

83. El Sr. SUCHARITKUL (Relator Especial) dice que está de acuerdo con el Sr. Koroma: ha llegado el momento de que la Comisión decida no tomar una decisión. El proyecto del Comité de Redacción debe figurar entre corchetes y las nuevas propuestas deben incluirse en el comentario y en las notas de pie de página relativas al artículo 28. El Relator Especial está de acuerdo en que se suprima la frase mencionada por el Sr. Koroma.

84. El Jefe AKINJIDE estima que la propuesta del Relator Especial constituye un retroceso. Si los tres proyectos han de incluirse en el informe, deberían colocarse en pie de igualdad.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

1972.ª SESIÓN

Viernes 20 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Doudou THIAM
más tarde: Sr. Alexander YANKOV

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Balanda, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Francis, Sr. Lacleta Muñoz, Sr. Malek, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Sucharitul, Sr. Tomuschat, Sr. Ushakov.

Inmunities jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (conclusión) [A/CN.4/396¹, A/CN.4/L.399, ILC(XXXVIII)/Conf.Room Doc.1]

[Tema 3 del programa]

PROYECTOS DE ARTÍCULOS PRESENTADOS POR EL COMITÉ DE REDACCIÓN (conclusión)

ARTÍCULO 28 (Limitación de las inmunities (conclusión))

1. El Sr. SUCHARITKUL (Relator Especial) da las gracias a los miembros por su cooperación durante estos últimos diez años. Se han aprobado 27 artículos del proyecto y sólo queda uno pendiente. Hace votos por que la Comisión adopte una decisión que permita transmitir el proyecto de artículos a los gobiernos de conformidad con el estatuto de la Comisión.

2. Varios miembros han preparado un nuevo proyecto de artículo 28 basado en la propuesta de Sir Ian Sinclair (1971.ª sesión, párr. 68), lo que es alentador. Hablando como miembro de la Comisión, se felicita de que cualquiera de las versiones propuestas del artículo 28 le resulte aceptable.

3. El Sr. REUTER desea proponer, en su nombre y en el de varios otros miembros de la Comisión, el nuevo texto del artículo 28 a que se ha llegado después de las consultas oficiosas celebradas y que reproduce el enunciado de los dos primeros párrafos del texto propuesto por Sir Ian Sinclair. Ese texto dice lo siguiente:

«Artículo 28

»1. Las disposiciones de los presentes artículos se aplicarán sin discriminación en las relaciones entre los Estados partes en ellos.

»2. Sin embargo, no se considerará discriminatorio:

»a) que el Estado del foro aplique restrictivamente cualquiera de las disposiciones de los presentes artículos porque así aplique esa disposición el otro Estado interesado;

»b) que, por acuerdo, los Estados se concedan recíprocamente un trato diferente del que se establece en las disposiciones de los presentes artículos.»

El grupo oficioso que ha redactado este texto no le ha puesto ningún título, por lo que los miembros de la Comisión quizás podrían hacer sugerencias a este respecto.

4. El Sr. USHAKOV puede aceptar el texto propuesto por el Sr. Reuter.

5. El Sr. EL RASHEED MOHAMED AHMED manifiesta que el Jefe Akinjide y el Sr. Koroma le han autorizado a que diga que, como él, también aceptan el texto a que acaba de dar lectura el Sr. Reuter. La aprobación de ese texto sería una manera apropiada de poner fin a los trabajos de la Comisión sobre la inmunidad de los Estados y expresar el agradecimiento de todos al Relator Especial.

6. Sir Ian SINCLAIR no tiene nada que objetar al nuevo texto, que en gran parte se basa en su propia propuesta. Desea hacer constar, sin embargo, que la eliminación del párrafo 3 de su proyecto significa que la Comisión tendrá que concentrarse más detenidamente en las palabras finales del artículo 6, que se han colocado entre corchetes. Toda aplicación restrictiva conforme al artículo 28 tendrá que tener en cuenta las «normas pertinentes del derecho internacional general».

7. El Sr. USHAKOV dice que las normas del derecho internacional general mencionadas al final del artículo 6 no se refieren al principio de inmunidad, sino a las excepciones a dicho principio. Por consiguiente, la observación de Sir Ian Sinclair no es válida.

8. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ hubiese preferido ciertamente que se suprimiera el artículo 28, pero no se opone al nuevo texto de transacción.

9. El Sr. RAZAFINDRALAMBO, hablando también en nombre del Sr. Mahiou, se suma a la mayoría de los miembros de la Comisión que se ha declarado partidaria del nuevo proyecto de artículo 28, aunque el apartado a del párrafo 2 le inspira algunas reservas. Es de temer que las disposiciones de dicho apartado se apliquen en perjuicio de los países del tercer mundo, que suelen comparecer como demandantes ante los tribunales de los países inversionistas industrializados.

¹ Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

10. El Sr. LACLETA MUÑOZ apoya el texto propuesto por el Sr. Reuter.

11. El Sr. BALANDA suscribe la opinión general, aunque estima que el apartado *a* del párrafo 2 no puede ser interpretado en el sentido de autorizar implícitamente a los Estados partes a eludir sus obligaciones mediante la violación de cualquiera de las disposiciones de la futura convención sobre las inmunidades jurisdiccionales.

12. El Sr. FRANCIS se suma a la observación formulada por el Sr. Razafindralambo y el Sr. Balanda; de haberse adoptado el párrafo 3 del texto de Sir Ian Sinclair, el apartado *a* del párrafo 2 hubiera resultado mucho más estricto.

13. El PRESIDENTE señala que hay acuerdo general y propone que la Comisión apruebe provisionalmente el texto del artículo 28 presentado por el grupo oficioso de miembros.

Así queda acordado.

14. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que adopte una decisión sobre el título del artículo 28.

15. Sir Ian SINCLAIR propone que el título sea «No discriminación», que es el título del artículo 49 de la Convención sobre las misiones especiales.

16. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar la propuesta de Sir Ian Sinclair relativa al título del artículo 28.

Así queda acordado.

Queda aprobado el artículo 28.

APROBACIÓN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS EN PRIMERA LECTURA

17. El PRESIDENTE dar por concluida la primera lectura del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y propone que la Comisión apruebe la serie completa de los proyectos de artículos, en su forma enmendada durante el debate, en la inteligencia de que las observaciones hechas por los miembros de la Comisión se harán constar en el acta resumida.

Así queda acordado.

Queda aprobado en su totalidad en primera lectura el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

HOMENAJE AL RELATOR ESPECIAL

18. El Sr. REUTER, hablando también en nombre de muchos otros miembros de la Comisión, propone el siguiente proyecto de resolución:

«La Comisión de Derecho Internacional,

»Habiendo aprobado provisionalmente el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes,

»Desea expresar su profundo reconocimiento al Relator Especial, Sr. Sompong Sucharitkul, por la

destacada contribución que ha aportado al estudio del tema con su erudita investigación y su vasta experiencia, que han permitido que la Comisión llevara a feliz término su primera lectura del proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.»

19. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que apruebe este proyecto de resolución.

Queda aprobado el proyecto de resolución.

20. El Sr. SUCHARITKUL expresa su profundo agradecimiento a los miembros de la Comisión, y en particular al Sr. Reuter. Durante el resto de sus días apreciará como algo entrañable las enseñanzas que ha recibido de la Comisión. Cree que la medida de la grandeza de un hombre no es su poder para crear o destruir, sino su capacidad para soportar las contrariedades y sufrimientos que tan a menudo se inflige a los seres humanos.

21. El PRESIDENTE dice que el Sr. Sucharitkul ha realizado una tarea de gran trascendencia histórica. Su mérito es tanto mayor cuanto que el tema que se le había confiado, en la confluencia del derecho internacional público, el derecho internacional privado y otras disciplinas jurídicas, era sumamente complejo y delicado. Su prudencia y sensatez, y el ánimo de avenencia y transacción que ha demostrado durante toda su labor, le han permitido lograr notables resultados.

El Sr. Yankov ocupa la Presidencia.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional [A/CN.4/384², A/CN.4/394³, A/CN.4/402⁴, A/CN.4/L.398, secc. H.1, ILC(XXXVIII)/Conf.Room Doc.5⁵]

[Tema 7 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

22. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su segundo informe sobre el tema (A/CN.4/402).

23. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) dice que, en su informe preliminar (A/CN.4/394), comenzó pasando revista a la labor que se había realizado hasta entonces y señaló que el debate sobre el tema podía dividirse en dos etapas: antes y después de la presentación del plan esquemático.

24. Durante la primera etapa, en la que se examinaron los problemas fundamentales, la principal preocupación del anterior Relator Especial había sido la de distinguir su tema del de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. Eso era indispensable porque la cuestión

² Reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte)/Add.1.

³ Reproducido en *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 101.

⁴ Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

⁵ El plan esquemático, presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º 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.º período de sesiones, se señalan en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.

de la prevención también parecía formar parte del tema de la responsabilidad de los Estados. La responsabilidad causal o estricta, como fundamento único del proyecto, tampoco parecía satisfacerle, en parte porque dudaba que ese tipo de responsabilidad tuviera realmente fundamento en derecho internacional y en parte porque, de ese modo, no habría habido lugar para las obligaciones de debida diligencia.

25. Para dar un fundamento jurídico más amplio a los dos componentes de la prevención y la reparación, el anterior Relator Especial adoptó el principio expresado en el aforismo *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Ese principio, al ser muy general, tenía que ser adaptado a los dos objetivos de minimizar la posibilidad de pérdida o daño y, en caso necesario, proporcionar el medio de obtener reparación, sin restringir la libertad de los Estados para realizar en su territorio las actividades que considerasen convenientes.

26. El anterior Relator Especial utilizó dos recursos para diferenciar su tema del de la responsabilidad de los Estados: lo circunscribió a la esfera de las normas primarias y consideró que las obligaciones de prevención consistían sólo en el deber de tener en cuenta los intereses de otros Estados.

27. Después de presentar el plan esquemático, el anterior Relator Especial, con la aprobación de la Comisión y de la Asamblea General, pasó a definir el contenido del tema. El estudio de la práctica de los Estados relativa a la pérdida o el daño transfronterizo causados por actividades no prohibidas por el derecho internacional, que preparó la Secretaría (A/CN.4/384), puso de manifiesto que había una práctica estatal abundante y confirmó que, a pesar de todas las dificultades, convenía proseguir los trabajos sobre el tema. En su quinto informe, el anterior Relator Especial presentó cinco proyectos de artículos⁶, que no llegaron a remitirse al Comité de Redacción.

28. En su informe preliminar, el actual Relator Especial, después de examinar la labor realizada hasta entonces, señaló que lo que se proponía en el futuro inmediato era evitar la reapertura del debate general y trabajar basándose en la materia prima que proporcionaba el plan esquemático, haciendo observaciones y proponiendo las modificaciones necesarias a la luz de la práctica de los Estados.

29. Señaló también que se proponía examinar detenidamente cuestiones como las de la causalidad, las expectativas compartidas, las obligaciones incompletas de prevención establecidas en el plan esquemático, la obligación de reparar y el papel de las organizaciones internacionales, cuestiones que habían sido todas ellas objeto de comentarios durante los debates, y dejar pendiente la cuestión del alcance definitivo del tema. Indicó también que tenía la intención de reexaminar los cinco proyectos de artículos presentados por el anterior Relator Especial.

30. Excepto las cuestiones de la causalidad y la participación de las organizaciones internacionales, que pre-

⁶ Para el texto de los proyectos de artículos 1 a 5 presentados por el anterior Relator Especial, véase *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), págs. 80 y 81, párr. 237.

fiere examinar en una etapa posterior, se ha ocupado de todas esas cuestiones en su segundo informe (A/CN.4/402), que empieza con tres cuestiones previas. La primera es la relativa al uso en inglés de los términos «responsibility» y «liability». No entrará en las complejidades de la terminología jurídica del *common law*, pero debe señalar que esos dos términos, como el término español «responsabilidad» y el término francés «responsabilité», se refieren tanto a las consecuencias de la ilicitud —obligaciones secundarias— como a las obligaciones que incumben a cualquier persona que actúe en sociedad; así pues, la Comisión, si se ocupa de ambos sentidos de la palabra responsabilidad, lo que incluye las obligaciones de prevención, no excederá de los límites del ámbito del tema.

31. La segunda cuestión concierne a la unidad del tema, que el anterior Relator Especial trató de salvaguardar vinculando los conceptos de prevención y reparación a fin de superar esa dicotomía. Para reforzar la unidad del tema, el actual Relator Especial propone recurrir al concepto de «daño» como agente unificador. El daño ya producido, en el caso de la reparación, y el daño potencial, en el caso de la prevención, constituyen el cemento del continuo prevención-reparación. Por otra parte, al subrayar el concepto de daño, la Comisión se separaría aún más del campo de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos puesto que en la primera parte del proyecto de artículos sobre ese tema no se ha tomado en cuenta el daño al definir las condiciones de existencia del hecho internacionalmente ilícito.

32. La tercera cuestión es la referente al alcance del tema. El actual Relator Especial ha tomado como punto de partida la idea formulada por su antecesor de que el Estado de origen tiene la obligación de evitar, minimizar o reparar toda pérdida o daño material transfronterizo que sea «apreciable» o «sensible» y del que se pueda prever el riesgo por derivar de una actividad peligrosa, pero el Relator Especial no excluye la posibilidad de revisar o modificar, de ser necesario, esa idea.

33. En su segundo informe, que trata únicamente del plan esquemático tal como el anterior Relator Especial lo había revisado en su cuarto informe⁷, el actual Relator Especial procede a un análisis crítico de la dinámica de ese plan, dejando provisionalmente a un lado los elementos de que trata la sección 6, los aspectos de que trata la sección 7, así como la solución de las controversias. No trata de los cinco proyectos de artículos presentados posteriormente por su antecesor, lo que explica que no se hayan examinado cuestiones tan importantes como la de si el tema abarca las «situaciones» además de las «actividades».

34. El plan esquemático se compone de dos partes. La primera versa sobre la creación de regímenes convencionales para las actividades que entrañan un riesgo, mientras que la segunda se refiere al nacimiento de derechos y obligaciones si se produce una pérdida o un daño sin régimen convencional.

35. Las obligaciones previstas en la primera parte son dos. La obligación de los Estados de proporcionar información sobre el tipo y los grados de pérdida o daño

⁷ Véase *supra*, nota 5.

que pueda haber causado cualquier actividad que entraña un riesgo realizada en su territorio y la obligación de proponer medidas para poner remedio a la situación. La obligación de informar se distingue de la obligación de proponer medidas de solución en que, si bien el incumplimiento de la primera obligación puede producir consecuencias adversas de orden procesal, sin perjuicio de las que establece el derecho internacional general, la segunda obligación no da origen a ningún derecho de tutela jurisdiccional. Si las medidas propuestas no satisfacen al Estado afectado, esta segunda obligación se convierte en una obligación de iniciar negociaciones sobre la creación de un mecanismo de determinación de los hechos y de conciliación, que tampoco da origen a ningún derecho de tutela jurisdiccional.

36. Si los dos Estados interesados no consiguen establecer el mecanismo de determinación de los hechos, si ese mecanismo resulta ineficaz o si hace una recomendación en tal sentido, la obligación se transforma en una obligación de entablar negociaciones para determinar si es necesario establecer un régimen entre los dos Estados y, en caso afirmativo, cuál debe ser su forma. Tales obligaciones son mixtas: por una parte, conducen al establecimiento de un régimen y, por otra, contribuyen a la prevención, ya que permiten que el Estado afectado adopte unilateralmente medidas a tal efecto y porque los regímenes a los que tienden también facilitan la prevención.

37. Además de esas obligaciones, parece haber una obligación pura de prevención. El carácter obligatorio de la prevención no se desprende con entera claridad del enunciado del párrafo 8 de la sección 2 del plan esquemático, que es idéntico al del párrafo 4 de la sección 3, pero esto puede y debe aclararse en los proyectos de artículos que se elaboren. El Estado de origen está obligado a mantener en observación en todo momento la actividad que entraña un riesgo y adoptar las medidas que considere necesarias y viables para proteger los intereses del Estado afectado. Nada se dice en el plan esquemático respecto de la eventual tutela jurisdiccional de esa obligación.

38. La segunda parte del plan esquemático versa sobre la reparación del daño en ausencia de un régimen convencional. Establece una obligación de reparar, de suerte que, con sujeción a determinadas condiciones, la víctima inocente no deba soportar las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado. La reparación está sujeta a dos condiciones, a saber, las expectativas compartidas y la negociación misma, en la que se han de tener en cuenta una serie de factores al determinar el importe de la indemnización.

39. Las expectativas compartidas son de dos tipos. O bien surgen de un entendimiento previo entre las partes en la negociación, o bien de unos principios comunes o normas de conducta de tipo bilateral, regional o mundial.

40. Según los argumentos que se aduzcan en las negociaciones relativas a la reparación, ésta puede ser diferente de la que resultaría, por ejemplo, con motivo de un hecho ilícito. En este último caso será necesario, bien restablecer la situación que existía en el momento de producirse el daño, bien indemnizar al Estado afectado.

En el caso de las negociaciones de que ahora se trata, en cambio, se tendrán en cuenta otros elementos, como el carácter razonable de la conducta del Estado de origen, los gastos que haya realizado para prevenir el daño y la utilidad de tal actividad para el país afectado. Este sistema, además, no se aleja mucho de la práctica de los Estados, que a menudo fijan un límite a las sumas pagaderas a título de indemnización, ni de lo que establece, *mutatis mutandis*, el derecho interno de algunos países.

41. El principio más importante es el enunciado en el párrafo 1 de la sección 5, que se basa en el principio 21 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el medio humano (Declaración de Estocolmo)⁸, y tiene como finalidad lograr que todas las actividades humanas en el territorio de un Estado determinado se realicen con la mayor libertad que sea compatible con los intereses de los otros Estados. Este principio lleva aparejados otros dos: el principio de la prevención, en el que el grado de prevención se determina siempre con arreglo a los medios de que dispone el Estado de origen y a la importancia y viabilidad económica de la actividad de que se trata (párrafo 2 de la sección 5), y el principio de la reparación (párrafo 3 de la sección 5). Hay también un principio que puede considerarse de naturaleza procesal, inspirado en una regla enunciada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Estrecho de Corfú* (fondo)⁹. Según ese principio, el Estado afectado estaría facultado para recurrir ampliamente a presunciones de hecho e indicios o pruebas circunstanciales para determinar si la actividad de que se trata puede causar una pérdida o un daño.

42. En su análisis crítico del plan esquemático, el Relator Especial ha señalado que el título del tema en sus versiones española e inglesa se refiere a «actos», mientras que en el texto mismo se hace referencia sólo a «actividades» que pueden tener consecuencias lesivas. Debería adoptarse este último término.

43. Las actividades de que se trata son las que causan o pueden causar un daño transfronterizo, tanto las que entrañan un riesgo excepcional (riesgo pequeño de daños catastróficos) como las que simplemente presentan un riesgo elevado de pequeños daños. Con arreglo a una parte de la doctrina, el tema no abarca las actividades causantes de contaminación, porque los Estados conocen, o están en condiciones de conocer, las causas que producen la contaminación, que son, además, actividades que están prohibidas más allá de ciertos límites. El Relator Especial no adopta ninguna postura a este respecto, pero debe señalar que las actividades que causen accidentalmente una contaminación grave quedan comprendidas en el ámbito del tema que se examina y que, en cualquier caso, el Estado afectado podría optar entre dos soluciones posibles: bien alegar que la actividad es ilícita y exigir que se ponga fin a sus efectos, bien basarse en los artículos que prepare la Comisión y exigir no sólo el establecimiento de un régimen convencional

⁸ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

⁹ Fallo de 9 de abril de 1949, C.I.J. Recueil 1949, págs. 4 y ss., en especial pág. 18.

entre las partes interesadas, sino también el resarcimiento de los daños causados.

44. También se incluyen dentro del alcance del tema una serie de actividades heterogéneas que surgen de las eximentes de ilicitud de los artículos 29, 31, 32 y 33 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados¹⁰. Aunque tales actividades no sean ilícitas, si producen daños tiene que pagarse una indemnización.

45. Las obligaciones son obligaciones completas cuyas violación debe acarrear consecuencias, y el Relator Especial ha llegado a la conclusión de que no debe excluirse un derecho de tutela jurisdiccional. De lo contrario, el Estado afectado quizás no estuviera en condiciones de adoptar medidas, como estaría facultado a hacer en virtud del derecho internacional general, a fin de obligar al Estado de origen a cumplir sus obligaciones.

46. En el informe se examinan tres posibilidades. La primera es dejar las cosas como están, lo que se descarta; la segunda, incluir sanciones en el proyecto, lo que tampoco se considera posible, ya que obligaría a la Comisión a aventurarse por el terreno de las normas secundarias; y la tercera, suprimir la primera frase del párrafo 8 de la sección 2 y del párrafo 4 de la sección 3 del plan esquemático, que les priva del derecho de tutela jurisdiccional, que es la solución que recomienda el Relator Especial.

47. El daño producido sin régimen convencional da origen a una obligación de negociar, para acordar la forma de reparación (párrafo 1 de la sección 4, *in fine*) y plantea la cuestión de la obligación de reparar y su fundamento. En los informes anteriores se había reconocido que, a pesar de las objeciones a la llamada responsabilidad «por riesgo», «causal» o «estricta» en derecho internacional, esa responsabilidad constituía el fundamento de la obligación de reparar, aunque se intentara reforzar esa obligación para no basarla exclusivamente en una idea de responsabilidad estricta sino también en los aspectos semicontractuales y semiconsuetudinarios de las «expectativas compartidas». Aunque quizás, como señaló Gunther Handl (véase A/CN.4/402, párr. 43 *in fine*), así se diluya el contenido normativo de la responsabilidad internacional, el Relator Especial no alcanza a discernir ninguna otra solución aceptable. Por lo que respecta a la idea de mitigar los efectos de la responsabilidad causal o estricta, advierte que el proyecto pretende establecer un régimen general, y no un régimen aplicable a una actividad determinada. La responsabilidad estricta no es monolítica, sino que admite diferentes grados de rigurosidad, como se desprende de los diversos regímenes convencionales, como, por ejemplo, el Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 1960¹¹, que establece una responsabilidad muy estricta al introducir el novedoso concepto del «encauzamiento» y hacer remontar la responsabilidad a la empresa explotadora nuclear, y el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972¹², que

establece una responsabilidad menos estricta. Lo esencial es concebir un régimen de responsabilidad por riesgo que sea suficientemente flexible para que sea aplicable, no a una actividad determinada, sino a cualquiera de las actividades de que se trata.

48. La responsabilidad causal o estricta no carece de fundamento en derecho internacional general, y afirmar lo contrario equivaldría a admitir que una actividad no prohibida por el derecho internacional y realizada en el territorio de un Estado puede causar daños transfronterizos sin dar origen a ninguna obligación de reparar. Esta postura sólo se podría basar en un concepto de la soberanía que no tuviese en cuenta la interdependencia que caracteriza a la sociedad de naciones de nuestros días, y ello iría también en contra del principio de la igualdad soberana de los Estados, al pasar por alto el otro aspecto de la soberanía, a saber, que un Estado tiene derecho a utilizar su propio territorio sin ninguna injerencia exterior. Una actividad socialmente útil, pero que crea riesgos, ha de tener en cuenta los intereses ajenos para poder desarrollarse con toda libertad.

49. El concepto de «expectativas compartidas», aunque ha suscitado algunas críticas, tiene una función que desempeñar. En cualquier caso, las expectativas compartidas pueden constituir un elemento de difícil prueba, si se deja ésta a cargo del Estado afectado, y también de difícil caracterización. No hay ninguna necesidad de crear una categoría tan difícil de definir, pero se puede buscar algún elemento objetivo dentro de las ideas contenidas en el párrafo 4 de la sección 4, como la existencia en el derecho interno de los Estados interesados del principio de la responsabilidad causal o estricta o del principio de la reparación del daño. El Relator Especial se refiere ahora simplemente al principio común al derecho interno de muchos países, y no —pues es demasiado pronto para eso— a las reglas de aplicación. La inexistencia de ese principio en el derecho interno del Estado de origen o del Estado afectado podría ser aducida por aquél como una excepción.

50. También puede examinarse la posibilidad de establecer excepciones a la regla de la reparación, bien aceptando como tal la fuerza mayor, o alguna forma restringida de fuerza mayor, como en ciertos convenios, en los que se aceptan causas políticas o grandes catástrofes como fuerza mayor. Otra excepción podría ser la negligencia del Estado afectado o la acción de un tercero que hubiera actuado con intención de perjudicar. Cabe asimismo la posibilidad de no admitir excepciones cuando el Estado de origen haya incumplido sus obligaciones de informar o de negociar. La Comisión tendrá que optar por alguna de esas posibilidades, quedando bien entendido que de lo que se trata es de establecer un régimen general que no tiene que introducir un concepto de responsabilidad causal o estricta. Por el contrario, ese concepto tendrá que ser atenuado para eludir todo automatismo excesivo que alarmaría a muchos países.

51. El Relator Especial ha llegado ya a la conclusión de que la única obligación de prevención es la mencionada en el párrafo 8 de la sección 2 y en el párrafo 4 de la sección 3, que es la obligación de mantener en todo momento en observación la actividad que entraña un riesgo y adoptar las medidas necesarias para prevenir el daño.

¹⁰ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

¹¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 956, pág. 288.

¹² *Ibid.*, vol. 961, pág. 212.

Esa obligación implica un deber de diligencia y significa que los Estados han de determinar si los métodos de prevención empleados son razonables y, en general, si se ajustan al estado actual de la tecnología.

52. En un régimen convencional, como los que regulan determinadas actividades que entrañan un riesgo, puede pensarse en una doble protección, como se hizo en el régimen establecido por el tribunal arbitral en el asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*¹³, en el que se establecieron normas y procedimientos para reducir la contaminación a un nivel aceptable. Se decretó que todo incumplimiento de estas normas y procedimientos constituiría un hecho ilícito y, al mismo tiempo, que debía darse una reparación en caso de que la contaminación alcanzara accidentalmente un nivel superior al previsto, en cuyo caso habría responsabilidad estricta.

53. Las obligaciones de prevención, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones de comportamiento, en combinación con un régimen de responsabilidad causal o estricta. Pero tal combinación no parece posible en un régimen general como el que se trata de establecer, en el que el efecto primordial de la obligación de debida diligencia, que depende de que se haya producido el daño, sería la agravación de las condiciones de indemnización para el Estado de origen.

54. Ha sido sólo a título de ejemplo que el Relator Especial ha comparado esa obligación con las obligaciones de prevenir un resultado determinado, que intervienen en un régimen de responsabilidad estricta en el que, en principio, se debe dar una reparación en todos los casos, puesto que se rigen por una norma primaria. En cambio, las obligaciones de informar y de negociar, que no son sólo de naturaleza preventiva y son autónomas, no dependerían de la producción del daño, y su violación constituiría un hecho ilícito. Esto, sin embargo, no las excluye del ámbito de este tema, que se ocupa de las consecuencias perjudiciales de las actividades no prohibidas por el derecho internacional, entre las que figuran actos, inseparablemente ligados a aquéllas, que pueden ser ilícitos. El daño causado por un acto ilícito vendría a ser una consecuencia perjudicial de la actividad lícita de la que es inseparable.

55. Es enteramente apropiado seguir el razonamiento del anterior Relator Especial, que trataba de separar la responsabilidad internacional de la responsabilidad de los Estados, pero esa separación debe ser puramente conceptual, lo cual no impide que un futuro instrumento contenga esas dos formas de responsabilidad, con la finalidad de impedir que se produzca el daño y, si éste se hubiese producido, de atenuar en lo posible sus consecuencias. Los principios a que se refiere el plan esquemático parecen fundados y necesarios para la continuación del estudio. Cuando se haya llegado a una etapa más avanzada del estudio, sin embargo, quizá haya que introducir otros principios y modificar los que ya han sido tenidos en cuenta.

Se levanta la sesión a las 11.25 horas.

¹³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

1973.ª SESIÓN

Lunes 23 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Doudou THIAM

Miembros presentes : 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. Laclea Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Razafindralambo, Sr. Riphagen, Sr. Roukounas, Sir Ian Sinclair, Sr. Ushakov, Sr. Yankov.

Organización de los trabajos del período de sesiones (conclusión*)

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE sugiere suspender la sesión a fin de permitir que la Mesa ampliada se reúna y examine ciertas cuestiones importantes para proseguir los trabajos de la Comisión.

Se suspende la sesión a las 10.05 horas y se reanuda a las 11.50 horas.

2. El PRESIDENTE informa a los miembros de la Comisión que el examen del tema 7 del programa (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional) se continuará hasta el 25 de junio incluido, que el examen del tema 6 (Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación) se realizará a continuación hasta el 1.º de julio incluido, que se dedicará un día más al examen del tema 3 (Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes) y otro día al examen del tema 4 (Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático).

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) [A/CN.4/384¹, A/CN.4/394², A/CN.4/402³, A/CN.4/L.398, secc. H.1, ILC(XXXVIII)/Conf.Room Doc.5⁴]

[Tema 7 del programa]

SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

3. El Sr. USHAKOV felicita al Relator Especial por su segundo informe (A/CN.4/402), que contiene indica-

* Reanudación de los trabajos de la 1955.ª sesión.

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

² Reproducido en *Anuario...* 1985, vol. II (primera parte), pág. 101.

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

⁴ El plan esquemático, presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º 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.º período de sesiones, se señalan en *Anuario...* 1983, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.