34. Los debates de la Comisión sobre el ámbito de la cuestión apenas han sido concluyentes. Este es por lo tanto uno de los tres puntos acerca de los cuales el Relator Especial ha pedido aclaraciones a la Comisión, planteando en su segundo informe (A/CN.4/402, párr. 11) la cuestión de si el tema debe limitarse a las actividades físicas del Estado de origen que ocasionen un daño transfronterizo. A este respecto, las opiniones de los miembros de la Comisión están divididas. Algunos miembros desearían ampliar el ámbito del tema para incluir todas las actividades del Estado de origen, aunque reconocen que la práctica de los Estados no se orienta todavía en ese sentido. Otros miembros preferirían que sólo se consideren las actividades de una peligrosidad extrema. Además, la Comisión no ha decidido aún si el tema abarcará también los daños ocasionados en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional y los daños ocasionados al patrimonio común de la humanidad.

35. Por ejemplo, la amplitud de los efectos perjudiciales de actividades como las relacionadas con la explotación de la energía nuclear o la utilización del espacio ultraterrestre (satélites que sobrevuelen el territorio de un Estado), o el vertimiento de desechos industriales en los cursos de agua, lagos, océanos o en la atmósfera, así como sus efectos acumulativos sobre las personas y los objetos situados en otro Estado o en otro territorio son hechos que no se puede ignorar; es preciso por lo tanto elaborar normas generales destinadas a regular y controlar esas actividades. Habida cuenta de la práctica de los Estados, el anterior Relator Especial había considerado que lo más importante del nuevo tema era reducir al mínimo las posibilidades de daño y prever una reparación si se produce el daño, pero tratando de no prohibir ni entorpecer, en la medida de lo posible, las actividades en el territorio de un Estado o bajo su control que fueran útiles o de beneficios[12]. Esta concepción vuelve a plantear el criterio del equilibrio de intereses enunciado en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo[13].

36. La obligación de negociar que incumbe al Estado de origen plantea también diversos problemas. A juicio del actual Relator Especial, esos problemas no son insuperables, pues ciertas variables como el lugar en que se desarrolla la actividad o los datos estadísticos sobre las consecuencias perjudiciales de ciertas actividades permiten al Estado de origen determinar cuál es el Estado con el que debe negociar. En su segundo informe (*ibid.*, párrs. 35 y 37), el Relator Especial se refiere a una doble obligación de informar y de negociar, pero la idea de imponer al Estado de origen obligaciones en tal forma no ha sido bien acogida por la Comisión y muchos de sus miembros consideran que ello supondría atentar contra la soberanía del Estado.

37. En lo que respecta a la reparación, se ha sostenido que tratándose de ciertas actividades que ocasionan daños catastróficos, la cuestión de la responsabilidad no es lo más importante, sino que en ese caso los problemas deben enfocarse desde el punto de vista de la cooperación entre Estados miembros de la comunidad internacional. Sin embargo, el principio de la responsabilidad objetiva debería seguir siendo el fundamento generalmente aceptado de la reparación. La naturaleza de la responsabilidad todavía se discute. A este respecto, el representante del Reino Unido ante la Sexta Comisión de la Asamblea General señaló que para determinar si se debía considerar responsable al Estado que ignoraba los posibles efectos perjudiciales de una actividad, convendría tal vez efectuar un estudio comparado de las distintas legislaciones nacionales en la materia. También señaló que en los últimos años se había observado la tendencia de los Estados a adoptar el principio de la responsabilidad absoluta, por lo que, a su juicio, cabía pensar que en estos casos en que los nacionales de ambos Estados sean inocentes, la carga de la reparación debería repartirse al menos equitativamente entre el Estado de origen y el Estado afectado[14].

38. La Comisión ha discutido esta cuestión desde hace diez años y sería muy oportuno que decidiese si ha de elaborar o no artículos a partir de los textos propuestos por el Relator Especial. La importancia del tema y la rápida evolución de la tecnología justifican la elaboración de normas positivas de derecho internacional sobre la base de los proyectos de artículos presentados. Desde luego, esos textos deberían enmendarse a la luz de las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión a fin de no hacer demasiado onerosas las obligaciones de prevención y reparación impuestas a los Estados de origen. Un examen equilibrado de los artículos que tenga en cuenta tanto los intereses del Estado de origen como los del Estado afectado, facilitaría sin duda la adopción de un acuerdo marco o de un convenio multilateral sobre un tema difícil que reviste una importancia fundamental.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

[12] Véase *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 92, párr. 116.

[13] Véase 2017.ª sesión, nota 6.

[14] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión*, 39.ª sesión párr. 14.

2019.ª SESIÓN

Martes 23 de junio de 1987, a las 10 horas

Presidente: Sr. Stephen C. McCAFFREY

Miembros presentes: Sr. Al-Khasawneh, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Beesley, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional *(continuación)* **[A/CN.4/384[1], A/CN.4/402[2], A/CN.4/405[3], A/CN.4/L.410, secc. F, ILC(XXXIX)/Conf.Room Doc.2[4]]**

[Tema 7 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

ARTÍCULO 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos),

ARTÍCULO 2 (Términos empleados),

ARTÍCULO 3 (Distintos casos de efecto transfronterizo),

ARTÍCULO 4 (Responsabilidad),

ARTÍCULO 5 (Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales) *y*

ARTÍCULO 6 (Falta de efecto sobre otras normas del derecho internacional)[5] *(continuación)*

1. El Sr. CALERO RODRIGUES, que agradece el Relator Especial el cuidado que ha puesto en la elaboración de su tercer informe (A/CN.4/405), advierte que los seis artículos propuestos se basan en los presentados en el quinto informe del anterior Relator Especial[6], R. Q. Quentin-Baxter, y versan sobre algunos conceptos fundamentales. Si el Relator Especial todavía abriga algunas dudas sobre varios de esos conceptos, muchas más aún son las que tiene la propia Comisión, como se desprende de los debates. Aun teniendo en cuenta que sólo ocho de los actuales miembros de la Comisión han participado desde el principio en el examen del tema, y que la mitad no intervino en el examen de los informes del anterior Relator Especial, se puede considerar que las cosas no van todo lo bien que cabría desar, puesto que, tras diez años de estudio, no se ha logrado todavía definir ni el alcance ni la naturaleza del tema.

2. Se adhiere a la reserva general de fondo formulada por el Sr. Francis (2017.ª sesión) sobre la evolución de los trabajos. La Comisión ha pasado del concepto fundamental de responsabilidad y reparación al de deber de diligencia y normas de prevención, insistiendo en los aspectos procesales, que son los que ahora polarizan su interés. Ya tuvo ocasión de afirmar ante la Sexta Comisión de la Asamblea General sus dudas acerca de la oportunidad de ampliar el ámbito del tema para abarcar también las cuestiones de prevención, pero no había previsto que éstas llegarían a absorber la totalidad de la materia, como está ocurriendo actualmente. Este cambio de punto de vista —de la obligación de reparación a la obligación de prevención— queda puesto de manifiesto con toda claridad si se compara el pasaje que figura en el párrafo 72 del segundo informe del Sr. Quentin-Baxter, según el cual:

> [...] una vez que una actividad que causa o amenaza con causar daños tranfronterizos ha sido objeto de un régimen en el que han convenido los demás Estados afectados, poco queda por regular por las normas elaboradas de conformidad con el presente tema, salvo, tal vez, la cuestión de la responsabilidad por accidentes imprevistos[...][7],

con el del párrafo 47 del cuarto informe, que dice:

> [...] La reparación tiene siempre por objeto restablecer lo más plenamente posible una situación precxistente; en el contexto del tema actual, puede equivaler a veces a la prevención tras el acaecimiento[8].

Esta evolución ha dado lugar a que el concepto de responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional se haya ido desvaneciendo poco a poco en provecho de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Desde este nuevo punto de vista, la reparación del daño debe hacerse, no ya en virtud de una simple relación de causalidad, sino porque el Estado, al no cumplir su obligación de prevención, ha cometido un acto ilícito. De ello se deduce que si un Estado cumple las obligaciones que le impone determinado régimen, aunque provoque un daño en otro Estado, no podrá ser inculpado porque no ha hecho nada reprensible; no es, por lo tanto, responsable ni está obligado a reparar.

3. Esta primacía que se atribuye actualmente a las normas de prevención viene corroborada también por la propuesta del Relator Especial de prescindir de la disposición del plan esquemático (secc. 2, párr. 8), según la cual la inobservancia de una regla de procedimiento encaminada a instaurar un régimen de prevención no debería dar por sí origen a ningún derecho de tutela jurisdiccional o derecho de accionar.

4. El Relator Especial ha seguido el camino trazado por su predecesor. Sostiene, por ejemplo, que las actividades que caracterizan el tema son las que se califican de peligrosas; que la previsibilidad general del riesgo es una condición previa de la reparación del daño producida al margen de un régimen convencional (A/CN.4/405, párr. 15); y que «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» (*ibid.*, párr. 16). Estas palabras, en el sentido en que las interpreta el orador, significan que si una actividad que no parece peligrosa da lugar, no obstante, a un daño, la cuestión de si el Estado autor está obligado a repararlo es ajena al tema. Quisiera saber, sin embargo, si la expresión «por un hecho ajeno a ella» se refiere a los casos de fuerza mayor y si el adjetivo «aislado» que acompaña al término «daño» (término que, por otra parte, sería preferible traducir al inglés por «damage» en vez de «injury») abarca también la entidad del daño.

---

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

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

[3] Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

[4] El plan esquemático, presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.° período de sesiones, se reproduce en *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109. Las modificaciones hechas a ese texto en el cuarto informe de R. Q. Quentin-Baxter, presentado a la Comisión, en su 35.° período de sesiones, se señalan en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.

[5] Para el texto, véase 2015.ª sesión, párr. 1.

[6] *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1.

[7] *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 133, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2.

[8] *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 228, documento A/CN.4/373.

5. Fundamentalmente, no cree que sólo se incurra en responsabilidad por el daño causado cuando se ha previsto el riesgo. Es inconcebible que haya exención de responsabilidad, en el sentido de obligación de reparar, si sobreviene el daño sin que se haya previsto la posibilidad de su acaecimiento. El riesgo, fundamento útil del principio de la prevención, no debe convertirse en fundamento del concepto de responsabilidad. La base de la responsabilidad, es decir, de la obligación de reparar, debe seguir siendo la lesión o el daño.

6. En su tercer informe (A/CN.4/405, párr. 16), el Relator Especial prevé el supuesto en que sobreviene un daño cuando tanto el Estado autor como el Estado víctima son enteramente inocentes. Es difícil alcanzar a ver por qué el Relator Especial se refiere a una «instancia internacional» que se pronunciaría sobre la licitud de una actividad según los riesgos incurridos. En primer lugar, el supuesto previsto por el Relator Especial es aquel en que «incluso el "pecado original" de haber creado el riesgo genérico» no existe; en segundo lugar, el tema que se examina versa simplemente sobre las actividades lícitas y no debería hacerse referencia a una actividad que se considera lícita solamente si una instancia internacional así lo ha decidido.

7. El Relator Especial sostiene asimismo que es difícil aceptar el concepto de responsabilidad absoluta. Sea cual sea, sin embargo, la expresión empleada, «responsabilidad absoluta» o «responsabilidad objetiva», si no se acepta la obligación de reparar el daño en un marco claramente definido, el tema que se examina pierde la razón de existir. El principio según el cual la lesión o el daño deber ser reparado ya se afirmó claramente en el asunto de la *Fundición de Trail* y, posteriormente, ha sido proclamado en muchos instrumentos internacionales multilaterales y bilaterales, como hizo observar en su informe el Grupo de Trabajo constituido por la Comisión en su 30.° período de sesiones[9].

8. Es preciso reconocer, como hizo observar R. Q. Quentin Baxter en su segundo informe que «no todos los daños transfronterizos son ilícitos; pero los daños transfronterizos apreciables no son nunca jurídicamente insignificantes»[10]. Así pues, el objetivo a que debe tender esencialmente el proyecto de artículos es deslindar las consecuencias jurídicas del daño causado sin que medie culpa. También sería útil establecer en el proyecto de artículos normas de prevención que, a diferencia de lo que declara el Relator Especial en su tercer informe (*ibid.*, párr. 23), estuviesen basadas en el principio de la cooperación. La finalidad esencial de los artículos sigue siendo, sin embargo, delimitar los efectos jurídicos de los daños transfronterizos.

9. Si se concede primacía a las normas de prevención, se dará inevitablemente el caso en que sólo se repare el daño si ha habido incumplimiento de la obligación de prevención. Se dará entonces un supuesto de ilicitud, con todas las consecuencias que eso entraña.

10. El alcance de las disposiciones relativas a la reparación que figuran en el plan esquemático resulta disminuido por el hecho de que se confunden con las disposiciones relativas a la prevención y no se separan claramente de ellas. Cabe temer que si el Relator Especial lleva a su conclusión lógica las ideas que actualmente lo inspiran las disposiciones relativas a la reparación se difuminen cada vez más hasta desaparecer del todo.

11. Los proyectos de artículos son aceptables en general, pero tendrían que ser revisados cuidadosamente. Por lo que respecta a la propuesta de incluir en ellos una enumeración de las actividades a que se refieren, opina que es preciso, para que conserven algún sentido, que sigan siendo de naturaleza general y no se apliquen sino supletoriamente a los supuestos no previstos por otros instrumentos internacionales.

12. El Sr. HAYES de las gracias al Relator Especial por sus informes, en los que aprecia especialmente sus cualidades de lucidez y paciencia, que son preciosas para el estudio de una materia tan compleja. Alguien ha dicho, con razón, que es difícil deslindar la materia, cosa que obedece, por los menos en parte, a la falta de normas internacionales consuetudinarias de carácter general. El derecho existente en esta materia proviene principalmente de los tratados y de la jurisprudencia judicial y arbitral, que suelen resolver problemas muy concretos y no se preocupan mucho, como la Comisión, de dar coherencia al tema. Esta no puede lograrse si no se adopta una base conceptual, que constituye la condición *sine qua non* del desarrollo y la codificación de cualquier materia, pero que será muy difícil de lograr en el caso del tema estudiado, por su novedad y porque ha ido adquiriendo en los últimos años una importancia práctica cada vez mayor. Así pues, la colectividad internacional no puede permitirse el lujo de aguardar a que la práctica de los Estados aporte nuevos elementos para echar las bases de una codificación del conjunto de la materia.

13. Al tratar de encontrar una base conceptual apropiada, el anterior Relator Especial adoptó el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, que ha sido aprobado por el actual Relator Especial y que, a juicio del orador, constituye un fundamento jurídico adecuado para el desarrollo del tema. Esta base conceptual permite también distinguir claramente este tema del de la responsabilidad de los Estados, subrayando el carácter primario de sus normas en contraposición al carácter secundario de las normas relativas a la responsabilidad de los Estados. A este respecto, el orador estima convincente la distinción trazada por el actual Relator Especial entre los dos temas. La base conceptual constituida por el principio *sic utere* conduce también a un régimen fundado en la responsabilidad objetiva, lo que, a juicio, del orador, es indispensable para resolver el problema.

14. El plan esquemático se basa asimismo en el principio, que desarrolla en la su sección 5, según el cual un Estado debe utilizar sus bienes de modo que no cause un daño a los intereses de otro Estado. En opinión del Relator Especial, el daño, real o potencial, es el elemento que da unidad a la materia, y que desemboca naturalmente en las obligaciones de prevención y reparación, de tal suerte que cabe decir que tiene el carácter de un tema secundario derivado del principio fundamental *sic utere*. Hay varios casos de jurisprudencia que, considerados colectivamente y en relación con diversos instru-

[9] Documento A/CN.4/L.284 y Corr.1, párrs. 21 y 22, reproducido en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 148.

[10] *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 128, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2, párr. 59.

mentos, ponen de manifiesto la importancia de la prevención del daño y de la reparación en caso de daño. El orador piensa, por ejemplo, en los fallos dictados en los asuntos de la *Fundición de Trail,* del *Estrecho de Corfú* y del *Lago Lanós*; en el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del respacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de 1967; en la Declaración de Estocolmo, de 1972 y, en particular, en el Principio 21 de dicha Declaración; en el preámbulo del Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, de 1972; en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de 1974; y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. Cabe también mencionar a este respecto numerosos ejemplos de la práctica de los Estados, que se citan en el estudio de la Secretaría (A/CN.4/384, anexo III), entre otros los relativos a la serie de ensayos nucleares en el *Atolón de Eniwetok y* en la *Isla de Navidad*; los acuerdos entre los Estados Unidos de América y México en el asunto de la *Peyton Packing Company* y el asunto del *Rose Street Canal*; los acuerdos entre el Canadá y los Estados Unidos acerca de la presa de Gut *(Gut Dam Claims)*; el laudo dictado en el asunto de la *Isla de Palmas,* entre los Países Bajos y los Estados Unidas de América; y recientemente el asunto *Sandoz* en Suiza. Las secciones 5 y 6 del plan esquemático, que responden a una tendencia naciente, están en consonancia con esas decisiones y esos instrumentos, en la medida en que el criterio del equilibrio de intereses se ha relacionado con las obligaciones de prevención y reparación.

15. La responsabilidad objetiva es la base en que hay que fundarse para resolver el problema fundamental y el plan esquemático y el tercer informe (A/CN.4/405) dan de ella una versión modificada. El plan esquemático alienta a los Estados a establecer un régimen aplicable a las actividades que entrañan un riesgo, y sólo a falta de tal régimen se determinaría la reparación en la forma propuesta. Incluso en ese caso, la cuestión se resolvería mediante negociaciones que tendrían en cuenta, no sólo el alcance del daño causado, sino también muchos otros factores, entre otros las expectativas compartidas de los Estados interesados, los esfuerzos del Estado de origen por cumplir su deber de diligencia (lo que constituye una modificación importante de la responsabilidad objetiva) y el equilibrio entre beneficios y pérdidas.

16. La existencia de la responsabilidad objetiva, en la práctica de los Estados, ha sido acreditada en el derecho interno inglés por el asunto *Rylands* c. *Fletcher* (1868), quc constituye el principio de una jurisprudencia seguida en muchos países de *common law*, incluida Irlanda (véase A/CN.4/384, párr. 363). Este principio también ha sido incorporado a los códigos de muchos países de tradición romanista. La responsabilidad objetiva ha sido reconocida asimismo en múltiples convenios multilaterales y bilaterales, incluidos los que se refieren al transporte de materiales nucleares y otras sustancias peligrosas, a los daños causados por las aeronaves y a la contaminación. Además, la tendencia vigente es favorabe a la aplicación del principio «quien contamina, paga». Por consiguiente, aunque la responsabilidad objetiva no haya sido objeto de una norma consuetudinaria de derecho internacional, dicho concepto no es desconocido en ese ordenamiento jurídico. Ello debería ser suficiente para disipar las preocupaciones que puede suscitar la idea de que la Comisión proponga incluir en el desarrollo progresivo del derecho sobre esta materia una forma modificada de la responsabilidad objetiva como la que se expone en el plan esquemático. La propia lógica interna del tema exige ese elemento, que de todos modos sólo sería una norma supletoria.

17. El ejercicio de la soberanía por los Estados presenta dos aspectos. Por una parte, el Estado tiene derecho a realizar actividades lícitas, especialmente en su propio territorio, sin obligación de rendir cuentas a otro Estado. Por otra parte, el Estado tiene derecho al disfrute de lo que se halla en su territorio sin ser perturbado en su goce por las actividades de otro Estado. Esos dos derechos no son absolutos, pero los casos de riesgo de conflicto entre ambos se han multiplicado y, como su número no cesa de aumentar, resultará cada vez menos satisfactorio resolverlos por medio de una serie de acuerdos limitados. Cabe pensar, pues, que la Asamblea General al dar a la Comisión el mandato de estudiar este tema, estimó que era imperativo adoptar un planteamiento global, y la Comisión no puede por menos que atender sus deseos elaborando los correspondientes proyectos de artículos. El plan esquemático y los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial requieren un examen atento, pero está persuadido de que la Comisión aceptará la orientación general del plan esquemático, que va por buen camino, y aprobará un régimen que no obligue a un Estado a abstenerse de actividades lícitas y benéficas ni a prohibirlas, sino que le obligue a velar por que esas actividades no causen daños a terceros.

18. En lo que concierne concretamente al proyecto de artículos, el orador reconoce que, en lo que se refiere a la naturaleza de las actividades sobre las que debe versar el proyecto, el artículo 1 viene a ser modificado por el artículo 4, de suerte que convendría trasladar al artículo 1 las partes pertinentes del artículo 4. Convendría asimismo estudiar la relación entre ambos artículos. A su juicio, no es necesario referirse a las «situaciones», puesto que el término «actividades» es suficiente. Habrá que resolver las cuestiones planteadas con respecto a la conveniencia de emplear el término «control», ya que se necesita algún término para designar las circunstancias descritas en el comentario. De los artículos 1 y 4 considerados conjuntamente, se desprende claramente que las actividades a que se refieren son, como debe ser, las de los particulares y del Estado.

19. Quizás más adelante haya que examinar en detalle el artículo 2, relativo a los términos empleados. El artículo 3, que es una nueva disposición, introduce algunas precisiones útiles. El artículo 4, a pesar de su relación con el artículo 1, tiene su propia razón de ser, ya que introduce los conceptos de conocimiento y de riesgo apreciable. En relación con este último extremo, sin embargo, habría que explicar más claramente lo que se entiende por «los medios de conocer». El criterio del conocimiento ¿se aplica asimismo a la existencia del riesgo? El orador también opina que sería preferible aplazar hasta más tarde el examen del papel de las organizaciones internacionales.

20. Aprueba en lo fundamental las observaciones del Sr. Calero Rodrigues concernientes a la inclusión en el proyecto de una lista de actividades a las que deberían aplicarse los artículos. No hay que olvidar que los artículos constituirían, en realidad, normas supletorias destinadas a regular las cuestiones que no fueran objeto de acuerdos entre los Estados. En el futuro, cuando los Estados tengan que resolver el problema, establecerán efectivamente una lista de actividades a las que se aplicarán las disposiciones en su propio caso. Por último, la lista que se estableciese se volvería rápidamente obsoleta a causa de la rapidez de la evolución de la situación.

21. El Sr. ROUCOUNAS advierte con satisfacción que todos los miembros que han hecho uso de la palabra acerca de este tema han abordado la cuestión fundamental del planteamiento teórico del proyecto y el Relator Especial también la ha desarrollado en su exposición de introducción (2015.ª sesión). Frente a un tema tan complejo, en efecto, es esencial entenderse sobre las principales orientaciones y no ceder a la moderna tentación del «pragmatismo», que hace retroceder a las teorías generales en todos los frentes y contribuye así al empobrecimiento intelectual de la sociedad.

22. El primer gran principio orientador definido por R. Q. Quentin-Baxter, y que sigue siendo válido, es que la responsabilidad a la que se refiere el proyecto de artículos no proviene de la ilicitud y que toda conclusión en un sentido diferente tendría las más graves consecuencias para los trabajos de la Comisión. Mientras que en el caso de la responsabilidad por hechos ilícitos, la responsabilidad del Estado nace, incluso en ausencia de todo daño, desde el momento en que ese Estado ha violado una norma primaria de comportamiento, el proyecto de artículos propuesto contempla precisamente la situación inversa, es decir, aquella en que ha sobrevenido un daño sin que haya habido violación por el Estado de una regla de comportamiento. Y, desde luego, la cuestión de si ese daño debe ser indemnizado no constituye una especulación abstracta. Todas las actividades emprendidas desde hace algunos decenios en el campo de la energía nuclear, las industrias extractivas, el espacio, impulsan irresistiblemente hacia una reglamentación internacional basada en la idea del riesgo. Se trata de establecer normas primarias mediante un ejercicio intelectual que relaciona la reparación y el daño, sin que intervenga ningún juicio de valor, aunque sí la presunción, por lo menos, de la licitud del comportamiento. Un método seguro para ello es evidentemente la elaboración de tratados en esferas particulares. Los tratados ya celebrados, aunque no son todavía muy numerosos, presentan a pesar de todo un indudable interés para la Comisión, al igual que los actos de las organizaciones internacionales en esta materia, y el orador confía en que la Secretaría pondrá al día su estudio muy útil de la práctica de los Estados (A/CN.4/384), que incluye también un análisis de la doctrina.

23. La tarea de la Comisión definida por los Relatores Especiales es, pues, elaborar, en un marco general, normas primarias que establezcan un *continuum* entre prevención y reparación, reforzado por el criterio unificador propuesto por el actual Relator Especial, que es el del daño. Sin duda será preciso un esfuerzo incansable para demostrar la coherencia y pertinencia jurídica de ese método, y el orador confiesa que se ha sentido intrigado por la sugerencia del Sr. Calero Rodrigues a este respecto. La utilidad del método así esbozado por los Relatores Especiales es considerable, ya que no se trata únicamente de «recuperar», por decirlo así, los casos que no corresponden al régimen de responsabilidad por hechos ilícitos, sino también de establecer un marco jurídico que rija los casos que pueden ser dudosos, bien por la inexistencia de precedentes en las relaciones internacionales, bien porque la línea de delimitación entre licitud e ilicitud no es precisa y porque el Estado afectado quizás no esté interesado en que lo llegue a ser. Por otra parte, como señaló en su tercer informe el propio Sr. Quentin-Baxter, la expresión «actos no prohibidos por el derecho internacional» se eligió porque dejaba bien sentado que «el alcance de este tema no se reducía a los actos lícitos»[11].

24. Este método también es útil porque, al introducir la idea de prevención, rebasa el marco de la reparación para abrir el proyecto a la cooperación internacional, apertura ciertamente bienvenida, aun cuando sea preciso examinar detenidamente las formas de la cooperación. Hay que advertir asimismo que, como han hecho observar por otra parte los dos oradores que le han precedido, cuanto más se profundiza en la esfera de la prevención, más se desechan varias hipótesis en provecho del régimen «clásico» de la responsabilidad de los Estados. Por ejemplo, si un Estado se compromete a actuar con diligencia, la ruptura de ese compromiso constituye la violación de una norma primaria, es decir, un acto ilícito, y en ese caso se aplica el otro régimen de responsabilidad. Por otra parte, la misma obligación de reparar crea una responsabilidad internacional de los Estados en el sentido clásico de la expresión. El régimen que está elaborando la Comisión, supletorio en algunos aspectos, tendrá también a veces carácter provisional porque dejará de aplicarse cuando las actividades originariamente lícitas se conviertan en ilícitas por haber sido prohibidas, y también porque el sistema de prevención organizado en torno a actividades lícitas servirá de trampolín, en caso de inobservancia, a la responsabilidad de los Estados.

25. Pasando seguidamente a considerar los proyectos de artículos, el orador desea ante todo hacer algunas observaciones sobre su ámbito de aplicación. Señala que el Relator Especial no ha propuesto en el artículo 2 ninguna definición del término «actividades». Sin embargo, le parece indispensable precisar desde el principio, y en el texto mismo del proyecto, lo que se entiende por ese término. Por el contrario, el empleo de término «situación» le parece de dudosa utilidad, ya que en la mayoría de los casos la «situación» puede entenderse como la consecuencia lógica y material de la existencia de una «actividad». En cuanto a las hipótesis mencionadas por el Relator Especial en su comentario al artículo 1 (plagas, epidemias, etc.), no hay que perder de vista que las organizaciones internacionales competentes, en especial la FAO y la OMS, gozan de poderes muy amplios para imponer en esas esferas normas obligatorias a los Estados miembros. Siendo así, el empleo del término «situaciones» sólo contribuiría tal vez a crear incerti-

[11] *Anuario..., 1982*, vol. II (primera parte), pág. 71, documento A/CN.4/360, párr. 36.

dumbre. Por otra parte, el Relator Especial ha excluido deliberadamente del ámbito de aplicación del proyecto los daños causados por los hechos de un Estado que hayan sido despojados de ilicitud en virtud de las causas de exención previstas en los artículos 29, 31, 32 y 33 de la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados (A/CN.4/405, párr. 36). Aunque esa actitud le parece comprensible al Sr. Roucounas desde el punto de vista del rigor metodológico, estima cuando menos prematuro, por el momento, excluir de la aplicación del proyecto lo que quizás constituyan precisamente casos típicos de responsabilidad objetiva, puesto que se trataría de reparar los daños causados por actos desprovistos de todo carácter ilícito. Asimismo, el Relator Especial ha decidido excluir del campo de aplicación las actividades que no permiten el pronóstico de un riesgo porque, en caso contrario, se aplicaría un concepto de responsabilidad absouta «difícil de admitir en el actual estado del desarrollo del derecho internacional» (*ibid.*, párr. 16). El orador no cree, en este caso tampoco, que sea posible excluir sin examen esas actividades, dado que la responsabilidad absoluta no es, con todo, completamente desconocida en derecho internacional, puesto que ha sido prevista, en particular, en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972. Por otra parte, el Relator Especial ha introducido una importante modificación al sustituir las palabras «consecuencia material» por «consecuencia física». No parece, sin embargo, que quiera tomar en consideración solamente las consecuencias sobre el medio ambiente, puesto que dice (*ibid.*, párr. 40) que la definición podría llegar a comprender también la responsabilidad por los productos, que rebasa ampliamente el marco ambiental. Desearía que el Relator Especial aclarase ese punto.

26. En relación con el ámbito espacial propuesto en el proyecto, el orador exhorta a la Comisión a que tenga muy en cuenta el sentido de los términos empleados. Aunque los textos sobre el derecho del mar se refieran a «territorio» y «mar territorial», no hay que olvidar, como ha recordado recientemente la CIJ, que el Estado ribereño ejerce sobre el mar territorial, como sobre su territorio, su soberanía territorial. Cabe recordar asimismo, a este respecto, la definición de Kelsen y de la escuela de Viena, según la cual el territorio es el ámbito de validez del ordenamiento jurídico estatal. Hay que evitar cuidadosamente toda confusión entre los términos «jurisdicción», «competencia territorial» y «soberanía territorial». Abriga también dudas sobre el significado de la expresión «passage continu», que figura en la versión francesa del tercer informe (*ibid.*, párr. 50), y que debe ser un error de traducción. En cuanto al término «zona», no hay que olvidar tampoco que a veces designa el ámbito espacial de las competencias estatales, pero otras veces exactamente lo contrario (la «zona» de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982). El derecho internacional también reconoce a los Estados competencias fuera de su territorio: son la «jurisdicción» y el «control», neologismos tal vez, pero que no dejan por ello de corresponder a ideas útiles. Sin embargo, el concepto de «jurisdicción» aparece totalmente olvidado en el proyecto de artículo 1. En cuanto al «control», quisiera recordar lo que ha dicho la CIJ en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre Namibia en relación con la ocupación de un territorio extranjero y que puede aplicarse asimismo a este tema: *El control físico de un territorio, y no la soberanía o la legitimidad del título, constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos que afecten a otros Estados*[12]. Convendría asimismo pensar en las connotaciones que tiene el término «control» en derecho internacional privado y preguntarse si el régimen contemplado se aplicará también al problema de las sociedades que realizan operaciones en el extranjero. Eso constituiría una ampliación extraordinaria del tema, pero la Comisión debe en cualquier caso plantearse la cuestión.

27. Por último, el término «transfronterizo» es demasiado restringido, ya que parece implicar la existencia de una frontera territorial, lo que ha obligado por otra parte al Relator Especial a aclararlo en el apartado *a* del proyecto de artículo 3. Sería preferible sustituirlo por un término menos sucinto y más apropiado.

28. El Sr. YANKOV dice que, en su tercer informe (A/CN.4/405), el Relator Especial ha intentado de nuevo reunir en un todo coherente los principios básicos enunciados en sus informes anteriores y en los de su predecesor y que figuran en el plan esquemático propuesto. El presente debate ha puesto de manifiesto la existencia de divergencias de opinión acerca de la doctrina de la responsabilidad por riesgo, algo en absoluto sorprendente dada la complejidad y novedad del tema y el hecho de que nada en derecho permite distinguir válidamente ese tipo de responsabilidad de la responsabilidad de los Estados. La Comisión ha debatido largamente, entre otras cosas, problemas relacionados con la naturaleza jurídica de la técnica de la responsabilidad objetiva, de la relación entre la prevención y la reparación y del concepto de daño, cuestiones generales acerca de las cuales el orador desearía hacer algunas observaciones.

29. Abordará en primer lugar la naturaleza jurídica de los principios en que se basa el concepto jurídico de la responsabilidad objetiva. A este respecto, el Relator Especial afirmaba en su segundo informe que, en el supuesto de un daño sobrevenido sin un régimen acordado, los principios de la prevención y la reparación constituían normas generales de derecho internacional, y añadía que esos principios parecían «tener una gravitación de tipo más obligatorio» (A/CN.4/402, párr. 28). Lo cierto es que no hay nada en el derecho internacional consuetudinario que permita afirmar tal cosa. Los principios de que se trata sólo pueden ser establecidos en virtud de un acuerdo entre los Estados interesados. Este es el único medio de lograr que nazcan la obligación de prevenir (que comprende la obligación de informar y la de negociar) y la obligación de reparar.

30. A juicio del Relator Especial, la obligación de informar y de negociar está lo bastante arraigada en derecho internacional para que todo incumplimiento de esa obligación constituya un hecho ilícito. Sin embargo, como él mismo subrayaba en su segundo informe (*ibid.*, párr. 51), se pueden concebir distintos mecanismos conducentes a regímenes más o menos rigurosos.

[12] *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971*, pág. 54, párr. 118, al final.

31. El Relator Especial parece haber prescindido de lo que distingue la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Es difícil seguirle cuando afirma que, entre ambos tipos de responsabilidad, «no median sino diferentes grados de prohibición» (*ibid.*). Es a todas luces evidente que, en caso de acuerdo que prevea expresamente la obligación de informar y de negociar, cualquier incumplimiento de esa obligación constituiría un hecho ilícito que daría lugar a la responsabilidad del Estado. A este respecto, el orador no alcanza a discernir como, en tal caso, esa responsabilidad podría ser asimilada a una responsabilidad por las consecuencias físicas dimanantes de actividades no prohibidas por el derecho internacional.

32. Además el Relator Especial sostiene que

> [...] esta calidad de pertenecer la prevención y la reparación al dominio de las normas primarias tiene por resultado que si el daño se produce y nace por ende la obligación de reparar, esta reparación está impuesta por la norma primaria como condición de la licitud de la actividad de que se trate y que sólo si el Estado de origen no cumple con la reparación debida en la obligación primaria, entonces se pasa al dominio de las normas secundarias y allí recién se encuentra la responsabilidad por el hecho ilícito de haber el Estado violado aquella obligación primaria [...]. (*Ibid.*, párr. 7.)

El orador reconoce que, cuando existe una obligación de reparar, el incumplimiento de esa obligación constituye un hecho ilícito que da lugar a la responsabilidad internacional, pero no puede admitir que haya «simbiosis de prevención y compensación» (*ibid.*, párr. 6) ni que sea el daño mismo lo que justifique la prevención y la reparación (*ibid.*, párr, 8). La prevención y la reparación no pueden ser tratadas de la misma manera. La obligación de prevención no entraña automáticamente una obligación de reparación, a menos que un acuerdo celebrado entre los Estados interesados lo prevea expresamente.

33. El orador menciona después la práctica de los Estados en esta materia y hacer observar que muchos tratados internacionales exigen la prevención de cualquier daño sin imponer necesariamente una obligación de reparación. Varios convenios multilaterales enuncian la obligación de informar o de iniciar consultas y negociaciones, indicando, por ejemplo, el tipo de datos que hay que proporcionar y los procedimientos de negociación y de solución de controversias que deben aplicarse. En todos los casos, el fundamento jurídico de la obligación de prevención y reparación reside en un acuerdo internacional.

34. En su tercer informe, el Relator Especial afirma que «el requisito de la previsibilidad general del riesgo» es necesario en «la reparación del daño ocurrido sin un régimen acordado» (A/CN.4/405, párr. 15). Sostiene además que el riesgo debe ser «apreciable» (*ibid.*, párr. 12). El caso es que sólo un acuerdo especial puede poner en marcha el mecanismo de la prevención y la reparación. Los derechos del Estado afectado y las obligaciones del Estado de origen no pueden ser deducidos de las normas abstractas de la lógica y la moral. Ese postulado no resulta en ningún caso confirmado por la práctica de los Estados, como demuestran los instrumentos internacionales relativos a los accidentes nucleares, la contaminación marina y la contaminación atmosférica transfronteriza adoptados recientemente.

35. Así, el preámbulo de la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares[13], aprobada por la Conferencia General del OIEA en Viena, en 1986, menciona la adopción de medidas encaminadas a «impedir accidentes nucleares y reducir al mínimo las consecuencias de tales accidentes, si se producen» y que la finalidad de la Convención es «fortalecer aún más la coperación internacional para el desarrollo y la utilización seguros de la energía nuclear». En lo que concierne al ámbito de aplicación de la Convención, el artículo 1 establece que la Convención

> se aplicará a todo accidente relacionado con las instalaciones o actividades de un Estado Parte, o de personas o entidades jurídicas bajo su jurisdicción o control, a que se hace referencia en el párrafo 2 *infra*, que ocasione, o sea probable que ocasione, una liberación de material radiactivo, y que haya resultado, o pueda resultar, en una liberación transfronteriza internacional que pueda tener importancia desde el punto de vista de la seguridad radiológica para otro Estado.

Así pues, el riesgo viene definido con respecto a las actividades concretas a que se refiere el párrafo 2 del artículo. El artículo 5 de la Convención enumera, en diversos apartados, los datos que deben comunicarse al OIEA y a los Estados que se vean o puedan verse físicamente afectados por la liberación transfronteriza.

36. La Conferencia General del OIEA aprobó también en 1986 la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica[14], que trata únicamente de la cooperación que los Estados partes deben establecer entre ellos y con el OIEA para facilitar pronta asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica a fin de reducir al mínimo sus consecuencias y de proteger la vida, los bienes y el medio ambiente de los efectos de las liberaciones radiactivas (art. 1). La Convención establece que, para facilitar tal cooperación, los Estados Partes podrán celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales para impedir o reducir al mínimo las lesiones y daños que pudieran resultar en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica. La Convención contiene disposiciones detalladas relativas a la prestación de asistencia, la dirección y control de la asistencia, las funciones del OIEA, el reembolso de los gastos y la solución de controversias.

37. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, subraya la obligación general de prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino y de promover la cooperación internacional a estos efectos. El artículo 197 de la Convención trata de la obligación de protección y preservación del medio marino y de las medidas generales de prevención, insistiendo en que los Estados deben cooperar directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes. El artículo 194 exige a los Estados que tomen todas las medidas que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, y de conformidad con el artículo 198, «cuando un Estado tenga conocimiento de casos en que el medio marino se halle en peligro inminente de sufrir daños por contaminación o los haya sufrido ya», está obligado expresamente a notificar a los otros Estados.

[13] OIEA, documento GC(SPL.I)/Resoluciones (1986), pág. 7.

[14] *Ibid.*, pág. 19.

La Convención contiene asimismo artículos que tratan expresamente de la responsabilidad; son el artículo 235 (responsabilidad por los daños resultantes de la investigación científica marina) y el artículo 304 (disposición general relativa a la responsabilidad por daños).

38. Se hace hincapié, pues, exclusivamente en la prevención como obligación general de no causar daños y en el establecimiento de una cooperación internacional para proteger y preservar el medio marino. La reparación del daño se limita a las medidas previstas por los sistemas internos de indemnización, o pactadas en el marco de acuerdos internacionales.

39. Otro ejemplo pertinente es el que proporciona el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969, modificado por sus Protocolos de 1976 y 1984[15]; dichos instrumentos prevén la aplicación de normas y procedimientos internacionales uniformes para atribuir la responsabilidad e indemnizar debidamente a las víctimas de la contaminación por hidrocarburos. Cabe citar asimismo el Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1971, modificado por su Protocolo de 1984[16].

40. Todos esos convenios tienen varios puntos comunes. En primer lugar, enuncian la obligación general de evitar que se cause un daño y limitar los efectos nocivos por medio de la cooperación. En segundo lugar, delimitan con gran precisión su ámbito de aplicación. En tercer lugar, prevén la aplicación de regímenes acordados entre los Estados interesados.

41. Pasando a considerar el proyecto de artículos presentado por el Relator Especial, el orador estima que las disposiciones del artículo 1, que tiene una importancia capital puesto que trata del ámbito de aplicación de todo el proyecto, necesitan ser aclaradas. Dicho artículo, en efecto, presenta ante todo una laguna por cuanto no menciona más que las actividades o situaciones que tienen lugar «en el territorio o bajo el control de un Estado». Como el concepto de «control» no abarca, a su juicio, el de «jurisdicción», pide encarecidamente que se incluya el término «jurisdicción» en el texto del artículo. Por otra parte, varios instrumentos internacionales, entre los que figuran los Convenios de Viena de 1986 ya mencionados (párrs. 35 y 36), se refieren expresamente a «la jurisdicción y el control», y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar contiene disposiciones relativas a la jurisdicción en la zona económica exclusiva. Por otro lado, al referirse a los criterios de «riesgo apreciable», el Relator Especial señala en su tercer informe que, para ser calificado de apreciable, «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» (A/CN.4/405, párr. 70). El proyecto de artículo 1 no dice nada a este respecto y se refiere simplemente a una «consecuencia física que afecte adversamente a personas o cosas». Es importante, pues, puntualizar en el artículo lo que debe entenderse por esa expresión.

42. En lo que concierne al artículo 2, el orador insiste en la necesidad de definir con mayor precisión la expresión «efectos transfronterizos», empleada en el párrafo 5, y la expresión «daño transfronterizo», definida en el párrafo 6. Por lo que respecta al artículo 3, si se modificara como es debido el texto de los artículos 1 y 2, esa disposición perdería su razón de ser y podría suprimirse. El artículo 4 debe ser ampliado a la luz del párrafo 6 del proyecto de artículo 2. En cuanto a los artículos 5 y 6, no tiene por ahora ninguna observación que hacer.

43. En conclusión, el orador insiste en la necesidad de concentrarse en la prevención y dejar a un lado la cuestión de la responsabilidad, que debe ser tratada en el marco del tema de la responsabilidad de los Estados, tema al que verdaderamente corresponden las cuestiones de compensación y reparación, y de elaborar una lista de las actividades peligrosas.

44. Debe alentarse la celebración de acuerdos multilaterales por ser el procedimiento que mejor se adapta a los tipos de problema que hay que solucionar. Sería irrealista imponer al Estado de origen la obligación de negociar preventivamente normas y reglas de seguridad con cada una de sus víctimas potenciales. Como demuestra la práctica reciente de los Estados, es mucho mejor tratar de elaborar reglas de seguridad y medidas preventivas en el marco de acuerdos multilaterales y, cuando sea procedente, por intermedio de las organizaciones internacionales competentes.

45. El Sr. RAZAFINDRALAMBO manifiesta que los informes del Relator Especial se distinguen por las mismas cualidades de claridad, rigor y erudición que los de R. Q. Quentin-Baxter, y se felicita de la intención del Relator Especial de considerar materia prima principal de su tema el plan esquemático elaborado por su predecesor. Estima, por otra parte, que la Comisión ha llegado a una fase suficientemente adelantada del estudio del tema para avanzar en la elaboración de un conjunto de normas, y que poner en tela de juicio la utilidad de la materia constituye, pues, un debate puramente teórico.

46. El tema en examen presenta acusadas semejanzas con el del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. En ambos casos, en efecto, se trata de evitar los posibles conflictos entre el derecho de un Estado soberano a realizar libremente actividades en su propio territorio sin injerencia exterior y el derecho de otro Estado soberano a no sufrir consecuencias perjudiciales por tales actividades sin la debida reparación. En uno y otro caso, la tarea de la Comisión es buscar una solución que pueda garantizar un equilibrio de intereses basado en la igualdad soberana de los Estados, pero esta tarea resulta difícil por la necesidad de conciliar las exigencias de la soberanía con los principios de la justicia, la buena fe y la buena vecindad.

47. El orador hace suyo el análisis del Relator Especial en lo que se refiere al papel central desempeñado por el concepto de daño. El daño, no sólo sirve para diferenciar el tema examinado del de la responsabilidad de los Estados, sino que se sitúa en la base del doble objetivo que se han fijado los dos Relatores Especiales, a saber,

[15] Para el texto del Convenio modificado por sus Protocolos de 1976 y 1984, véase publicación de la OMI, N.° de venta: 456.85.15.S.

[16] Para el texto del Convenio modificado por su Protocolo de 1984, *ibid.*

establecer un régimen de prevención destinado a evitar el daño potencial, es decir, el riesgo de daño, por una parte, y definir una obligación de reparación a falta de régimen de prevención, cuando el daño se hace efectivo, por otra. Se impondría, pues, a los Estados la obligación de regular las actividades que pueden ocasionar un daño transfronterizo. Al mismo tiempo, el Relator Especial establece las modalidades de reparación a que hay que ajustarse a falta de un régimen de prevención. Esa construcción, que es obra del Sr. Quentin-Baxter, no tuvo una acogida francamente desfavorable por parte ni de la CDI ni de la Sexta Comisión de la Asamblea General. Sin embargo, el Sr. Quentin-Baxter proponía normas más flexibles y más prudentes que las del actual Relator Especial en materia tanto de prevención como de reparación. El anterior Relator Especial estimaba que el hecho de no adoptar alguna de las medidas prescritas para informar al Estado víctima y establecer un mecanismo de determinación de los hechos, o incluso para negociar con ese Estado, no daba de por sí origen a ningún derecho de accionar, o derecho de tutela jurisdiccional, como se indica en el apartado *b* del párrafo 6 y el párráfo 8 de la sección 2, y en el párrafo 4 de la sección 3 del plan esquemático. No parece, sin embargo, que tal sea la posición adoptada por el Relator Especial en su segundo informe (A/CN.4/402). El Relator Especial señala que la obligación de informar existe también en materia de reparación, de lo que deduce que sustraer esa obligación al ejercicio de todo derecho de accionar sería peligroso. En su opinión, la mejor solución sería, por lo tanto, suprimir pura y simplemente en el plan esquemático el párrafo 8 de la sección 2, relativo al derecho de accionar. Esto equivaldría a dar carácter jurídicamente exigible a las obligaciones relativas a la institución de un régimen. Por eso es por lo que se pueden comprender las dudas expresadas por algunos miembros de la Comisión que temen que esta solución tenga por efecto difuminar la diferencia fundamental que existe entre la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, sin hallar por ello una base sólida en la práctica internacional de los Estado, ni un equivalente en su derecho interno.

48. En la esfera de la reglamentación de las actividades que pueden causar daños a otros Estados, el estudio sobre la práctica de los Estados preparado por la Secretaría (A/CN.4/384) sólo ha podido proporcionar ejemplos concernientes a actividades relacionadas con la utilización física y la gestión del medio ambiente. Hasta en esa esfera precisa y limitada se reconoce en el estudio que los elementos que en él se examinan sólo demuestran «una tendencia en las expectativas» y sólo «pueden contribuir a aclarar los principios relativos a algunas normas concretas en el tema de la responsabilidad internacional» (*ibid.*, párr. 10). Parece difícil, pues, extrapolar para aplicar los principios que se desprenden del estudio del medio ambiente de manera casi automática al conjunto del tema.

49. El orador hace notar que en derecho interno, en los ordenamientos jurídicos que regulan el supuesto de la responsabilidad por riesgo, es decir, en la mayoría de los países, sólo se tiene en cuenta el daño causado por actividades autorizadas; la responsabilidad se califica de «sin culpa», «causal», «objetiva» o «absoluta». En esos ordenamientos jurídicos no existe ninguna obligación de prevención de carácter jurídicamente exigible y que lleve aparejado un derecho de accionar. La responsabilidad causal, aunque basada en el riesgo, sólo da origen a un derecho de accionar desde el momento en que sobreviene un daño. Toda actividad civil o mercantil resultaría completamente paralizada si, por entrañar un riesgo, el autor debiera antes de emprenderla iniciar un costoso procedimiento de información del público, o incluso negociaciones con las personas que pudieran quedar expuestas a ese riesgo. En el ordenamiento jurídico del país del orador, que comprende un principio idéntico a la norma enunciada en el párrafo 1 del artículo 1384 del Código Civil francés, se establece que sólo se es responsable del daño causado por los actos u omisiones propios, por los de sus dependientes o por el de las cosas que se encuentren bajo su guarda. Así pues, sólo se interesa en el daño desde el momento en que se ha producido y en que existe una relación de causalidad entre el daño y el acto o la omisión del autor o de su dependiente. Por consiguiente, al reconocer un carácter jurídicamente exigible a la obligación de instituir un régimen de prevención y a la obligación de información, en particular, el Relator Especial va más allá del derecho positivo tanto interno como internacional.

50. No se le oculta que el enfoque del Relator Especial responde al deseo de atribuir una mayor credibilidad y viabilidad al proyecto y forma parte del desarrollo progresivo del derecho internacional más bien que de su codificación, pero esa actitud audaz no será sin duda acogida favorablemente por quienes vean en ella una restricción demasiado importante de la libertad de elección de los Estados en lo que respecta a las actividades realizadas en su territorio bajo su control y que estiman útiles. Al igual que otros miembros de la Comisión, opina que la cuestión debería reexaminarse para subrayar mejor la especificidad del tema con respecto al de la responsabilidad de los Estados y, como serie de normas supletorias, hacerlo más aceptable para la mayoría de los Estados.

51. En lo que se refiere a los proyectos de artículos, el orador declara ante todo que los nuevos textos y estructuras propuestos en el tercer informe (A/CN.4/405) constituyen una verdadera mejora con respecto a los textos presentados por R. Q. Quentin-Baxter en su quinto informe[17]. No obstante, algunas de las ideas enunciadas en el proyecto de artículo 1 siguen planteado algunos interrogantes. Así ocurre con el concepto de actividad. El Relator Especial, al igual que su predecesor, propone que sólo se tengan en cuenta las actividades concretas que originan consecuencias físicas. Cabe preguntarse si este concepto abarca las actividades de radio y teledifusión. Del mismo modo que la corriente eléctrica se considera en derecho interno como un objeto concreto que puede ser objeto de apropiación, así las ondas hertzianas constituyen una sustancia material tan concreta como los humos de fábrica. Ahora bien, no se puede negar el impacto desastroso de ciertas emisiones radiofónicas o televisadas en el orden interno de los países a que se dirigen, cuando tienen por objeto provocar disturbios, incluso atentados terroristas, sin tener en cuenta que atentan contra la dignidad y el respeto de los Estados de que se trata.

[17] Véase nota 6 *supra*.

52. Pasando a un asunto totalmente distinto, el orador deplora que no se haya profundizado más en el examen de las consecuencias perjudiciales de un comportamiento específico en materia económica o monetaria que, sin embargo, tiende a repetirse en las relaciones internacionales y del que los Estados en desarrollo son a menudo víctimas impotentes.

53. Opina que, independientemente de los problemas que plantea en relación con la noción de jurisdicción, el concepto de control tiene que ser deslindado más claramente en la esfera de las actividades privadas, ya que también se trata de un concepto delicado que puede presentar varios aspectos, en particular, el económico, el jurídico y el político. ¿Cuál de esos aspectos prevalece sobre los demás en el proyecto? Esta cuestión no es puramente teórica y se ha planteado en el caso de las actividades de sociedades multinacionales en las que a menudo es difícil determinar quién ejerce realmente el poder de control y dirección. Piensa, en especial, en la catástrofe ocurrida en la India, en una fábrica de la Union Carbide, en Bhopal. El mero hecho de que una sociedad multinacional exportadora de capital y tecnología se encuentre en el territorio de un Estado no basta para dar lugar automáticamente a la responsabilidad de ese Estado. Sería preciso que el Estado de que se trate posea el control efectivo de la filial local. Siendo así, el orador se pregunta si no convendría prever el doble requisito del territorio y el control. Esta propuesta puede plantear un problema en lo que concierne a supuestos como el de los buques, aeronaves u otros objetos aéreos o espaciales, en los que ambos conceptos aparecen forzosamente disociados, pero merece ser formulada.

54. El proyecto de artículo 4, que constituye una disposición fundamental, reviste una importancia aún mayor en la hipótesis de que la Comisión acepte la posición del Relator Especial de que la obligación de prevención y negociación lleva aparejado un derecho de accionar con miras a la institución de un régimen. Por otra parte, aprecia los esfuerzos realizados por el Relator Especial para tener en cuenta los intereses de los Estados en desarrollo, al enunciar como requisito de la responsabilidad el hecho de conocer o de tener los medios de conocer. Refiréndose a los otros dos requisitos que según el Relator Especial deben cumplirse —la actividad debe tener lugar en el territorio del Estado autor o en zonas bajo su control y debe crear un riesgo apreciable de causar un daño—, hace observar que esa fórmula parece que versa sólo sobre el riesgo potencial, es decir, la fase anterior a la realización de un daño efectivo. Por eso, el proyecto de artículo 4 puede suscitar las reservas a que ha hecho alusión en relación con la obligación de instituir un régimen de prevención. No tiene ninguna observación que hacer con respecto a los demás proyectos de artículos.

55. El Sr. AL-KHASAWNEH felicita al Relator Especial por sus informes, que incitan a la reflexión y que, junto con los de su predecesor, R. Q. Quentin-Baxter, han permitido a la Comisión, que se esfuerza por delimitar un tema difícil y complejo, avanzar mucho en su labor. Si bien un antiguo miembro de la Comisión, el Sr. Riphagen, pudo calificar este tema de «parte inacabada del derecho internacional público»[18], ahora hay que tener en cuenta que, desde entonces, un número bastante importante de miembros tanto de la CDI como de la Sexta Comisión de la Asamblea General han aprobado su examen, aunque sólo sea provisionalmente y de modo más o menos tácito.

56. Al mismo tiempo hay que reconocer que, a pesar de los progresos realizados, el ámbito del tema sólo se ha estudiado parcialmente y que siguen sin dilucidar importantes cuestiones relativas tanto al fundamento del tema en derecho internacional como a su utilidad.

57. De ello resulta que, al tener que resolver sobre el curso futuro de sus trabajos sobre el tema, la Comisión se encuentre ante una difícil elección. A este respecto, conviene subrayar que la responsabilidad de esa elección incumbe a toda la Comisión y no sólo al Relator Especial, como hizo observar el Sr. Quentin-Baxter en 1983:

> [...] un Relator Especial no es un abogado defensor de su tema: su deber es ofrecer sus puntos de vista sobre la mejor manera de enfocarlo y ordenar la información y los argumentos correspondientes. Corresponde entonces a la Comisión y a la Asamblea General determinar cómo se ha de tratar la materia[19].

58. Una vez sentado el principio de la responsabilidad colectiva, queda por saber cuáles son las opciones que se ofrecen a la Comisión. Esta podría, por ejemplo, concluir que las divergencias de índole conceptual son a todas luces difícilmente superables y que, por lo tanto, los trabajos sobre este tema deben ser interrumpidos, aunque sólo sea por afán de racionalización. Mas lo que aquí está en juego es la función misma que debe desempeñar la Comisión para responder a las necesidades de los Estados y de la comunidad internacional en su conjunto en una época en que la interdependencia muy real de los Estados y la conciencia de todos los peligros que amenazan al mundo moderno exigen que la Comisión dé muestras de imaginación e ingenio. Assharany, un místico y jurista egipcio del siglo XV, dijo una vez que «el hombre más sabio era aquel que mejor sabía interpretar su propia época». El orador opina, por su parte, que si la Comisión es incapaz de atender las necesidades en contante evolución de la colectividad internacional, otros órganos lo harán en su lugar, no sólo en la esfera del medio ambiente, sino también en las demás esferas en que se manifiestan los fenómenos físicos.

59. Proponer que se interrumpan los trabajos sobre el tema por el motivo de que no tiene fundamento en el derecho internacional actual significa, no sólo no comprender el propósito de esos trabajos, sino también privar de todo sentido a la idea de desarrollo progresivo del derecho, que supone la elaboración de normas nuevas fundadas en los principios de la justicia y la equidad y en las reglas de la lógica y la moral. A diferencia del Sr. Graefrath, no cree que el desarrollo del derecho internacional dependa únicamente del acuerdo de los Estados y no tenga en cuenta las reglas de la lógica y los preceptos morales. Aun sin subestimar su importancia, el principio de la soberanía difícilmente puede ser el fundamento exclusivo de los trabajos de la Comisión, ni siquiera en los campos en que la interdependencia de los Estados es menos evidente.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas

[18] *Anuario... 1983*, vol. I, pág. 285, 1800.ª sesión, párr. 16.

[19] *Ibid.*, pág. 282, párr. 1.