

opinión del Sr. McCaffrey, la respuesta es afirmativa. En este caso, aún se tendría que determinar el ámbito de este deber de reparación.

11. Por otra parte, ciertas actividades continuas, como las actividades industriales o agrícolas, de las que tiene conocimiento el Estado autor y que puede éste vigilar parecen dar lugar a la responsabilidad de los Estados por los perjuicios que puedan causar y, por lo tanto, se pueden eliminar del campo de aplicación del tema en examen. A este respecto, se puede citar el asunto de la *Fundición de Trail*⁵, así como el principio 21 de la Declaración de Estocolmo⁶.

12. Otra categoría de actividades que se ha de eliminar es la que ha mencionado el Sr. Ushakov, referente, por ejemplo, al empleo o a la fabricación de un producto químico cuya nocividad sólo se decubra más tarde, como es el caso no sólo del DDT, sino de otros productos químicos y de ciertos cuerpos simples como el mercurio y el cadmio. En opinión del Sr. McCaffrey, no existe el deber de reparación mientras no se conozca el carácter perjudicial de la actividad, ya que no se puede pretender que el Estado autor vigile y reglamente consecuencias peligrosas de las que no tiene conocimiento. Por el contrario, una vez que se conozca el carácter perjudicial de la actividad, el Estado autor tiene obligación de vigilar si esta actividad puede tener consecuencias peligrosas y de evitarlas. En este punto, la situación se relaciona con la cuestión de la responsabilidad de los Estados, de la que se ocupa el Sr. Riphagen.

13. En cuanto al deber de informar y de negociar, el problema consiste en saber a quién se ha de informar y con quién se ha de negociar. En teoría, el Estado autor tiene obligación de informar a todos los Estados que podrían resultar dañados por un accidente que alcance las dimensiones de catástrofe. En la práctica, esta información es evidentemente imposible por lo que respecta a ciertas actividades como la explotación de centrales nucleares. Esta es la razón de ser de organizaciones internacionales como el OIEA, que actualmente elabora dos convenciones relativas a la información en caso de catástrofe y a la seguridad. Sin embargo, advertir a los Estados de la región no parece dispensar al Estado autor de la obligación de ofrecer una reparación por los perjuicios causados a consecuencia de un accidente. Por lo tanto, si la comunidad internacional juzga lícitas estas actividades, a pesar de los daños catastróficos que pueden causar, convendría encontrar el medio de limitar la obligación de reparación que incumbiría al Estado autor.

14. Para terminar, el Sr. McCaffrey dice que toda esta cuestión es análoga a una tentativa para codificar los efectos de la sentencia arbitral pronunciada en el asunto de la *Fundición de Trail*. A este respecto, remite a los miembros de la Comisión a su segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (A/CN.4/399 y Add.1 y 2, párrs. 125 a 128). La analogía no reside en el carácter de las actividades, sino en el método adoptado: los Estados interesados han negociado, han sometido su

litigio a arbitraje y han aceptado el régimen establecido por el tribunal arbitral. Una actividad ejercida de conformidad con este régimen y que cause perjuicios no sería ilícita en sentido estricto, pero conllevaría la obligación de dar reparación por el daño causado. Se podría aplicar un régimen análogo al funcionamiento de las centrales nucleares.

15. El Sr. KOROMA aprueba la distinción que ha hecho el Sr. McCaffrey entre «acts» y «activities». Está convencido de que la Comisión debe ocuparse de «acts» y no de «activities» y volverá sobre este punto en una intervención ulterior.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

1974.ª SESIÓN

Martes 24 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Doudou THIAM

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

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) [A/CN.4/384¹, 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)

1. Sir Ian SINCLAIR señala que, en años anteriores, el sentido de los términos ingleses «responsibility» y «liability» fue fuente de confusión en los debates de la Comisión. Por fortuna, las observaciones del Relator Especial (A/CN.4/402, párrs. 2 a 5) arrojan nueva luz sobre la distinción entre esos dos términos. Se refiere, en

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.

⁵ Véase 1972.ª sesión, nota 13.

⁶ *Ibid.*, nota 8.

particular, a la observación de L. F. E. Goldie citada en el informe que se examina (*ibid.*, párr. 4) según la cual, en el contexto de los artículos VI y XII del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales⁵ y del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 1982:

[...] se entiende que «responsibility» denota una obligación o las normas que impone el ordenamiento jurídico para el desempeño de una función en la sociedad, mientras que el término «liability» indica las consecuencias del incumplimiento de la obligación o del de las normas requeridas. Así pues, el término «liability» denota la posibilidad de quedar sujeto en derecho a una reparación una vez establecida la «responsibility». [...]

2. En el marco del presente tema, esos conceptos han de interpretarse en sentido amplio. En efecto, la confusión proviene en parte de la idea de que, en el derecho internacional tradicional, sólo hay responsabilidad («responsibility») del Estado si éste ha cometido un hecho internacionalmente ilícito; este punto de vista es el que inspira la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Ahora bien, dado que la «responsabilidad» tiene un sentido más amplio en derecho civil comparado, en el que ese término designa las obligaciones o las normas que el derecho impone a todo aquel que desempeña una función social, hay que preguntarse inevitablemente si no se pueden deducir del derecho internacional obligaciones o normas análogas para las actividades que, aunque no ilícitas en el territorio en que se ejercen, tienen o pueden tener consecuencias perjudiciales para personas u objetos que se encuentran fuera de ese territorio. Por su parte, cree que la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa. Así pues, el concepto de «responsibility», en ese sentido amplio, se debe aplicar también a las actividades lícitas ejercidas en el interior de un territorio y que causan o pueden causar un daño material transfronterizo, y el concepto resultante de «liability», que, desde este punto de vista, quede circunscrito a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones o de la inobservancia de las normas impuestas por la ley, también se debe aplicar a esas actividades. En este sentido más amplio y más general, el concepto de «responsibility» engloba el concepto resultante y más restringido de «liability» y no se limita a los hechos internacionalmente ilícitos.

3. Se llega así a los problemas teóricos que el Relator Especial estudia en su informe, bajo el título «La unidad del tema» (*ibid.*, párrs. 6 a 10), en su informe. Aunque el análisis que hace el Relator Especial (*ibid.*, párr. 7) le inspire al principio ciertas reservas, el orador, tras madura reflexión, conviene en que, en el marco del tema que se examina, la prevención y la reparación pertenecen al reino de las normas primarias. Esto, que es in cuestionable en lo que concierne a la prevención, parece ser así también en lo que se refiere a la reparación, por lo menos cuando se dan determinadas condiciones a las que ya se ha referido en sus intervenciones precedentes. Es menester, en particular, que la actividad sea de tal índole que del riesgo de un daño material transfronterizo sea conocido del Estado de origen. Si éste autoriza la construcción, cerca de su frontera con otro Estado, de una fábrica de productos químicos o de un reactor nu-

clear, se presumirá que ha aceptado el riesgo de un daño de esa naturaleza en caso de accidente.

4. Las cosas, sin embargo, no siempre son tan simples, y se han mencionado ya varios casos de actividad estrechamente vigilada por el Estado de origen pero cuyos riesgos no eran conocidos de ese Estado, ni podían serlo, en la época en que autorizó la realización de esa actividad. Así, los descubrimientos científicos y médicos repercuten constantemente en el derecho. Por lo tanto, ¿debe tenerse al Estado de origen por responsable de las consecuencias —consecuencias directas en general, o consecuencias razonablemente previsibles— de la autorización concedida para el desarrollo de una actividad de la que, a falta de pruebas científicas o médicas, no sabía o no podía saber que era intrínsecamente peligrosa para personas y objetos situados fuera del territorio? Planteada de ese modo, la cuestión parece exigir una respuesta negativa. Ahora bien, en tal caso, ¿quién debe reparar la pérdida o el daño sufrido? Quizás, en tal supuesto, el Estado en cuyo territorio se haya sufrido esa pérdida o ese daño, precisamente porque el Estado de origen no podía saber, en la época en que autorizó la actividad, que ésta causaría o podía causar un daño material transfronterizo.

5. La cuestión se plantea de forma más aguda cuando el Estado de origen sabe que el desarrollo de la actividad puede causar un daño material transfronterizo, pero ignora su alcance. En este caso, ¿debe tenerse al Estado por responsable de todas las consecuencias directas de la realización de la actividad, tal como se han plasmado en la pérdida o el daño causado a personas u objetos situados fuera de su territorio, o sólo de las consecuencias razonablemente previsibles? Es esta una esfera en la que aparentemente se impone un análisis a fondo del derecho comparado.

6. La Comisión se preguntó ya si el régimen general propuesto —que entraña una doble obligación, de prevención y reparación— debía limitarse a las actividades que presentaban un «riesgo excepcional». El orador sigue siendo escéptico sobre esta cuestión. Ciertamente, todo el mundo sabe, en líneas generales, cuáles son las actividades que, en el estado actual de los conocimientos humanos, pueden presentar un riesgo excepcional. A los ejemplos que vienen enseguida a la mente, como la construcción y explotación de reactores nucleares con fines pacíficos, o de instalaciones de producción de materias químicas peligrosas o tóxicas, cabe añadir otros, como la construcción de presas cerca de una frontera internacional. Pero estos ejemplos no hacen más que dar una idea del estado actual de los conocimientos científicos o médicos. Ahora bien, las actividades que hoy presentan un «riesgo excepcional» quizá no entrañen mañana más que un riesgo ordinario, y viceversa. Es dudoso, por consiguiente, que se pueda trazar una distinción neta entre las actividades que presentan un «riesgo excepcional» y las demás. No se puede hacer descansar un régimen general en una distinción de esa naturaleza, por prudente y matizada que sea.

7. La parte del informe que trata del daño producido sin régimen convencional es la más interesante y sugerente, y el orador felicita al Relator Especial por el punto de vista equilibrado que ha sabido adoptar, en espe-

⁵ Véase 1972.ª sesión, nota 12.

cial acerca de la responsabilidad estricta y el principio de la soberanía de los Estados (*ibid.*, párrs. 52 y 53). Le han llamado especialmente la atención la observación que éste hace de que «la soberanía es, como el dios Jano, bifronte» (*ibid.*, párr. 53) y la demostración de la manera como hay que concebir la soberanía en el contexto de la interdependencia de los Estados. Un acontecimiento reciente, sumamente pertinente en lo que respecta al tema examinado y al que se ha referido el Sr. Ushakov (1973.ª sesión), corrobora esa concepción de la soberanía nacional. El accidente de Chernobil —en relación con el cual el orador expresa al Sr. Ushakov y, por su mediación, al pueblo ruso su profunda condolencia por las pérdidas de vidas humanas y el perjuicio potencial a largo plazo sufrido— pone claramente de manifiesto el alcance del problema. Las consecuencias de este accidente se han notado muy lejos de las fronteras de la Unión Soviética. Es indudable que, como ha señalado el Sr. Ushakov, ese hecho hace imperiosa la necesidad de elaborar regímenes destinados a prevenir tales accidentes en el futuro, pero plantea también, dándole carácter de extrema gravedad, la cuestión de la responsabilidad («liability») por el daño material transfronterizo. Muy recientemente, el Gobierno británico se ha visto en la necesidad de prohibir durante cierto tiempo la matanza de corderos en ciertas regiones montañosas por haberse cuadruplicado a raíz de la catástrofe de Chernobil las tasas de radiactividad observadas en esos animales. ¿A quién debería incumbir la responsabilidad («liability») por las pérdidas sufridas a causa de esa prohibición? Sería totalmente injusto que incumbiese a los agricultores perjudicados por la prohibición. Sería igualmente injusto que recayera en el Gobierno británico, que no es en absoluto responsable, ni en sentido estricto ni en sentido amplio, de los acontecimientos que son causa del daño sufrido.

8. La Comisión no es el foro apropiado para debatir la responsabilidad resultante de tal o cual accidente que haya causado un daño transfronterizo. Nadie ignora que el hombre no es perfecto. A pesar de los enormes progresos realizados en este siglo para aprehender los secretos de la naturaleza, cuanto más descubrimientos hace el hombre, menos conoce los misterios más profundos. Parafraseando a Shakespeare, es cuando el hombre está más seguro de sí mismo que su ignorancia es mayor. Pero el hombre, habitante provisional del planeta, tiene el deber, no sólo para con su generación sino también para con las generaciones futuras, de desarrollar sus actividades de manera que no cause daños, y si, a pesar de todo, se causa un daño, de repararlo. Este principio evidentemente necesita ser precisado en el presente contexto, mediante un sistema que vaya de lo abstracto a lo concreto. El Relator Especial ha abordado muy bien los difíciles problemas que se plantean a este respecto.

9. El Sr. RIPHAGEN recuerda que, hace más de 2.000 años, Demócrito afirmaba que «todo lo que existe en el universo es fruto del azar y de la necesidad». El biólogo francés Jacques Monod prosiguió el desarrollo de ese tema en su célebre obra⁶, y un psicólogo como

Freud no pudo menos que sentirse atraído por la idea de que el comportamiento del hombre podría ser reducido a las leyes de la naturaleza. Sin embargo, para el jurista, el punto de partida es el comportamiento del libre individuo; el papel del individuo es, para él, la preocupación fundamental. Ese tema guarda estrecha relación con la materia objeto de examen y sus limitaciones *a priori*, a saber, las actividades físicas que producen un daño material transfronterizo («necesidad») y el factor de la contribución humana al riesgo («azar»).

10. Esas dos limitaciones constituyen la condición previa de la confluencia de cuestiones que, sin eso, permanecerían separadas: la prevención y la reparación; las medidas de prevención y las medidas de sanción, que se hallan separadas en el tiempo; las normas primarias y las normas secundarias; las situaciones bilaterales y las situaciones multilaterales. Ahora bien, incluso cuando se dan esas dos limitaciones, esa confluencia crea múltiples dificultades, en especial cuando entra en conflicto con el dogma de la soberanía de los Estados, que constituye la base del derecho internacional. Tal conflicto obliga inevitablemente a tener en cuenta, sin perjuicio de los reajustes necesarios, las reglas normales de la responsabilidad de los Estados. Tiende asimismo a subrayar la necesidad de un régimen internacional mínimo, empezando por el «deber» un tanto vago que tienen los Estados de «cooperar», deber que engloba el de informarse recíprocamente.

11. En lo que se refiere a la adaptación de las reglas normales de la responsabilidad de los Estados, parece evidente que no se puede transplantar al tema que se examina el elemento subjetivo representado por las «personas que actúan en nombre del Estado». La responsabilidad («liability») de que se trata, en efecto, va más lejos, puesto que se aplica a las actividades y situaciones que tienen lugar «en el territorio o bajo el control» del Estado. Supone, por consiguiente, la obligación de ejercer un control o, dicho de otro modo, una jurisdicción. Pero ¿hasta dónde llega esta obligación?

12. De las dos limitaciones *a priori* del tema se desprende que, normalmente, las actividades y situaciones a que se refiere presentan ante todo un «riesgo» para el territorio del Estado en que tienen lugar. Hay, pues, muchas probabilidades de que el Estado territorial haya instaurado un control sobre esas actividades, por la vía legislativa o por otra vía. La obligación internacional mínima sería entonces que, en el ejercicio de ese control, el Estado tratase de la misma manera los efectos sufridos dentro de sus fronteras y los efectos transfronterizos; es decir, sería una obligación de no discriminación. Ahora bien, en la actualidad ciertos Estados no actúan de conformidad con esta obligación, a falta, quizá, de reciprocidad.

13. Antes de la obligación de no discriminación, sin embargo, está la obligación de instaurar un control sobre las actividades y situaciones de que se trata. Ahí es donde la cuestión del «origen» de la obligación, es decir, el elemento «objetivo» de la obligación, cobra toda su importancia. Y, a ese respecto también, parece que no es posible atenerse a las reglas normales de la responsabilidad de los Estados y que haya que hacer intervenir el concepto más vago de «expectativas compartidas», que

⁶ *El azar y la necesidad. Ensayo sobre la filosofía natural de la biología moderna* (trad. F. Ferrer Lerín), 9.ª ed., Barral, Barcelona, 1977.

suele asociarse a las obligaciones incompletas (*soft law*). Es revelador, a este respecto, que el Relator Especial haya insistido en el elemento de «daño», a diferencia del caso de las normas de la responsabilidad de los Estados que la Comisión ha aprobado ya. En efecto, mientras que todas las obligaciones o cuasiobligaciones sobre esta cuestión son «obligaciones de resultado», en el sentido de los artículos 21 y 23 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁷, en el presente contexto será menester traducirlas en obligaciones o cuasiobligaciones que exigen un comportamiento específicamente determinado, en el sentido del artículo 20 de dicho proyecto de artículos. Pero, entretanto, es decir, en espera de que el aforismo *sic utere tuo* dé nacimiento a obligaciones o cuasiobligaciones jurídicamente inteligibles, el derecho no puede permanecer mudo, aunque deba necesariamente centrarse en la indivisibilidad entre el medio físico, el aspecto procesal del comportamiento de los Estados y el reparto de los riesgos.

14. En este contexto, parece ineludible sustituir el concepto místico de soberanía territorial por un concepto más positivo de divisiones funcionales, o por lo menos adaptar ese concepto, que a su vez no se puede librar totalmente del concepto temporal que consagra otro aforismo, *qui prior ex tempore potior ex jure*, que presenta inconvenientes análogos a los de la máxima *sic utere tuo*. Así, por ejemplo, si al Estado que se propone modificar el medio natural incumbe una obligación de notificación previa, el ligero desequilibrio así creado viene a ser restablecido por el hecho de que, en ese caso, la modificación debe ser resultado de una actividad que entrañe un riesgo excepcional.

15. No obstante, la experiencia reunida en Europa y en África demuestra que las expectativas compartidas suponen un mínimo de planificación común. Si, por ejemplo, en un Estado africano la política de protección de las especies amenazadas tiene como consecuencia la prohibición a los campesinos de matar los elefantes que, al atravesar sus tierras, destruyen sus cultivos, pero al mismo tiempo concede a esos campesinos un derecho de reparación, sería excesivo exigir, en nombre de la no discriminación, reparación para los campesinos del Estado vecino donde el sacrificio de los elefantes no está prohibido. Otro ejemplo concierne a Europa, donde las actividades de la OCDE en la esfera de la lucha contra la contaminación transfronteriza han llevado a la adopción de una especie de cláusula de salvaguardia relativa a las políticas no coordinadas de utilización del suelo⁸. En otro caso aún, en el que el medio ambiente parece divisible desde el punto de vista territorial, Francia ha realizado importantes economías al verter en el Rin los desechos salinos de sus fábricas de potasa, pero la purificación de las aguas del Rin cuesta muy cara a los Países Bajos. ¿Cuál será la posición del derecho internacional en una situación de ese género? Es a todas luces evidente que la solución reside en el reparto de la carga

financiera, que es, por otra parte, lo que se ha establecido en el tratado celebrado a este respecto⁹.

16. El reparto de la carga constituye manifiestamente una forma de reparación, que en algunos casos puede ser concedida al Estado de origen en vez de al Estado víctima. Pero, en cualquier caso, la cuestión es totalmente diferente de la de la reparación en el contexto de la responsabilidad de los Estados.

17. No hay ninguna medida de prevención absoluta, salvo la consistente en abstenerse de toda actividad que pudiera ser perjudicial. Existe siempre el riesgo de que surja el elemento de «azar», y esto es lo que plantea el problema de la distribución de los riesgos. Normalmente, en caso de puro azar, el derecho hace recaer la pérdida en quien la sufre, como ha señalado Sir Ian. ¿Por qué debería ser de otro modo en el tema que se examina? La respuesta es que, en este caso, la actividad presenta en sí misma un riesgo excepcional. Ahora bien, como han señalado Sir Ian y el Sr. Ushakov (1973.ª sesión), en tal caso hay que preguntarse acerca del sentido de la expresión «riesgo excepcional». ¿Hay que concluir, puesto que una actividad tiene lugar en todos los Estados interesados, que esa actividad no presenta en sí misma un riesgo excepcional? Otra cuestión que se plantea es la de los beneficios que el Estado de origen obtiene con la actividad; en ciertos casos límite, en particular, puede suceder que todos los beneficios sean para un Estado y todos los riesgos para el otro.

18. La idea de necesidad presupone el conocimiento de las leyes de la naturaleza. Ahora bien, ese conocimiento es muy limitado, y fundamentalmente interviene *a posteriori*. La ley, pues, no es otra cosa que el estado de los conocimientos admitidos en la época de su promulgación y, por esa razón, es por definición imperfecta. Siendo así, el jurista debe buscar un sucedáneo en el comportamiento procesal, es decir, en la información y las consultas con total buena fe. Es difícil añadir a esa obligación primaria de información y consultas una norma secundaria relativa a la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, la falta de información y consultas puede muy bien constituir un elemento de hecho que permita desplazar el riesgo hacia el Estado de origen que haya pasado por alto el cumplimiento de esa cuasiobligación.

19. El Sr. CALERO RODRIGUES señala, refiriéndose al plan esquemático redactado por el anterior Relator Especial, que en él se definía el alcance del tema como el de las actividades físicas que causan o pueden causar un daño material transfronterizo, expresión por la que se entiende un perjuicio de cierta magnitud. Sin embargo, Sir Ian Sinclair y el Sr. Ushakov (1973.ª sesión) han señalado las dificultades que se plantean desde el momento en que se intenta definir el concepto de daño. ¿Abarca ese concepto sólo los accidentes de dimensiones catastróficas, o se aplica también a los daños más progresivos, como los ocasionados por las lluvias ácidas? Otra cuestión que se plantea es la carencia de conocimientos científicos, como demuestra la controversia

⁷ Anuario... 1980, vol. II (segunda parte), pág. 31.

⁸ Recomendación del Consejo de la OCDE de 17 de mayo de 1977 [C(77)28(Final)], anexo, título A, párr. 3, apartado c (*L'OCDE et l'environnement*, París, 1979, págs. 129 y 130).

⁹ Convenio para la protección del Rin contra la contaminación por cloruros, firmado en Bonn el 3 de diciembre de 1976 (*Journal officiel de la République française, Lois et décrets*, 117.º año, N.º 215, 15 de septiembre de 1985, pág. 10614).

sobre los peligros que se hacen correr a la capa de ozono ¿Se considerará la construcción de un arsenal nuclear como algo potencialmente más «catastrófico» que la construcción de una central nuclear con fines pacíficos? A juicio del orador, sería preciso definir el alcance del tema de forma más precisa que en el plan esquemático, y a ello debería dedicarse ante todo el Relator Especial.

20. El plan esquemático señala la existencia de dos tipos de obligaciones primarias —la obligación («responsibility») de prevenir el daño y la obligación («liability») de repararlo— y todo el mundo está de acuerdo en considerar que ambas cosas están estrechamente vinculadas. Por su parte, después de haber pensado que la «liability» suponía la existencia de un daño, reconoce, dados los aspectos sociales del tema, que la Comisión también debe estudiar la cuestión de la prevención. En el plan esquemático, esa prevención se reduce a una serie de obligaciones procesales: proporcionar información, cooperar con miras a la creación de un mecanismo de determinación de los hechos, negociar. El Sr. Ushakov ha indicado algunos de los problemas que se plantean en relación con estas obligaciones procesales, y convendrá subrayar el papel de las organizaciones internacionales a este respecto, como muy bien dice el Relator Especial en su informe (A/CN.4/402, párr. 11, apartado c).

21. Pero sea cual fuere el tipo de régimen que se instituya, y aunque ese régimen sea observado rigurosamente, subsistirá el riesgo de que se produzca un daño. Se llega así a lo que el anterior Relator Especial llamaba el «monstruo» de la responsabilidad objetiva, monstruo al que los Estados no están muy dispuestos a someterse. Con todo, es preciso admitir determinada obligación de reparar; la dificultad estriba en determinar su alcance. El plan esquemático fija algunos límites a esa reparación, en función de las expectativas compartidas —concepto que le inspira algunas dudas— y de las medidas de prevención adoptadas, cuya naturaleza debe determinarse mediante la negociación. En su opinión, convendría examinar más detenidamente el principio de la reparación. No basta decir que se determinará mediante la negociación, sino que hay que enunciar algunos principios rectores, por generales que sean, de tales negociaciones.

22. En lo que concierne al concepto de prevención, opina que el principio de «diligencia» («due care») es esencial, y que las obligaciones procesales son secundarias. Según el anterior Relator Especial, las obligaciones de carácter procesal no deben dar origen a ningún derecho de tutela jurisdiccional, y el Relator Especial, por su parte, propone convertir esas obligaciones en obligaciones absolutas suprimiendo, en el párrafo 8 de la sección 2 y en el párrafo 4 de la sección 3, la referencia al «derecho de tutela jurisdiccional». El orador no está convencido de que se mejore el texto erigiendo esas obligaciones procesales en obligaciones absolutas; de ese modo no se fomentaría la cooperación. Por otra parte, a diferencia del Relator Especial, no alcanza a discernir de qué modo el artículo 73 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, viene a apoyar la idea de considerar las obligaciones procesales como obligaciones absolutas (*ibid.*, párr. 41, apartado a). Tampoco le convence la siguiente observación del Rela-

tor Especial: «[...] Si dejamos el texto tal cual es, acaso estaríamos prohibiendo al Estado afectado esta posibilidad que le da el derecho internacional general. [...]» (*Ibid.*) En primer lugar, ese Estado no es más que un Estado «potencialmente» afectado; en segundo lugar, las amenazas de retorsión no parecen constituir el medio más adecuado de fomentar la cooperación.

23. El orador no está seguro de que sea exacta la conclusión a que llega el Relator Especial, de que «[...] las obligaciones de informar y de negociar están suficientemente establecidas en el derecho internacional y que su violación por ende engendra ilicitud.[...]» (*Ibid.*, párr. 67.) En cambio, se adhiere a lo que dice el Relator Especial acerca de la obligación contenida en el párrafo 8 de la sección 2 y el párrafo 4 de la sección 3 del plan esquemático (*ibid.*, párr. 66, primera frase). Uno de los problemas que se plantean en este tema es el del vínculo entre la reparación —en caso de daño— y la prevención. El «daño», en efecto, está en el centro de las dos instituciones, y todo régimen que se adopte en el plano internacional deberá tener como finalidad establecer medidas de prevención para impedir o limitar los riesgos de daño. El mismo resultado, por otra parte, podría ser alcanzado mediante una acción multilateral del Estado de origen, el cual, en resumidas cuentas, debe tomar en consideración sus propios intereses. A este respecto, no está seguro de haber comprendido qué quiere decir el Relator Especial con «prevención tras el acaecimiento» (*ibid.*, párr. 46).

24. Queda mucho por hacer para precisar el alcance del tema examinado. Probablemente surgirán aclaraciones a medida que la Comisión examine los proyectos de artículos. A modo de conclusión, recomienda a los miembros de la Comisión que no atribuyan demasiada importancia a los aspectos procesales de la cuestión de la prevención.

25. El Sr. FLITAN quiere hacer dos observaciones de carácter general antes de pasar a tratar del contenido del segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/402). En primer lugar, como señalaba el propio Relator Especial en su informe preliminar, «El deber de reparación se encuentra algo perdido entre los procedimientos establecidos en la sección 4 del plan esquemático» (A/CN.4/394, párr. 16, apartado d). Esto es un defecto que convendrá corregir en el proyecto de artículos, cuyo estudio, por otra parte, permitirá a la Comisión delimitar el contenido del tema.

26. En segundo lugar, el tema examinado no se sitúa en el terreno político, sino que guarda relación con la cuestión del desarrollo. En otras palabras, se trata menos de un problema Este-Oeste que de un problema Norte-Sur. En efecto: si bien, en teoría, todo Estado puede ser autor o víctima de un daño, en la práctica los autores suelen ser Estados desarrollados y las víctimas Estados en desarrollo. En los proyectos de artículos que presente el Relator Especial se verá como éste se propone tener en cuenta los intereses de los países en desarrollo, cosa que se ha comprometido a hacer en su informe preliminar (*ibid.*, párr. 17).

27. En el capítulo I de su segundo informe, en el que se trata sucesivamente del uso de ciertos términos, de la unidad del tema y de su alcance, el Relator Especial

subraya, con razón, que la distinción que se hace en el derecho anglosajón entre «liability» y «responsibility» no se reduce a un mero problema lingüístico (A/CN.4/402, párr. 2). A este respecto, el orador comparte el punto de vista expresado por el anterior Relator Especial en su quinto informe, es decir, que:

[...] la fórmula «responsibility and liability» («responsabilidad»), utilizada en la versión inglesa de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, corresponde fielmente a los aspectos gemelos de la prevención y la reparación, que constituyen la base del presente tema. [...]»¹⁰.

28. De esa distinción entre «liability» y «responsibility», que corre pareja con la distinción entre obligación de prevención y obligación de reparación, el Relator Especial deduce varias conclusiones, con las que está de acuerdo el orador. La primera es la de que ciertas personas son responsables de determinadas obligaciones incluso antes de que suceda el evento que desencadena las consecuencias perjudiciales. La segunda, que el Estado es, pues, responsable de las consecuencias perjudiciales de ciertas actividades realizadas en su territorio o bajo su control. La expresión general «bajo su control» es preferible a la expresión «bajo su jurisdicción», que, en vista de todos los supuestos posibles, parece demasiado restrictiva. La tercera es la de que el Estado está sujeto al mismo tiempo a una obligación de prevención, es decir, que debe hacer todo lo posible por evitar la aparición de consecuencias perjudiciales o para limitar su alcance.

29. Pon consiguiente, la base del continuo prevención-reparación es claramente la prevención, en todo caso por lo que respecta a cierto tipo de actividades. Pero será preciso sin duda trazar una distinción más neta entre las actividades consideradas, ya que no se puede establecer para todas el mismo procedimiento; hay actividades que causan ocasionalmente un daño y otras que tienen permanentemente consecuencias perjudiciales de poca importancia. Además, en el caso de ciertas actividades, se puede excluir la idea de prevención y mantener sólo la de reparación.

30. El Relator Especial propone acertadamente que se adopte como criterio unificador de la prevención y la reparación el concepto de daño, que permite además separar el tema examinado del de la responsabilidad internacional de los Estados. He ahí un extremo que necesita ser aclarado, sin embargo, porque es evidente que, sin daño, no puede haber responsabilidad estricta, pero sí responsabilidad del Estado por hecho ilícito, incluso en ese caso, ya que esta última forma de responsabilidad no está subordinada a la existencia de un daño.

31. En lo que concierne al alcance del tema, el Relator Especial recuerda que el elemento determinante del plan esquemático es la obligación que incumbe al Estado de origen de evitar, minimizar o reparar toda pérdida o daño material transfronterizo del que se pueda prever el riesgo por derivar de una cierta actividad peligrosa. Es posible efectivamente en tales casos, para crear cierta dinámica, enunciar una obligación de prevención, pero existen también casos en los que la previsión del riesgo no es posible. Esto es una nueva prueba de que el plan

esquemático no traza una distinción suficientemente tajante entre los diferentes tipos de actividades.

32. Por otra parte, el daño a que se hace referencia es el daño material transfronterizo. Ahora bien, las actividades que realizan los Estados fuera de sus fronteras, por ejemplo en alta mar, también pueden causar daños. El proyecto de artículos debería contemplar asimismo estos supuestos.

33. Convendrá además estudiar detalladamente el papel que pueden desempeñar las organizaciones internacionales. Establecer un deber de cooperación por medio de esas organizaciones es algo digno de encomio, pero quizá sería menester ir todavía más lejos y señalar que los Estados tienen la obligación de informar a las organizaciones internacionales competentes y que éstas tienen la obligación de cooperar de buena fe en la creación de un régimen idóneo. Cabría incluso tomar en consideración, en ciertos casos, la posibilidad de hacer extensiva a esas organizaciones la obligación de reparar, lo cual, por supuesto, no modificaría en absoluto la obligación de reparar que incumbiese al Estado autor del daño.

34. El régimen de la responsabilidad colectiva tropieza con una fuerte oposición, pero, como ha señalado el Relator Especial, la obligación de reparar deriva del principio mismo de la soberanía (*ibid.*, párrs. 52 y 53). No se alcanza a comprender por qué ciertos Estados deberían soportar las consecuencias perjudiciales de las actividades realizadas por otros Estados. El principio que establece que estos últimos deben reparar los daños resultantes de las actividades que realizan es, pues, totalmente equitativo.

35. Por lo que respecta al reparto de los costos, el orador invita al Relator Especial a que siga reflexionando sobre esta cuestión. Dado que las actividades que pueden tener efectos perjudiciales redundan en provecho del Estado que las realiza, ¿no sería normal que éste sufriera las consecuencias? Por lo que toca a la determinación de los perjuicios, el Relator Especial podría inspirarse en las convenciones internacionales aplicables a ciertas actividades.

36. El Sr. OGISO dice que el detallado informe del Relator Especial (A/CN.4/402) constituye un documento básico muy valioso para el examen del tema. Varios de los oradores que le han precedido en el uso de la palabra, en particular Sir Ian Sinclair y el Sr. Riphagen, han planteado la cuestión de si convenía hacer referencia, en el contexto del presente tema, a un daño «material» transfronterizo. El Relator Especial mismo, en la parte de su informe dedicada al alcance del tema, menciona expresamente un «daño material transfronterizo» (*ibid.*, párr. 11, apartado a). Ahora bien, más adelante habla de «daños transfronterizos» (*ibid.*, párrs. 22 y 30), sin puntualizar que esos daños deben ser «materiales». El anterior Relator Especial había examinado esta cuestión y mencionado en su quinto informe «el elemento de la consecuencia material»¹¹. Análogamente, la Comisión, en su informe sobre su 36.º período de sesiones, señaló que «[...] el tema, tal como había queda-

¹⁰ *Anuario...* 1984, vol. II (primera parte), pág. 179, documento A/CN.4/383 y Add.1, párr. 40.

¹¹ *Ibid.*, pág. 168 párrs. 17 y ss.

do configurado, tenía como eje principal una consecuencia material que produce efectos transfronterizos. [...]»¹². El elemento material es, pues, uno de los componentes fundamentales del presente tema. No cree el orador que la omisión de ese elemento en los capítulos II y III del informe del Relator Especial haya sido deliberada. No obstante, recomienda a éste que no deje de emplear, en sus trabajos ulteriores, el adjetivo «material» en relación con las consecuencias transfronterizas o el daño transfronterizo. El elemento transfronterizo y el elemento material son igualmente esenciales.

37. Parece que, según la opinión general de la Comisión, el Estado de origen tiene la obligación de proporcionar información sobre cualquier actividad que pueda causar un daño material transfronterizo, información que debe ser facilitada a petición del Estado afectado. El orador está de acuerdo con la idea de que éste es el primer deber del Estado de origen. Sin embargo, al mencionar ese deber, el Relator Especial no ha señalado una excepción importante, es decir, que no se puede obligar al Estado a proporcionar información relacionada con secretos de Estado o secretos comerciales. Este supuesto se había previsto en el párrafo 3 de la sección 2 del plan esquemático.

38. En lo que concierne a la obligación de negociar, el Relator Especial menciona el «mecanismo de determinación de los hechos» (*ibid.*, párr. 38). El orador no pone en duda la necesidad de un mecanismo de este género, pero opina que habría que formular en términos más generales la obligación correspondiente. Recuerda el punto de vista del anterior Relator Especial, según el cual el Estado de origen debía gozar de cierta libertad de elección a este respecto. Ahora bien, unas disposiciones demasiado precisas sobre el procedimiento de negociación quizás limitaran esa libertad de elección. El actual Relator Especial, por otra parte, está esencialmente de acuerdo con esta manera de ver (*ibid.*, párr. 40). A este respecto, el orador comparte la opinión del Sr. Calero Rodrigues sobre la propuesta del Relator Especial (*ibid.*, párr. 41, apartado c) de suprimir la primera frase del párrafo 8 de la sección 2 y del párrafo 4 de la sección 3 del plan esquemático.

39. Por lo que hace a la responsabilidad objetiva, el Relator Especial parece apartarse un poco de la posición adoptada por su predecesor al citar en su informe ejemplos en los que la responsabilidad es «menor», y otros en que se entiende por «responsabilidad estricta» la inversión de la carga de la prueba.

40. A juicio del orador, el régimen que ha de aplicarse en esta materia es un régimen de responsabilidad menos estricta. A este respecto, pone de relieve el siguiente pasaje del informe, que le parece revelador:

[...] según el régimen que fija nuestro proyecto, [la existencia] de un daño del cual, en principio, sería responsable el Estado de origen, puesto que también en principio la víctima inocente no va a quedarse con él. [...] (*Ibid.*, párr. 35.)

Según parece desprenderse de este pasaje, es en principio aplicable un régimen de responsabilidad objetiva, punto de vista que se aparta sensiblemente del adoptado

por el anterior Relator Especial. Según éste, el régimen de la responsabilidad estricta era ciertamente aplicable en virtud de determinados tratados relativos a riesgos concretos, como los accidentes nucleares o la contaminación causada por los petroleros, pero esa aplicación no podía salirse sin peligro de la esfera de los acuerdos internacionales particulares, y era precisamente en sustitución de un régimen de esta índole que el anterior Relator Especial formuló el principio del equilibrio de intereses entre el Estado de origen y el Estado afectado y estableció la obligación de negociar basada en dicho principio. Así pues, recomienda al Relator Especial que estudie atentamente el principio del equilibrio de intereses antes de sacar ninguna conclusión acerca de la aplicación del régimen de la responsabilidad estricta al presente tema.

41. A este respecto, destaca asimismo la terminología empleada por el anterior Relator Especial en varios de sus informes, y dice que es revelador que la mayoría de las veces se hable del «deber» —y no de la «obligación»— de proporcionar información o de negociar. A su juicio, el concepto de «deber» es un poco más amplio que el concepto de obligación jurídica. Ese concepto de deber, que puede relacionarse con los conceptos de buena fe y de buena vecindad, está en conformidad por otra parte con el tenor del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo¹³.

42. Interpreta los esfuerzos del anterior Relator Especial como una tentativa por resolver la cuestión de la reparación sin recurrir inmediatamente al régimen de la responsabilidad estricta, y de ahí el recurso al concepto del equilibrio de intereses. En cuanto a la manera de lograr ese equilibrio, la Comisión podrá estudiar esta cuestión en una fase ulterior de sus trabajos.

43. Finalmente, suscribe plenamente las observaciones del Relator Especial sobre el papel que podrían desempeñar las organizaciones internacionales (*ibid.*, párr. 11, apartado c).

44. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) puntualiza que no tiene el propósito de apartarse sensiblemente de la concepción de la responsabilidad estricta que había formulado el anterior Relator Especial, como parece pensar el Sr. Ogiso; antes por el contrario no ve, en la fase actual de los trabajos sobre el tema, otra manera de aplicar la responsabilidad estricta, sino con los mismos mecanismos que proponía el anterior Relator Especial. Esto es: de ninguna manera una responsabilidad estricta en la que se incurriera automáticamente; por lo demás, sería difícil establecer un régimen de esta naturaleza en el actual estado de desarrollo del derecho internacional. Así pues, todo proyecto deberá tener en cuenta la idea básica que inspiraba los informes anteriores, consistente en atenuar el régimen de responsabilidad estricta estableciendo una serie de «amortiguadores». El Relator Especial hará a este respecto varias propuestas a la Comisión, y en particular un régimen de excepciones que no se contemplaba en los informes anteriores, aún muy esquemáticos.

45. El Sr. USHAKOV se refiere al inciso ii) del apartado d del párrafo 2 de la sección 1 del plan esquemático y

¹² *Anuario... 1984*, vol. 11 (segunda parte), pág. 77, párr. 225.

¹³ Véase 1972.ª sesión, nota 8.

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

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

Se levanta la sesión a las 12.45 horas

1975.ª SESIÓN

Miércoles 25 de junio de 1986, a las 10 horas

Presidente: Sr. Doudou THIAM

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

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) [A/CN.4/384¹, 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)

1. El Sr. ROUKOUNAS examina los diversos aspectos del plan esquemático y dice que sería preciso determinar cuáles son concretamente las actividades susceptibles de tener consecuencias perjudiciales para el medio ambiente y establecer la lista de las mismas, mencionando las utilidades pacíficas de la energía nuclear, la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, el transporte de hidrocarburos, la prospección y explotación de los recursos naturales de los espacios marítimos, la explota-

ción de los recursos naturales compartidos y la utilización de los cursos de agua internacionales, sin olvidar la producción y almacenamiento de ciertas armas. Dada la diversidad de las actividades que son susceptibles de contaminar el medio ambiente y de causarle daños, convendría, como medida de prudencia, no establecer una lista demasiado selectiva, puesto que se podrían eliminar más tarde ciertas actividades si resulta que ya son objeto de una reglamentación.

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

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

4. Será preciso además definir la «pérdida» y el «daño». En el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972⁵, y en la Convención sobre contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979⁶, se dan distintas definiciones del daño. Por su parte, el Sr. Roukounas considera que la Comisión debe estudiar la cuestión más a fondo antes de decidir excluir del ámbito del tema el «daño imprevisible».

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

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

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

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

⁴ El plan 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), pag 93, párr 294

⁵ Véase 1972.ª sesión, nota 12

⁶ E/ECE/1010