se pregunta cuáles son los Estados a los que se informará de una actividad que entrañe un riesgo y que sea realizada a bordo de buques o aeronaves bajo el control de un Estado, así como cuáles son los Estados con que deberá éste negociar.

46. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) lamenta no poder contestar satisfactoriamente a las preguntas del Sr. Ushakov, al no haber avanzado lo suficiente en el estudio del tema. Se encuentra todavía, efectivamente, en la fase del plan, y ni siquiera el anterior Relator Especial había abordado todavía ese tipo de problemas.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas

1975.ª SESIÓN

Miércoles 25 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Doudou THIAM

Miembros presentes: Jefe Akinjide, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Barboza, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Tomuschat, Sr. Ushakov, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)* [A/CN.4/384[1], A/CN.4/394[2], A/CN.4/402[3], A/CN.4/L.398, secc. H.1, ILC(XXXVIII)/Conf.Room Doc.5[4]]

[Tema 7 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. ROUKOUNAS examina los diversos aspectos del plan esquemático y dice que sería preciso determinar cuáles son concretamente las actividades susceptibles de tener consecuencias perjudiciales para el medio ambiente y establecer la lista de las mismas, mencionando las utilizaciones pacíficas de la energía nuclear, la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, el transporte de hidrocarburos, la prospección y explotación de los recursos naturales de los espacios marítimos, la explotación de los recursos naturales compartidos y la utilización de los cursos de agua internacionales, sin olvidar la producción y almacenamiento de ciertas armas. Dada la diversidad de las actividades que son susceptibles de contaminar el medio ambiente y de causarle daños, convendría, como medida de prudencia, no establecer una lista demasiado selectiva, puesto que se podrían eliminar más tarde ciertas actividades si resulta que ya son objeto de una reglamentación.

2. Convendría asimismo precisar el marco espacial. Se dice en el plan esquemático que las actividades que interesan son las que se llevan a cabo «sobre el territorio y bajo el control» de un Estado. Pero estos conceptos de «territorio» y de «control» no se pueden aplicar fácilmente en el caso de actividades que provoquen la contaminación del espacio ultraterrestre, actividades que no siempre están reglamentadas a escala internacional puesto que ningún Estado ha ratificado aún el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 1985. Sin embargo, el espacio ultraterrestre, como medio de propagación del espectro de las frecuencias radioeléctricas, forma parte del medio ambiente natural. Es un recurso natural limitado, susceptible de saturación pero no agotable, según los reglamentos administrativos de la UIT.

3. Además, será necesario determinar cuáles son las consecuencias que se consideran perjudiciales. Al contrario de lo que se prevé en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, en este caso el daño es una condición *sine qua non* de la responsabilidad. Ahora bien, las diversas actividades que se contemplan tendrán inevitablemente diferentes consecuencias perjudiciales. Se plantean a este respecto diversas cuestiones que será preciso elucidar: ¿A partir de qué grado de gravedad se juzgan perjudiciales las consecuencias de una actividad determinada? ¿Qué se debe entender por «daño apreciable»? ¿Puede resultar este daño apreciable de una acumulación de hechos que, por separado, no sean peligrosos?

4. Será preciso además definir la «pérdida» y el «daño». En el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972[5], y en la Convención sobre contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979[6], se dan distintas definiciones del daño. Por su parte, el Sr. Roukounas considera que la Comisión debe estudiar la cuestión más a fondo antes de decidir excluir del ámbito del tema el «daño imprevisible».

5. Pasando a continuación al régimen propuesto en el plan esquemático, el Sr. Roukounas observa que es difícil reglamentar las actividades que se encuentran en el límite entre lo lícito y lo ilícito. A este respecto, se pueden distinguir por lo menos tres tipos de situaciones: *a)* la primera situación es aquella en que, a causa de la evolución del derecho internacional, una actividad que antes era lícita después no está prohibida, antes de convertirse en ilícita; va cambiando progresivamente de categoría jurídica; por ejemplo, los ensayos nucleares en la atmósfera han seguido estas fases antes de quedar prohibidos

---

[1] Reproducido en *Anuario 1985*, vol II (primera parte)/Add 1

[2] Reproducido en *Anuario 1985*, vol II (primera parte), pag 101

[3] Reproducido en *Anuario 1986*, vol II (primera parte)

[4] El plan esquematico, presentado por el anterior Relator Especial, R Q Quentin-Baxter, a la Comision en su 34 ° periodo de sesiones, se reproduce en *Anuario 1982*, vol II (segunda parte), pags 88 a 90, parr 109 Las modificaciones hechas a ese texto en el cuarto informe de R Q Quentin-Baxter, presentado a la Comision en su 35 ° periodo de sesiones, se señalan en *Anuario 1983*, vol II (segunda parte), pag 93, parr 294

[5] Vease 1972 ª sesion, nota 12

[6] E/ECE/1010

en 1963; *b*) la segunda situación es aquella en que las actividades lícitas están reglamentadas por convenciones especiales; por ejemplo, en caso de contaminación por hidrocarburos en altar mar, la reparación del daño se hace según ciertas normas previstas convencionalmente; puesto que esa actividad no es ilícita, se continúa practicando; pero también ocurre que, aunque sea lícita, se suspenda la actividad; así ocurre, sobre todo, en el caso de actividades que causen una contaminación transfronteriza de cierta importancia; *c*) finalmente, la tercera situación es aquella en que las actividades lícitas están reglamentadas por una convención general; según el plan esquemático, que versa sobre esta tercera situación, la actividad seguirá siendo lícita siempre que el Estado de que se trate siga ciertos procedimientos antes, o quizá después, de que se produzca el daño; así pues, al parecer, una norma de fondo se encuentra incorporada en un conjunto de normas de procedimiento. El objetivo, que es el de asegurar el mantenimiento de buenas relaciones entre los Estados de que se trate desde que se produce el daño hasta su reparación, es muy loable pero no es fácil de alcanzar.

6. Conviene recordar a este respecto que las obligaciones de informar y de cooperar figuran ya en los principios 21 y 22 de la Declaración de Estocolmo de 1972[7] y que la comunidad internacional las ha aceptado desde hace tiempo. Pero actualmente aún no se sabe cómo se aplican en la práctica dichos principios y las numerosas convenciones que existen al respecto. El Sr. Roukounas piensa, sobre todo, en el punto de vista de las organizaciones internacionales que tienen un papel importante que desempeñar en esta cuestión y a las que se debe considerar que tienen derechos y obligaciones autónomas. Constituye un buen ejemplo de ello la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982.

7. Un procedimiento establecido cuyo objeto sea promover la cooperación entre los Estados no puede por menos de recibir una acogida favorable, pero no convendría que enmascarase cierto automatismo. Según el plan esquemático, la actividad peligrosa sigue siendo lícita en el marco de un régimen que abarca cuatro fases: información, cooperación, daño y reparación. Sin embargo, puede ocurrir que la información previa resulte difícil de proporcionar o de obtener —por ejemplo, ciertos Estados no consideran oportuno indicar si sus navíos de guerra tienen propulsión nuclear o no— o que falle la cooperación, y que, a pesar de ello, el Estado de origen tome unilateralmente las medidas necesarias. Se pasa entonces directamente del daño a la reparación. Por esta razón quizá se podría intentar introducir en el plan esquemático normas mucho más precisas que dejarían a los Estados cierta libertad de elección.

8. Conviene no olvidar la importancia que se concede a las bases teóricas de este tema. Por ejemplo, se ha invocado la responsabilidad estricta o la responsabilidad por riesgo, la solidaridad internacional y la igualdad soberana entre los Estados. Para justificar la reparación, se ha mencionado también la integridad territorial o la protección de la soberanía del Estado afectado. En su segundo informe (A/CN.4/402) el Relator Especial parece mostrar una ligera preferencia por la responsabilidad estricta, preferencia que comparte el Sr. Roukounas.

9. Sin duda, se tardará mucho tiempo en crear un fondo internacional para proteger a los Estados contra los daños transfronterizos causados por actividades lícitas, pero quizás se podría ya intentar elaborar, además del conjunto de normas de procedimiento previstas, una norma general de comportamiento que garantice el carácter lícito de las actividades peligrosas de que se trate y se precisen los límites internacionales. Se trata aquí de un problema mundial, que se plantea tanto en la frontera entre el Canadá y los Estados Unidos de América como en Estocolmo o en el Estrecho de Corfú y al que aún no se ha encontrado una solución.

10. En cuanto a la unidad del tema, que menciona el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 6 a 10), esta unidad debe recordar a todos la unidad del género humano ante los beneficios y los perjuicios que aportan la ciencia y las técnicas modernas, lo que Paul Valéry expresaba con la fase «Comienza la era del mundo acabado.»

11. El Sr. BALANDA dice que la cuestión en estudio es interesante pero difícil, ya que se relaciona con el derecho del futuro. Aún no se ha encontrado ninguna norma general para reglamentar esas actividades que son tan útiles para el desarrollo de los Estados pero que suponen riesgos.

12. En lo que respecta al alcance del tema, puesto que aún no se ha definido con precisión el concepto de «situación», el Relator Especial propone atenerse por el momento únicamente a las actividades susceptibles de causar un daño material transfronterizo «apreciable» o «sensible» (A/CN.4/402, párr. 11). Pero, y aquí radica el primer problema, no es fácil determinar el grado de gravedad a partir del cual se deberá reparar el daño.

13. Algunos han sugerido reglamentar, entre estas actividades, únicamente las más peligrosas. Pero, dado que prácticamente no existe ninguna norma de derecho consuetudinario que sea aplicable en la materia y que la práctica convencional misma se encuentra bastante poco desarrollada, si se continúa por este camino una amplia gama de actividades escaparían a toda reglamentación jurídica.

14. Se trata también de saber si las disposiciones que se elaborarán afectarán únicamente a las actividades de los Estados o si se aplicarán también a las actividades que realice cualquier otra entidad dentro de la jurisdicción del Estado de que se trate. Lo que dice a este respecto el Relator Especial en su informe *(ibid.)* no está muy claro. Al invocar la competencia exclusiva del Estado como autoridad territorial o autoridad de control, parece darse a entender que el Estado es responsable de todas las actividades que se realicen sobre su territorio. Ahora bien, esta es precisamente la interpretación que el anterior Relator Especial parecía querer evitar al emplear en todos sus informes la expresión «Estado autor» que parecería no ser aplicable más que cuando se trate de las actividades del Estado mismo y no del conjunto de las actividades que puedan relizarse en su territorio. Por lo tanto, sería preciso aclarar este punto.

[7] Véase 1972.ª sesión, nota 8.

15. El Relator Especial ha demostrado con éxito la unidad conceptual del tema, que engloba tanto la prevención como la reparación, y, en su opinión, el daño constituye el criterio unificador en cuanto al fondo.

16. En lo concerniente a la obligación de prevención, es desde luego necesario exigir al Estado de origen que haga todo lo posible para evitar que las actividades que emprenda tengan consecuencias perjudiciales. Pero para ello es necesario que tenga conocimiento de los riesgos que supongan dichas actividades. Ahora bien, es muy posible emprender una actividad ignorando que podría tener ciertas consecuencias perjudiciales. Por lo tanto, existe un elemento de imprevisibilidad que es importante, ya que este elemento, en caso de daño, entrañaría la responsabilidad del Estado de origen. Por consiguiente, si se formula una norma relativa a la obligación de prevención, convendría precisar que esta prevención se deberá realizar «teniendo en cuenta el estado de los conocimientos en la esfera de que se trate». No sería razonable reprochar a un Estado que haya hecho lo posible por conocer las consecuencias perjudiciales de una actividad, a pesar de contar con medios y conocimientos científicos y técnicos limitados, el que no haya podido conseguir, en su caso, evitar un daño.

17. Aunque la obligación de informar y la de cooperar incumben únicamente al Estado de origen, la obligación de negociar incumbe a todos los Estados interesados, es decir, no sólo al Estado de origen, sino también a todos los que puedan tener conocimiento de las repercusiones de la actividad realizada por el Estado de origen. Por otra parte, puede ocurrir, dado que los Estados son soberanos, que algunos de éstos se nieguen a cooperar y a negociar. Por lo tanto, sería preciso encontrar una fórmula que permita en este caso salvar la situación.

18. Según el plan esquemático, faltar a las obligaciones de informar, de cooperar o de negociar no da lugar por sí mismo a un derecho de acción, o, dicho de otro modo, no origina una obligación de reparar si se produce un daño. Para que haya obligación de reparar es preciso que previamente hayan existido expectativas compartidas o una negociación. Ahora bien, el Relator Especial dice a propósito de las causas de exención lo siguiente:

> 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 [...] (*Ibid.*, párr. 61.)

Por lo tanto, parece ser que el Relator Especial considera que el Estado de origen es responsable cuando falta a la obligación de informar o de negociar, ya que queda excluida la posibilidad de que dicho Estado invoque las excepciones. Al parecer, hay aquí una contradicción.

19. En cuanto a la obligación de informar, el Sr. Balanda considera que el Estado de origen debe cumplirla antes y no después de que empieza la actividad. Al parecer, el anterior Relator Especial fijaba un límite al derecho de información, al prever que el Estado podía abstenerse de comunicar ciertas informaciones para no divulgar secretos industriales. Convendría que el nuevo Relator Especial precisara si, en su opinión, el derecho a la información debe tener ciertos límites o si, por el contrario, debe ser absoluto.

20. También cabe interrogarse sobre el contenido de la obligación de informar. El Estado que va a hacer construir una fábrica para emprender una actividad susceptible de causar daños transfronterizos ¿deberá proporcionar los planos de la instalación o le bastará con dar algunas indicaciones generales sobre las consecuencias perjudiciales que podría tener la actividad prevista?

21. En su informe (*ibid.*, párr. 17) el Relator Especial prevé la introducción de la noción de debida diligencia, sin duda para asegurar cierto equilibrio. En efecto, si no se toma en cuenta la diligencia que puede mostrar el Estado de origen para evitar un daño, se podrá tener por responsable a este Estado de cualquier daño que se cause a un Estado vecino. Convendría que el Relator Especial precisase esta cuestión en sus informes futuros.

22. En lo que respecta a la obligación de reparación, el Sr. Balanda no comparte plenamente las opiniones expresadas por el Relator Especial en su informe (*ibid.*, párrs. 46 y ss.). A lo sumo, se podría admitir la supresión de todo automatismo. Pero, teniendo en cuenta el carácter mismo de la cuestión, la obligación de reparación no debería estar subordinada a la ruptura del equilibrio de intereses que las «expectativas compartidas» o la negociación hayan tendido a establecer entre los Estados de que se trate. Considerar la obligación de reparación como una obligación convencional equivaldría a negar la autonomía de la cuestión misma, es decir, la responsabilidad basada en el riesgo. Puesto que las actividades contempladas son actividades que suponen un riesgo permanente, la obligación de reparación no debe ser condicional. Debe tener un carácter autónomo. El Relator Especial dice en su informe, con razón, que la obligación de reparación procede del principio de la soberanía. Cuando un Estado soberano que ejerce un dominio exclusivo sobre su territorio cause indebidamente un daño a otro Estado, deberá concederle una reparación aunque no se hayan violado las disposiciones de un eventual protocolo o negociación y se hayan respetado las «expectativas compartidas».

23. La reparación es distinta de la compensación. La reparación tiene siempre por objetivo restablecer, dentro de lo posible, la situación preexistente. Cuando el daño no se pueda reparar materialmente, se recurrirá a la compensación. Cabe preguntarse cómo se puede realizar una reparación en la esfera que se examina, especialmente cuando el daño sea continuo. ¿Se hará una reparación escalonada en el tiempo o, por el contrario, se concederá la compensación de una sola vez que valga para todas? Dadas las particularidades de la reparación y de la compensación, se debería intentar definir un régimen diferente para cada una de ellas.

24. Por otra parte, si se admiten causas de exención, dado que en la situación actual la obligación de reparación no se originaría más que en el caso de no respetarse las «expectativas compartidas», es de temer que toda reparación resultaría imposible. El Estado afectado no podría obtener ni reparación ni indemnización. Por lo tanto, el Relator Especial debe reflexionar aún más sobre esta cuestión, a fin de evitar todo desequilibrio. Sería anormal que el Estado de origen, que es el interesado en realizar la actividad que causa el daño, no esté obligado a conceder ninguna reparación al Estado afec-

tado, el cual no obtiene ningún beneficio de dicha actividad.

25. En el caso del transporte marítimo de hidrocarburos, por ejemplo, es muy lógico mantener ciertas causas de exención como la fuerza mayor y el caso fortuito, ya que en este caso el daño, es decir, la contaminación, tiene necesariamente carácter accidental. Pero no puede decirse lo mismo cuando el riesgo sea inherente a la actividad de que se trate. Sea como fuere, si es preciso admitir causas de exención, convendría hacerlo con mucha prudencia y teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos del Estado afectado.

26. En lo que respecta al daño, convendría precisar cierto número de detalles. Especialmente, sería preciso determinar si se trata de un daño directo o indirecto y si el Estado de origen debe reparar todas las consecuencias de la actividad de que se trate.

27. También convendría estudiar más detalladamente la cuestión de la creación de un fondo internacional de indemnización, que es lo único que podría conciliar los intereses del Estado de origen y del Estado afectado, tomando debidamente en cuenta el daño que haya sufrido este último y permitiéndole obtener una reparación aceptable.

28. Finalmente, el reparto de los costos y las pérdidas se debe examinar con mucha circunspección. Es necesario no perjudicar los intereses legítimos del Estado afectado. Ahora bien, si el Estado afectado tuviera que participar en los costos y pérdidas, aunque no obtenga ninguna ventaja de la actividad que tiene consecuencias perjudiciales, sufriría un segundo daño.

29. El Sr. FRANCIS después de haber felicitado al Relator Especial por su excelente informe (A/CN.4/402), desea formular algunas observaciones preliminares acerca de su contenido.

30. En primer lugar, el nivel de diligencia exigida en el marco del tema que se examina no corresponde a la noción familiar de «deber de diligencia». En segundo lugar, el objetivo del tema en examen no es establecer normas secundarias, sino enunciar las normas que, desde el punto de vista jurídico, constituyen principios rectores o recomendaciones para el Estado de origen y el Estado afectado. A ese respecto, el Sr. Francis aprueba el empleo de la expresión «Estado de origen», en lo que el Relator Especial sigue el ejemplo de su predecesor.

31. En el marco del tema en examen, la Comisión ha emprendido la formulación de normas primarias encaminadas a regir la cuestión de la reparación y la obligación de negociar. El anterior Relator Especial había insistido en el hecho de que estas normas primarias intervienen en el caso de que una actividad que no esté prohibida por el derecho internacional cause un daño transfronterizo. El plan esquemático se ha elaborado basándose en estas hipótesis.

32. En su informe, el Relator Especial precisa que:

> [...] Esta labor se limitará en esta instancia al esquema mismo y no a las modificaciones introducidas por los primeros cinco artículos posteriormente presentados [...] (*Ibid.*, párr. 13.)

Los artículos mencionados son, evidentemente, los artículos 1 a 5 que presentó el anterior Relator Especial en su quinto informe[8]. Por otra parte, el Relator Especial señala que el plan esquemático no da ninguna indicación en cuanto al carácter cualitativo del riesgo:

> [...] No se dice si éste consiste en la existencia de una probabilidad muy baja de producción de daños catastróficos, por ejemplo, o sea si consideraremos sólo las actividades que Jenks llama *ultra-hazardous* [...] *(Ibid.)*

33. Por su parte, el Sr. Francis preferiría que la labor de la Comisión verse sobre los cinco proyectos de artículos ya presentados, a condición, evidentemente, que se adopte un enfoque flexible, pero situándolos en el contexto del plan esquemático. En lo que respecta al ámbito del tema y al carácter cualitativo del riesgo contemplado, es esencial tener en cuenta la distinción entre el tema que se examina y el de la responsabilidad de los Estados. El tema de la responsabilidad de los Estados se relaciona con los hechos internacionalmente ilícitos, mientras que el tema que se examina versa sobre las actividades que no están prohibidas por el derecho internacional. En esta instancia, la Comisión no debería ocuparse de la cuestión del carácter cualitativo, sino centrarse en los objetivos generales del tema.

34. En cuanto al valor del plan esquemático, el Sr. Francis llama la atención sobre la observación formulada por el anterior Relator Especial en su tercer informe:

> Es preciso, por supuesto, dejar bien sentado que un plan esquemático no es un medio de suplir la prueba de cualquiera de los planteamientos que proponga sucintamente. Cada elemento del esquema debe contrastarse después mediante su homologación con los principios admitidos de derecho internacional y con la práctica naciente de los Estados o con arreglo a su aceptabilidad para éstos a la luz de su experiencia y necesidades conocidas. Si en algún caso no se satisface ese criterio, el plan esquemático debe ser revisado. [...][9].

Por lo tanto el anterior Relator Especial dio amplio margen a la flexibilidad.

35. En cuanto al alcance del tema, el Sr. Francis señala que es preciso examinarlo en el contexto de su objeto, a saber, las actividades que no están prohibidas por el derecho internacional, actividades que pueden ejercer o bien los agentes de un Estado o bien otras personas. En esta instancia, la Comisión no debería intentar determinar el nivel del riesgo que se habrá de tomar en cuenta. Se podría ilustrar con numerosos ejemplos la amplitud de la gama de situaciones que pueden contemplarse. Lo esencial es no olvidar que el tema en examen abarca todos los daños transfronterizos resultantes de actividades que no estén prohibidas por el derecho internacional.

36. El reciente accidente de Chernobil, a propósito del cual el Sr. Francis desea asociarse a los sentimientos de simpatía que Sir Ian Sinclair (1974.ª sesión) expresó al Sr. Ushakov, pone de relieve la cuestión del alcance del tema. Permitirá extraer ciertas conclusiones, una de las cuales es que la Comisión deberá proceder con gran prudencia cuando quiera delimitar el alcance del tema desde el punto de vista espacial.

37. Pasando a la cuestión del papel que pueden desempeñar las organizaciones internacionales, el Sr. Francis observa que el Relator Especial señala clara-

[8] Véase 1972.ª sesión, nota 6.

[9] *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 62, documento A/CN.4/360, párr. 4.

mente que la práctica de los Estados miembros de las organizaciones internacionales tendrá repercusiones sobre el alcance del tema (A/CN.4/402, párr. 11, apartado *c*). Dado que el Relator Especial deberá examinar esta práctica, sería prematuro por el momento extraer conclusiones sobre este punto.

38. El Sr. Francis recuerda que el anterior Relator Especial indicó en su tercer informe que

> [...] La mejor solución era suspender a decisión acerca de las cuestiones pendientes relativas al alcance hasta que se hubiera estudiado más a fondo el contenido del tema. [...][10].

En opinión del Sr. Francis, toda tentativa de revisar el plan esquemático sería, pues, prematura en la etapa actual.

39. Finalmente, el Sr. Francis desea llamar la atención sobre las observaciones que ha formulado en su informe el actual Relator Especial sobre los términos «responsibility» y «liability» (*ibid.*, párr. 5), sobre la noción de debida diligencia (*ibid.*, párr. 6), así como sobre la cuestión de la negociación (*ibid.*, párr. 41, apartado *c*). Preocupado esencialmente por la cuestión de que la negociación sea un elemento obligatorio en el plan esquemático, el Relator Especial sugirió suprimir en éste la primera frase del párrafo 8 de la sección 2 y la del párrafo 4 de la sección 3. El efecto acumulativo de esas observaciones sería una revisión prematura del plan esquemático y una reorientación del tema en examen hacia la responsabilidad de los Estados, es decir, en una dirección contraria a su carácter mismo. Pero no todo está perdido. Tanto el anterior Relator Especial como el actual han admitido la posibilidad de una revisión del plan esquemático. Por su parte, el Sr. Francis sugeriría conservar este plan esquemático en su estado actual, quedando entendido que se revisará a la luz de la evolución futura. Con esta reserva, la Comisión debería emprender el examen de los cinco proyectos de artículos presentados por el anterior Relator Especial.

40. El Sr. TOMUSCHAT dice que, independientemente de sus méritos intelectuales, el excelente informe del Relator Especial (A/CN.4/402) tiene la ventaja de establecer un balance muy minucioso de todos los trabajos que se han dedicado precedentemente a este tema. El Relator Especial ha proporcionado de este modo a la Comisión bases sólidas para su labor futura. Por su parte, el Sr. Tomuschat se adhiere sin reservas a la opinión de que la Comisión es una célula de reflexión colectiva.

41. En lo que respecta a la cuestión de las bases jurídicas del tema en derecho internacional general, el Sr. Tomuschat aprueba por completo las conclusiones del Relator Especial (*ibid.*, párrs. 52 a 54). En lo esencial, se puede relacionar la responsabilidad por las actividades que no prohíba expresamente el derecho internacional con el principio de la igualdad soberana o de la soberanía igual. Queda prohibida la injerencia en los asuntos internos de otro Estado, como se prohíbe en el Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas recurrir a la fuerza en las relaciones internacionales. Pero es preciso proteger también la soberanía nacional contra otros ataques. Es totalmente evidente que los efectos materiales transfronterizos constituyen una tercera categoría de hechos contra los cuales se debe defender a los Estados. Para que tenga sentido la noción de soberanía se debe garantizar la libre determinación en las esferas económica y social.

42. En opinión del Sr. Tomuschat, no cabe duda acerca de la existencia jurídica de una norma que ya es susceptible de ser invocada, la norma *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Dado que esta norma fundamental no es más que un principio general, cuyo sentido en el contexto del tema en examen se presta a controversia, es absolutamente indispensable codificar detalladamente los derechos y obligaciones de la interdependencia territorial.

43. El Sr. Tomuschat aprueba el que el Relator Especial haya decidido no separar la cuestión de la prevención de la de la reparación del daño causado y tratar ambas cuestiones al mismo tiempo. Tres razones fundamentales abogan en favor de este enfoque. La primera es el interés de la comunidad de las naciones, incluso de la humanidad entera, a estar protegida lo más ampliamente posible de todo daño. Desde este punto de vista, la reparación *ex post facto* constituye siempre la mejor solución cuando ya se ha producido el daño. La segunda razón es que en numerosos casos no sería posible identificar el Estado de origen del daño. Finalmente, la tercera es que en la hipótesis de una catástrofe importante el daño podría ser tan grave que la obligación de indemnización pecuniaria resultaría bastante teórica. Por lo tanto, es evidente que es preciso poner énfasis en la prevención. El incidente de Chernobil —y, a este respecto, el Sr. Tomuschat desea expresar su profundo sentimiento al pueblo soviético— ilustra perfectamente esta situación. Es obvio que la URSS tendría grandes dificultades para satisfacer todas las peticiones de indemnización que se podrían formular.

44. Es precisamente en circunstancias como ésta cuando las organizaciones internacionales pueden desempeñar un papel importante. Un Estado por sí solo no puede jamás promulgar normas internacionalmente reconocidas. Estas no se conciben más que como el fruto de un esfuerzo de cooperación, que hoy en día sólo puede realizarse en el marco de una organización internacional.

45. Siendo así, el Sr. Tomuschat no puede aprobar por completo el plan esquemático y especialmente la sección 2, en la que la relación entre un Estado de origen en potencia y un Estado afectado en potencia se concibe esencialmente como una relación bilateral. En su opinión, en la medida en que un Estado respete los principios rectores que haya adoptado una organización internacional, no se puede pretender que esté obligado a examinar de nuevo estas normas de seguridad junto con sus vecinos.

46. Es posible que el papel que pueden desempeñar las organizaciones internacionales no sea fácil de definir, a causa de la amplia gama de funciones y de actividades que supone. No obstante, numerosas organizaciones internacionales se han encargado, entre otras cuestiones, de fijar las normas de comportamiento que, precisamente, son las que se supone podrán evitar los daños materiales transfronterizos.

[10] *Ibid.*, pág. 73, párr. 48.

47. En lo que respecta al alcance del tema, el Sr. Tomuschat está de acuerdo con el Relator Especial sobre la necesidad de centrarlo en el daño material transfronterizo (*ibid.*, párr. 11). Sin embargo, esta noción es bastante amplia. Leyendo el quinto informe del anterior Relator Especial es alarmante observar lo que puede abarcar la denominación de «daño material transfronterizo». El anterior Relator Especial mencionó incluso las enfermedades; al parecer, consideraba que, puesto que las personas están bajo el control del Estado territorial, la propagación de una epidemia podría equivaler a un daño material transfronterizo.

48. En opinión del Sr. Tomuschat, la Comisión debería centrarse, en primer lugar, en los daños causados por conducto de la atmósfera. La principal cuestión que se plantea es la de saber si los Estados asumirán la responsabilidad por los daños que hayan causado a otros Estados dedicándose a actividades militares. A este respecto, convendría realizar un análisis minucioso de la situación jurídica.

49. Otros oradores han evocado la posibilidad de elegir entre establecer una norma general o identificar diferentes esferas de actividades peligrosas. El Sr. Tomuschat estima, como el Relator Especial, que convendría aplicar al mismo tiempo los dos métodos, que se complementan. En realidad, sería preciso incluso establecer diferentes categorías. Está claro que el régimen ordinario de la responsabilidad de los Estados tiene aplicación siempre que se violen las normas establecidas en un tratado internacional. No obstante, las violaciones de las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales constituyen una categoría diferente. El Sr. Tomuschat piensa a este respecto en las resoluciones, sin efecto obligatorio, en las que se designan las materias que no se deberían liberar en el medio ambiente. Estas resoluciones siven para poner de relieve el carácter de riesgo elevado que tienen ciertas actividades y, si éstas causan un daño, sería de rigor una indemnización integral. Lo mismo ocurre respecto a las actividades que los legisladores, en todos los países, consideran actividades de riesgo elevado. En opinión del Sr. Tomuschat, una central nuclear entra evidentemente en esta categoría.

50. Por lo tanto, la norma general se aplica a todas las demás actividades que no cumplen las condiciones necesarias para que se las considere actividades de riesgo elevado. Así, por ejemplo, la explotación de una fábrica química no se equipara generalmente a una actividad que presente un riesgo excepcional. En este esfera, las normas destinadas a regir la reparación han de tener cierta flexibilidad.

51. Aunque el Sr. Tomuschat, al igual por otra parte que todos los juristas continentales, no esté nada familiarizado con la noción de las expectativas compartidas, se declara convencido de que en el contexto presente esta noción es muy oportuna. Dado que en una sociedad industrial cada actividad humana ejerce algún tipo de efecto negativo sobre el medio ambiente, se trata de fijar los límites de tolerancia mutua. Si todos los Estados se dedican a las mismas actividades perjudiciales, ninguno de ellos podrá reclamar daños y perjuicios a los demás por los efectos perjudiciales sufridos. A este respecto, el mejor ejemplo es el de la contaminación atmosférica causada por la circulación por carretera. Mientras todos los Estados interesados sigan sin tomar medidas correctivas, los daños que sufran los bosques, aunque sean graves, no podrán tener consecuencias jurídicas. No obstante, si un Estado (o unos cuantos Estados) impone la utilización de catalizadores a fin de reducir la contaminación atmosférica, quedaría anulada la expectativa negativa de una contaminación atmosférica persistente.

52. Este ejemplo y algunos otros demuestran que sobre esta cuestión los criterios no pueden ser nunca absolutos. Solamente por medio de sus propias prácticas los Estados podrán determinar la obligación precisa que se desprende del principio general de la debida diligencia. Por consiguiente, convendría establecer a este respecto ciertas nociones jurídicas, introduciendo en las mismas la flexibilidad necesaria. El Sr. Tomuschat concuerda con el Relator Especial en considerar que la noción de expectativas compartidas puede contribuir a este fin.

53. El Sr. RAZAFINDRALAMBO felicita al Relator Especial, cuyo informe (A/CN.4/402) refleja la misma solidez de opiniones y el mismo dominio del tema que los del anterior Relator Especial, cuyo cuarto informe fue por otra parte acogido favorablemente en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Por lo tanto, se puede considerar que el plan esquemático presentado determina claramente el ámbito de aplicación y los elementos del tema en examen. Con toda razón, el actual Relator Especial se propone centrar su labor en este plan esquemático, que considera como la materia prima esencial para desarrollar el tema, pero del que varios elementos han sido apreciados diversamente en la Comisión y en la Sexta Comisión, cuyos debates han mostrado la necesidad de adiciones o de supresiones. Teniendo esto en cuenta, el Sr. Razafindralambo se propone llamar la atención del Relator Especial sobre diversos puntos de su informe, pedirle ciertas aclaraciones y ofrecerle algunas sugerencias.

54. El Sr. Razafindralambo no desea suscitar nuevamente el principio de la unidad del tema, en virtud del cual la prevención y la reparación son una misma y única realidad percibida desde dos puntos de vista diferentes. En cambio, desea extenderse algo acerca de la cuestión del alcance del tema.

55. Como declara el Relator Especial:

> En el plan esquemático 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. [...] (*Ibid.*, párr. 11.)

Convendría apreciar esta declaración no en forma abstracta y general, sino con respecto a casos concretos, por ejemplo, considerándola desde el punto de vista de los países en desarrollo, lo que es especialmente indicado teniendo en cuenta que en su informe preliminar (A/CN.4/394, párr. 17), el Relator Especial dijo que tendría debidamente en cuenta los intereses de los países en desarrollo.

56. Estos países merecen que se les preste una atención especial, ya que es difícil considerarlos en la misma cate-

goría que los países muy industrializados y no se puede negar que, en general, en los países en desarrollo son las empresas controladas en parte o en su totalidad por intereses extranjeros las que realizan las actividades susceptibles de causar un daño material transfronterizo apreciable. En realidad, las actividades de estas empresas son las que originan los accidentes más graves, de los que es un buen ejemplo la catástrofe ocurrida en la India en los laboratorios de la Union Carbide en Bhopal. Incluso cuando empresas nacionales de los países en desarrollo realizan actividades peligrosas, esas empresas utilizan la tecnología de los países industrializados, con la garantía de estos últimos. Así ocurre especialmente con respecto a las centrales nucleares diseminadas por todo el tercer mundo. Ahora bien, en el plan esquemático no se prevén disposiciones en las que se tenga en cuenta la responsabilidad de los países exportadores de tecnologías que supongan un factor de riesgo elevado, por lo menos en cuanto a la garantía de reparación.

57. En cuanto al carácter del daño, el Relator Especial parece entender la noción de «transfronterizo» en su acepción estricta, es decir, en el sentido de «vecino» o «fronterizo» y, al parecer, se preocupa únicamente de la situación en los países vecinos que, por lo tanto, pertenecen a un mismo continente. De este modo, se olvidan los intereses de los países de otros continentes y especialmente de los países del Sur, los que corren un mayor riesgo de encontrarse en la posición de Estados afectados, con la circunstancia agravante de que no disponen de ningún medio para encausar a una fuente de daño situada en un país del Norte. Este problema es aún más preocupante por el hecho de que los países industrializados continúan disponiendo en el Sur de territorios dependientes en los que pueden ejercer libremente actividades peligrosas. El Sr. Razafindralambo se refiere, por ejemplo, a los experimentos nucleares o al almacenamiento de armas nucleares. El peligro podría también proceder de la libre navegación de buques en el Sur o de los vuelos sobre los países del Sur de aeronaves que transporten materias peligrosas. Se trata en este caso del problema de la multiplicidad de los Estados afectados potenciales, planteado por el Sr. Ushakov (1973.ª sesión). Finalmente, en lo que respecta al Estado afectado, no se ha insistido suficientemente sobre el hecho de que el daño también puede afectar al conjunto de la comunidad internacional, en la medida en que puede afectar, por ejemplo, al patrimonio común de la humanidad, problema que exige un examen a fondo por parte del Relator Especial.

58. Refiriéndose a las obligaciones que incumben al Estado de origen, o sea, la de informar y la de negociar, el Sr. Razafindralambo no puede por menos de adherirse a los principios formulados por el Relator Especial, bajo reserva de algunas observaciones en cuanto a las modalidades de aplicación. El Relator Especial precisa que la obligación de informar es «hacia» la creación de un régimen y «hacia» la reparación del daño causado. Quizá convendría hablar de una obligación «con respecto» de una institución, etc. El Sr. Razafindralambo aprueba la idea de considerar que la obligación de informar forma parte de las obligaciones de prevención, de lo que se desprende el vínculo estrecho establecido entre esta obligación y la de negociar, ya que se trata de negociar también un sistema de prevención, de limitación y, en su caso, de reparación. ¿Se trata de una obligación incompleta, de una obligación en gestación *(soft law)* o, por el contrario, de una obligación bien establecida, en virtud de la cual la negociación tendría un carácter obligatorio? En esta segunda hipótesis la obligación iría acompañada de sanciones.

59. Esta no fue la solución adoptada por el anterior Relator Especial, quien consideraba que las obligaciones de informar y de negociar no debían dar lugar por sí mismas a un derecho de acción. Observando que la negociación es inevitable si en el proyecto mismo no se prevé un mecanismo para la solución de controversias, el actual Relator Especial difiere de la posición del anterior. El Sr. Razafindralambo abriga, por su parte, ciertas dudas en cuanto a la conclusión que de esta observación extrae el Relator Especial. A su parecer, es imprescindible un mecanismo independiente de investigación, ya que de otro modo el proyecto podría quedar incompleto e incluso ser inaplicable, por lo menos en las relaciones Norte-Sur, puesto que los Estados industrializados del norte se encuentran en la posición de Estados de origen, mientras que los Estados del sur en desarrollo se encuentran en la posición de víctimas potenciales. El encuentro entre estas dos categorías de Estados hace pensar en el choque entre el cazo de hierro y el cazo de arcilla que cuenta Jean de la Fontaine en una de sus fábulas. Parece necesario prever un mecanismo de investigación en manos de terceros, ya sea por acuerdo entre las partes o, aún mejor, estableciendo la obligación de recurrir, a petición de una parte, a la asistencia de terceros Estados o de organizaciones internacionales, como se prevé en el párrafo 16 de la sección 6 del plan esquemático, a fin de salvaguardar los intereses del Estado afectado y del Estado de origen. Convendría hacer obligatoria una tal asistencia desde la fase de la investigación.

60. Pasando a la cuestión de la evaluación del daño, el Sr. Razafindralambo observa que el Sr. Ushakov y el Sr. Calero Rodrigues (1974.ª sesión) han puesto de relieve en forma convincente que es muy difícil llegar a una apreciación satisfactoria y equitativa para las dos partes de las consecuencias directas e inmediatas de una actividad perjudicial. El daño puede haber sido causado por factores múltiples, como lo demuestran las dificultades enfrentadas por los expertos en lo que respecta al origen del deterioro de los bosques europeos. Por otra parte, a causa de la multiplicación de las centrales nucleares y de las explosiones nucleares en el espacio sería arbitrario atribuir exclusivamente un daño a las actividades que realice un solo país.

61. En estas condiciones, un procedimiento de investigación, de negociación, emprendido sobre la base de las diposiciones del plan esquemático, correría el peligro de ser inoperante o inutilizable, por lo menos en las relaciones Norte-Sur. Ahora bien, la investigación constituye un pilar del edificio de la prevención-reparación. Por lo tanto, el Sr. Razafindralambo se ve obligado a apoyar la propuesta del Sr. Ushakov encaminada a prever una negociación global y multilateral en interés de toda la comunidad internacional, a fin de establecer un mecanismo internacional de investigación y de solución de controversias, de carácter institucional y permanente. El

anterior Relator Especial parece haber tenido una idea similar, a juzgar por la parte III de la sección 7 y la sección 8 del plan esquemático, que, lamentablemente, no tuvo tiempo de desarrollar. El Sr. Razafindralambo espera que el actual Relator Especial considere como una de sus tareas la elaboración de un mecanismo independiente de puesta en práctica de la responsabilidad internacional, como parece haber expresado la intención de hacerlo al final de su informe preliminar (A/CN.4/394, párr. 17), al declarar que se proponía tomar en cuenta el grado de desarrollo progresivo del derecho internacional que puedan exigir la novedad del tema y las exigencias de la equidad. Este mecanismo, que podría formar parte de un procedimiento de conciliación obligatoria y de arbitraje, tendría por objeto ayudar a los Estados a cumplir con la obligación de información y de negociación con respecto a las actividades que no estén prohibidas por el derecho internacional pero que sean susceptibles de tener consecuencias perjudiciales para otros Estados.

62. El Jefe AKINJIDE, refiriéndose a las observaciones del Sr. Flitan (1974.ª sesión) y del Sr. Razafindralambo, dice que los problemas que plantea esta cuestión se pueden resolver fácilmente en los países desarrollados, pero que en los países en desarrollo la situación no es tan sencilla. Los países en desarrollo no pueden causar daño transfronterizos, ya que no disponen de la tecnología necesaria. Estos daño los causan las empresas transnacionales que ejercen sus actividades en el territorio de países en desarrollo y no siempre respetan los límites de la legalidad. Según el plan esquemático y el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/402), incumben cierto número de obligaciones al Estado cuyas actividades causen un daño transfronterizo. Esto significa para los países en desarrollo que algunos Estados se verán atribuir la responsabilidad de dichas actividades sin tener ningún poder para evitarlas, mientras que las empresas transnacionales disfrutan de este poder sin asumir ninguna responsabilidad. En muchos casos, el país de acogida no percibe muy claramente las razones básicas del daño transfronterizo. Por ejemplo, si el accidente de la Union Carbide en la India se hubiera producido no en el centro del país, sino cerca de una frontera, perjudicando a un Estado vecino, ¿cómo se podría pretender que el Gobierno de la India asumiese todas las responsabilidades y obligaciones que le habrían incumbido? Otro ejemplo se relaciona con el país mismo del Jefe Akinjide, que es productor de petróleo, en el que ocurrió una erupción que duró semanas y causó una contaminación importante que afectó a un Estado vecino. Dado que incluso la empresa transnacional productora, la Texaco, tuvo grandes dificultades para dominar la situación, no cabía esperar que los poderes públicos comprendieran lo que ocurría. El Jefe Akinjide recomienda encarecidamente al Relator Especial que no suponga que el problema concierne únicamente a los países desarrollados y que en el futuro preste más atención a la situación de los países en desarrollo.

63. El Sr. KOROMA dice que hasta el momento el derecho relativo al tema en examen ha seguido siendo clásico y tradicional. Reconoce que es preciso adaptar a la situación actual la norma *sic utere tuo ut alienum non laedas*, sin debilitarla no obstante, ya que para la comunidad internacional tiene ahora aún más interés que en el pasado.

64. Por lo que respecta al título del tema, el Sr. Koroma apoya la modificación que el Sr. McCaffrey (1973.ª sesión) propone para la versión inglesa. Este tema se relaciona con actividades que no se consideran ilícitas, pero que podrían dar lugar a actos que causen un daño. Al modificar el título inglés se pondría de relieve que no están prohibidas las actividades, sino los hechos a los que éstas dan lugar.

65. En cuanto al alcance del tema, observa que el Relator Especial se ha limitado hasta el momento al daño material. En opinión del orador, convendría ampliar el tema para introducir la noción de pérdida económica y financiera imputable al daño material.

66. Pasando a la cuestión de la «liability», el Sr. Koroma dice que el Estado de origen tiene una obligación primaria de no causar daños ni perjuicios. Si, no obstante, se causa un daño, tiene la obligación secundaria de reparar ese daño. La obligación primaria tiene por corolario el derecho del Estado afectado a una indemnización por el daño sufrido. El Relator Especial debería procurar establecer la «liability» sobre bases más sólidas, a fin de que la comunidad internacional pueda aceptar mejor esta noción.

67. Aunque numerosas convenciones multilaterales imponen la obligación de informar, de negociar y de establecer un mecanismo de conciliación con respecto a cierto número de regímenes, el Sr. Koroma no está convencido de que exista esta obligación, como tal, en el derecho consuetudinario. Pero, desde el momento que un Estado comprueba que una actividad podría causar un daño e insta al Estado de origen a negociar o a establecer un mecanismo de conciliación, el Estado de origen tiene la obligación de hacerlo. Para terminar, el Sr. Koroma señala que en el informe (A/CN.4/402, párr. 57) la frase

> [...] 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 parece ser una continuación lógica de las dos frases que la preceden. Quizá el Relator Especial podría ofrecer algunas aclaraciones sobre este punto.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

1976.ª SESIÓN

Jueves 26 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Alexander YANKOV
más tarde: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Jefe Akinjide, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Koroma, Sr. Lacleta Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso,