

2044.ª SESIÓN

Miércoles 11 de mayo de 1988, a las 10 horas

Presidente: Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ

Miembros presentes: Príncipe Ajibola, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Boutros-Ghali, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucouas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

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

[Tema 1 del programa provisional]

1. El PRESIDENTE hace las siguientes recomendaciones a la Comisión, basadas en las deliberaciones de la Mesa Ampliada:

1) que la semana siguiente, durante la estancia del Asesor Jurídico en Ginebra, celebre un debate preliminar sobre el tema 9 de su programa provisional, que abarque los puntos incluidos en el párrafo 5 de la resolución 42/156 de la Asamblea General;

2) que interprete y aplique con flexibilidad el párrafo 244 del informe de la Comisión sobre su 39.º período de sesiones¹; el principio por el que debe guiarse la Comisión es el de aprovechar lo más que pueda el tiempo de que dispone, especialmente cuando haya circunstancias especiales que justifiquen un retraso en la presentación de los informes de algunos relatores especiales. La Comisión debe utilizar plenamente los recursos puestos a su disposición;

3) que apruebe la lista completa de los temas incluidos en su programa provisional (A/CN.4/408);

4) que las cuatro sesiones de la mañana de cada semana sean sesiones plenarias, y que las tardes se dediquen a los trabajos del Comité de Redacción, el Grupo de Planificación y otros órganos;

5) que se apruebe para el mes de junio el siguiente plan de trabajo preliminar

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (tema 5): sexto informe del Sr. Thiam (A/CN.4/411).....	hasta el 10 de junio
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (tema 6): segunda parte del cuarto informe del Sr. McCaffrey (A/CN.4/412/Add.1 y 2).....	14 a 21 de junio
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (tema 7): cuarto informe del Sr. Barboza (A/CN.4/413).....	22 a 24 de junio
Estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático (tema 4): octavo informe del Sr. Yankov (A/CN.4/417) [si está disponible].	28 a 30 de junio

6) que el tiempo que se ahorre en el examen de cada tema en el Pleno se asigne al Comité de Redacción, el Grupo de Planificación u otros órganos, y que los informes del Comité de Redacción se examinen oportunamente en el Pleno a medida que esté disponible la documentación.

2. El plan de trabajo propuesto debe aplicarse, naturalmente, con la necesaria flexibilidad, según la marcha de los trabajos y con el propósito de economizar recursos.

3. De acuerdo con la práctica anterior, los representantes de los organismos jurídicos con los que la Comisión mantiene relaciones de cooperación harán sus declaraciones en las fechas que se fijen a medida que avance el período de sesiones. De ese modo, el tema 10 del programa podrá examinarse teniendo en cuenta sus deseos.

4. La organización de los trabajos de la Comisión durante el mes de julio se determinará más adelante, cuando la situación con respecto a los informes pendientes de los relatores especiales sea más clara. Mientras tanto, el Presidente propone que la Comisión apruebe esas recomendaciones.

Quedan aprobadas las recomendaciones.

Aprobación del programa (A/CN.4/408)

5. El PRESIDENTE invita a la Comisión a aprobar el programa provisional (A/CN.4/408).

Queda aprobado el programa provisional (A/CN.4/408).

6. El Sr. CALERO RODRIGUES expresa su preocupación acerca de dos temas: el de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes y el del estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático. Con el calendario que se acaba de aprobar, no cree que haya muchas posibilidades de que la Comisión alcance el objetivo que se había fijado para el período de sesiones: la conclusión de la segunda lectura de los proyectos de articulado relativos a dos temas, y la primera lectura de los proyectos de articulado sobre otros dos. En su opinión, el segundo tema que ha mencionado debería ser estudiado en el Comité de Redacción durante dos semanas por lo menos en el actual período de sesiones. En cuanto al informe del Sr. Ogiso sobre el primer tema, no será posible presentarlo antes del final del período de sesiones.

7. El PRESIDENTE comparte la preocupación del Sr. Calero Rodrigues, pero señala que los temas que ha mencionado son aquellos respecto de los cuales no se dispone aún de informes. Ahora bien, quizás sea posible examinar una parte al menos del informe del Sr. Ogiso durante el período de sesiones.

8. El Sr. FRANCIS dice que el retraso en la presentación de ciertos informes no es imputable a los relatores especiales correspondientes, sino a los gobiernos que se han demorado en responder a la petición de observaciones. Sugiere que la Comisión incluya en su informe una observación a estos efectos, y que comunique a la Asamblea General que, si se mantiene esa tendencia, la

¹ Anuario... 1987, vol. II (segunda parte), pág. 58.

Comisión probablemente no podrá atender su petición de que se efectúe la segunda lectura de dos temas en el actual período de sesiones.

9. El PRESIDENTE dice que la Comisión, al abordar el examen del tema 9 del programa, debería instar a los Estados miembros a que respondan sin demora a las peticiones de la Asamblea General de que formulen observaciones sobre cuestiones concretas.

10. El Sr. YANKOV deplora que sea difícil concluir en el actual período de sesiones la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático. A causa de los retrasos en la transmisión de los documentos, no ha podido tener en cuenta en su informe (A/CN.4/417) los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos, pero tratará de que el informe esté listo para ser examinado, siempre que se pueda acelerar su impresión.

Comité de Redacción

11. El PRESIDENTE propone que el Sr. Al-Khasawneh pase a ser miembro del Comité de Redacción con efecto inmediato; el Sr. Razafindralambo participará en el Comité a partir del 1.º de junio y el Sr. Roucouas desde el 1.º de julio. Si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acepta esos cambios en la composición del Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación

[Tema 9 del programa]

COMPOSICION DEL GRUPO DE PLANIFICACION DE LA MESA AMPLIADA

12. El PRESIDENTE anuncia que, tras celebrar consultas, el Sr. Graefrath, Presidente del Grupo de Planificación, ha propuesto que dicho Grupo esté integrado por los miembros siguientes: Príncipe Ajibola, Sr. Al-Qaysi, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Jacovides, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam y Sr. Yankov. El Grupo es de composición abierta y todos los miembros de la Comisión están cordialmente invitados a participar en sus reuniones. De no haber objeciones, entenderá que la Comisión acepta dicha composición.

Así queda acordado.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (A/CN.4/384², A/CN.4/405³, A/CN.4/413⁴, A/CN.4/L.420, secc. D⁵)

[Tema 7 del programa]

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

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

⁴ Reproducido en *Anuario* 1988, vol. II (primera parte)

⁵ El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter,

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

ARTICULOS 1 A 10

13. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que presente su cuarto informe sobre el tema (A/CN.4/413), que contiene los proyectos de artículos 1 a 10 siguientes:

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.—Ambito de aplicación de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplicarán a las actividades que se desarrollen bajo jurisdicción de un Estado otorgada por el derecho internacional, o a falta de ésta bajo su control efectivo, cuando creen un riesgo apreciable de causar un daño transfronterizo.

Artículo 2.—Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

a) i) Se entiende por «riesgo» el originado en el empleo de cosas que por sus propiedades físicas, ya sean éstas consideradas intrínsecamente o bien en relación con el lugar, el medio o la forma en que se emplean, ofrecen una probabilidad elevada de causar un daño transfronterizo a lo largo de su desarrollo.

ii) Se entiende por «riesgo apreciable» aquel riesgo que puede advertirse mediante un simple examen de la actividad y de las cosas que maneja;

b) Se entiende por «actividades de riesgo» las actividades mencionadas en el artículo 1;

c) Se entiende por «daño transfronterizo» el efecto producido como consecuencia física de las actividades del artículo 1 y que, en ámbitos donde otro Estado ejerce jurisdicción según el derecho internacional, perjudique de manera apreciable a personas o cosas, o al uso o disfrute de zonas, tengan o no los Estados concernidos fronteras comunes;

d) Se entiende por «Estado de origen» el Estado que es titular de las jurisdicciones o ejerce el control mencionado en el artículo 1;

e) Se entiende por «Estado afectado» aquel bajo cuya jurisdicción resultan o corren riesgo de resultar afectadas personas o cosas, o el uso o disfrute de zonas.

Artículo 3.—La atribución

El Estado de origen tendrá las obligaciones que le imponen los presentes artículos siempre que conociere, o tuviere los medios de conocer, que una actividad de riesgo se desarrolla o va a desarrollarse en ámbitos bajo su jurisdicción o control.

Artículo 4.—Relacion entre los presentes artículos y otros convenios internacionales

Si los Estados Partes en los presentes artículos lo son también en otro convenio internacional relativo a actividades o situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, éstos se aplicarán entre dichos Estados sujeto a lo dispuesto en ese otro convenio internacional.

Artículo 5.—Falta de efecto sobre otras normas del derecho internacional

El hecho de que los presentes artículos no especifiquen los supuestos en que un daño transfronterizo se produce como consecuencia de un acto u omisión ilícitos del Estado de origen se entenderá sin perjuicio de la aplicación de cualquier otra norma de derecho internacional.

a la Comisión en su 34. período de sesiones; el plan esquemático se reproduce en *Anuario* .. 1982, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario* 1983, vol. II (segunda parte), pag 93, párr. 294.

CAPÍTULO II
PRINCIPIOS

Artículo 6.—La libertad de acción y sus límites

Los Estados tienen libertad para desarrollar, o permitir que se desarrollen en su territorio, todas las actividades humanas que consideren convenientes. Sin embargo, en cuanto a las actividades de riesgo, aquella libertad debe ser compatible con la protección de los derechos que dimanen de la soberanía de otros Estados.

Artículo 7.—La cooperación

1. Los Estados cooperarán de buena fe para evitar o minimizar los riesgos de daños transfronterizos o, producido el daño, para minimizar sus efectos tanto en los Estados afectados como en los de origen.

2. De acuerdo con lo anterior, el deber de cooperar concierne tanto a los Estados de origen respecto a los afectados cuanto a la inversa.

Artículo 8.—La participación

En virtud de ese deber de cooperar, los Estados de origen darán la participación que establecen estos artículos a los Estados probablemente afectados, para que juntamente con ellos examinen la naturaleza de la actividad y de sus eventuales riesgos y si es necesario elaboren conjuntamente un régimen a su respecto.

Artículo 9.—La prevención

Los Estados de origen adoptarán todas las medidas de prevención razonables para evitar o minimizar los daños que pudieren resultar de una actividad presumiblemente de riesgo, para la que no se hubiere establecido un régimen.

Artículo 10.—La reparación

Cuando no sea incompatible con lo establecido en los presentes artículos, el daño producido por una actividad de riesgo no deberá recaer exclusivamente sobre la víctima inocente. En tales casos será necesaria una reparación por el daño apreciable sufrido, que se establecerá por negociación entre las partes, y de acuerdo con los criterios que estos artículos establecen.

14. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) explica ante todo que el comentario al término español «responsabilidad» que figuraba en su segundo informe⁶ había causado cierta confusión. Al referirse a las dos connotaciones de ese término, es decir, la obligación de prevención y la obligación de reparación, para las cuales se utilizan en inglés dos términos distintos —«responsibility» y «liability»— sólo había querido indicar que el término español abarcaba, sin forzar su sentido, ambas obligaciones.

15. Pasando a presentar su cuarto informe (A/CN.4/413), sugiere que, concluido el debate general, la Comisión se concentre en los distintos artículos, a fin de cumplir el mandato que le ha encomendado la Asamblea General. En lo posible, los comentarios formulados se han consignado en el informe, para que sea representativo de la opinión de la mayoría de la Comisión.

16. Dos cuestiones siguen sin resolverse desde el debate del anterior período de sesiones sobre el tema: la de si el proyecto de artículos debe incluir una lista de las actividades a que se refiere el tema, y la de si en su ámbito de aplicación se deben incluir las actividades contaminantes. La idea de incluir una lista de actividades ya suscitó la objeción de que esa lista quedaría rápidamente anticuada por la rapidez del progreso tecnológico. Una

segunda objeción es la de que el concepto de peligro causado por una actividad es un concepto fundamentalmente relativo, puesto que depende de las circunstancias; la misma industria puede ser considerada peligrosa en ciertos supuestos y segura en otros. La finalidad de preparar semejante lista sería la de dar una materia concreta a la eventual convención sobre el tema, buscando aquí repetir la situación que se presenta cuando los Estados negocian un convenio sobre una actividad específica. En tales casos, su tarea es más fácil porque la responsabilidad que se acuerde podrá adaptarse a las características de la actividad de que se trate. Pero en el presente tema se coloca en un momento distinto, anterior al que se acaba de comentar. En su forma actual, el proyecto se refiere al supuesto en que un Estado, tras descubrir que dentro de sus fronteras se realiza una actividad que entraña un riesgo, se percató de que la continuación de esa actividad podría afectar a otros Estados.

17. El objetivo del proyecto de artículos es modesto: lograr un convenio internacional por el que los Estados se obliguen a notificar e informar a los otros Estados que puedan resultar afectados por un riesgo de esa índole y, en todo lo posible, prevenir su aparición. De producirse un daño, no se establece un nivel determinado de resarcimiento; en vez de ello, hay una obligación de negociar de buena fe y reparar los daños causados, teniendo en cuenta factores como los enunciados en las secciones 6 y 7 del plan esquemático. En la actualidad existe un laguna en el derecho internacional en lo referente a la negociación de convenios sobre actividades determinadas; no está claro qué principios se deben aplicar a las negociaciones, ni lo que se debe hacer en caso de que durante ellas ocurran accidentes. La finalidad del proyecto de artículos es colmar esa laguna. La práctica internacional corrobora el principio según el cual el Estado en que se origina el riesgo debe adoptar precauciones para eliminarlo y debe informar a los Estados que puedan resultar afectados. Sería imposible actualmente regular cada actividad concreta; la Comisión sólo puede tratar de establecer la definición más completa posible de las actividades que entrañan un riesgo.

18. En cuanto a la segunda cuestión pendiente, la de las actividades contaminantes, ya se había llegado a una conclusión preliminar de que tales actividades debían quedar comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, puesto que el Relator Especial dudaba de que la Comisión aceptara la existencia de una norma a nivel operativo de derecho internacional que prohibiera a los Estados causar un daño apreciable por contaminación. En el período de sesiones anterior, el Sr. Reuter⁷ planteó la cuestión de la contaminación continuada, es decir, el caso de unos contaminantes que, si bien en pequeñas cantidades no causan un daño apreciable, pueden con el tiempo, por acumulación, causar un daño transfronterizo. Como señaló el Sr. Reuter, a veces es difícil probar la relación de causalidad en los casos de contaminación continuada, pero, si se examina la cuestión más atentamente, se advierte que la reparación de tales daños no es lo primordial, especialmente cuando existe un régimen, como el del presente proyecto de artículos, que impediría a través de sus disposiciones que el daño llegara a ser importante. La dificultad de

⁶ *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 154, documento A/CN.4/402, párr. 5.

⁷ *Anuario... 1987*, vol. I, pág. 151, 2016.ª sesión, párr. 11.

probar los hechos, por otra parte, no justifica que se abandone todo intento de regular la contaminación continuada; sería mejor disponer de un régimen de responsabilidad que privar al Estado afectado de todo amparo jurídico. Estima, por consiguiente, que la cuestión de la contaminación continuada debe quedar comprendida en el ámbito del tema. En lo concerniente a la contaminación accidental, no es muy difícil probar los hechos, al ser conocida la causa; en cambio, la cuestión de la reparación se convierte en algo muy importante.

19. Pasando a presentar el artículo 1, señala que la situación básica contemplada en el proyecto de artículos es territorial. El tema versa sobre las actividades realizadas en el territorio de un Estado que producen daños en el territorio de otro Estado. Sin embargo, en el derecho internacional moderno la situación es más complicada. Esas actividades pueden ser realizadas fuera del territorio propiamente dicho del Estado de origen. Por eso, el artículo 1, en vez de referirse al territorio del Estado de origen, se refiere a la jurisdicción que le otorga el derecho internacional. La jurisdicción del Estado se extiende a sus buques, sus aeronaves y sus vehículos espaciales, y las fórmulas utilizadas en los artículos 1 y 2 *c* abarcan tanto las actividades realizadas en ellos como los daños causados a los mismos. También hay zonas en las que, de conformidad con el derecho internacional, se ejerce la jurisdicción de más de un Estado, como en el caso de un buque extranjero en el mar territorial de otro Estado. De realizarse una actividad de ese tipo en el ejercicio de una jurisdicción, causando un daño en otra jurisdicción, la situación quedaría comprendida en el campo de aplicación del proyecto de artículos.

20. Las palabras «o a falta de ésta bajo su control efectivo» se han incluido para tener en cuenta casos como el de Namibia, en el que Sudáfrica ejerce un control *de facto*, aunque no tiene jurisdicción otorgada por el derecho internacional.

21. Señala que, en una versión anterior, el artículo 1 se refería a las actividades que «causen o puedan causar» un daño transfronterizo. Sin embargo, esa fórmula le ha parecido redundante; toda actividad que cree un riesgo apreciable estará comprendida en el ámbito del proyecto de artículos, y, por consiguiente, lo estarán también sus resultados. Así pues, cualquier referencia que se hiciera a las actividades que causan un daño tendría que ser objeto de una calificación. Como se verá después, a lo que hay que hacer referencia es a la actividad que crea un riesgo apreciable, cause o no un daño transfronterizo.

22. El concepto de «situación» no se ha incluido en el artículo 1 porque la mayoría de las observaciones formuladas durante el debate de 1987 fueron críticas a ese respecto. Su inclusión obedecía al deseo de tener en cuenta los supuestos en que la actividad de que se trata no pudiera ser calificada de peligrosa en sí misma, pero crease a pesar de todo una situación peligrosa. Un ejemplo era la construcción de una presa, que, aunque no peligrosa de por sí, podía trastornar la situación hidrológica, afectar a las precipitaciones o incluso causar inundaciones. Al examinar la parte del informe relativa a la relación de causalidad, explicará por qué es posible prescindir del concepto de «situación».

23. El proyecto de artículo 2 tiene por objeto explicar el sentido de los términos empleados en los diversos artículos presentados hasta ahora. A medida que avancen los trabajos será necesario, por supuesto, incluir nuevas definiciones.

24. En el apartado *a* se intenta dar una definición general de «actividad peligrosa», en vez de proporcionar una lista de tales actividades. La mayoría de los peligros conocidos, cuando no todos, son consecuencia del uso de «cosas peligrosas» (en francés: «choses dangereuses»). El término «substances», empleado en el texto inglés del informe, no es satisfactorio; una nave espacial, por ejemplo, no es una sustancia. Además, el término «cosas» tiene un sentido más amplio y puede utilizarse para designar los rayos láser. El concepto de que se trata es fundamentalmente un concepto relativo, que depende de las propiedades intrínsecas de las cosas consideradas (por ejemplo, dinamita, materiales nucleares), el lugar en que se utilizan (cerca de la frontera), el medio en que se utilizan (la atmósfera, el agua, etc.) y la forma como se utilizan (por ejemplo, petróleo transportado en grandes cantidades por grandes buques cisterna).

25. El riesgo a que se refiere el proyecto de artículos es el riesgo creado por esas cosas. Ese elemento constituye una de las características más fundamentales de la responsabilidad; ese «riesgo» tiene que ser mayor que un riesgo normal. Debe recordarse que la mayoría de las actividades entrañan algún riesgo; el riesgo contemplado en este caso tiene que ser relativamente alto. Además, la existencia del riesgo tiene que ser visible para un experto. El riesgo oculto no cae dentro del ámbito de aplicación del proyecto de artículos, a menos que su existencia se conozca por alguna otra circunstancia; por ejemplo, si se hace patente posteriormente al causar algún daño transfronterizo. El enunciado propuesto tiene por objeto proteger la libertad del Estado de origen. De lo contrario, estaría obligado a seguir los procedimientos del proyecto de artículos en relación con cualquier actividad nueva. La definición propuesta está en conformidad con el Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)⁸, que también aparece reflejado en el proyecto de artículo 6. Introduce un nuevo «umbral» que no se puede medir con precisión. A este respecto, señala a la atención de la Comisión la nota 9 de su cuarto informe (A/CN.4/413), cuyo contenido es particularmente importante.

26. El apartado *b* del proyecto de artículo 2 establece que por «actividades de riesgo» se entiende las actividades mencionadas en el artículo 1.

27. Las disposiciones del apartado *c* se refieren más bien a la jurisdicción que al territorio del Estado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1. Propone que se sustituya el término «ámbitos», algo deficiente, por el de «lugares». De ese modo, la disposición abarcará los buques, las aeronaves y los vehículos espaciales. El apartado *c* versa sobre el elemento transfronterizo, esto es, el

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

hecho de que la actividad de que se trata y sus efectos tienen lugar en jurisdicciones diferentes. En el comentario a ese apartado se ha tratado de construir una teoría general del daño a los efectos del presente tema.

28. En el debate anterior se habló mucho de cuestiones de terminología. También el tiene dudas acerca del empleo del término inglés «injury» para traducir el original «daño», que es un término neutro, utilizado para designar cualquier perjuicio a las personas o los bienes. Por supuesto, el Relator Especial no está en condiciones de sugerir versiones equivalentes en los distintos idiomas de los términos empleados en sistemas jurídicos distintos del suyo propio. Por consiguiente, si del debate se desprende que hay algunas dificultades en relación con el sentido de un término o una expresión, tratará de explicarlo en la forma en que lo utiliza en el texto original español.

29. El punto de vista adoptado es el de que no todos los tipos de daño tienen que ser resarcidos. Todo depende del tipo de responsabilidad que se pretenda imponer a las partes. En derecho internacional, no todo daño es indemnizable. En el asunto de la *Barcelona Traction*, como el Relator Especial señala en su informe (*ibid.*, párr. 38), la CIJ dijo:

[...] la prueba de que se ha sufrido daño no justifica *ipso facto* una reclamación en el plano diplomático. Las personas sufren daños o perjuicios en las más variadas circunstancias. Ello en sí no entraña la obligación de indemnizar. La responsabilidad no se deriva del simple hecho de lesionar un interés, sino exclusivamente de la violación de un derecho [...].

En otras palabras, el presente tema sólo versa sobre el daño que es apreciable y resulta de una actividad que crea un riesgo apreciable. El riesgo que no sea apreciable no está comprendido en el ámbito del proyecto de artículos ni, por lo tanto, en el de la convención general a la que sirva de base. Por supuesto, convenios específicos sobre cuestiones concretas podrán tener en cuenta otras formas de riesgo, y los riesgos que no sean apreciables se regirán por las disposiciones del derecho internacional general. El hecho de que deba resarcirse el daño cuando resulte de actividades peligrosas hace que los conceptos de «riesgo» y «daño» formen un verdadero continuo: el daño es resarcido a causa del riesgo creado por la actividad. Existe para quien crea el riesgo una obligación *a priori* de resarcir cualquier daño que se haya producido en esas circunstancias. Como señala en su informe (*ibid.*, párr. 45), el resarcimiento es exigible, no sólo por haberse producido el daño, sino porque corresponde a «una cierta previsión genérica de que iba a producirse», ya que la actividad que lo causa crea un riesgo y es peligrosa.

30. Se ha visto que el daño, para caer dentro del ámbito del tema, tiene que derivar de las consecuencias físicas de la actividad de que se trate, pero también pueden darse consecuencias perjudiciales tanto sociales —idea en que se inspira la sentencia dictada en el asunto del *Lago Lanós*⁹— como económicas.

31. Por lo que respecta al daño transfronterizo, el Relator Especial conviene en que el apartado *b* del antiguo

artículo 3 presentado en su tercer informe (A/CN.4/405, párr. 6) es superfluo. El supuesto a que se refiere dicho apartado, o sea, la atribución de responsabilidad en los casos en que una actividad desarrollada en un país crea en áreas más allá de las jurisdicciones nacionales una «situación» que a su vez repercute con un daño en lugares bajo la jurisdicción de otro Estado, estaría previsto siempre que no se hubiera roto la relación de causalidad entre la actividad en una jurisdicción nacional y el efecto en otra. De hecho, tal parece ser la regla establecida por la Comisión Mixta germano-estadounidense de Reclamaciones en relación con ciertas medidas de guerra excepcionales adoptadas por Alemania durante la primera guerra mundial, a la que el Relator Especial se refería en su cuarto informe (A/CN.4/413, párr. 52). Sugiere, por lo tanto, que el supuesto incluido en el apartado *b* del antiguo artículo 3 se elimine del proyecto y que se aclare ese punto en el comentario.

32. Aunque en el texto inglés del apartado *d* del artículo 2 se utiliza la expresión «source State», el Relator Especial prefiere la expresión «State of origin», que es más neutra y refleja mejor la situación básica de una atribución puramente territorial.

33. El artículo 3, que versa sobre la cuestión muy compleja de la atribución, introduce un elemento nuevo en la norma básica al establecer que el Estado de origen debe conocer o tener los medios de conocer que se desarrolla una actividad que entraña un riesgo en ámbitos sujetos a su jurisdicción o control. La responsabilidad del Estado en esos casos es así la contraparte de su jurisdicción territorial exclusiva, como se indica en la sentencia arbitral del asunto de la *Isla de Palmas* (*ibid.*, párr. 61). Si esa sentencia se aplica dentro del territorio de un Estado, *a fortiori* debe aplicarse también más allá de las fronteras de ese Estado. Ahora bien, el Relator Especial no puede aceptar que se tenga por responsable al Estado de cualquier cosa que ocurra, independientemente de que tenga o no los medios de conocer que se desarrolla cierta actividad en su territorio; como señala en su informe (*ibid.*, párr. 63), no cree que el fallo dictado en el asunto del *Estrecho de Corfú* entrañe la presunción de que el Estado conoce o debería conocer todas las actividades que se realizan dentro de su territorio.

34. Ahora bien, el razonamiento expuesto en el asunto del *Estrecho de Corfú* se aplica a los actos ilícitos, mientras que el presente tema versa sobre la responsabilidad causal, lo que significa que los mecanismos del proyecto deben ser inmediatamente eficaces. Así, la presunción de que el Estado de origen tenía los medios de conocer puede actuar en favor del Estado afectado, aunque esa presunción pueda ser impugnada mediante la prueba en contrario; por ejemplo, un país en desarrollo sólo tendría que demostrar que carece de los medios navales o aéreos necesarios para vigilar su vasto sector de zona económica exclusiva.

35. Aunque la atribución del resultado sigue automáticamente a la atribución del comportamiento, teóricamente existe entre ambos una solución de continuidad. La atribución de una actividad a un Estado significa que, con respecto a esa actividad, el Estado tiene todas las obligaciones que le imponen los presentes artículos, y esa atribución viene determinada fundamentalmente

⁹ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (N.º de venta: 63.V.3), pág. 281; pasajes en *Anuario... 1974*, vol. II (segunda parte), págs. 206 y ss., documento A/5409, párrs. 1055 a 1068.

por un criterio territorial. La atribución de un resultado a una actividad, en cambio, viene determinada por un criterio de causalidad, puesto que tiene que haber una relación de causalidad entre esa actividad y su resultado. Así pues, no hay ninguna diferencia en este último aspecto entre las normas que rigen la responsabilidad por hechos ilícitos y las que rigen el tema examinado, en lo que concierne a la esfera de la causalidad. Hay, por el contrario, una enorme diferencia entre los dos tipos de responsabilidad en lo que se refiere a la atribución de un acto a un Estado. A los efectos del presente tema, la atribución de una actividad es, en general, puramente territorial, mientras que en el caso de la responsabilidad de los Estados la cuestión es mucho más compleja, ya que supone que se den los requisitos mencionados en el cuarto informe (*ibid.*, párrs. 73 y 75).

36. Atribución y conocimiento, considerados conjuntamente, plantean la cuestión de si el requisito de que el Estado tenga conocimientos previo de que se desarrolla cierta actividad en su territorio no desvirtúa la naturaleza de la responsabilidad causal. A su juicio no es así, puesto que incluso la responsabilidad causal requiere una participación mínima de la persona a la que es imputable la actividad. Para subrayar este aspecto, ha trazado en su informe (*ibid.*, párrs. 80 y 81) una comparación con la responsabilidad en derecho interno del propietario de un automóvil que resulta implicado en un accidente ocurrido cuando el vehículo era conducido por un tercero sin su autorización.

37. Un concepto afín es el de riesgo apreciable, con respecto al cual el antiguo artículo 4 (A/CN.4/405, párr. 6) establecía que el Estado de origen estaba sujeto a las obligaciones que le imponían los artículos siempre que «conociera o tuviera los medios de conocer que dicha actividad... crea un riesgo apreciable de causar un daño transfronterizo». El Relator Especial ha decidido eliminar esa idea del proyecto, porque la expresión «medios de conocer» implica sutiles distinciones de significado que, en su opinión, impiden su aplicación al concepto de «riesgo apreciable». Se ha dicho, por ejemplo, que riesgo apreciable es el riesgo que puede ser percibido objetivamente por un experto y por un simple examen de la actividad y de las cosas que maneja. Por lo tanto, establecer que el Estado debe tener los medios de conocer que existe un riesgo apreciable de daño equivaldría a colocar a ese Estado en una situación de inferioridad con respecto a cualquier persona con especial conocimiento de la materia.

38. Por lo que respecta al capítulo II del proyecto (Principios), el Relator Especial cree que el enunciado de los tres principios que propuso en el período de sesiones anterior es demasiado general. Sin embargo, es indispensable disponer de un conjunto de principios sobre el tema, y la Comisión no debe preocuparse si esos principios deben ser considerados como un reflejo del derecho internacional general o como parte del desarrollo progresivo de ese derecho. Acogerá gustosamente las observaciones de los miembros de la Comisión acerca de si los principios son aplicables o no al tema. Conviene recordar que la Comisión está abriendo un nuevo camino, lo que la obliga a proceder por tanteo.

39. Evidentemente, los principios deben inspirarse en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo; tal es,

en realidad, la esencia del proyecto de artículo 6 (La libertad de acción y sus límites). Estima, no obstante, que el artículo debe referirse a los «derechos» y no a los «intereses», puesto que, como señala en su cuarto informe (A/CN.4/413, párr. 94), un interés es algo que un Estado quiere proteger porque le puede proporcionar una ganancia o una ventaja, o porque su eliminación puede ocasionarle pérdidas o inconvenientes, pero que no tiene amparo legal. Si existe un régimen que establezca el resarcimiento, u obligaciones de prevención cuya violación influya de alguna forma en el modo de resarcimiento, ese régimen conferirá ciertos derechos al Estado afectado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.

40. No le ha sido fácil aceptar que el principio de la cooperación, establecido en el artículo 7, constituye una de las bases de las obligaciones enunciadas en el proyecto concernientes a la notificación, la información y la prevención. A su juicio, la actitud de una persona que se abstiene de causar daño a otra no puede interpretarse como cooperación cuando la posibilidad de que se produzca el daño depende exclusivamente de esa persona. Pensándolo bien, sin embargo, ese planteamiento es quizá algo simplista. En el contexto del tema, no se pueden ver las cosas como si todo fuera sólo blanco o negro. Ante el desarrollo tecnológico moderno y la introducción de actividades que entrañan un riesgo, aunque son útiles a la sociedad, los individuos y las sociedades se sienten cogidos en una trampa porque, a pesar de todas las precauciones adoptadas, las nuevas actividades no se pueden controlar totalmente. Esta es la razón, quizá, por la que una catástrofe que causa un daño transfronterizo se considera, en cierto modo, como una desgracia para todos. Por consiguiente, la cooperación debe ser uno de los fundamentos de las obligaciones del proyecto, aunque las obligaciones de reparación se basen en la justicia y la equidad.

41. Las palabras «de buena fe» se han incluido en el artículo 7 para tener en cuenta la preocupación expresada en el período de sesiones anterior, según la cual los Estados deben evitar los actos encaminados a sacar provecho de accidentes como los comprendidos en el ámbito del tema. Con esas palabras no se quiere dar a entender que la cooperación deba ser gratuita en todos los casos.

42. El artículo 8 versa sobre la participación, que parece ser el reverso de la medalla de la cooperación y se aplica a los mismos tipos de obligación, es decir, la notificación, que informa al Estado afectado que existe un riesgo y pide su participación en la tarea común de establecer un régimen, y la información, que tiene como finalidad que el Estado afectado pueda participar válidamente en los esfuerzos de prevención.

43. El artículo 9 versa sobre el establecimiento de un principio de prevención, que ha ocupado una parte importante de los debates de la Comisión. La redacción de una definición de esta índole es una cuestión fundamental, y las posibilidades son tres: la prevención se puede vincular exclusivamente a la reparación; las obligaciones de reparación pueden existir juntamente con obligaciones de prevención autónomas; o, como ha sugerido un miembro, el proyecto puede incluir sólo normas de prevención. En el primer caso es evidente que el efecto preventivo, al amparo de un régimen de responsabili-

dad por riesgo, se consigue mediante las condiciones impuestas por el régimen con respecto a la reparación, que proporciona el incentivo para que un Estado adopte por sí mismo medidas de precaución. La segunda posibilidad atribuye la misma importancia a la prevención y la reparación, aunque algunos miembros han considerado que la prevención prevalece sobre la reparación. Otros han visto una contradicción en que se hagan autónomas las obligaciones de prevención, puesto que la sanción de su violación daría lugar a que la Comisión invadiera el campo de la ilicitud. Esta opinión, aunque personalmente el Relator Especial no le da mucho valor, ha sido expresada repetidamente. Por consiguiente, el principio se ha redactado de un modo neutro, pero se le puede dar un significado más concreto en un artículo dispositivo posterior.

44. El artículo 10 versa sobre la reparación, principio que prevalecerá a falta de un régimen pactado por tratado entre el Estado de origen y el Estado o los Estados afectados. Los conceptos centrales son: a) cuando se produce un daño de resultados de una actividad comprendida en el artículo 1, debe haber alguna forma de reparación; b) la reparación se debe fijar mediante negociaciones entre el Estado de origen y el Estado afectado; c) las negociaciones deben guiarse por los principios enunciados en el proyecto, en especial que el daño debe apreciarse como se hace habitualmente en el campo de la responsabilidad sin culpa, no individualmente, sino teniendo en cuenta otros factores. Este concepto de daño es peculiar de la responsabilidad causal y muy diferente del daño resultante de la ilicitud, ya que la actividad considerada no está prohibida y probablemente es una actividad útil, no sólo para el Estado en que se lleva a cabo, sino también para el Estado accidentalmente afectado por el daño. También se tiene en cuenta que las medidas de prevención pueden imponer una pesada carga financiera al Estado de origen. En casi todos los países se desarrollan actividades basadas en la tecnología moderna y que entrañan un riesgo, y un Estado afectado puede convertirse cualquier día en Estado de origen.

45. El Sr. McCaffrey dice que a veces el tema objeto de estudio coincide parcialmente con el que le ha sido encomendado, o sea, el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, pero en la medida en que el principio de responsabilidad aplicable en el presente tema es el de la responsabilidad sin culpa, la línea de demarcación entre ambos temas es clara.

46. En lo concierne a la terminología, está de acuerdo con la idea del Relator Especial de que, en inglés, el término «harm» (daño físico) es más apropiado que el término «injury» (lesión de un bien jurídico), de que «State of origin» (Estado de origen) es una expresión más amplia y más satisfactoria que la de «source State», y de que se sustituya «substance», que es un término demasiado limitado, por «thing» (cosa). También está de acuerdo con la conclusión a que llega el Relator Especial en el párrafo 7 de su cuarto informe (A/CN.4/413, párr. 7), según la cual no es posible ni deseable elaborar una lista exhaustiva de las actividades comprendidas en el ámbito del proyecto de artículos.

47. En cuanto a las actividades contaminantes, se pregunta si la cuestión que se plantea en el informe (*ibid.*,

párr. 9) es la apropiada. Tal vez fuera mejor preguntarse si hay casos de contaminación transfronteriza que pueden servir de base a un principio de responsabilidad más estricto que el normal, es decir, la responsabilidad sin culpa en vez de la responsabilidad fundada en la culpa. Por ejemplo, una fábrica de productos químicos o un reactor nuclear pueden sufrir una avería, causando un daño transfronterizo. En ese caso, la actividad misma no está prohibida, pero la colectividad internacional entiende que está sujeta a un nivel mínimo de reglamentación y control. Si ese nivel mínimo no se ha cumplido, y si se produce una avería que da lugar a un daño transfronterizo, el Estado de origen ha cometido un acto internacionalmente ilícito al incumplir su obligación y, con arreglo al principio de la responsabilidad de los Estados, es responsable. Por el contrario, si se ha respetado el nivel mínimo y, pesar de todo, se produce una avería, habrá daño, pero no acto internacionalmente ilícito. En la práctica, el problema será determinar si se ha cumplido el deber de diligencia. Se trata de una cuestión decisiva, puesto que si se ha cumplido el deber de diligencia y se produce un daño transfronterizo, no existe un acto internacionalmente ilícito y, por lo tanto, no hay responsabilidad con arreglo a los principios normales de la responsabilidad de los Estados. No obstante, habrá responsabilidad en el marco del presente tema si se han cumplido los requisitos expuestos por el Relator Especial, esto es, que la actividad de que se trate haya creado un riesgo previsible y anormalmente alto de daño transfronterizo.

48. Estas consideraciones demuestran la importancia de la creación de un régimen, a fin de que los Estados implicados puedan ponerse de acuerdo sobre las actividades que darán lugar a responsabilidad aunque no medie la «culpa» del Estado de origen. Esta cuestión es decisiva, pues sin un acuerdo de esta índole siempre habrá controversia acerca de si el Estado ha cumplido su deber de diligencia. Por esta razón, no está de acuerdo con el Relator Especial cuando dice que no cree que la Comisión acepte unánimemente la idea de que existe una prohibición en derecho internacional de los actos que dan lugar a un daño apreciable de contaminación transfronteriza (*ibid.*, párrs. 9 y 10). Por su parte, trata con algún detenimiento esa cuestión en su cuarto informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (A/CN.4/412 y Add.1 y 2), del que tratará en otro momento. Si el Estado de origen ha incumplido su obligación de debida diligencia, es evidente que hay responsabilidad por el daño transfronterizo resultante. Pero, independientemente de que el derecho internacional prohíba las actividades de contaminación transfronteriza, el Estado de origen no puede discriminar contra otro Estado en relación con una actividad potencialmente nociva situándola de tal manera que la contaminación resultante afecte a un Estado vecino más que a sí mismo. Ese principio de la no discriminación, que se deriva de la igualdad soberana de los Estados, ha sido desarrollado detalladamente por la OCDE.

49. Por lo que respecta al artículo 3 y la cuestión de la atribución, el Relator Especial ha mencionado, en su presentación verbal, el requisito de cierta participación mínima del Estado de origen. Este aspecto está comprendido asimismo en la obligación de debida dili-

gencia, que implica cierto grado de vigilancia por parte del Estado de origen, como él mismo lo analiza en su cuarto informe. No se trata de la atribución al Estado del comportamiento de particulares, sino de la responsabilidad directa del Estado por una violación de su obligación internacional de actuar con la debida diligencia. Lo que la Comisión tiene que resolver es si el Estado sería responsable aunque no hubiera violado la obligación que le incumbe.

Se levanta la sesión a las 13 horas.

2045.ª SESIÓN

Viernes 13 de mayo de 1988, a las 10 horas

Presidente: Sr. Leonardo DIAZ GONZALEZ

Miembros presentes: Príncipe Ajibola, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Boutros-Ghali, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Razafindralambo, Sr. Roucouas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, 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.4/405², A/CN.4/413³, A/CN.4/L.420, secc.D⁴)

[Tema 7 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

- ARTÍCULO 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos),
- ARTÍCULO 2 (Términos empleados),
- ARTÍCULO 3 (La atribución),
- ARTÍCULO 4 (Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales),
- ARTÍCULO 5 (Falta de efecto sobre otras normas del derecho internacional),
- ARTÍCULO 6 (La libertad de acción y sus límites),
- ARTÍCULO 7 (La cooperación),
- ARTÍCULO 8 (La participación),
- ARTÍCULO 9 (La prevención) y
- ARTÍCULO 10 (La reparación)⁵ (continuación)

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

² Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

⁴ El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones; el plan esquemático se reproduce en *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.

⁵ Para el texto, véase 2044.ª sesión, párr. 13.

1. El Sr. McCaffrey continuando su análisis del cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/413), iniciado en la sesión anterior, dice que el título del proyecto de artículo 3 (La atribución) le plantea dificultades. Ese término, efectivamente, tiene un sentido preciso en el contexto de los trabajos de la Comisión, y el concepto que designa es el que figura en el artículo 11 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁶. Como señalo en su cuarto informe el Sr. Ago, a la sazón Relator Especial encargado de ese tema, la responsabilidad del Estado de origen debe ser considerada como una responsabilidad «directa» y no como una responsabilidad «atribuida», es decir, indirecta. Convendría tener cuidado con esas cuestiones de coherencia terminológica.

2. Respecto al proyecto de artículo 9, señala que la obligación de prevención presenta dos aspectos: uno relativo a los mecanismos y los procedimientos y el otro relativo al fondo de la cuestión. En el plano procesal, la obligación de prevención se traduce en diversas medidas de orden práctico: evaluación de los posibles efectos transfronterizos de la actividad prevista, preparativos del Estado de origen para precaverse contra los accidentes, consultas con los Estados que puedan sufrir los efectos de la actividad, participación de esos Estados en la prevención, etc. Todo estos mecanismos tienen que dar a los Estados que puedan resultar afectados la posibilidad de protegerse contra los riesgos que acaso sean muy pequeños en sí mismos, pero cuyas consecuencias perjudiciales pueden ser enormes, como en el caso de los accidentes de centrales nucleares.

3. En cuanto al fondo, el concepto de prevención supone que, haya o no acuerdo previo de los Estados que pueden tener que soportar los efectos perjudiciales de la actividad emprendida, el Estado de origen, es decir, aquel en cuyo territorio o bajo cuyo control se ejecuta esa actividad, debe adoptar las medidas de seguridad que se imponen; por ejemplo, adoptar disposiciones legislativas y reglamentarias especiales, velar por su aplicación y establecer mecanismos de vigilancia. Mas en relación con este punto se plantea un problema delicado: si bien cabe pensar que la colectividad internacional cuenta con que no se emprenda ninguna actividad que cree un riesgo sin adoptar al mismo tiempo las medidas de seguridad idóneas, es difícil en cambio determinar lo que espera exactamente dicha colectividad a este respecto y, de manera más precisa, en qué supuestos considera que una determinada actividad es legítima. Es posible, sin duda, atenerse a algunos principios muy generales, como han hecho los autores de la Convención sobre el derecho del mar de 1982, en relación con el medio ambiente. Mas la Comisión debería poder ir más lejos e indicar expresamente lo que debe realizar el Estado de origen para que toda actividad que se desarrolle en su territorio o bajo su control se efectúe en condiciones de seguridad razonables.

4. A continuación plantea la cuestión de las consecuencias de la infracción de la obligación de prevención por el Estado de origen. Si una actividad tiene efectos transfronterizos perjudiciales apreciables, la responsa-

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

⁷ *Anuario... 1972*, vol. II, pág. 106, documento A/CN.4/254 Add.1, párr. 72.