

2020.ª SESIÓN

Miércoles 24 de junio de 1987, a las 10 horas

Presidente: Sr. Stephen C. McCAFFREY

más tarde: Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ

más tarde: Sr. Stephen C. McCAFFREY

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

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) A/CN.4/384¹, 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 internacional⁵ (continuación))

1. El Sr. AL-KHASAWNEH, continuando su exposición de la sesión precedente dice que máximas como la de *sic utere tuo ut alienum non laedas* o, expresada en términos del derecho islámico, «*La dharar wa la dhír*» (لا ضرر ولا ضرار), así como el principio según el cual la víctima inocente no debe soportar la pérdida sufrida —principio que existe también en el derecho islámico y sin duda en los demás sistemas jurídicos— son de un carácter demasiado general para ser normas jurídicas. Sin embargo, ese hecho no significa que no sean pertinentes o aplicables pues son parte del caudal de conceptos morales e intelectuales del que se derivan los principios y las normas de todo sistema jurídico.

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.

2. Otro inconveniente que podría incitar a la Comisión a abandonar el tema que se examina son las dificultades terminológicas. Esas dificultades pueden llegar a ser un obstáculo a los esfuerzos de desarrollo progresivo y codificación del derecho, por temor a lo desconocido. La utilización frecuente de expresiones propias de un determinado sistema jurídico —por ejemplo, el *common law*— puede hacer pensar que los principios a los que obedecen esas expresiones existen sólo en ese sistema y no tienen cabida en un instrumento jurídico de alcance universal. Sin embargo, esos temores son exagerados. Si se va más allá de las simples palabras, se aprecia la asombrosa analogía entre los conceptos de los distintos sistemas jurídicos. El orador, por su parte, puede afirmar que la mayoría de las expresiones empleadas en los informes que se examinan tienen su equivalente en derecho islámico, aun cuando los títulos en que se agrupan y el marco de su aplicación sean sin duda diferentes. Por ello, insta encarecidamente a los miembros de la Comisión a que no se desalienten por las dificultades terminológicas, sin perjuicio de reconocer su importancia.

3. La segunda solución que podría adoptar la Comisión —en favor de la cual se inclina en principio el Sr. Al-Khasawneh— es la de proseguir los trabajos sobre el tema para ver hasta dónde se puede llegar. Por razones de conciencia profesional, la Comisión está obligada a realizar ese esfuerzo. Aun cuando en última instancia el producto final sea inaceptable, la Comisión se verá reconfortada por el hecho de haber presentado un proyecto completo a los Estados y los publicistas, para que hagan las críticas del caso. Por el contrario, si el producto final recibe la aprobación general y su conveniencia queda de manifiesto, la Comisión verá debidamente recompensados sus esfuerzos.

4. Sin embargo, en este momento la Comisión ha de determinar en lo posible cuál es el límite máximo que puede alcanzar. En este sentido se plantean diversas cuestiones interdependientes sobre el contenido y ámbito de aplicación del tema y sobre el grado de desarrollo progresivo que puede lograrse en principio.

5. En primer término, el Sr. Al-Khasawneh observa que una característica de los proyectos de artículos que tiene ante sí la Comisión es la ausencia casi total de normas sustantivas. Tras los artículos relativos al ámbito de aplicación y a las definiciones figuran algunas cláusulas de salvaguarda y lo que se ha dado en denominar un «verdadero mecanismo de conciliación». El proyecto consiste pues fundamentalmente en algunas disposiciones de procedimiento. Ahora bien, las expectativas de la comunidad internacional no se limitan ciertamente a eso, por lo que el orador insta encarecidamente a la Comisión que conceda un lugar más importante a las disposiciones sustantivas. Por otra parte, la elaboración de éstas exige un cierto grado de imaginación para que el proyecto no invada el ámbito de las normas secundarias generales que regulan la responsabilidad de los Estados.

6. A este respecto, el «pecado original» mencionado por el Relator Especial podría muy bien ser el que cometió la propia Comisión cuando decidió estudiar la responsabilidad de los Estados desde el punto de vista de las normas primarias y secundarias, decisión que tuvo por consecuencia lógica imponer un límite rígido a te-

mas que como el que se examina no tienen una esfera claramente definida.

7. Se ha dicho que el ámbito del presente tema es un territorio desconocido pese a que ya había sido delimitado, si bien en forma aproximada. Además, ese ámbito se ha reducido ya a la mitad a raíz de la decisión de excluir las actividades económicas. El anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, estaba plenamente consciente de que la decisión de no abordar ese tipo de actividades privaba al tema de su unidad. En apoyo de esa decisión, su argumento era que en la situación actual no existía práctica de los Estados en esta esfera. Pero lo que él sugería no era tanto que se dejaran totalmente de lado las actividades económicas sino que este aspecto de la responsabilidad se tratara en términos análogos a los empleados por la Comisión en el caso, por ejemplo, del derecho de la sucesión de los Estados. Así pues, la Comisión debería tratar de no dar la impresión de que no se interesa en los aspectos lógicos y morales que plantea la limitación del tema a las actividades físicas exclusivamente. Cabe pensar que una vez que comience a desarrollarse la práctica de los Estados, abordará este problema, si bien tendrá que prestar más atención al desarrollo progresivo.

8. Cabe preguntarse también cómo dar una mayor precisión al tema. El Sr. Koroma (2018.ª sesión) ha planteado la posibilidad de enumerar las actividades legítimas que causan daños transfronterizos y el Relator Especial ha dado una respuesta satisfactoria a ese planteamiento. Aunque una enumeración de esa índole es ciertamente aconsejable, corre el riesgo de quedar rápidamente obsoleta.

9. El orador duda también de la viabilidad del procedimiento consistente en hacer una distinción entre los usos de la tierra, los del agua y los del aire, aun cuando en un informe del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano se recomienda hacer esa distinción en lo que concierne a las actividades nucleares. Toda distinción de esa índole no puede ser sino arbitraria. El mejor enfoque para abordar el tema que se examina es un reconocimiento cada vez mayor de la unidad del universo físico.

10. El orador tiene las mismas dudas por lo que respecta a las denominadas «actividades que entrañan un riesgo excepcional», aunque reconoce que si el tema se limitase a estas actividades sería tal vez más fácil lograr un acuerdo sobre la cuestión de la responsabilidad objetiva. Por otra parte, el tema se ha visto ya limitado por la introducción del concepto de un «umbral» del daño físico apreciable, lo que repercute también en la cuestión de la responsabilidad objetiva. En tales condiciones, el orador no es partidario de que se intente nuevamente delimitar o restringir el ámbito de aplicación del tema. El grado de generalidad que ha alcanzado en esta etapa de sus trabajos debería ser suficiente para la Comisión.

11. La unidad del tema se pone una vez más de manifiesto, aunque en un contexto diferente, si se considera que uno de los objetivos que se persigue es fomentar la concertación de acuerdos entre los Estados interesados, y a falta de éstos, ofrecer normas complementarias.

12. Por lo que respecta a la fórmula sugerida de un «acuerdo marco», el Sr. Al-Khasawneh recuerda las críticas de que fue objeto esa fórmula durante el examen del tema del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales. Por su parte, considera que esta fórmula es la negación misma de la idea de desarrollo progresivo y codificación, cuyo propósito es enunciar un conjunto de normas en un instrumento claro y uniforme. En apoyo de la fórmula marco se ha sostenido que destacaría el aspecto específico de las normas aplicables. Pero también podría dar a esas normas un carácter tan específico y dependiente de factores imprevisibles que llegarían a ser lo que el Sr. Quentin-Baxter denominaba «soluciones sin fundamento en principios». Este proceso podría dar lugar en definitiva a un mosaico de normas, lo que sería la antítesis de la codificación.

13. Las negociaciones para llegar a acuerdo sobre normas tan específicas dependerían probablemente de ciertas variables como la fuerza relativa de las partes en las negociaciones, y por supuesto la habilidad de los negociadores. Sin embargo, la primera tarea de un legislador no es proponer soluciones para cada caso sino más bien criterios generales que puedan adaptarse a las circunstancias.

14. A este respecto se plantea además el problema de la voluntad política de los Estados y su deseo general de cooperar. Si la presencia de esos elementos es clara el tema pierde su razón de ser. Pero lo más frecuente es que no se pueda presumir esa voluntad y ese deseo. Al igual que en el caso del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales, el tema que se examina representa fundamentalmente un compromiso entre la realidad de la interdependencia y el principio de la soberanía territorial. El problema se aclara si se considera que el producto final será utilizado internacionalmente. La razón de ser del tema que se examina radica en que permite comprender que ni la legislación interna ni los acuerdos regionales bastan para solucionar los problemas en esta esfera, de lo que es un ejemplo manifiesto el hecho de que la mitad de la contaminación que afecta a Noruega tiene su origen en el Reino Unido.

15. Teniendo en cuenta que el producto final será utilizado por usuarios heterogéneos, algunas de las obligaciones relativas al procedimiento que se mencionan en el plan esquemático pueden ser sin duda poco realistas. Sería poco realista esperar que unos Estados que están en guerra entre sí —o que se niegan a reconocerse— observen la obligación de informarse y de negociar. Este ejemplo no es una excepción sino sólo la expresión extrema de un fenómeno común, a saber, la falta de voluntad política y del deseo general de cooperar. Por ello, convendría que la Comisión tuviese en cuenta esas situaciones.

16. A título indicativo, el orador desea hacer algunas sugerencias en cuanto a la amplitud y las modalidades que podría revestir el proyecto para reflejar esas realidades políticas. En primer término, convendría asignar a las organizaciones internacionales un papel más importante tanto en el plano de la asistencia técnica para la determinación de los hechos como en el de la acción destinada a facilitar el proceso de negociación.

17. En segundo término, convendría reforzar el aspecto normativo del proyecto. A este respecto, se plantea la cuestión de la aceptabilidad del proyecto por los Estados. Se ha sostenido que la perspectiva de esa aceptabilidad contribuía a diluir sensiblemente el contenido normativo de la responsabilidad. Por su parte, el orador ha considerado siempre que la aceptabilidad no estaba ligada necesariamente a las conclusiones que pudieran deducirse de los debates en la Sexta Comisión de la Asamblea General. A este respecto, subraya que para los Estados pequeños y débiles, que constituyen la mayoría de la comunidad internacional, un instrumento normativo claro que determine sus derechos y obligaciones será sin duda preferible a un sistema de conciliación donde entran en juego ciertas variables que por regla general no les son favorables.

18. En tercer lugar, convendría reforzar y desarrollar en el proyecto la obligación de prevención. Es evidente que no se debe desalentar esa iniciativa y, por su parte, el Sr. Al-Khasawneh es plenamente consciente de que los Estados tienen el derecho de actuar sobre la naturaleza dentro de su territorio: este derecho es un corolario de lo que constituye tal vez el derecho más fundamental de todos, a saber, el derecho a la supervivencia. Sin embargo, hay que tener presente que el proyecto se rige por la idea del «daño físico apreciable» y, por lo tanto, por la formulación más débil de la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Rebasado ese umbral, el daño podría ser irremediable y prácticamente imposible de reparar. En definitiva, todo depende de la importancia que se asigne a la idea de progreso.

19. Con referencia a la cuestión controvertida de la responsabilidad objetiva, el Sr. Al-Khasawneh remite a la Comisión la declaración hecha en su cuarto informe por el anterior Relator Especial:

[...] la ilicitud y la responsabilidad estricta frecuentemente se consideran los dos conceptos fundamentales en que se basan dos regímenes de responsabilidad muy distintos, los únicos regímenes posibles que admite el razonamiento jurídico*.

Si se parte del supuesto de que el presente tema no está comprendido en el marco de la ilicitud, basta proceder por eliminación lógica para llegar a la conclusión de que el proyecto debe centrarse en una norma de responsabilidad objetiva. Además, esa norma cumple todos los requisitos necesarios para ser un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Desde el punto de vista de la equidad y la moralidad, también cumple los requisitos necesarios para ser considerada como principio general del sentido común y la eficacia. En su segundo informe, el actual Relator Especial ha hecho referencia a un interesante párrafo del estudio realizado por la Sra. Arsanjani, en el que se subraya que la responsabilidad objetiva está ahora aceptada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos («especialmente en los ordenamientos de los países tecnológicamente avanzados en que las normas sobre responsabilidad extracontractual son más complejas») y se agrega que «si bien los Estados pueden discrepar en cuanto a la aplicación concreta del principio, su apreciación y formulación es sustancialmente similar» (A/CN.4/402, nota 61).

* Anuario... 1983, vol. II (primera parte), pág. 230, documento A/CN.4/373, párr. 51.

20. Se ha sostenido durante el debate que en la práctica de los Estados no se encuentran precedentes favorables al principio de la responsabilidad objetiva. En efecto, no existen muchos ejemplos de la práctica de los Estados en esta esfera pero sin embargo se puede hablar de una práctica incipiente que la Comisión debería alentar. A este respecto, hay que tener en cuenta dos consideraciones. En primer lugar, el ámbito de aplicación del proyecto se ha visto ya considerablemente reducido por lo que respecta tanto a las actividades previstas como a la condición impuesta en cuanto al umbral que ha de alcanzarse para que haya daño apreciable. En segundo lugar, la norma de la responsabilidad objetiva es conveniente en la medida en que se deben proteger los intereses de los países en desarrollo. Por ello, es preciso evitar que esa responsabilidad se vea indebidamente debilitada por negociaciones y expectativas compartidas. El Sr. Al-Khasawneh tiene dudas en cuanto a mencionar esta consideración no porque sea infundada sino porque corresponde a la Sexta Comisión introducir el elemento Norte-Sur.

21. En todo caso, la insuficiencia de la práctica de los Estados no puede ser una consideración importante sino que se ha de evaluar en el contexto más amplio del papel de la Comisión, de la necesidad de hacer gala de imaginación frente a la realidad de la interdependencia y la necesidad de dar cierto contenido al concepto de desarrollo progresivo.

22. Habida cuenta de esas consideraciones, el Sr. Al-Khasawneh llega por el momento a la conclusión de que es necesario prever en el proyecto un cierto grado de responsabilidad objetiva, suficientemente alto para que sea determinante. Paralelamente, es conveniente tomar nota de que se han previsto excepciones que atemperan el principio, aun en el caso de actividades —como las nucleares— en las que existe el riesgo de que ocasionen daños que rebasen el umbral del daño apreciable. Un ejemplo en este sentido son las disposiciones del Convenio de París de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear modificado por el Protocolo de 1964. En cambio, se iría al extremo contrario si se afirmase, como hace el Relator Especial, que, a falta de un régimen, la responsabilidad deberá ser «de las menos estrictas». En opinión del Sr. Al-Khasawneh, se puede partir de la base de la existencia de un grado elevado de responsabilidad objetiva, previendo al mismo tiempo excepciones a esa responsabilidad, por ejemplo, la fuerza mayor, el caso fortuito, la negligencia de la víctima y el acto cometido por un tercero con ánimo de ocasionar un daño.

23. En cuanto al concepto de las expectativas compartidas, el orador considera que su introducción en el proyecto no facilita en modo alguno los trabajos de la Comisión. Observa además que el Relator Especial comparte sus dudas a este respecto (*ibid.*, párr. 55).

24. Sin perjuicio de los cambios de redacción que se introduzcan, el Sr. Al-Khasawneh considera aceptable en conjunto el proyecto de artículos como tal. Por ello, insta a la Comisión a que examine más a fondo la distinción que hace el Relator Especial en su tercer informe entre las situaciones naturales y las creadas por el hombre. Conviene tener en cuenta que el proyecto se

refiere a las «actividades» y no a los «actos». Esta distinción, que de por sí es arbitraria, puede acabar por esfumarse.

25. La Comisión trabaja evidentemente sobre la base de un «modelo sencillo» que conviene desarrollar a fin de tener en cuenta situaciones en que intervenga uno o varios Estados de origen y uno o varios Estados afectados. Una situación especialmente compleja —pero que se presenta de hecho— es la que se produce cuando nacionales de un Estado poseen acciones en una sociedad establecida en otro Estado cuyas actividades ocasionan daños en el propio Estado de los accionistas. En ese caso, cabría examinar las cuestiones relativas a la responsabilidad conjunta de los Estados y la responsabilidad de las personas jurídicas. Esto no es fácil, si se considera que las cuestiones de la responsabilidad del Estado territorial y, en ciertos casos, del Estado que ejerce un control material, han de tenerse también en cuenta en el modelo.

26. Por último, convendría modificar el título del tema de acuerdo con su ámbito de aplicación, que está limitado actualmente a las actividades físicas. Lamentablemente, esa modificación complicará aún más un título que ya es suficientemente complejo.

El Sr. Díaz González, primer Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

27. El Sr. SHI dice que el debate sobre el tema pone de manifiesto que las dificultades de la Comisión son mayores cuanto más profundiza en el tema. De hecho, esto es lo que ha sucedido desde 1978, en que se incluyó el tema en el programa de la Comisión. Por tal motivo, procurará no referirse a importantes cuestiones teóricas para no complicar todavía más la situación. Su exposición se limitará a algunas observaciones de carácter general sobre la orientación de los trabajos de la Comisión. Sin embargo, desea felicitar en primer término al Relator Especial por los seis proyectos de artículos presentados, que son un aporte valioso a los trabajos de la Comisión sobre el tema.

28. El Sr. Shi no duda de que el desarrollo progresivo y la codificación del derecho son necesarios en esta esfera. La decisión de la Asamblea General de confiar a la Comisión un mandato para el estudio del tema muestra el interés que revisten para la comunidad internacional ese desarrollo progresivo y esa codificación. En los últimos años, la necesidad de un régimen jurídico que determine los derechos y las obligaciones de los Estados por lo que respecta a los actos no prohibidos por el derecho internacional, se ha visto reforzada por la preocupación de los Estados ante ciertos efectos perjudiciales para el medio ambiente ecológico que son consecuencia de la industria, la ciencia y la tecnología moderna, y ciertos daños que afectan directamente a numerosas víctimas inocentes tanto en los Estados de origen como en otros Estados. No obstante, el Sr. Shi comparte la opinión de que, salvo un número limitado de convenios internacionales que imponen a los Estados partes la obligación de indemnizar los daños causados a los demás Estados partes como consecuencia de actividades expresamente mencionadas en esos convenios, el concepto de la responsabilidad internacional por los perjuicios causados por actividades lícitas de los Estados es

un concepto todavía no reconocido en el derecho internacional general.

29. Por ello, es posible afirmar que el tema reviste una novedad absoluta. Esta es por otra parte la razón de que la Comisión deba hacer frente a numerosas dificultades teóricas y doctrinales de carácter fundamental. La primera de ellas consiste en determinar las bases jurídicas del tema. La segunda, consiste en determinar si la responsabilidad objetiva tiene existencia en el derecho consuetudinario internacional. La tercera, consiste en determinar si el concepto de prevención puede ser un elemento constitutivo de la responsabilidad. Desde 1978, estas cuestiones fundamentales (y muchas otras) han suscitado múltiples controversias.

30. A falta de una orientación teórica, los trabajos de la Comisión sobre el presente tema han avanzado muy lentamente. Por su parte, el Sr. Shi considera que la Comisión es capaz de salvar esta difícil situación. Uno de los medios para hacerlo sería pedir a la Asamblea General que aplazase el examen del tema por la Comisión hasta una etapa ulterior. Ese aplazamiento no sería en modo alguno un obstáculo para que los Estados concertasen, según la práctica habitual, acuerdos específicos sobre la responsabilidad por los daños causados con motivo de la realización de actividades que entrañan un riesgo concreto pero que no están todavía sujetas a un régimen específico. El programa de trabajo de la Comisión, que ya está recargado, justifica también el aplazamiento. La interrupción de los trabajos sobre el tema permitiría en efecto a la Comisión progresar en lo que respecta a la responsabilidad de los Estados, tema que examina desde hace tiempo. Por otra parte, existe un ejemplo en este sentido, ya que el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad fue aplazado durante varios años por motivos perfectamente justificados.

31. Además, la Comisión podría dejar de lado por el momento todas las cuestiones teóricas de carácter difícil y adoptar para este tema una hipótesis de trabajo que el Relator Especial podría preparar sobre la base de los tres principios enunciados en la sección 5 del plan esquemático. Estos principios son los siguientes: el principio según el cual los Estados de origen deben tener amplia libertad de acción en lo que respecta a las actividades desarrolladas en su territorio o bajo su jurisdicción, sin perjuicio de los intereses de los demás Estados; el principio de la prevención y el principio según el cual la víctima inocente no debe soportar la pérdida o el daño sufrido. Sin embargo, la adopción de esos tres principios no debería entenderse en el sentido de que la Comisión acepta el concepto de la responsabilidad objetiva o reconoce que la prevención es parte de la responsabilidad. La Comisión podría elaborar artículos sobre la base de esa hipótesis de trabajo, teniendo debidamente en cuenta las necesidades de los Estados y el carácter práctico que han de revestir las normas para que sean aceptables. También debería examinar atentamente las esferas de actividades a las que se aplicaría el proyecto de artículos y el equilibrio que debe haber entre los derechos e intereses del Estado de origen y del Estado afectado.

32. Hay ejemplos que muestran que es perfectamente posible elaborar proyectos de artículos sin solucionar primero las cuestiones teóricas fundamentales. Por ejemplo, el estatuto del Tribunal de Nuremberg encargado de procesar a los grandes criminales de guerra, que se redactó en función de las necesidades prácticas de la época y casi sin referencia a la doctrina o la práctica de los Estados, fue aprobado por las Naciones Unidas en su lucha contra el nazismo y el fascismo y celebrado por los pueblos del mundo entero. Aunque ciertas cuestiones teóricas fundamentales han suscitado ulteriormente controversias en el plano jurídico, los principios de Nuremberg están ampliamente consagrados. Otro concepto que ha suscitado también un debate muy animado es el del patrimonio común de la humanidad. El Sr. Shi opina por lo tanto que con la aprobación de la Asamblea General la Comisión podría enunciar nuevos conceptos aceptables para los Estados, como se hizo con el derecho del mar.

33. En consecuencia, la Comisión debería, bien pedir a la Asamblea General que aplase el examen del tema, porque no está todavía maduro para la codificación y además porque hay que concluir el examen de otros temas que figuran desde hace tiempo en el programa de trabajo de la Comisión, o bien adoptar una hipótesis de trabajo en los términos sugeridos.

34. Los seis proyectos de artículos presentados por el Relator Especial en su tercer informe (A/CN.4/405) son aceptables en su conjunto aun cuando plantean ciertos problemas. Por ejemplo, en el artículo relativo al ámbito de aplicación se debería agregar una lista de actividades reguladas por los proyectos de artículos, pues sin esa lista es poco probable que los textos sean de aceptación general.

35. El Sr. OGISO felicita al Relator Especial por su nuevo informe, en el que trata magistralmente un tema muy complejo. Tanto en el cuarto informe⁷ del anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, como en el tercer informe del actual Relator Especial (A/CN.4/405), se reconoce el consenso existente en el sentido de que el proyecto de convención debe referirse exclusivamente al daño físico transfronterizo. Por lo tanto, otras cuestiones como la responsabilidad vinculada a los productos o el perjuicio transfronterizo de carácter económico, quedan fuera del ámbito de aplicación del proyecto. En este sentido, le complace observar que el Relator Especial ha mantenido en el proyecto de artículo 1 la palabra «física» y considera que ese mismo término debería incluirse también al final del proyecto de artículo 4, después de la palabra «daño».

36. El Relator Especial concibe la responsabilidad objetiva en términos algo diferentes que su predecesor. Por ejemplo, en el plan esquemático no figura la expresión «responsabilidad objetiva», así como tampoco en los proyectos de artículos en examen. En cambio, ese concepto se mencionaba en su segundo informe (A/CN.4/402, párr. 11) en un pasaje citado del cuarto informe del anterior Relator Especial. Sin embargo, debido a ciertas omisiones, ese pasaje da la impresión de

que el anterior Relator Especial había concebido la posibilidad de adoptar normas de responsabilidad objetiva, lo que a juicio del Sr. Ogiso, no es así. En dicho pasaje el anterior Relator Especial no sugería que la responsabilidad objetiva fuese una norma jurídica internacionalmente reconocida sino más bien que los principios enunciados en la sección 5 del plan esquemático sólo podrían fundamentarse sobre la base de un examen de la práctica de los Estados. El actual Relator Especial no ha completado todavía ese examen y sería aventurado deducir de consideraciones generales una norma de responsabilidad objetiva sin proceder antes a un estudio más detallado de la práctica de los Estados. Por otra parte, la argumentación del actual Relator Especial de que se podría condicionar el automatismo de la responsabilidad por riesgo⁸ sólo sería aceptable si un examen de la práctica de los Estados pusiera de manifiesto que la responsabilidad objetiva es un principio que existe en el derecho internacional.

37. El Sr. Ogiso no está seguro de que el Relator Especial tenga el propósito de introducir en el proyecto el concepto de las expectativas compartidas pero, de ser así, se tendría que indicar su significado en el artículo relativo a los términos empleados, pues se trata de un concepto nuevo que reviste importancia en la medida en que es el origen del deber de reparación.

38. Los trabajos sobre el tema se ven dificultados todavía más al no existir una práctica de los Estados, en particular por lo que respecta a la notificación, la negociación y la reparación, por lo que no se puede determinar con exactitud si la obligación de informar y negociar existe en cuanto norma jurídica internacional de aplicación general. Por ello, sería aconsejable que el proyecto incluyera una recomendación en el sentido de que los Estados interesados deberían celebrar acuerdos con ese objeto. A este respecto, le parece interesante observar que en el plan esquemático el anterior Relator Especial utilizaba la palabra «duty» y no la palabra «obligation», así como la expresión «should» en lugar de «shall».

39. En lo que concierne el deber de reparación, la práctica de los Estados muestra que existen diversos medios para obtener una indemnización en el caso de perjuicios ocasionados por actividades lícitas que no siempre entrañan una responsabilidad exclusiva del Estado. En efecto, la mayoría de los tratados establecen que el operador que desarrolla determinadas actividades peligrosas es el principal responsable de los daños causados por esas actividades y que el Estado garantiza la responsabilidad del operador. Por ejemplo, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963, la responsabilidad del explotador por cualquier daño nuclear es absoluta y el Estado de origen garantiza el pago de las indemnizaciones por daños nucleares que se reconozca ha de abonar el explotador, aportando para ello las cantidades necesarias en la medida en que el seguro o la garantía financiera no basten para cubrir las indemnizaciones (art. VII, párr. 1). En otros tratados que regulan la operación de los buques nucleares y el transporte marítimo de materiales nucleares figuran

⁷ *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 213, documento A/CN.4/373.

⁸ Véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), pág. 59, párr. 198.

también semejantes normas de «responsabilidad mixta», aunque es posible que todavía se discuta el alcance de esa responsabilidad y, sobre todo, la relación entre el elemento civil y el elemento internacional de la misma. En cambio, la responsabilidad directa del Estado por los daños causados por actividades lícitas sólo se ha reconocido en un caso, en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972, concretamente en el artículo II de ese texto. Como se señala en el preámbulo, ese artículo se redactó reconociendo la necesidad de asegurar el pago rápido de una indemnización plena y equitativa a las víctimas de los daños que pudieran causar en ciertos casos los objetos espaciales. A juicio del Sr. Ogiso, ese texto no consagra una norma general de derecho internacional; por ello, la norma de la responsabilidad absoluta no sería aplicable de un modo general a todos los casos en que se haga valer la responsabilidad internacional por diversos tipos de actividades lícitas.

40. Por lo que respecta al proyecto de artículos propiamente dicho, le parece que tal vez en el artículo 4 no sea necesaria la expresión «riesgo apreciable» dado en especial que dicha expresión no figura en el artículo primero. Sin embargo, de mantenerse, sería necesario definirla en el artículo 2 pues el concepto a que se refiere es más bien vago.

El Sr. McCaffrey vuelve a ocupar la Presidencia.

41. El Sr. BARSEGOV felicita ante todo al Relator Especial por el trabajo considerable que ha dedicado a un tema que si bien es complejo y controvertido reviste gran actualidad. Cualquiera sea la opinión que se tenga acerca de las soluciones que conviene dar a las cuestiones propias del tema, es preciso reconocer que el Relator Especial ha hecho un verdadero esfuerzo por encontrar los fundamentos de su concepción al tema. Gracias a los progresos alcanzados en materia de ciencia y tecnología y a la interdependencia cada vez mayor entre los Estados, es ahora imprescindible que se regule la cuestión de los efectos transfronterizos perjudiciales de las actividades lícitas desarrolladas por los Estados en su territorio. Evidentemente, la solución del problema de la responsabilidad por este concepto permitiría reforzar la confianza entre los Estados y desarrollar sus relaciones de cooperación, evitando al mismo tiempo las consecuencias negativas del adelanto de la ciencia y la tecnología así como el deterioro del medio ambiente.

42. En la reglamentación internacional se observan dos tendencias en esta materia. La primera consiste en solucionar la cuestión en el marco de problemas concretos que surgen con motivo del desarrollo de ciertas actividades: utilización pacífica del espacio ultraterrestre, ciertas actividades industriales y especialmente las de la industria química, utilización de la energía nuclear, utilización de los recursos hídricos, etc. La otra tendencia entra en el marco del tema examinado por la Comisión y refleja un esfuerzo por formular principios generales. Para dar la debida orientación a sus trabajos, la Comisión debería hacer una evaluación objetiva de la situación actual en el plano jurídico.

43. Quiérase o no, no puede sostenerse todavía que exista una institucionalización de la responsabilidad de un Estado por los daños transfronterizos causados a

otro Estado por el desarrollo de actividades lícitas. La institución de la responsabilidad del Estado por el daño transfronterizo causado en el territorio de otro Estado como resultado de una actividad lícita no existe todavía en cuanto conjunto de normas cimentadas en principios generales, fundamentales y universales. En efecto, en el plano jurídico no existe ninguna obligación de carácter general que imponga a los Estados el deber de adoptar medidas de prevención y de suministrar información, por ejemplo, sobre las obras que hayan proyectado. Las obligaciones de esa índole existen exclusivamente en los acuerdos intergubernamentales específicos destinados a regular todas las cuestiones relacionadas con las posibles consecuencias perjudiciales que se produzcan en otros territorios o a impedir que se produzcan esas consecuencias.

44. De ahí la novedad del problema que se examina, aun cuando ya se ha planteado en ciertos casos concretos. Por ejemplo, en la esfera de la contaminación del medio ambiente, el principio de la responsabilidad de los Estados se ha formulado en términos muy generales en algunas declaraciones internacionales que revisten el carácter de recomendación, principalmente en la Declaración de Estocolmo⁹, cuyo Principio 21 enuncia de un modo general la idea de la responsabilidad por los efectos de la contaminación en territorios situados más allá de los límites de la jurisdicción del Estado. Sin embargo, no todos los aspectos del problema se reflejan cabalmente en ese principio de responsabilidad general que, tal como está redactado, es insuficiente como queda de manifiesto por lo demás en el Principio 22, que dice:

Principio 22

Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción.

La orientación dada al Principio 22 en lo que concierne al desarrollo de normas de derecho internacional se justifica plenamente. En la actualidad, la práctica internacional se orienta en el sentido de la elaboración y aprobación por los Estados de normas convenientes para regular este tipo de responsabilidad en esferas concretas de actividad. La responsabilidad material de un Estado por los daños causados por el desarrollo de una actividad lícita en su territorio o en zonas de utilización común emana de los acuerdos en vigor.

45. Si se amplían y profundizan las bases jurídicas para la solución de las cuestiones relativas a la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales dimanantes del desarrollo de actividades lícitas en esferas concretas se abrirán reales posibilidades de codificar ulteriormente las normas que ahora se establezcan y de formular principios jurídicos generales. De no dar una solución provisional a las cuestiones específicas vinculadas a los aspectos concretos de las actividades que dan origen a efectos perjudiciales, será muy difícil elaborar principios jurídicos generales sobre la responsabilidad por los daños transfronterizos que se produzcan como consecuencia de actividades lícitas desarrolladas por los Estados en su territorio.

⁹ Véase 2017.ª sesión, nota 6.

46. Tanto en la doctrina jurídica soviética como en la práctica de la Unión Soviética se hacen esfuerzos por buscar una solución a estas cuestiones y a otros problemas internacionales de interés común para el bienestar de cada Estado y de toda la humanidad. La Unión Soviética participa activamente en la solución de esos problemas en esferas concretas de actividad. Ejemplo de ello fue su iniciativa para la elaboración y aprobación de la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979¹⁰, que fue el primer país en ratificar, así como sus dos Protocolos adicionales¹¹. Sobre la base de esos principios, en el primer período extraordinario de sesiones de la Conferencia General del OIEA, celebrado del 24 al 26 de septiembre de 1986, la Unión Soviética propuso un programa con el objeto de establecer un régimen internacional sobre la seguridad en el desarrollo de la energía nuclear con fines pacíficos¹². El programa soviético, que propone la creación de un sistema de prevención de los accidentes nucleares, prevé los medios de reducir al mínimo los efectos sobre otros países y uno de los elementos más importantes es el relativo a la responsabilidad por los daños transfronterizos.

47. La Unión Soviética propicia el establecimiento de normas internacionales comunes relativas a concentraciones accidentales de radionúclidos y niveles de contaminación radiactiva en la zona afectada. La elaboración y aprobación de esas normas internacionales es imprescindible no sólo para que todos los países puedan adoptar las medidas de protección adecuadas sino también para que las reclamaciones concernientes a los daños transfronterizos causados por las emisiones radiactivas tengan un fundamento jurídico. Según el enfoque soviético, es importante regular la cuestión de la responsabilidad por los daños nucleares para que se puedan reglamentar diversos aspectos relativos a la seguridad de la producción de energía nuclear. El Gobierno de la Unión Soviética señala a la atención de la comunidad internacional que la inexistencia de un régimen internacional cuidadosamente elaborado y aceptable para la mayoría de los Estados sobre responsabilidad por los daños resultantes de accidentes nucleares refleja una deficiencia grave en los fundamentos jurídicos de la cooperación internacional para el desarrollo de la energía nuclear con fines pacíficos. Aunque ya se han hecho intentos por reglamentar en el plano internacional diversas esferas relativas a la seguridad de la energía nuclear, la cuestión de los daños políticos, morales y materiales en caso de accidente en una instalación nuclear no se ha estudiado todavía suficientemente y de ahí que se trate de aprovechar esos accidentes para aumentar las tensiones y la desconfianza en las relaciones entre Estados.

48. Para solucionar ese problema hay que tener en cuenta desde luego tanto el interés global de la humanidad como los intereses de los diferentes países, ya sea de aquellos que sufren las consecuencias transfronterizas perjudiciales o aquellos en cuyo territorio se produce el accidente. Como nacional del país en que se produjo el

accidente de Chernobil, el Sr. Barsegov es especialmente consciente de la solidaridad internacional que se manifestó para ayudar a eliminar las consecuencias de ese accidente. El pueblo soviético agradeció profundamente los esfuerzos del médico estadounidense, Dr. Robert Gale y de otras personas movidas por propósitos exclusivamente humanitarios. En cambio, reaccionó vivamente ante los deplorables esfuerzos por explotar ese accidente con fines políticos y sacar provecho de la desgracia ajena. No se trata por lo demás sólo de la desgracia de unos pocos sino de todo el mundo. La Unión Soviética hizo todo lo posible para reducir al mínimo las consecuencias de ese accidente no sólo en su territorio sino también en el de todos los demás países. Por tal motivo, el programa soviético antes señalado prevé la adopción de un instrumento internacional en el que se establecería la responsabilidad de los Estados por los daños causados en el plano mundial por un accidente nuclear, y por las consecuencias materiales, morales y políticas de ciertos actos realizados so pretexto de protegerse contra las consecuencias de los accidentes nucleares, tales como la difusión de informaciones inexactas, la adopción de medidas restrictivas injustificadas, etc.

49. Estas cuestiones están directamente relacionadas con el trabajo de la Comisión en la esfera de la responsabilidad por los daños transfronterizos: las reacciones anormales señaladas respecto al país que ha sido la primera víctima de un accidente nuclear podrían manifestarse también algún día en otras esferas. Un enfoque unilateral puede tener consecuencias perjudiciales para otros muchos países, sobre todo países en desarrollo, por ejemplo, en el caso de que se produzca en ellos un accidente semejante, sea o no de carácter nuclear, y de que su política extranjera no sea del agrado de algún otro Estado. Cabe tener presente que en una época de progreso acelerado de la ciencia y la tecnología nadie está libre de una tragedia de esa índole. En el plano jurídico, se debe hacer todo lo posible por evitar enfoques carentes de objetividad. En el caso de las consecuencias transfronterizas de actividades lícitas y no de actividades reprobables, cuyas consecuencias son diferentes, la Comisión debe reconocer que la primera víctima de los accidentes y de otros acontecimientos que producen contaminación del medio ambiente además de consecuencias perjudiciales, es precisamente el país en que se produce el accidente. Por ello, la Comisión debe evitar todo enfoque unilateral y egocéntrico. Ejemplo de un enfoque tan estrecho se encuentra en el tercer informe (A/CN.4/405, párr. 15), donde se señala que: «es justo y es lógico que quien se beneficia principalmente con la empresa o actividad peligrosa, deba cargar con sus costos y no hacerlos recaer sobre terceros». Llevado hasta sus últimas consecuencias, ese razonamiento no sólo es injusto sino que también estrecho pues no tiene en cuenta la posibilidad de que quien en la actualidad ve la situación únicamente desde el punto de vista del observador imparcial o de la víctima del daño transfronterizo puede encontrarse mañana en la misma situación. Ese razonamiento es contrario al progreso de la ciencia y la tecnología y un obstáculo para el desarrollo de la civilización, pues, en cierto modo, impone sanciones al desarme innovador de la ciencia y la tecnología que beneficia a toda la humanidad.

¹⁰ E/ECE/1010.

¹¹ ECE/EB.AIR/11 y ECE/EB.AIR/12.

¹² OIEA, documento GC(SPL.I)/8.

50. El establecimiento de principios generales no debería ser óbice para el progreso científico y técnico. Ahora bien, ese peligro existe y puede llegar a ser una realidad si se desconoce la función social del derecho, que en estas circunstancias implica no sólo dar satisfacción a las víctimas del daño y evitar que éste vuelva a producirse, sino también no obstaculizar el progreso de la ciencia y la tecnología o el desarrollo de la civilización calificando de arriesgada y por ende punible toda acción innovadora. En este sentido se debería equilibrar el proyecto de artículos introduciendo disposiciones según las cuales sería inadmisibles causar un perjuicio moral y político al país en que se produce el daño, y se estableciera que en caso de que se cause un perjuicio injustificado so pretexto de protegerse contra las consecuencias perjudiciales de actividades que son lícitas en el derecho internacional, se haría valer la responsabilidad.

51. El deseo de que existan normas que tengan en cuenta los intereses de todos los países, que sean justas, que estén basadas en principios científicos, que no se presten a interpretaciones subjetivas y que sean realistas y prácticas, determina la posición soviética sobre el tema en examen, tanto en las instituciones internacionales especializadas y en las instancias diplomáticas como en la formulación de normas que establezcan de un modo general la responsabilidad por todas las consecuencias transfronterizas perjudiciales. Actualmente se están examinando diversas normas sobre responsabilidad internacional, especialmente en el OIEA, organismo en el que la Unión Soviética ha propuesto un nuevo convenio multilateral no sujeto a las restricciones del Convenio de París y la Convención de Viena, que son instrumentos de carácter regional que enfocan la responsabilidad desde el punto de vista del derecho civil y que se aplican sólo a los daños causados a los particulares y las organizaciones. Estos instrumentos nada dicen sobre las cuestiones relativas a las relaciones entre Estados, incluida la responsabilidad por los daños causados al medio ambiente. La Unión Soviética propugna un enfoque más amplio que tenga sobre todo en cuenta las necesidades de la época actual. Ha planteado también la posibilidad de establecer normas sobre responsabilidad por daños transfronterizos pero lamentablemente ha encontrado oposición a este respecto. En efecto, algunos Estados consideran que la cuestión de la responsabilidad de los Estados en materia de accidentes nucleares es muy compleja y podría dar lugar a controversias. Según ellos, «no cabe ceder a la tentación de actuar en forma precipitada so pretexto de tranquilizar a la opinión pública interna. El establecimiento de un nuevo régimen internacional de responsabilidad de los Estados en materia nuclear tendría consecuencias de gran alcance, por lo que requiere un examen muy atento»¹³. Al mismo tiempo, se invita al OIEA a que tenga en cuenta los resultados de los trabajos de la CDI, aun cuando ésta no ha logrado ningún resultado en esa esfera.

52. El Sr. Barsegov señala estos hechos con el único fin de mostrar que aun en esferas de reglamentación limitada, relativas a actividades concretas, es imposible elaborar normas jurídicas sin que surjan dificultades

tanto en el plano del derecho internacional como en el plano técnico. Cabe suponer que las dificultades serán todavía mayores cuando se trate de elaborar normas generales aplicables a todo tipo de actividad lícita. Por otra parte, la mayoría de los miembros ha señalado a la atención de la Comisión las dificultades que entraña esta labor y muchos han sostenido que el tema no está maduro para la codificación y se ha propuesto que la Comisión trate exclusivamente ciertos aspectos de la cuestión o se limite a enunciar los principios generales. El análisis de los documentos presentados a la Comisión y el debate sobre el tema han puesto de manifiesto que los miembros no disponen todavía de los materiales jurídicos necesarios para elaborar disposiciones concretas sobre los casos y las circunstancias que dan origen a la responsabilidad por las consecuencias de actividades lícitas, y lo mismo ocurre respecto de los fundamentos jurídicos y el alcance de esa responsabilidad. Mientras no se examine con toda la claridad y exactitud del caso la naturaleza jurídica de la responsabilidad en el plano del derecho internacional, mientras no se solucionen los numerosos problemas técnicos que todavía están pendientes y se elaboren las normas internacionales y otros criterios pertinentes, no sólo no se podrá evaluar correctamente el riesgo o el daño sino que tampoco se dispondrá de una base objetiva para determinar los alcances de la responsabilidad y la cuantía de la indemnización por el daño.

53. Si se elaboran artificialmente normas generales obligatorias en materia de responsabilidad internacional por todas las actividades lícitas, o si esa elaboración se hace en forma precipitada y sin que existan elementos jurídicos concretos sobre los tipos, los umbrales y otros criterios y condiciones propias de esa responsabilidad, se favorecerá la aparición de conflictos y debates interminables pero no se creará la base jurídica necesaria para su solución. Habida cuenta del clima que impera actualmente en las relaciones internacionales, un enfoque de esa índole significaría tal vez dejar esta cuestión entregada a la suerte de un juego político de mala fe. Al tratar de precipitar los acontecimientos, la Comisión no sólo no facilitará sino que obstaculizará la solución justa y rápida de la cuestión de la responsabilidad y de la reparación que tenga en cuenta los intereses de todas las partes.

54. En consecuencia, la única forma realista de proceder sería que la Comisión solucionara primero algunas cuestiones absolutamente fundamentales, que no han alcanzado todavía un desarrollo suficiente en la doctrina del derecho internacional y tampoco en los tratados o las relaciones internacionales. No se trata de que la Comisión imprima un ritmo más lento a sus trabajos sino de que los oriente debidamente, para encontrar el eslabón que permita la solución de todo el problema. Del mismo modo que para construir un edificio se comienza por los cimientos, la Comisión debe cimentar sus trabajos en la reglamentación internacional relativa a esferas concretas de actividades lícitas.

55. Los materiales de que dispone la Comisión, aunque reflejan el deseo del Relator Especial de justificar la necesidad e incluso la posibilidad de elaborar normas en materia de responsabilidad, plantean lamentablemente más problemas que soluciones. Las imprecisiones apare-

¹³ Declaración de la delegación de los Estados Unidos de América en la 667.ª sesión de la Junta de Gobernadores del OIEA, celebrada en Viena el 19 de febrero de 1987.

cen ya en el propio título del tema, que es «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», y no «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de las actividades lícitas», como debería ser en estricta lógica, habida cuenta del título del otro proyecto de artículos sobre la responsabilidad por los actos ilícitos. El tema que se examina guarda relación con las actividades que los pueblos llevan a cabo diariamente, a saber, la agricultura, la industria, la construcción, la utilización de los recursos hídricos y la energía nuclear, etc. El título del tema plantea por lo tanto ciertas interrogantes que deben aclararse. Es necesario indicar de manera clara y directa que se trata de los daños resultantes de una actividad lícita.

56. Existen incertidumbres por lo que respecta a la propia base conceptual del tema que se examina; ya ha mencionado las dificultades que se plantean cuando se intenta asimilar los conceptos jurídicos de ciertos países (en el presente caso los conceptos de los países de *common law*) con los del derecho internacional. Cabe subrayar que para ser considerado como tal, el derecho «internacional» debe utilizar conceptos comunes a todos los países. Pero en realidad se han propuesto interpretaciones diferentes y en ciertos casos contradictorias de los conceptos extraídos del sistema jurídico de uno o varios países. En definitiva, se podrían adoptar conceptos semejantes. Pero para ello es necesario apoyarse en ideas claras y precisas que no existen en el sistema de que se han extraído esos conceptos. La situación se complica todavía más por el hecho de que se aplican al derecho internacional conceptos del derecho civil interno. El orador, por su parte, ha tratado de aclarar de qué modo la doctrina inglesa aplica el concepto de «liability» del *common law* a la esfera del derecho internacional, y ha observado que la Comisión va todavía más lejos.

57. Por ejemplo, Brownlie¹⁴ observa sencillamente que «en ciertos casos» algunas normas jurídicas concretas prevén la reparación de las consecuencias de actos considerados lícitos o «no ilícitos». Según este autor, esa posibilidad emana de una situación jurídica totalmente diferente a la situación a que se refiere el tema que examina la Comisión. Brownlie se refiere a la reparación del perjuicio y del daño causados por el abordaje y la inspección en alta mar de una embarcación extranjera de la que se sospecha, por error, que ha cometido actos de piratería y otros actos ilícitos. Con referencia al caso de una actividad lícita llevada a cabo por un Estado en su propio territorio y que da origen a la obligación de reparar el daño, Brownlie examina el problema desde el punto de vista del abuso del derecho, lo que supone que quien invoca ese abuso debe suministrar la prueba de que se ha ejercido un derecho con el solo propósito de causar perjuicio y sin que su titular haya obtenido otros beneficios. Ese autor considera que esta tesis encuentra una aplicación en la práctica del arbitraje internacional y en particular en el fallo dictado por la CPJI en el asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (fondo)¹⁵. Brownlie llega a la conclusión de que

el principio de abuso de derechos corresponde al desarrollo progresivo del derecho, y que no existe como principio general del derecho positivo. Los miembros de la Comisión que proponen aplicar el concepto de «liability» al derecho internacional adoptan pues una posición mucho más atrevida que la de los representantes de los países del *common law*.

58. Aun cuando se acepte la explicación del Relator Especial sobre las diferencias conceptuales entre ambos tipos de responsabilidad, hay que comenzar por elaborar los artículos sobre las definiciones fundamentales y buscar más adelante su equivalente en todos los idiomas de trabajo. De las explicaciones del Relator Especial se desprende al parecer que la «liability» designa la responsabilidad sin culpa, pero los propios diccionarios jurídicos ingleses dan definiciones diferentes de ese concepto. Es preciso, por lo tanto, que la Comisión llegue a un acuerdo sobre el significado de todos esos términos.

59. Por otra parte, el elemento central del régimen propuesto, en torno al cual se articulan las ideas de reparación y prevención, parece ser el daño material, no sólo el real sino también el potencial. El Sr. Barsegov no alcanza a comprender cómo un daño que no ha ocurrido todavía puede dar origen a una obligación internacional relativa no sólo a la reparación sino también a la prevención de ese daño. Las explicaciones del Relator Especial, que asimila el daño potencial al riesgo y lo considera como la base de todo el régimen, no son muy claras, sobre todo las que figuran en su segundo informe (A/CN.4/402, párr. 5).

60. El inconveniente de algunos conceptos utilizados por el Relator Especial es que implican factores subjetivos como la apreciación del riesgo. Ahora bien, dada la evolución dinámica de la ciencia y la técnica con todas sus posibilidades, el subjetivismo puede tener graves consecuencias. La historia ofrece muchos ejemplos de los inconvenientes de un enfoque subjetivo. Así, basta recordar las reacciones conservadoras a que dio lugar la aparición del ferrocarril, el descubrimiento de la electricidad, etc. En cambio, otros conceptos adolecen de imprecisiones debido a factores objetivos, como por ejemplo, la ubicación geográfica de la actividad (A/CN.4/405, párr. 10), que puede tener efectos diferentes según el tipo de actividad de que se trate y la extensión territorial del país.

61. A juicio del Relator Especial, no se puede considerar que una actividad entraña riesgos si no se pueden apreciar esos riesgos. Ahora bien, es innegable que sólo un especialista en cada tipo de actividad podría hacer una apreciación segura. En consecuencia, el Sr. Barsegov no puede estar de acuerdo con que «no es en general difícil apreciar en un primer examen los riesgos que crean ciertas actividades nuevas, o ciertas variaciones sobre actividades ya existentes» (*ibid.*, párr. 11), o que «esta previsibilidad puede ser genérica, esto es, no referirse a casos específica sino genéricamente previsibles» (*ibid.*, párr. 13).

62. Cuando se trata de determinar el daño y, en consecuencia, de imputar una responsabilidad, se plantea otra dificultad debido a que el daño es un proceso que implica diversas etapas: emisión del contaminante, transporte transfronterizo e interacción con los elemen-

¹⁴ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1979, págs. 443 y ss.

¹⁵ Fallo N.º 7, 1926, C.P.J.I., Serie A, N.º 7.

tos del medio ambiente. Por ejemplo, el proceso de contaminación puede ser el resultado de la acción acumulativa de diferentes fuentes situadas en el territorio de distintos Estados de modo que tanto desde un punto de vista técnico como jurídico es muy difícil determinar qué parte del daño es imputable a una fuente determinada o a una actividad determinada, y esa determinación no puede hacerse sin disponer de medios especiales. Además, es preciso tener en cuenta ciertos factores naturales, de muy distintas características (por ejemplo, la dirección del viento). Para esa tarea, de carácter muy especializado, se requieren métodos y medios adecuados para identificar y diferenciar las fuentes de la contaminación evaluando la magnitud del efecto perjudicial de cada una de ellas. Así pues, se plantea el problema técnico y, en consecuencia, jurídico, de identificar la fuente de la contaminación transfronteriza que ha causado el daño. Además de las diferencias en cuanto a las fuentes de contaminación entre los países de origen, se deben tener también en cuenta las diferencias propias de los distintos tipos de actividad. A ese respecto, el Relator Especial, al parecer, considera que el Estado debe luchar contra las epidemias y calamidades para evitar, ante todo, que se extiendan a los países vecinos (*ibid.*, párr. 26 b). No cabe discutir siquiera la necesidad de la cooperación internacional para luchar contra una epidemia o una catástrofe natural, pero no se comprende qué relación podrían guardar esos hechos con la responsabilidad. En tal caso, parece razonable presumir que el Estado en cuyo territorio se produce la catástrofe adoptará todas las medidas que sean aconsejables, en su propio interés y en el de su población.

63. Al tratar de solucionar el problema de la responsabilidad sin hacer una recapitulación de la práctica existente y antes de que se hayan elaborado normas internacionales, el Relator Especial ha llegado a la conclusión de que la evaluación discrecional de un tercero es el único camino para salir del *impasse* y que si no se admite la intervención de terceros para fijar los elementos de evaluación, ningún régimen podrá funcionar (*ibid.*, párrs. 18 y 19). El orador recuerda que en el examen de otro tema que presenta analogías con el actual, a saber, el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales, la Comisión ha decidido no adoptar un procedimiento que implique la intervención de terceros. Se debe reflexionar seriamente sobre la utilidad de tal procedimiento en el presente tema, pues no parece posible prever un mecanismo de investigación si no se dispone previamente de normas científicas aplicables a cada tipo de actividad cualquiera sea el procedimiento elegido para la solución de controversias, la determinación de la responsabilidad debe hacerse sobre la base de criterios objetivos y no empíricos.

64. Para concluir, el Sr. Barsegov considera imprescindible empezar por delimitar el tema, teniendo en cuenta para ello las actividades de las demás organizaciones internacionales pertinentes. Como ha señalado anteriormente, en razón de sus aspectos técnicos, el examen de la cuestión de la prevención de los daños transfronterizos debe confiarse a los organismos especializados. El objetivo de la Comisión no debe consistir en elaborar disposiciones generales teóricas sino normas concretas y precisas a fin de facilitar un arreglo de las controversias que tenga en cuenta los intereses de todas

las partes, contribuyendo de ese modo a un mejor entendimiento y a una mayor comprensión entre los Estados. Puesto que hay que utilizar conceptos propios del ordenamiento jurídico de los países del *common law* en lugar de los conceptos comunes del derecho internacional, es preciso ante todo establecer un «mecanismo de comprensión», es decir, llegar a un entendimiento sobre un conjunto de conceptos basados en el derecho internacional y no en el derecho interno, para determinar luego las expresiones equivalentes en todos los idiomas e incorporar a los artículos la definición de todos los términos fundamentales.

65. El Sr. Barsegov reserva su posición sobre los proyectos de artículos hasta que la Comisión adopte una decisión acerca de la forma de proseguir sus trabajos sobre este tema.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

2021.ª SESIÓN

Jueves 25 de junio de 1987, a las 10 horas

Presidente: Sr. Stephen C. McCAFFREY

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, 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.

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),

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.