

te país puede obtener la cooperación de INTERPOL y, en virtud del proyecto de convención sobre asistencia judicial en materia penal, el juez de ese país A puede solicitar el auxilio del juez de un país B para que abra una investigación sobre las personas que hayan incitado al menor a cometer el delito que se le imputa. En segundo lugar, el menor, en vez de ser encarcelado, puede ser sometido a un régimen de libertad vigilada. El segundo proyecto de convención permite que el menor delincuente cumpla su pena en su propio país que, en tal caso, está especialmente interesado en velar por su rehabilitación, por ser el que sufriría los efectos de una falta de reeducación y, por consiguiente, de una eventual reincidencia.

46. El PRESIDENTE dice que la sesión debe levantarse para que pueda reunirse la Mesa Ampliada.

Se levanta la sesión a las 12.40 horas.

2016.ª SESIÓN

Miércoles 17 de junio de 1987, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Stephen C. McCAFFREY

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

Visita de miembros de la Corte Internacional de Justicia

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Evensen y al Sr. Sette-Câmara, magistrados de la Corte Internacional de Justicia, cuya visita pone de manifiesto las relaciones estrechas que existen entre la Corte y la Comisión. Para la Comisión es un gran honor acogerlos.

Nombramiento de dos nuevos relatores especiales

2. El PRESIDENTE dice que, en la sesión de la víspera, la Mesa Ampliada decidió recomendar a la Comisión que nombrase dos nuevos relatores especiales: el Sr. Arangio-Ruiz para el tema de la responsabilidad de los Estados (tema 2 del programa) y el Sr. Ogiso para el tema de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (tema 3 del programa). De no haber objeciones, entenderá que la Comisión acuerda nombrar relatores de esos temas a los dos miembros mencionados.

Así queda acordado.

3. El PRESIDENTE felicita calurosamente al Sr. Arangio-Ruiz y al Sr. Ogiso por su nombramiento y les asegura que todos los miembros de la Comisión les brindarán una colaboración constante. Su nombramiento ayudará a la Comisión a planificar sus trabajos futuros antes de la expiración del mandato quinquenal de sus miembros; sin duda los relatores especiales encargados de los diversos temas considerarán útil celebrar consultas a tal efecto.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) [A/CN.4/384¹, A/CN.4/402², A/CN.4/405³, A/CN.4/L.410, secc. F, ILC(XXXIX)/Conf.Room Doc.2⁴]

[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)

4. El Sr. REUTER dice que, para apreciar el esfuerzo desplegado por el Relator Especial en el estudio del tema en examen, hay que tomar conciencia de que la Comisión nunca ha verdaderamente aceptado este tema y de que abriga dudas, no sólo acerca de tal o cual solución examinada, sino también y sobre todo de la manera misma de abordarlo y de situarlo con relación a otros temas que figuran en su programa de trabajo. El Relator Especial no ha intentado ocultar esa dificultad y, en consecuencia, ha formulado diversas preguntas a la Comisión. El orador no pretende responder a ellas y se contentará con someter algunas reflexiones a la atención del Relator Especial.

5. Tal vez hay dos maneras de plantear el tema, de las cuales la primera y la más lógica es probablemente abordarlo por mediación de las grandes cuestiones que suscita. La segunda consistiría en examinar los proyectos de artículos en la forma en que han sido propuestos por el Relator Especial. Por su parte prefiere, por haber asistido desde el comienzo a los debates de la Comisión sobre el tema, hacer algunas observaciones sobre los textos

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.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 Para el texto, véase 2015.ª sesión, párr. 1.

propuestos antes de referirse a los problemas generales que suscita la materia.

6. Personalmente, está dispuesto a aceptar los seis proyectos de artículos en cuanto al fondo. Por otra parte, no es directamente en el texto de esos proyectos de artículos donde el Relator Especial ha encontrado los problemas más importantes que ha expuesto en sus comentarios y al presentar su tercer informe (A/CN.4/405). El orador se pregunta, sin embargo, si la mayoría de esos problemas son efectivamente problemas de redacción.

7. En lo que se refiere al proyecto de artículo 1, se congratula de que en todos los idiomas se emplee la expresión «una consecuencia física», que excluye, al menos aparentemente y por el momento, toda connotación jurídica; pero cabe interrogarse también acerca del sentido del término «situaciones», que designa algo de una cierta duración. Esa cuestión merece ser examinada más atentamente y quizá el Relator Especial podría hacer aclaraciones y los demás miembros de la Comisión formular comentarios al respecto. El Relator Especial tropieza también, en el marco del proyectos de artículo 1, con el problema de cómo designar los espacios que propiamente hablando no forman parte del territorio nacional pero en los que el Estado ejerce su jurisdicción. Ha utilizado a este respecto el término «control», que implica un dominio total del Estado, y si el Relator Especial toma en consideración otros espacios distintos del mar territorial y el espacio atmosférico, eso significaría que el Estado ejerce un «control» sobre la zona económica exclusiva o sobre los espacios que fueran objeto de ocupación lícita, lo que constituiría una intrusión en la calificación de la condición jurídica de esos espacios. No es eso probablemente lo que desea el Relator Especial.

8. Por lo que hace al vocabulario empleado en el proyecto de artículo 2, no siempre responde a la misma concepción en francés y en inglés. Se refiere en particular, con respecto al párrafo 1 de ese artículo, a la expresión inglesa «transboundary injury», de connotación puramente física, que se ha traducido al francés por la expresión «dommage transfrontière», que tiene una connotación jurídica. El apartado c del párrafo 2 se refiere a la vez al «derecho» y al «interés». En relación con el proyecto de artículos sobre el derecho relativo a los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se ha dicho que los intereses de que se trataba en ese proyecto eran intereses jurídicamente protegidos, es decir, que eran comparables a derechos. ¿Cabe aquí decir lo mismo, o el «interés» designa un concepto más flexible? Lamenta que no se mencione en el párrafo 3 el origen físico de la actividad.

9. No seguirá haciendo observaciones sobre la terminología utilizada en los demás proyectos de artículos, para abordar las cuestiones fundamentales. La Comisión trabaja actualmente en tres proyectos de convenión que se refieren a la responsabilidad y en otro que, en ciertos aspectos, también guarda relación con la responsabilidad. En cada uno de estos casos tropieza con problemas de vocabulario importantes y difíciles de resolver, ya que su tarea no es elaborar textos de *common law*, ni de derecho francés, sino de derecho interna-

cional, y no debe hacer reenvíos a los derechos nacionales; está obligada a elegir un vocabulario de una forma algo arbitraria. Ha llegado el momento para la Comisión de hacer esa elección, de preparar una especie de léxico que sea común a todos los relatores especiales.

10. La Comisión ha seguido al Sr. Ago en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁶ y se ha dejado convencer de que el daño no era un requisito de la responsabilidad internacional, lo que evidentemente tiene el mérito de introducir el concepto de crimen en el proyecto. No se trata sólo del crimen, sin embargo, y el daño ocupa un lugar importante en este campo. Ahora bien, esta primera parte del proyecto de artículos no trata del problema jurídico fundamental de la causalidad, que surge ahora en el apartado b del proyecto de artículo 3. Suponiendo que la Comisión establezca un sistema de responsabilidad causal, ¿se transmitirá ésta de forma indirecta? El Relator Especial deberá adoptar una posición sobre este punto en la parte de su informe dedicada a la responsabilidad en general. El orador menciona a este respecto el ejemplo de un delito internacional cometido contra un Estado, uno de cuyos nacionales se encuentra arruinado, mientras que tiene acreedores en el extranjero. Se transmite una relación de causalidad a los acreedores que no podrán recuperar su crédito. Cabe preguntarse si el Estado del que son nacionales los acreedores tiene algún título para invocar la responsabilidad internacional.

11. El proyecto de artículo 4 plantea el problema de la imputabilidad o, mejor dicho, de la atribución, término que no se presta a equívoco. La atribución de un hecho a una entidad plantea un problema grave, incluso en materia de causalidad. A ese respecto, le preocupa comprobar que los problemas de contaminación se traten al mismo tiempo que las perturbaciones debidas a un fenómeno violento. En efecto, si bien la relación de causalidad es simple e inmediata en el caso de un accidente nuclear, lo es mucho menos en el de la contaminación de un río, por ejemplo. Partiendo de la hipótesis de que el agua nunca es pura, el orador explica que el problema de la contaminación del agua guarda relación con el hecho de sobrepasar un umbral. Aunque basta con una actividad nueva para que la contaminación alcance o sobrepase ese umbral, no deja de ser cierto que es necesario el concurso de otras actividades para la contaminación del río. ¿Cómo tratar todas las actividades que son también causa del hecho, en este caso la contaminación, pero en un momento en que el hecho no producía consecuencias jurídicas? ¿Puede verdaderamente tratarse esa cuestión de la misma manera que las hipótesis en las que la relación de causalidad física se manifiesta en un acto único?

12. Comprende y acepta la idea del Relator Especial de elaborar proyectos de artículos bastante generales sobre una sola de las posibles hipótesis de responsabilidad sin acto ilícito, a saber, la hipótesis de la «cosa peligrosa», concepto familiar para los tribunales franceses que han tenido que pronunciarse, por ejemplo, sobre el carácter «peligroso» de un automóvil robado a su propietario y que ha causado un accidente. Tras señalar de pasada que la esfera de la responsabilidad y la del de-

⁶ *Anuario...* 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

sarrollo jurisprudencial corresponden sólo parcialmente al derecho escrito, el orador se pregunta si hay que dar, en los proyectos de artículos, una definición de la cosa peligrosa o preparar una lista de cosas peligrosas. No tiene una opinión formada sobre la cuestión, pero sabe que los gobiernos probablemente no aceptarán nunca un texto que no contenga disposiciones que enumeren esas cosas peligrosas. La responsabilidad sin culpa es un concepto atrevido para el derecho internacional contemporáneo y supone una verdadera solidaridad entre los Estados. El Sr. Reuter estima, sin poder responder exactamente a la cuestión planteada por el Relator Especial a este respecto, que la Comisión deberá incluir de alguna forma una reserva en virtud de la cual la futura convención sólo sea aplicable respecto de actividades claramente definidas.

13. Por otra parte, el Sr. Reuter no tiene nada que objetar, como ya ha dicho, a que se limite el ámbito de aplicación del proyecto de artículos a las «cosas peligrosas», pero cree que sería ilusorio pensar que se podrá evitar siempre el hecho ilícito. El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972, y los convenios regionales sobre responsabilidad civil en la esfera de la energía nuclear así lo demuestran. No parece, por otra parte, que el Relator Especial lo ignore. Por último, el Sr. Reuter desea que, aun conservando su libertad, los relatores especiales permanezcan en contacto unos con otros y se pongan de acuerdo, ya que la Comisión encuentra con frecuencia las mismas cuestiones en los diferentes informes que tiene ante sí.

14. El Sr. THIAM declara que la delimitación del ámbito de aplicación del tema le preocupa tanto más cuanto que su estudio será útil sólo en la medida en que no constituya una duplicación del de la responsabilidad de los Estados. Ahora bien, la lectura del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/405) no consigue, ni mucho menos, disipar sus dudas al respecto. Parece que al hablar de «situaciones», por ejemplo, el Relator Especial amplía el ámbito de aplicación del tema. Si, en el caso a que se refiere el Relator Especial (*ibid.*, párr. 26 b), un Estado debe demostrar que ha tomado todas las medidas que de él se esperan en una situación determinada es porque está sujeto a ciertas obligaciones; por consiguiente, se entra en el terreno de la responsabilidad culposa. Asimismo, una situación resultante de una catástrofe natural puede asimilarse a un caso de fuerza mayor, con lo que ya no puede invocarse la responsabilidad en el sentido inglés de *liability*.

15. Pasando del fundamento al sujeto que puede ser tenido por responsable, el orador se refiere a la distinción que hace el Relator Especial (*ibid.*, párr. 33) entre las actividades del Estado y las de los particulares, que no podrían ser tenidos por responsables. ¿No sería responsable el Estado que hubiera autorizado a una empresa privada a ejercer ciertas actividades de los daños causados por esas actividades? Sería difícil responder a esta cuestión con una negativa, desde el momento en que el Estado no ha tomado todas las precauciones que se imponían o no ha impuesto a la empresa interesada la obligación de tomar esas precauciones.

16. Observa también que el Relator Especial hace entre el «efecto» y el «daño» una distinción de la que no ve el fundamento y que no es conocida en todos los sistemas jurídicos. Ahora bien, la codificación del derecho internacional exige abstenerse de hacer referencia a conceptos que no son aceptados en todos los sistemas jurídicos. Por lo que se refiere al daño mismo, el Relator Especial da a entender que podría no ser reparado íntegramente si el Estado que es víctima de ese daño se beneficia además, en cierta medida, de las actividades que lo han causado. El Relator Especial deja incluso suponer que sería más práctico establecer una especie de escala de reparaciones. ¿Debe la Comisión ir tan lejos en el análisis del daño? ¿No corresponde más bien al juez apreciar el daño en función de las circunstancias? Al juez corresponde hacer las consideraciones de hecho. El Sr. Thiam sabe que existe un «sistema de tarifa» de los daños en ciertos sistemas jurídicos; piensa en particular en los accidentes de trabajo en los que se tiene en cuenta el hecho de que la empresa beneficia tanto al empleador como al empleado y que ni uno ni otro tienen interés en que ésta desaparezca. Pero ¿puede considerarse que aquí sucede lo mismo y que un Estado vecino que sufre un perjuicio causado por la actividad de otro Estado debe, por el solo hecho de que la actividad no era ilícita, sufrir las consecuencias de una reparación parcial del daño? A su juicio, en general, en materia de responsabilidad, se intenta reparar el daño lo más íntegramente posible.

17. A juicio del Sr. BENNOUNA, la cuestión que se examina es en gran medida una cuestión prospectiva, y las reflexiones que suscita pueden tener consecuencias en otras esferas. Si bien se mira, existe un *continuum* entre la responsabilidad por el hecho ilícito y la responsabilidad por los actos no prohibidos; de ahí que todo intento de distinguir entre ambas responsabilidades sea artificial y arbitrario, pues en la práctica las cosas se presentan de otro modo, en forma más general, y será el juez quien decida con criterio pragmático, según las circunstancias del caso. Es probable que las distinciones teóricas formuladas por la Comisión tengan escasa repercusión en la práctica. Pero, por otra parte, es necesario reconocer que la cuestión no es sólo teórica y que sin duda el desarrollo de la técnica dará cada vez más actualidad a este tema. La cuestión que se plantea es si este tema se puede enfocar desde el punto de vista de los principios generales.

18. El orador recuerda que en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar la responsabilidad por riesgo fue objeto de un prolongado debate para determinar si había que incorporar o no en el proyecto de convención el concepto de la responsabilidad objetiva. Esta cuestión ha experimentado ya un desarrollo considerable en la esfera del derecho marítimo. La responsabilidad por riesgo implica la solidaridad entre los usuarios, la definición de las actividades peligrosas, el establecimiento de un sistema de prevención y la creación de un fondo de garantía al que contribuirían conjuntamente los Estados que realizasen los actos de que se trate. Existen mecanismos de esa índole en diferentes esferas.

19. Ahora bien, como la Comisión se ha propuesto elaborar un proyecto de convención de carácter general,

las dificultades son todavía más graves. Consciente de esos problemas, el Relator Especial ha previsto por una parte el estudio de las actividades peligrosas y, por la otra, el establecimiento de mecanismos de prevención, pero ello supone prever la intervención de terceros en las distintas etapas del desarrollo de esas actividades. Es conocida la reticencia de los Estados en lo que respecta a admitir de un modo general la intervención de terceros, es decir, de misiones de investigación o de un control por un tercero de actividades que no están prohibidas. Por su parte, el orador no se opone a la intervención de terceros ni a los mecanismos de prevención en que haya elementos de investigación, peritaje, conciliación, etc., pero considera que ese tipo de obligación será difícilmente aceptable para los Estados.

20. Es de lamentar que los proyectos de artículos presentados a la Comisión por el Relator Especial no aclaren el alcance y fundamento de la responsabilidad. Si adopta el enfoque de la responsabilidad por riesgo, la Comisión deberá necesariamente establecer una lista de actividades peligrosas. Pero, la Comisión ¿podrá realmente establecer y hacer aceptar una lista de esa índole? La cuestión puede examinarse desde el punto de vista del abuso del derecho. El Estado tiene derechos que puede ejercer sobre su territorio y las zonas bajo su jurisdicción, pero esos derechos comportan determinadas obligaciones, sobre todo la de no abusar. Cabría precisar entonces lo que debe entenderse por abuso y definir sus consecuencias. Cualquiera que sea el enfoque adoptado, la Comisión deberá delimitar el presente tema del de la responsabilidad por culpa y determinar cuál es el ámbito de cada tipo de responsabilidad.

21. En ese caso, y aun cuando solucionase esa cuestión, la Comisión no podría evitar los diferentes problemas técnicos que plantea la responsabilidad, entre otros, la causalidad y la imputabilidad. Al orador, por su parte, le parece fundamental que se determine el vínculo entre un hecho físico, un acontecimiento capaz de producir un daño, y su posible autor, sobre todo si se considera que el Relator Especial ha observado con razón que su estudio no se refería únicamente a la situación entre Estados vecinos sino también al caso en que las consecuencias de los hechos repercutan más allá de los Estados vecinos. Todo el mundo tiene en mente la catástrofe nuclear de 1986, cuyas repercusiones se han hecho sentir incluso fuera del continente en que se produjo.

22. El Sr. GRAEFRATH dice que el excelente informe del Relator Especial (A/CN.4/405) refleja sucintamente lo esencial de la labor realizada hasta el presente y tiene en cuenta las numerosas sugerencias formuladas con ocasión de los debates al respecto en el anterior período de sesiones de la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. El informe, que contiene más bien disposiciones generales que artículos de fondo, suscita algunas observaciones de carácter general sobre el tema.

23. De la lectura de numerosos textos jurídicos parece desprenderse que el principio de la responsabilidad objetiva tiene vigencia en el derecho internacional. Pero esos textos no hacen más que reforzar a los Estados en su convicción de que el derecho internacional no ha establecido ningún principio general sobre la responsabi-

dad objetiva por las consecuencias perjudiciales dimanantes de actividades lícitas. La práctica de los Estados permite observar que esta forma de responsabilidad sigue siendo una excepción; en ningún caso es un método general de imputabilidad. El principio de la responsabilidad objetiva sólo se aplica cuando los Estados así lo han convenido expresamente.

24. Pese a los principios filosóficos que suelen invocarse en apoyo de esta forma de responsabilidad, la propia Comisión jamás se ha propuesto formular una norma o un principio general sobre la responsabilidad objetiva. Desde un comienzo ha limitado el ámbito de sus trabajos en la materia a ciertas actividades, sin examinar las consecuencias perjudiciales en general sino sólo las «consecuencias físicas» que afectan a otros Estados, cualquiera que sea el sentido de esta expresión.

25. Con frecuencia se ha sostenido que el concepto de responsabilidad emanaría lógicamente de los principios generales del derecho internacional y, en especial, del principio de la igualdad soberana de los Estados. Sin embargo, las normas jurídicas no son consecuencia de una lógica pura. Es necesario que los Estados aprueben esas normas. Así, la existencia del principio de la igualdad soberana, no excluye la conveniencia de que los Estados concierten acuerdos sobre las normas que rigen la libertad de la alta mar. Por el contrario, es preciso que se elaboren disposiciones detalladas que reglamenten de manera justa y equitativa el ejercicio por los Estados de sus derechos soberanos en la materia. Este ejemplo muestra cuán necesario pero también cuán difícil es elaborar normas de carácter muy concreto basadas en el principio general de la igualdad soberana desde el momento en que se deben conciliar intereses contrapuestos. Esa elaboración supone un proceso continuo. El progreso científico y técnico creará siempre nuevos problemas y obligará a formular nuevas normas para adaptar los principios generales a las nuevas situaciones. Nada puede substituir este proceso, ni la lógica ni la referencia a máximas jurídicas como *sic utere tuo...*, o a principios morales como «la víctima inocente no debe soportar el costo del perjuicio que se le ha ocasionado», que si bien parecen razonables no son fuentes de normas jurídicas.

26. El orador comparte plenamente la opinión del Relator Especial cuando dice que abriga «muy serias dudas de que este principio pueda ser considerado operativo en el derecho internacional general, sin una norma más específica, de nivel de generalidad más bajo, que lo haga funcionar» (*ibid.*, párr. 67). El Relator Especial reconoce también que en estas circunstancias el principio de la igualdad soberana puede aplicarse básicamente de dos maneras: ya sea mediante normas que prescriban un determinado comportamiento o el logro de un determinado resultado, o mediante normas que vinculen la responsabilidad al perjuicio causado. A este respecto, el Relator Especial ha señalado que «la responsabilidad estricta no es sino una técnica del derecho para perseguir ciertos fines» (*ibid.*, párr. 68). A juicio del Sr. Graefrath, ésta es precisamente la razón por la que la responsabilidad objetiva no puede deducirse de los principios generales. En vista de que se trata de un método jurídico y de un medio de lograr ciertos fines, la responsabilidad objetiva puede adquirir fuerza de ley sólo en virtud de un acuerdo en que los Estados apliquen esa

técnica particular para alcanzar esos fines en determinadas circunstancias.

27. Por otra parte, habida cuenta de que el mismo fin puede lograrse por otros medios, no es posible sacar ninguna conclusión jurídica del fin perseguido o del objetivo en sí, y corresponderá a los Estados, como es habitual, decidir el método que ha de aplicar. Cuando se propongan aplicar el método de la responsabilidad objetiva, celebrarán un tratado a ese efecto. La responsabilidad por los actos lícitos no es ni una norma del derecho consuetudinario ni un principio general. Sólo existe en la medida en que haya sido establecida por un acuerdo internacional.

28. Por lo tanto, nada permite sostener que la responsabilidad objetiva por todo daño transfronterizo sea una norma general de derecho internacional, pues ello equivaldría a admitir el concepto de la responsabilidad absoluta. Como ha señalado el Relator Especial, el concepto de la responsabilidad absoluta es «difícil de admitir en el actual estado del desarrollo del derecho internacional» (*ibid.*, párr. 16).

29. El propósito de la Comisión al emprender los trabajos en la materia ha sido elaborar normas de derecho internacional que los Estados puedan aplicar en el marco de sus relaciones mutuas en el caso de determinados tipos de perjuicios transfronterizos ocasionados por ciertas actividades lícitas. El Relator Especial ha precisado desde un comienzo que el objetivo no era imponer una responsabilidad objetiva o absoluta y que el ámbito de aplicación del principio de la responsabilidad se limitaría cuidadosamente a fin de que fuese aceptable para los Estados.

30. Por otra parte, la Comisión no debe olvidar que, como había señalado con tanta razón el anterior Relator Especial, la responsabilidad supone dos elementos: las normas destinadas a prevenir y las normas destinadas a limitar (o indemnizar) los perjuicios que ocasionen actividades lícitas. Para restringir el ámbito de aplicación del principio de la responsabilidad se puede proceder de dos maneras. Un método consiste en establecer una lista de todas las actividades peligrosas en que la responsabilidad se considere el método conveniente para determinar de quién ha de ser la carga de los perjuicios. Este es el método que siguen en general los Estados. Así, se ha determinado un cierto número de actividades peligrosas y se han diseñado distintos procedimientos para determinar la responsabilidad. En lo que concierne a las actividades nucleares y al transporte de mercancías peligrosas, algunos Estados han convenido en armonizar las disposiciones del derecho interno relativas a la responsabilidad civil de los operadores y han establecido sistemas de seguro obligatorio. Otros Estados han convenido también en garantizar, a título de indemnización, el pago de una cierta cantidad que se suma a la que deba pagar el operador. Sin embargo, hay que reconocer que incluso estos tratados sólo han sido ratificados por un pequeño número de Estados. Por su parte, el OIEA estudia actualmente un proyecto para armonizar las dos convenciones existentes sobre responsabilidad en la esfera de la energía nuclear: el Convenio de París de 1960 y la Convención de Viena de 1963.

31. Los tratados mencionados distan mucho de consagrar el principio de la responsabilidad internacional de los Estados; se limitan a armonizar el régimen de responsabilidad civil de los operadores. En otros términos, su objetivo es armonizar las normas del derecho civil interno relativas a la responsabilidad. El único instrumento jurídico internacional que prevé la responsabilidad objetiva de los Estados es el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972. No existe unanimidad de pareceres en cuanto a si ese Convenio serviría de modelo para elaborar un instrumento multilateral sobre las reclamaciones entre Estados. Dicho Convenio sigue siendo un ejemplo único en su género. En la práctica de los Estados en los últimos 15 años tampoco se observan otros casos de ese tipo, por lo que cabe concluir que toda generalización es imposible y que el Convenio de 1972 no puede ser tomado como modelo.

32. Además, para elaborar normas en la esfera de la prevención, los Estados, según se desprende de numerosos tratados bilaterales y multilaterales sobre problemas del medio ambiente, han preferido el método de la enumeración. Otro método, propiciado por los dos Relatores Especiales, sería limitar el alcance de la responsabilidad fijando determinados criterios generales. Sin embargo, este método también entraña dificultades y es imposible no señalar, por lo menos en el comentario, las actividades peligrosas a las que se aplicarían esos criterios. A este respecto, el Sr. Graefrath observa en el tercer informe del Relator Especial (*ibid.*, párr. 37) que una de las tres limitaciones o condiciones propuestas para limitar el ámbito de aplicación de los proyectos de artículos es la consecuencia material. El principal objetivo de esta restricción es excluir del ámbito de la responsabilidad los efectos económicos y sociales, lo que es de lamentar, pues en el mundo actual las consecuencias perjudiciales para millones de personas son fundamentalmente de carácter económico y social. El Sr. Quentin-Baxter, para quien la importancia de las consecuencias económicas y sociales era clara, mencionaba en su cuarto informe dos líneas de demarcación a este respecto: la primera prohibía la adopción precipitada de un nuevo sistema de obligaciones basado en el principio de la causalidad o responsabilidad objetiva, y la segunda prohibía transponer pura y simplemente los resultados de la actividad precursora en la esfera de la utilización física del territorio a la esfera aún menos desarrollada de la reglamentación económica⁷. Si no se tuviese en cuenta una u otra de las limitaciones, peligraría el proyecto en su conjunto; por ello, no parece posible excluir de la responsabilidad las consecuencias económicas y sociales y que, en cambio, se establezca un régimen de responsabilidad objetiva aplicable a las demás consecuencias.

33. El Relator Especial introduce un criterio nuevo en su tercer informe (*ibid.*, párr. 12) al referirse al «riesgo apreciable», que también se refleja en el artículo 4. Esto plantea el problema de la relación entre ese artículo y el artículo 1. Por su parte, el Sr. Graefrath considera que el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, tal como se define en el artículo 1, queda considerablemente

⁷ *Anuario...* 1983, vol. II (primera parte), pág. 217, documento A/CN.4/373, párr. 12.

restringido por las disposiciones del artículo 4, lo que le parece aceptable. Tal vez sea éste el motivo por el que el Relator Especial considere útil que se agregue al texto del artículo 4 el calificativo «apreciable», pues la definición dada en el artículo 1 es demasiado amplia e implica riesgos de todo tipo (*ibid.*, párr. 70). En tal caso, cabe preguntarse por qué los criterios relativos al riesgo apreciable y al carácter previsible del riesgo, que se enuncian en el artículo 4, no han quedado reflejados en el artículo 1 relativo al ámbito de aplicación del proyecto. Si bien el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que el sentido de la palabra «riesgo» es demasiado amplio, el Sr. Graefrath no está seguro en cambio de que la expresión «riesgo apreciable» tenga precisión suficiente. De todos modos, para solucionar este problema no es posible remitirse a un procedimiento de arreglo que sólo se pondría en marcha después de ocurrido el daño.

34. La previsibilidad, en el sentido del artículo 4, entraña dos elementos: el Estado de origen debe tener conocimiento de que la actividad se desarrolla en su territorio y debe saber que esa actividad crea un riesgo apreciable. Ello viene a confirmar que el proyecto se aplica a todas las actividades, ya sean públicas o privadas, que se desarrollan en el territorio del Estado. Sin embargo, el Relator Especial no indica claramente en su informe si las actividades contaminantes quedan excluidas (*ibid.*, párrs. 59 a y 60 b). De ser así, los artículos deberían indicarlo. En caso contrario, el comentario debería ser más explícito. El Sr. Graefrath agradecería al Relator Especial que citara algunos ejemplos de daño producido por un acontecimiento imprevisible (*ibid.*, párr. 60 c).

35. En el artículo 4, el hecho de conocer y el de poseer los medios que permiten el conocimiento están colocados en un mismo plano. De ahí cabe sacar dos conclusiones. Por una parte, si el Estado dispone de esos medios, será considerado responsable aun cuando no haya tenido conocimiento efectivo de lo que hubiera debido saber; en ese caso, el criterio de la previsión enunciado en el artículo 4 tendría efecto agravante. Por otra parte, si el Estado no dispone de esos medios y, por lo tanto, no ha podido conocer el desarrollo de una actividad, dicho criterio actuaría como causa de exoneración y la responsabilidad del Estado quedaría excluida. El Relator Especial señala (*ibid.*, párr. 66) que la expresión «o tuviera los medios de conocer» sería una salvaguarda para los países en desarrollo que carecen muchas veces de los medios de vigilar actividades que pueden desarrollarse en territorios de gran vastedad. Sin embargo, es más frecuente que los países en desarrollo carezcan de medios para determinar si esas actividades entrañan un riesgo apreciable por falta de personal calificado, medios técnicos y elementos necesarios para vigilar a la industria moderna, ya sea la industria química u otras industrias, dirigidas y controladas por empresas extranjeras. Este aspecto es mucho más importante que el otro y plantea el problema de saber si la actividad peligrosa desarrollada por una empresa compromete la responsabilidad del Estado al que pertenece la empresa.

36. Si se admite que no cabe considerar responsable al Estado en cuyo territorio la empresa desarrolla la actividad peligrosa porque ese Estado no posee los medios de

conocimiento, entonces habrá que considerar responsable del perjuicio al Estado del que la empresa sea nacional, que posee medios para conocer el riesgo, ya sea el Estado en que la empresa tenga su sede, el Estado en que se haya constituido o el Estado de la nacionalidad de las personas que sean accionistas mayoritarios. El Sr. Graefrath se pregunta si el párrafo 3 del artículo 2, que define al Estado de origen como el Estado en cuyo territorio o bajo cuyo control tiene lugar una actividad, es un texto satisfactorio en este sentido. Por otra parte, dado que el Relator Especial considera que el párrafo 3 del artículo 2 no requiere mayor explicación (*ibid.*, párr. 54), desearía saber si en el supuesto de que el Estado del territorio no tuviese los medios de conocer el desarrollo de la actividad peligrosa y, por lo tanto, de controlarla, y en el supuesto también de que el Estado que controla a la empresa que desarrolla su actividad en otro territorio tuviese esos medios, este último Estado sería responsable por las consecuencias materiales que se produjeran en otro Estado. Parecería normal que la disposición se entendiera así si se considera que la expresión «en cuyo territorio o bajo cuyo control» suele utilizarse en los instrumentos internacionales para referirse al Estado que está en condiciones de vigilar las actividades de una persona o la acción de un objeto en razón de la soberanía territorial que ejerce sobre ellos o en razón de cualquier otro control que ejerza sobre sus actividades. Esa interpretación estaría también en consonancia con el extenso ámbito de aplicación que confiere al proyecto el apartado c del párrafo 2 del artículo 2, y también con el principio tantas veces mencionado en el informe, de que la víctima no debe soportar el costo del perjuicio que se le ha ocasionado.

37. El Sr. Graefrath considera también conveniente que se agrupen todos los elementos relativos al ámbito de aplicación, que se encuentran dispersos en distintas partes del proyecto, a fin de establecer una lista indicativa de las actividades peligrosas y de las consecuencias a que se aplicarían los criterios. Esa lista permitiría comprender mejor el tema y podría facilitar a los Estados no sólo el examen de la cuestión sino también la revisión de sus enfoques.

38. En relación con el ámbito de aplicación se plantea también otra cuestión concerniente al párrafo 5 del artículo 2 y al artículo 3, en virtud de los cuales los efectos transfronterizos incluyen los efectos sufridos por personas o cosas en el territorio controlado por el Estado afectado. Del apartado c del párrafo 2 del artículo 2, y del artículo 3 se desprende claramente que la expresión «en el territorio o bajo el control» se aplica más allá de las jurisdicciones nacionales. Por otra parte, como ha subrayado el Relator Especial (*ibid.*, párr. 52), la hipótesis prevista en el apartado c del párrafo 2 del artículo 2 podría tener una consecuencia importante e interesante en el caso de que una actividad, dondequiera que se lleve a cabo, tenga repercusiones sobre el territorio de un Estado o sobre personas o cosas sometidas a su control. Además, el Relator Especial señala que «cada Estado tendría un derecho —en tanto y en cuanto sea afectado en su territorio— a poner en movimiento las acciones y procedimientos del proyecto de artículos» (*ibid.*, párr. 53). Esto es aplicable asimismo al artículo 3. Por consiguiente, hay que ponderar debidamente todas las consecuencias, que podrían incluso ser

más amplias que las previstas en el informe (*ibid.*). El Relator Especial señala (*ibid.*, párr. 43) que la definición del párrafo 5 del artículo 2 se aplica a las personas o cosas, e incluye por tanto a los extranjeros y sus bienes así como los bienes de otros Estados. El derecho de acción no se limita pues a los Estados en cuyo territorio se producen los efectos perjudiciales. El orador no está seguro de la conveniencia o la necesidad de que ambas definiciones tengan un efecto acumulativo, pero, de ser así, se debería indicar claramente.

39. La expresión «daño transfronterizo» abarca no sólo los perjuicios o pérdidas ocasionados por un acto ilícito, como se prevé en el artículo 6, sino también los efectos transfronterizos perjudiciales ocasionados por actos lícitos que entrañan un riesgo apreciable, como se prevé en el párrafo 6 del artículo 2 y en el artículo 4. En su informe, el Relator Especial ha subrayado con toda razón que hay una gran diferencia entre la obligación de indemnizar en virtud de la responsabilidad de los Estados por un hecho ilícito y la obligación de indemnizar en el marco de la responsabilidad objetiva. La diferencia radica ante todo en que, en el último caso, la reparación se limita a una indemnización y, en segundo término, en que el monto de la indemnización no depende directamente de la cuantía del daño sino de otros muchos factores, como señala el Relator Especial (*ibid.*, párrs 57 y 58). Por ello, tal vez convendría utilizar en el texto inglés la palabra «injury» exclusivamente cuando haya violación de una obligación jurídica que ocasione, en su caso aunque no necesariamente, un perjuicio material. En el marco de la responsabilidad objetiva, sería preferible emplear las palabras «harm» o «loss» en vez de la palabra «injury» para dejar en claro que el objeto de la disposición es el perjuicio material y para evitar también que se confunda ese perjuicio con el perjuicio resultante de un acto ilícito.

40. En su informe (*ibid.*, párr. 17), al preguntarse cómo determinar oficialmente la existencia de un riesgo apreciable, el Relator Especial ha mencionado de paso el acuerdo entre Estados interesados. Ahora bien, este último elemento es precisamente lo que constituye la base real de toda determinación, pues aun en el caso en que los Estados convengan en recurrir a un tercero para determinar si la actividad de que se trata entraña un riesgo apreciable, esa decisión será consecuencia del acuerdo entre los Estados interesados. Del mismo modo que el proyecto de la Comisión no tendrá efecto jurídico hasta que haya sido aprobado por los Estados y en la medida en que haya sido aprobado. Por ello el orador no puede compartir la opinión del Relator Especial de que es «imprescindible acudir al mecanismo de determinación de hechos» (*ibid.*). No comparte tampoco su afirmación de que «en la materia en estudio, la opinión objetiva de un tercero es el único camino para salir del *impasse*» (*ibid.*, párr. 18), y que «si no se admite la intervención de terceros en la fijación de estos datos, ningún régimen podrá funcionar» (*ibid.*, párr.19). Está convencido de que corresponde a los Estados interesados decidir qué actividades entrañan un riesgo apreciable y cuáles son los medios o mecanismos que han de utilizarse para el arreglo de las controversias.

Se levanta la sesión a las 12.35 horas.

2017.ª SESIÓN

Martes 18 de junio de 1987, a las 10 horas

Presidente: Sr. Stephen C. McCAFFREY

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucouas, 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.4/384¹, A/CN.4/402², A/CN.4/405³, A/CN.4/L.410, secc. F, ILC(XXXIX)/Conf.Room Doc.2⁴]

[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. BARBOZA (Relator Especial) dice que responderá a algunas de las cuestiones planteadas durante debates anteriores. En respuesta a una pregunta del Sr. Tomuschat (2015.ª sesión), explica que las líneas generales que hay que seguir para el desarrollo del tema en estudio fueron presentadas ya en 1982 en forma de un «plan esquemático». Dicho plan tiene dos objetivos fundamentales, a saber: proporcionar a los Estados ciertos procedimientos para el establecimiento de regímenes destinados a regular las actividades que causan (o pueden causar) un daño transfronterizo, y establecer disposiciones para los supuestos en que se produzca tal daño antes de la instauración de esos regímenes.

2. La Asamblea General acogió favorablemente este plan esquemático y el entonces Relator Especial,

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.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 Para el texto, véase 2015.ª sesión, párr. 1.