de una actividad humana, y que da o puede dar lugar a un daño transfronterizo;

2. La expresión «en el territorio o bajo el control»:

***a*) en relación con un Estado ribereño, abarca las zonas marítimas cuyo régimen jurídico confiere jurisdicción a ese Estado con respecto a cualquier materia;**

***b*) en relación con el Estado del pabellón, o de matrícula, o de registro de cualquier buque, aeronave u objeto espacial respectivamente, abarca los buques, aeronaves y objetos espaciales de ese Estado aun cuando éstos ejerzan derechos de paso o de sobrevuelo a través de espacios marítimos o aéreos que constituyan el territorio o estén bajo control de cualquier otro Estado;**

***c*) se aplica más allá de las jurisdicciones nacionales, con los mismos efectos anteriores, para abarcar cualquier materia en relación con la cual se ejerce un derecho o se invoca un interés;**

3. Se entiende por «Estado de origen» el Estado en cuyo territorio o bajo cuyo control tiene lugar una actividad o situación de las especificadas en el artículo 1;

4. Se entiende por «Estado afectado» el Estado en cuyo territorio o bajo cuyo control resultan o pueden resultar afectadas personas o cosas, o el uso o disfrute de zonas;

5. Se entiende por «efectos transfronterizos» los que se producen como consecuencia física de una actividad o situación que tenga lugar en el territorio o bajo el control del Estado de origen y que afecten a personas o cosas, o al uso o disfrute de una zona, en el territorio o bajo el control del Estado afectado;

6. Se entiende por «daño transfronterizo» los efectos descritos en el párrafo 5 que constituyen tal daño.

Artículo 3.—Distintos casos de efecto transfronterizo

La condición del artículo 1 se cumplirá aun cuando:

***a*) el Estado de origen y el afectado no tengan fronteras comunes;**

***b*) la actividad desarrollada en el territorio o bajo el control del Estado de origen produzca efectos en zonas más allá de las jurisdicciones nacionales, si estos efectos a su vez repercuten en perjuicio de personas o cosas así como del uso o disfrute de zonas en el territorio o bajo el control del Estado afectado.**

Artículo 4.—Responsabilidad

El estado de origen tendrá las obligaciones que le imponen los presentes artículos siempre que conociera o tuviera los medios de conocer que dicha actividad se desarrolla en su territorio o en zonas bajo su control, y que crea un riesgo apreciable de causar un daño transfronterizo.

Artículo 5.—Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales

Si los Estados partes en los presentes artículos lo son también en otro convenio internacional relativo a actividades o situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, éstos se aplicarán entre dichos Estados, sin perjuicio de lo dispuesto en ese otro convenio internacional.

Artículo 6.—Falta de efecto sobre otras normas del derecho internacional

El hecho de que los presentes artículos no especifiquen los supuestos en que un daño transfronterizo se produce como consecuencia de un acto u omisión ilícitos del Estado de origen se entenderá sin perjuicio de la aplicación de cualquier otra norma del derecho internacional.

II.—ARTÍCULO 1

A.—Las actividades

7. Es conveniente volver a examinar, a partir del artículo 1 presentado más arriba, las actividades que estarían comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, y ver si el término «situaciones», con el alcance propuesto en el texto original, es un término aceptable.

8. Las actividades características del tema son las llamadas «peligrosas». Es necesario ahondar algo dentro de este concepto, porque como señaló un miembro de la Comisión, «si se parte de la hipótesis de que toda actividad humana tiene consecuencias perjudiciales, la sección 1 [del plan esquemático] no contribuirá en nada al estudio del problema, ya que el alcance será entonces demasiado amplio»[8]. Si con ello se quiso decir que todas las actividades humanas encierran alguna forma de peligro, en el sentido de que nadie puede estar completamente seguro de que una actividad cualquiera no pueda, por alguna circunstancia y en algún momento, producir daños a terceros, se puede afirmar que lo dicho entonces era correcto.

9. Es necesaria, entonces, una caracterización que se aproxime más al objeto. Una primera reflexión conducente a ese fin es que, aunque lo que se toma en consideración rige tanto para el daño que pueda producirse dentro de un país como para el daño transfronterizo, cabe señalar que para que se produzca este último tipo de daño se necesita un efecto ya más importante que para el primero. Se trata del manejo de un tipo de cosas que, en principio, producirían efecto a distancias algo mayores.

10. Luego, es también claro que la noción de peligro no es absoluta, sino relativa. Lo puede ser, por ejemplo, respecto a la ubicación geográfica de la actividad de que se trate: en el interior de un país de extenso territorio no es lo mismo que en uno de territorio más pequeño, o

[8] *Anuario... 1986*, vol. I, pág. 214, 1973.ª sesión, párr. 4 (Sr. Ushakov).

cerca de la frontera, o sobre un río internacional, o en una región de vientos constantes o de cierta dirección predominante. El Relator Especial recuerda al respecto, el caso, citado en su segundo informe, de la refinería situada en el territorio belga, cerca de la frontera de Holanda[9]. Parece claro que si su ubicación hubiera estado más al interior del país, no hubiera dado origen a reclamación alguna.

11. En todo caso, no es en general difícil apreciar en un primer examen los riesgos que crean ciertas actividades nuevas, o ciertas variaciones sobre actividades ya existentes. Lo que resulta actualmente imposible es cuantificar el riesgo, de forma que por la aplicación de un simple cartabón, se pueda clasificar una actividad entre las que entrañan riesgos.

12. Una primera conclusión es que para que una actividad sea considerada de riesgo, éste debe necesariamente ser apreciable. Si no, mal podrían entrar a funcionar los mecanismos de prevención, que son esenciales en la materia.

13. Pero esta previsibilidad puede ser genérica, esto es, no referirse a casos específicos sino genéricamente previsibles, como cuando por los instrumentos o materiales utilizados sea dable advertir que, no obstante el cuidado que se ponga en su manejo, ocurrirán estadísticamente los siniestros. En el transporte de petróleo por mar, por ejemplo, la experiencia hace prever que cualesquiera precauciones que se adopten, suceden y sucederán siniestros consistentes en el vertimiento de importantes cantidades del cargamento en el mar, debido a la modalidad de utilizar enormes buques tanques porque ofrecen otras ventajas. El riesgo así creado es apreciable, aunque no pueda preverse si se hará efectivo en éste o aquel viaje, o en éste o aquel buque tanque.

14. Naturalmente los artículos serían aplicables aun cuando el riesgo no fuera genéricamente previsible, si éste es conocido en sus alcances por el Estado de origen. Una actividad que no parece peligrosa en un primer examen, revela *a posteriori* sus riesgos. Es obvio que comienzan a regir, para aquel Estado las obligaciones y procedimientos de los artículos. Tal sería el caso, citado antes, de un pesticida utilizado en la agricultura que reveló ser, luego de un empleo más o menos prolongado, dañino para el uso o disfrute de zonas transfronterizas.

15. En cuanto a la reparación del daño ocurrido sin un régimen acordado, el requisito de la previsibilidad genérica del riesgo parece igualmente necesario, por los mismos argumentos. Es que en la base misma de la responsabilidad por riesgo hay, como se ha visto en el segundo informe[10], sólidas razones: es justo y es lógico que quien se beneficia principalmente con la empresa o actividad peligrosa, deba cargar con sus costos, y no hacerlos recaer sobre terceros. En la medida en que ello rompe el equilibrio de derechos e intereses que debe existir entre los Estados, en esa misma medida se produciría un enriquecimiento sin causa. Y lo que es más grave, una violación en el plano internacional del principio fundamental de la igualdad jurídica de los Estados.

16. Pero en cambio, si una actividad no permite avanzar a su respecto un diagnóstico de riesgo, y por un hecho ajeno a ella produce sin embargo un daño aislado, entonces se presentaría una opción que no pertenece al presente tema, a saber, la de decidir dónde recae el daño cuando tanto la víctima como el autor son enteramente inocentes, incluso del «pecado original» de haber creado el riesgo genérico. Poner dicha carga derechamente en el Estado de origen llevaría a un concepto de responsabilidad absoluta difícil de admitir en el actual estado del desarrollo del derecho internacional, y a una ruptura del equilibrio en sentido inverso; ninguna actividad nueva sería lícita hasta no haber pasado el examen de una instancia internacional que declarara la aceptación de sus más mínimos riesgos por los Estados eventualmente afectados.

17. ¿Cómo se determina oficialmente la existencia de un riesgo de la índole del que se acaba de comentar? Naturalmente que si los Estados interesados están de acuerdo al respecto, no existiría el problema, pero si no lo están, resulta imprescindible acudir al mecanismo de determinación de hechos y de evaluación de sus consecuencias que trae el plan esquemático[11]. Innecesario es decir, en relación con este mecanismo, que tan importante es establecer los aspectos fácticos de la actividad como estimar el riesgo que ellos originan. Todo esto constituye la base del régimen que se establezca.

18. En la materia en estudio, la opinión objetiva de un tercero es el único camino para salir del *impasse* que se ha señalado reiteradamente en muchos de los debates de la CDI y de la Sexta Comisión, tanto en este tema como en el relativo a los cursos de agua. Se trata de un conjunto de factores difíciles de ponderar cuantitativamente. Basta pensar en el concepto mismo de daño, que es, como se verá mejor más adelante, muy complejo. Es necesario pensar también en las consecuencias soportables y soportadas en la práctica de ciertos emprendimientos: el famoso «umbral» debajo del que no hay daño apreciable. A ellos se agrega la calificación del riesgo, que se comenta y que no deja de presentar connotaciones subjetivas, aun en el caso de que haya acuerdo sobre los hechos que le dan sustento.

19. Si no se admite la intervención de terceros en la fijación de estos datos, ningún régimen podrá funcionar. Si, en cambio, se acepta, las dificultades de apreciación que plagan esta materia se desvanecen.

20. En el derecho interno de los Estados, otros conceptos similares a éstos han sido delimitados en su alcance a través de un largo tratamiento judicial. También han sido principalmente los tribunales de justicia los que han ido incorporando nuevas actividades a la familia de las «peligrosas», y al régimen que las rige. Parece claro que el derecho internacional necesitará de una elaboración semejante.

21. En relación con la participación de terceros en este mismo punto, cabrían varias posibilidades que el Relator Especial considera en su segundo informe[12]. Conviene pues remitirse a ese documento con el comentario

[9] Documento A/CN.4/402 (véase nota 2 *supra*), nota 40 *d*.

[10] *Ibid.*, párrs. 51 a 54, y en especial notas 56 a 58.

[11] Texto presentado por el anterior Relator Especial en su tercer informe, *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 75, documento A/CN.4/360, párr. 53).

[12] Véase nota 2 *supra*.

de que seguir la vía indicada en el plan esquemático[13], y por ende privar al incumplimiento de la consecuencia que pudiera seguirle en el derecho internacional general, sería poner eventualmente al Estado afectado en inferioridad de condiciones respecto a las que prevalecerían en aquel orden jurídico.

22. Esto, naturalmente, es diferente a establecer en los proyectos de artículos una sanción para el incumplimiento. Según el Relator Especial, este punto no ha sido bien aclarado en el debate del período de sesiones anterior: no se trata de convertir en «dura» una obligación «blanda» —cualquiera que sea, en definitiva, el significado de tan contradictoria expresión— sino simplemente dejarla como está en el derecho internacional general. Aquellos que piensen que allí la obligación de marras es «blanda», pues deberán admitir que nada ha variado. Y si piensan que es «dura», acaso debieran explicar por qué se cambiaría en este terreno.

23. Si la razón invocada es la de mejor abonar el terreno de la cooperación internacional, cabría preguntarse si la obligación consistente en evitar un daño a otro Estado surge realmente de la cooperación internacional, o simplemente de la justicia y de la equidad. Para el Relator Especial la fuente estaría en la cooperación si se tratara de evitar a ese otro Estado un daño proveniente de la naturaleza, o de un tercer Estado, pero sería más difícil admitirla cuando el daño puede provenir del mismo Estado que tiene la obligación de evitarlo.

B.—Las situaciones

24. El artículo 1 del texto original proponía la inclusión de las «situaciones» dentro del alcance de la materia. Se definían como «un estado de cosas en el territorio o bajo el control del Estado de origen [...] que da o puede dar lugar a consecuencias materiales con efectos transfronterizos»[14]. Como ejemplos se citaban la aproximación de un derrame de hidrocarburos, el peligro de crecidas o de deriva de los hielos, o los riesgos originados por incendios, plagas o enfermedades.

25. Un primer examen del asunto permite distinguir, por lo menos, dos distintos tipos de situaciones. En primer lugar, habría aquellas que derivan de una actividad humana, como podría ser la construcción de un dique con su consiguiente lago artificial, o la acumulación de materiales altamente tóxicos, etc. En segundo lugar, existirían las que se originan simplemente en la naturaleza, sin participación de actividades humanas, como podrían ser los incendios naturales de bosques, plagas, crecidas y demás.

26. Las reflexiones que siguen parecen pertinentes al respecto:

a) Las situaciones de la primera clase cabrían sin violencia alguna dentro del régimen previsto, puesto que derivan de actividades que ofrecen riesgo. Si un dique explota, o es necesario abrir sus compuertas para salvarlo, y ello causa daño transfronterizo, es obvio que la situación creada por la existencia de ese dique y de su correspondiente lago artificial es directa consecuencia de una actividad originada en cierto uso del río. De forma entonces que, en tales casos, bastaría incluir en el artículo 1 algunas pocas palabras que contemplen el caso.

b) Otra cosa pasaría con las situaciones originadas en la naturaleza sin intervención humana. En ellas, la responsabilidad incumbente al Estado territorial emergería de un acto u omisión propios relacionados con aquel estado de cosas. El Estado nada hace para evitar que una plaga o una epidemia en su jurisdicción se extienda al país vecino, aun cuando hubiera podido hacerlo, o bien una medida interna dictada para conveniencia del Estado territorial se traduce en un inconveniente mayor para el vecino.

27. Ambos tipos de situaciones tendrían sólo un denominador común: el daño o riesgo de daño transfronterizo. Pero allí termina la similitud. En relación con ellas, el Estado en un caso adquiere alguna forma de responsabilidad por actividades humanas, en el otro por meros hechos naturales.

28. Se ha visto cuál era la justificación de la responsabilidad respecto a actividades humanas (ya sean llevadas por el Estado o por particulares en su territorio): el enriquecimiento sin causa, la ruptura del equilibrio de derechos o de intereses y por ende de la igualdad jurídica de los Estados.

29. Ello no sucedería en la segunda clase de situaciones. El Estado territorial no se beneficia con un incendio de bosques o con una epidemia. Inversamente, puede tener frente a ellos una actitud culpable, característica de la responsabilidad por ilicitud. (Conviene recordar que, aunque la culpa, aun *lato sensu*, no aparezca en la escena de la responsabilidad de los Estados, es evidente que juega un cierto papel en la primera parte del proyecto de artículos sobre el tema[15].)

30. También parece razonable que si el daño transfronterizo se produce, el Estado pueda descargar su eventual responsabilidad demostrando que ha empleado todos los medios a su alcance para evitarlo (obligaciones de impedir un resultado). Esta consideración es importante y debe tenerse en cuenta a lo largo de todo el tema. El Relator Especial llama la atención sobre los pasajes de su segundo informe, donde se distingue entre las obligaciones de prevención en la responsabilidad por riesgo y en las que constituyen obligaciones de impedir un resultado[16]. En las primeras, aunque igual que en las segundas sólo hay incumplimiento en caso de producirse el daño, las consecuencias son únicamente las de agravar las condiciones del Estado de origen en la correspondiente reparación.

C.—Las conductas despojadas de ilicitud

31. El Relator Especial ha tratado ligeramente en su segundo informe[17] lo relativo a las conductas estatales

[13] Véase secc. 2, párr. 8 (primera frase), y secc. 3, párr. 4 (primera frase) del plan esquemático.

[14] Véase el quinto informe del anterior Relator Especial, documento A/CN.4/383 y Add.1 (véase nota 4 *supra*), pár. 31.

[15] Véase nota 18 *infra*.

[16] Documento A/CN.4/402 (véase nota 2 *supra*), párrs. 64 a 66.

[17] *Ibid.*, párrs. 32 y 33.

que habían sido privadas de ilicitud por virtud de algunas de las causales de exención establecidas en los artículos 29, 31, 32 y 33 de la primera parte del proyecto de artículo sobre la responsabilidad de los Estados[18].

32. En realidad, el artículo 35 del proyecto de artículos mencionado es una reserva. Dice:

Artículo 35 —Reserva relativa a la indemnización de los daños

La exclusión de la ilicitud de un hecho de un Estado en virtud de las disposiciones de los artículos 29, 31, 32 y 33 no prejuzgará ninguna cuestión que pueda surgir con relación a la indemnización de los daños causados por ese hecho

Esa reserva deja simplemente abierta la posibilidad de la aplicación de otras normas del derecho internacional que previeran al respecto algo específico.

33. Un examen más detenido del asunto revela que de este campo quedan excluidas las actividades privadas, esto es, aquellas que no sean conducidas por el Estado, ya sea a través de alguno de sus órganos, ya por personas que actúen en su nombre o por su cuenta, de acuerdo con las normas de atribución de la primera parte del proyecto. En suma, debe tratarse de un hecho del Estado aquel al cual se le quita el carácter de ilícito.

34. En el ejemplo mencionado repetidas veces, de un avión que penetre en territorio extranjero porque el piloto no pudo percatarse de tal circunstancia a causa del mal tiempo, es obvio que tal regla no se aplicaría a un avión de línea aérea privada, por cuanto no se habría siquiera configurado una conducta estatal a la que se pudiera despojar de ilicitud.

35. Tampoco sería el caso, si se quiere conservar la pureza metódica en el tratamiento del tema, de un órgano del Estado que cometiera el mismo error en el ejercicio de una actividad no peligrosa, por ejemplo, que entrara en jurisdicción extranjera por error pero caminando y, por un accidente fortuito e imprevisible, causara algún daño en dicho territorio. Aparentemente, tal situación no alcanzaría para poner en movimiento los mecanismos del proyecto en estudio.

36. Son casos, por cierto, poco frecuentes, pero por razones relacionadas, justamente, con esa pureza metódica recién mencionada, conviene señalar que no basta con que ciertos hechos del Estado se despojen de ilicitud para que los daños eventualmente causados caigan bajo la competencia del proyecto. Ello no significa negar que deban eventualmente ser compensados, pero si lo son, lo será por virtud de otras normas del derecho internacional.

D.—Las tres limitaciones o criterios

37. En su informe sobre su 36.° período de sesiones, la Comisión declaró lo siguiente:

239 Se señaló que el proyecto de artículo 1 contiene tres limitaciones o condiciones distintas, es decir, tres criterios que tienen que cumplirse para que una circunstancia dada quede comprendida en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos En primer lugar, el elemento transfronterizo· los efectos que se dejen sentir en el territorio o bajo el control de un Estado han de tener su origen en algo que tenga lugar en el territorio o bajo el control de otro Estado En segundo lugar, el elemento de la consecuencia material esto implica un vínculo de un tipo específico, una consecuencia que surge o puede surgir por la naturaleza misma de la actividad o situación de que se trate, a causa de una ley natural Estas dos limitaciones, conjuntamente, crean la posibilidad del tema que se examina este surge porque la naturaleza no tiene en cuenta las fronteras políticas [ ]

240 Con todo, las dos primeras limitaciones constituyen solamente requisitos previos necesarios Para poder aplicar los principios o las normas concernientes al tema que se examina, hay que demostrar también que la consecuencia material, utilizando las palabras del laudo dictado en el asunto del *Lagos Lanos*, «modifica un estado de cosas ordenado en función de las exigencias de la vida social» en otro Estado [ ][19]

38. El Relator Especial está, en general, de acuerdo con estos criterios, pero considera necesario introducir algunas modificaciones en el artículo 1.

39. En inglés se utiliza la expresión «physical consequence», y ello originó algunas opiniones en sentido de que el texto inglés refleja mejor lo que se ha querido decir en este artículo. La idea que dicho artículo quiere transmitir parece ser la siguiente: una cierta actividad peligrosa origina determinadas modificaciones o alteraciones de carácter físico. Estas modificaciones traspasan las fronteras de un Estado (o el ámbito donde ejerce alguna jurisdicción o control) y produce en el territorio de otro Estado (o en un ámbito donde éste ejerce alguna jurisdicción o control) un efecto adverso apreciable en términos sociales o de necesidades humanas. Se trataría de una cadena causal que encuentra su comienzo en el país de origen, por intervención humana. Naturalmente que un cadena causal solamente ocurre en un medio físico, por lo cual el Relator Especial piensa que la terminología adecuada debería ser «consecuencia física» en vez de «consecuencia material».

40. En su opinión, esta definición podría llegar a comprender la responsabilidad por los productos *(product liability)*, porque si un cierto producto es exportado —o sea, atraviesa una frontera— con vicios que dan origen en otro Estado a una cadena causal que se traduce en daños a la salud de ciertas personas, se estaría dentro de esta definición. Ello iría contra una afirmación del anterior Relator Especial expresada en el debate del 36.° período de sesiones de la CDI[20].

41. En el texto original se omitía especificar que los efectos debían ser «adversos». El Relator Especial comprende que, como dice el anterior Relator Especial en su resumen del debate recién mencionado[21] que cada Estado debe ser juez de cómo lo afecta una cierta consecuencia, de forma que aunque el Estado de origen no considere que ella sea adversa, el afectado tiene no obstante el derecho de invocar (se verá finalmente con qué éxito) el régimen de los presentes artículos. El Relator Especial cree que la nota de adversidad debe ser incluida, puesto que para que el régimen del proyecto sea efectivamente aplicado, es menester que el efecto sea, por cierto, adverso al Estado afectado. La calificación es necesaria, porque de lo contrario podría un Estado aducir que, aunque el efecto es benéfico en todo sentido, no le gusta y prefiere que el *statu quo* anterior no se altere. En cierto modo, esta inclusión de la palabra «adverso» estaría también a tono con la decisión del *La-*

[18] Vease *Anuario. . 1980*, vol. II (segunda parte), pags. 32 y ss

[19] *Anuario . 1984*, vol II (segunda parte), pág 81.

[20] *Anuario.. 1984*, vol I, pag. 242, 1852 ª sesión, párr. 49.

[21] *Ibid.*, párr 48

go Lanós[22]: España no podía reclamar nada si, no obstante los trabajos realizados por Francia, recibía en el punto en que el río entraba en su territorio el mismo caudal y la misma calidad de agua, no obstante que España resintiera el hecho de que Francia se quedaba—por así decirlo— con la llave del caudal de aguas abajo.

42. También en el texto original del artículo 1 se establecía que los efectos en cuestión debían afectar el «uso o disfrute de zonas situadas en el territorio o sujetas al control de cualquier otro Estado». En el debate que al respecto se produjo en el 26.° período de sesiones, un miembro de la Comisión planteó el caso en que la salud de las poblaciones fuera la dañada; la cuestión sería saber si esa situación estaría comprendida dentro del concepto de «uso y disfrute» de una zona[23].

43. Menester es admitir que no sería seguro que una hipótesis como ésta, que no podría menos que caer dentro del alcance de este proyecto, estuviera incluida en el concepto que se comenta. Cierto es que, de alguna manera, el uso o disfrute de una zona se vería disminuido si el efecto de una actividad en otro Estado es el de afectar la salud de sus habitantes. Pero también lo es que sería una curiosa manera de referirse a esa circunstancia la de hablar de «uso y disfrute». Por ello el Relator Especial ha preferido agregar que la consecuencia puede también afectar negativamente a «personas o cosas» situadas en tales lugares.

III.—ARTÍCULO 2

A.—Territorio y control

44. Como en el texto original, se incluye una lista de los términos empleados para precisar el alcance con que son utilizados en los presentes artículos.

45. El párrafo 1 aclara el término «situación» para expresar lo que se dijo más arriba.

46. El párrafo 2 equivale al párrafo 1 del texto original con sus tres apartados.

47. En el apartado *a*, como se ha visto, se extiende el concepto de «territorio» afectado por el efecto transfronterizo a ciertas zonas marítimas donde el Estado ejerce algunas jurisdicciones. Se da por supuesto que dentro del concepto de territorio del Estado debe incluirse el mar territorial y el espacio aéreo suprayacente, tanto al territorio terrestre como a este territorio marítimo. Es por ello que no se los menciona. Este apartado no se refiere necesaria y exclusivamente a la situación de un buque de bandera extranjera navegando, por ejemplo, a través de una zona de las descritas como territorio de un Estado a los fines de estos artículos. Puede contemplar también el caso de una actividad producida en plena alta mar, en el espacio ultraterrestre o eventualmente en el propio territorio de otro Estado, que tenga los efectos referidos en aquellas zonas donde el Estado ejerce una jurisdicción parcial.

48. El apartado *b* contempla la situación de buques, de aeronaves y de objetos espaciales, tanto cuando son origen del efecto transfronterizo como cuando éste se ejerce contra ellos, transformando al Estado de su pabellón, matrícula o registro en Estado afectado. En esta hipótesis, se trata de casos en que el efecto transfronterizo acaece no obstante provenir de una fuente ubicada transitoriamente dentro del propio territorio. Esta paradoja del efecto transfronterizo producido fronteras adentro necesitaba una explicación como la proporcionada por el apartado *b*.

49. Sabido es que tanto el Estado ribereño como el del pabellón ejercen ciertas jurisdicciones sobre un buque en paso inocente por el mar territorial del primero: para ciertos fines, se encuentra ese buque bajo la jurisdicción territorial del Estado costero, pero para casi todos los fines es tratado como si permaneciera fuera de su jurisdicción civil y penal[24]. Parece entonces que para referirse a buques en tal situación, no bastará hacer referencia a la jurisdicción ni mucho menos al territorio. El término «control» que se emplea aquí tal vez sea más adecuado, aunque en tal caso debe quedar claro que el concepto comprende situaciones como la de un buque privado, por ejemplo, sobre el cual el Estado del pabellón ejerce un control solamente relativo, y que no sería, por cierto, equivalente al que el Estado ejerce sobre sus propios buques.

50. En el apartado *b* del texto original se contemplaba la situación de las naves ejerciendo derecho de «paso ininterrumpido» o de aeronaves o naves espaciales ejerciendo el de sobrevuelo a través del territorio marítimo o el espacio aéreo de cualquier Estado. La expresión «paso ininterrumpido» parece haber sido elegida para referirse a cualquier forma de paso de los que consagra el nuevo derecho del mar, pero si es un paso no es entonces la libre navegación, y por ende no incluiría este término a los buques navegando por la zona económica exclusiva de otro Estado, con lo que se estaría en disonancia con el apartado anterior, que la considera «territorio» del Estado afectado cualquiera sea el origen del efecto transfronterizo que sobre ella se ejerce. De allí la redacción elegida por el Relator Especial para el apartado *b*, que incluye el concepto de «navegación». El texto revisado emplea además, «aun cuando» en lugar de «mientras» porque ésta es la peculiaridad de la situación. Si las naves en cuestión estuvieran en alta mar, o las aeronaves o naves especiales en zonas más allá de los límites de la jurisdicción nacional, no habría necesidad de este apartado, cuya inclusión intenta explicar la paradoja de un efecto transfronterizo dentro del propio territorio.

51. El apartado *c* se refiere a zonas fuera de las jurisdicciones nacionales, afectadas por una actividad o situación que tenga lugar también fuera de tales jurisdicciones: dos buques de distintas banderas en alta mar, dos aviones de diferentes matrícula en el espacio aéreo, dos naves espaciales de diferente registro en el espacio

[22] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.° de venta: 63.V.3), pág. 281. Reproducido parcialmente en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 206 y ss., documento A/5409, párrs. 1055 a 1068.

[23] *Anuario... 1984*, vol. I, pág. 221, 1849.ª sesión, párr. 26 (Sir Ian Sinclair).

[24] Véase el informe de la Comisión sobre su 36.° período de sesiones, *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), págs. 81 y 82, párr. 243.

ultraterrestre o mientras atraviesan el espacio aéreo. En tales casos, todo efecto de una nave a otra es transfronteriza. Va de suyo que todo efecto producido desde esos parajes al territorio propiamente dicho de un Estado también posee idéntica característica transfronteriza.

52. Esta hipótesis del apartado *c* podría tener una consecuencia amplia e interesante, de la cual la Comisión debe tener conciencia. Es la de consagrar un eventual derecho de un Estado afectado por una actividad realizada en cualquier parte —incluyendo el territorio de cualquier Estado de origen— que crea una situación en zonas más allá de las jurisdicciones nacionales, y ésta a su vez repercute con efecto propio en territorio de aquel Estado.

53. Si esta solución resulta aceptable —y su consagración podría depender tal vez de ulteriores desarrollos, relativos a los límites de la responsabilidad— daría respuesta aunque fuera parcial a la preocupación manifestada en varios debates relativa a los efectos nocivo de actividades sobre aquellas regiones. Cada Estado tendría un derecho —en tanto y en cuanto sea afectado en su territorio— a poner en movimiento las acciones y procedimientos de estos artículos. Obviamente, en muchos de esos casos, los procedimientos tendrán que ser diferentes de los bilaterales, y acaso sea necesario alguna intervención de los organismos internacionales. Algo semejante a lo que eventualmente pueda establecerse para las actividades cuyos efectos se propaguen a grandes distancias y se presenten problemas ya entrevistos en el último debate relativos a la notificación o a la prevención en general.

B.—El daño

54. Los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 2 no requieren mayor explicación. El párrafo 6, en cambio, lleva a un concepto muy importante en la materia, el de daño, sobre el que conviene ensayar una primera aproximación, puesto que hasta ahora sólo ha habido al respecto enfoques parciales.

55. ¿En qué consiste el daño? ¿Cuál es su naturaleza? Es claro que el daño en esta materia no es igual al de la responsabilidad por hechos ilícitos. En este campo, el derecho busca restaurar en lo posible la situación existente con anterioridad al incumplimiento de la obligación de que se trate, borrar de una manera o de otra las consecuencias del hecho ilícito. En el contexto del tema examinado, en cambio, hay que tener muy en cuenta que el efecto adverso que es la base del daño se produce como consecuencia de una actividad que es lícita, que ha sido aceptada no obstante los peligros que entraña porque de la comparación de los diversos intereses y factores en juego resulta preferible afrontar las consecuencias que eventualmente se produzcan que prohibir directamente la actividad. Asimismo, si ésta ha sido simplemente no prohibida, porque no ha culminado aún el procedimiento de los presentes artículos para crear un régimen, el daño se da igualmente en un contexto de licitud en el que juegan por ende factores similares a la anterior situación.

56. Una primera conclusión sería que el daño consiste en la ruptura del equilibrio de factores e intereses en juego, que se ha tenido en cuenta al no prohibir la actividad. Y la magnitud del daño guardará directa proporción con la ruptura de aquel equilibrio: la brecha que cause será su medida. Y como los factores que intervienen son complejos, y a veces no fácilmente cuantificables, surge la necesidad de negociaciones. Claro está que en las negociaciones todo cabe, y el resultado puede reflejar, de acuerdo con la capacidad negociadora de las partes, alguna magnitud diferente del real daño. Eso no quita la necesidad de negociar con los fines enunciados arriba, pero hace recordar la calificación de «deber negociable» *(negotiable duty)* que le dió Gunther Handl[25].

57. Y ¿cuáles serían esos factores en interacción? Sin perjuicio de lo que resulte de ahondar más adelante este examen, a primera vista los factores intervinientes serían los de la sección 6 del plan esquemático. Para no citar sino algunos, debería establecerse si una actividad determinada es también benéfica para el Estado afectado (en el caso del transporte del petróleo, por ejemplo si el efectuado por petroleros gigantes abarata el precio y mejora el abastecimiento, etc.). También se debería considerar si el Estado de origen ha debido efectuar gastos considerables para satisfacer los requisitos de la prevención, o inversamente, los gastos que con el mismo fin ha debido realizar el propio Estado afectado. Es por ello que a veces el resultado de estas operaciones es el de fijar una suma límite a la indemnización, que resultaría menor que el daño considerado aisladamente del anterior contexto.

58. Si el daño ha ocurrido sin régimen, será necesario evaluarlo teniendo en cuenta los mismos factores, que intervienen a veces en la acción unilateral de las partes. Por ejemplo, si el Estado de origen ha tomado realmente precauciones serias y costosas, de alguna forma tales costos pueden influir en la fijación del daño. Lo mismo que si la actividad realmente beneficia al Estado afectado, etc. Si el Estado de origen no cumple con sus obligaciones de notificar al eventualmente afectado, o de negociar un régimen, o finalmente no tiene en cuenta su obligación pura de prevención (secc. 2, párr. 8 y secc. 3, párr. 4 del plan esquemático), se ha visto que su situación procesal se agravaría y por ende habría eventualmente incidencia de estas circunstancias al fijarse el monto de la indemnización.

59. Otra aproximación al concepto de daño sería la de distinguir los diversos tipos que pueden presentarse, y señalar aquellos que pueden formar parte del tema en examen. A primera vista se advierten los siguientes:

a) El daño que no alcanza a ser significativo, sensible o apreciable. No llega al umbral a partir del cual empieza a contabilizarse como daño y consiste sólo en una simple molestia que hay que soportar porque el disfrute de la tecnología moderna implica cierto desgaste, la emisión de ciertos desechos y demás que todos deben soportar porque todos son víctimas y victimarios simultáneamente;

b) Sólo interesa entonces el daño que sobrepasa el umbral aludido.

60. Habría por lo menos tres subtipos dentro de este segundo tipo de daño :

[25] Véase el segundo informe del Relator Especial, documento A/CN.4/402 (véase nota 2 *supra*), párr. 43.

a) El daño apreciable producido por una actividad de riesgo genérico típico del tema en estudio;

b) El producido por actividad no prohibida y por culpa o negligencia del Estado de origen, o de las personas privadas intervinientes en dicho Estado. Sería característico de algunas actividades contaminantes, cuyos efectos no dependen del azar sino que siguen normalmente a la actividad. En el proyecto relativo a los cursos de agua, se prohíbe ese daño sin averiguar de qué actividades proviene. No se estaría en el tema examinado, excepto en caso de accidente sólo previsible genéricamente. Pero en otras materias, tales prohibiciones no son evidentes. Habrá entonces daños causados por actividades no prohibidas que no serían indemnizables por causa de ilicitud debido a la inexistencia de una norma específica. Se había aceptado su inclusión en el presente tema, al menos provisionalmente, en el segundo informe del Relator Especial[26].

c) Por último, habría el daño producido por un acontecimiento imprevisible, en el curso de una actividad que no es apreciablemente peligrosa, a través de la operación de una concausa, que en principio no caería dentro del ámbito del tema examinado. Con ello no quiere decir que no sea indemnizable, pero sí que no lo es de acuerdo con los presentes artículos.

IV.—ARTÍCULOS 3 A 6

A.—Artículo 3

61. El artículo 3 trata de ciertos casos particulares de efectos transfronterizos.

62. El apartado *a* intenta dejar sentado un concepto que fue materia de aclaración por el Relator Especial en el debate del período de sesiones precedente, como sigue:

> [...] En relación con el alcance del tema, y con las obligaciones de informar y de negociar, resultó necesario aclarar que en opinión del Relator Especial, el término «transfronterizo» no se refería sólo al daño causado a los países limítrofes, sino que abarca también al que pudiera proyectarse más allá de las fronteras nacionales, hubiera o no vecindad entre el Estado de origen y el afectado[27].

63. Esta explicación de la que ha quedado, naturalmente, constancia en el informe de la Comisión, pudiera ser considerada suficiente y por tanto redundante el texto que se propone. Pero dos consideraciones militan en favor de ser explícitos: una es que, tratándose del alcance del tema, la precaución de decir lo tácito suele ser necesaria, y otra que finalmente, tanto lo que se diga en los debates como el comentario mismo que la Comisión hace de los artículos —donde se podría incluir lo anterior— no son sino *travaux préparatoires*, y consecuentemente de un valor relativo. Con ello queda también constancia de la posición del Relator Especial respecto al valor de las especificaciones que a veces da al comentario.

64. El apartado *b* es una reafirmación de lo dicho antes en relación con el artículo 2, párrafo 2, apartado *c* (véanse párrs. 51 a 53 *supra*) y su permanencia en estos artículos dependerá de la reacción de la Comisión respecto a lo allí dicho.

B.—Artículo 4

65. El artículo 4 sirve de introducción al resto del texto, pero al mismo tiempo fija dos condiciones muy importantes para el surgimiento de la responsabilidad que a los Estados impone el proyecto. Se refieren al conocimiento por parte del Estado de origen de que: *a*) la actividad de que se trate se está desarrollando o está por desarrollarse en su territorio, y *b*) dicha actividad crea un riesgo apreciable.

66. Las dos condiciones están calificadas de manera substancial por la presunción que implica el miembro de frase del texto del artículo que dice: «o tuviera los medios de conocer». La exclusividad de la jurisidicción territorial la hace necesaria, puesto que la prueba de ese conocimiento no puede recaer sobre el Estado afectado. Aunque la primera condición sería de aplicación general, tiende a contemplar especialmente la situación de ciertos países en desarrollo, de gran extensión territorial, a los que acaso no se les pudiera aplicar a rajatabla la presunción de que conocen todo lo que pasa en su territorio. En particular, la responsabilidad eventual por la prevención o reparación del daño estaría sujeta a un especial examen en los casos en que la actividad que origina el riesgo se desarrolla en regiones como la zona económica exclusiva, de gran vastedad y donde los países en desarrollo carecen muchas veces de los medios para vigilar las actividades que pueden desarrollar buques de terceras banderas y que pudieran tener efecto en el territorio de otros Estados.

67. Todo esto estaría de acuerdo con el principio que se desprende del fallo dictado por la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú*[28] y también —respecto a la emisión de humos dañinos— de la sentencia arbitral dictada en el asunto de la *Fundación de Trail (Trail Smelter)*[29]. Es cierto que así enunciado, ese principio parece establecer una obligación cuyo incumplimiento acarrearía ilicitud y así no caería dentro de los límites de este tema. No es esa la opinión del Relator Especial: en ambas decisiones se invoca al respecto un principio muy general del derecho internacional. El Relator Especial abriga serias dudas de que este principio pueda ser considerado operativo en el derecho internacional general, sin una norma más específica, de nivel de generalidad más bajo, que lo haga funcionar.

68. Pues bien, esta habilitación del principio en la práctica puede hacerse de dos maneras, según la finalidad que se persiga y las circunstancias propias del problema: o bien a través de normas de prohibición cuyo incumplimiento acarrearía naturalmente ilicitud, o bien por intermedio de normas de responsabilidad por riesgo, o «estricta». En este último caso, el Estado tiene una responsabilidad causal, la atribución del hecho es por ello amplia —por la mera ocurrencia a sabiendas del Estado en el territorio— y no puede descargarla de-

[26] *Ibid.*, párrs. 30 y 31.

[27] *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 60, párr. 206.

[28] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

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

mostrando que utilizó los medios razonables a su disposición para evitar el evento dañoso, como sucedería en las obligaciones de evitar un resultado. La responsabilidad «estricta» no es sino una técnica del derecho para perseguir ciertos fines.

69. El Relator Especial entiende que el conocimiento por parte del Estado territorial, o la presunción que de ese conocimiento crea el hecho de disponer de los medios para tenerlo, están en la base de la responsabilidad en esta materia y la justifican. Había calificado de «pecado original» el de crear un riesgo de cierta magnitud por medio de una actividad humana, ya sea propia del Estado, ya de individuos en su territorio. En esta creación está también el origen de la ruptura del equilibrio jurídico o de intereses entre ese Estado y los eventualmente afectados, del enriquecimiento sin causa, y de la quiebra de la igualdad jurídica de unos y otros. Si se está convencido de que, de alguna manera, cuya discusión el Relator Especial no quiere introducir en el debate, la «culpa» *lato sensu* inspira todas las soluciones en materia de responsabilidad, habría que buscar como justificación de la responsabilidad por riesgo esa especie de culpa genérica, anterior a la actividad misma, que yace en la creación del riesgo.

70. Nótese también que se introduce aquí la expresión «riesgo apreciable», que implica una verdadera novedad en la materia. El calificativo «apreciable», indica que el riesgo de que se trate debe tener alguna magnitud, debe ser o bien visible o bien deducible de las cualidades propias de las cosas o materias empleadas. Hace *pendant* con la apreciabilidad que se requiere del daño para ser recogido por los presentes artículos, y resultaría de conveniente inclusión teniendo en cuenta que la descripción del artículo 1: «que originen o puedan originar una consecuencia física [...]» es demasiado vasta y da acogida a cualquier tipo de riesgo. El matiz introducido con lo de «apreciable», no implica, a criterio del Relator Especial, introducir una nueva magnitud no cuantificable, sino simplemente dar expresión a lo que estaba implícito en la lógica del texto.

C.—Artículos 5 y 6

71. Los artículos 5 y 6 no requieren mayor explicación. Reproducen respectivamente los artículos 3 y 4 del texto original. Los comentarios al respecto pueden encontrarse en el quinto informe del anterior Relator Especial[30] y en el informe de la Comisión sobre su 36.° período de sesiones[31]. Conviene pues remitirse al debate de la Comisión sobre el tema en ese mismo período de sesiones[32]. El Relator Especial opina que el lugar en que deben ser colocados sus textos es, precisamente, al principio del proyecto, pues la dilucidación de las relaciones del proyecto con otros convenios o con otras normas del derecho internacional va generalmente al comienzo.

D.—Las organizaciones internacionales

72. Por último, parece necesario explicar por qué no se ha sometido a la consideración de la Comisión el proyecto de artículo 5 del texto original[33].

73. El Relator Especial tiene la impresión de que todo lo relativo al papel que pueden jugar las organizaciones internacionales en este tema constituye un poco *terra incognita* y de no poca magnitud. Parece claro que tienen eventualmente funciones importantes que desempeñar, y algo de ello se dijo en el último debate en relación con su posible papel en los procedimientos relativos a la prevención (notificación, negociación) de actividades de consecuencias tan vastas y que pueden afectar a un número tan grande de países que hacen estallar los moldes previstos para los procedimientos bilaterales.

74. Hubo también un cuestionario enviado a algunas organizaciones cuya lectura, así como la de las respuestas recibidas[34], resulta de indudable utilidad. La Comisión decidió, en su período de sesiones anterior, considerar el envío de un nuevo cuestionario a algunas organizaciones internacionales escogidas[35]. De forma que todavía el Relator Especial y la Comisión carecen de un conjunto suficiente de elementos de juicio como para abordar eficientemente el tema en relación con el proyecto de artículos.

75. Es por ello que el Relator Especial prefiere postergar para una consideración más madura la decisión relativa a las organizaciones internacionales.

---

[30] Documento A/CN.4/383 y Add.1 (véase nota 4 *supra*), párrs. 39 a 43 (relación con otras normas de derecho) y párrs. 44 a 48 (relación con otros acuerdos).

[31] *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), pág. 84, párrs. 254 y 255.

[32] Véase nota 5 *supra*.

[33] Véase nota 4 *supra*.

[34] Véase *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/378.

[35] *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 61, párr. 211.