

## 2269.ª SESIÓN

*Viernes 5 de junio de 1992, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Christian TOMUSCHAT

*Miembros presentes:* Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

**Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación) [A/CN.4/443<sup>1</sup>, A/CN.4/L.469, secc. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.2]**

[Tema 5 del programa]

**OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)**

1. El Sr. BARBOZA (Relator Especial), en respuesta a las observaciones hechas por el Sr. Villagrán Kramer en la sesión anterior en las que relacionó la continuación del examen del tema con las conclusiones de la CNUMAD, dice que las cuestiones concretas que la Comisión ha de considerar sólo se examinarán superficialmente en la Conferencia, cuyo programa, como todo el mundo sabe, está muy recargado. Dando las gracias a los miembros que ya han intervenido sobre el tema dice que, si bien las observaciones de carácter general son siempre útiles y bienvenidas, desearía en particular escuchar las opiniones de los miembros sobre los principales asuntos planteados en su informe, a saber, si todas las cuestiones relativas a las obligaciones de prevención, o por lo menos los artículos de procedimiento relativos a las mismas, deben consignarse en un anexo —una cuestión de gran importancia en su opinión— y, en segundo lugar, la cuestión de las definiciones propuestas para el artículo 2. Ruega a los miembros que aborden estas cuestiones.

2. El Sr. GÜNEY dice que antes de comentar los puntos planteados en el octavo informe desea expresar sus recelos, que en algunos casos equivalen a reservas, con respecto a la codificación de un tema que no debe tratarse fuera del marco de la aplicación de las reglas normales que rigen la responsabilidad de los Estados.

3. La idea de una lista de actividades peligrosas, basada en el concepto de «sustancias peligrosas», no ha conseguido la aprobación de la Comisión ni de la Sexta Comisión. En lugar de preparar una lista, la Comisión debe esforzarse pues por definir las actividades peligrosas utilizando una terminología flexible que pueda adaptarse a la luz de la evolución futura.

4. La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales es un tema complejo que suscita cuestiones jurídicas y políticas. El proyecto de artículos debe tratar principalmente de la responsabilidad civil de los agentes, siendo la responsabilidad por daños de los Estados meramente subsidiaria. El sistema propuesto constituiría un desarrollo considerable del derecho internacional pues, como señala el Relator Especial en el informe, hasta ahora los Estados se han mostrado renuentes a asumir responsabilidades en las convenciones o proyectos de convención existentes que regulan ciertas actividades de riesgo. Ni el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo<sup>2</sup> ni el desarrollo del concepto de diligencia preventiva de los Estados expuesto en varias convenciones sobre protección del medio ambiente están suficientemente bien establecidos en derecho para que se les considere listos para su codificación.

5. En la presente etapa del desarrollo del derecho internacional en la esfera que se examina, la propuesta del Relator Especial de que las obligaciones de prevención se consignan en un anexo consistente en disposiciones de carácter puramente recomendatorio es pragmática y razonable y el orador la apoya en lo que respecta a las obligaciones de procedimiento y a las obligaciones de diligencia debida. Colocar las disposiciones sobre prevención en el texto del proyecto plantearía la cuestión de la relación entre la responsabilidad del Estado por actos ilícitos y la responsabilidad del Estado por actividades lícitas; un Estado de origen que no respetara la obligación primaria de prevención sería culpable de un acto ilícito. En ese contexto el orador expresa dudas en cuanto a la teoría de la culpa, que hace recaer la carga de la prueba en la víctima, en detrimento del principio de responsabilidad causal, que atribuye la carga de la prueba al autor del daño.

6. El examen del tema en la Sexta Comisión ha puesto de manifiesto la necesidad de prestar especial atención a los intereses de los países en desarrollo, que no tienen ni los recursos financieros ni los conocimientos técnicos necesarios para impedir o minimizar las consecuencias desfavorables de actividades realizadas bajo su jurisdicción y, por consiguiente, tienen mayor necesidad que los países industrializados de unas disposiciones claras y estrictas que definan las funciones respectivas del Estado de origen y del Estado víctima.

7. Si las disposiciones sobre prevención se incluyen en el texto del proyecto se podrían tratar conjuntamente las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos. Como el Relator Especial señala en el informe, el Estado, en uno u otro caso, ha de adoptar ciertas medidas legislativas, administrativas y de aplicación en el contexto del concepto de «diligencia debida» para evitar que el daño supere el umbral tolerable y se convierta en significativo. Existe un cierto elemento de subjetividad con respecto al Estado de origen, que puede no haber aceptado todos los instrumentos internacionales invocados en el marco de la labor de codificación. Este punto requiere un estudio más a fondo.

<sup>2</sup> 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.

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

8. Los párrafos del informe relativos a la necesidad de consultar son en principio satisfactorios. No obstante, ha de quedar claro que los Estados vecinos o ribereños no tienen un derecho de veto sobre las actividades lícitas de otros Estados. En todo caso, las actividades de riesgo serán lícitas siempre que el Estado de origen asuma la responsabilidad causal respecto del daño causado. En cuanto a las actividades de efectos nocivos que causen daños en el curso de su realización, serán necesarias las consultas previas para tener debidamente en cuenta el equilibrio entre los intereses de que se trate. Ampliar el alcance del proyecto de artículos para incluir actividades que entrañan un riesgo de daño haría excesivamente difícil la tarea del Relator Especial y de la Comisión. Es importante evitar imponer a los Estados obligaciones mal definidas; serían preferibles normas separadas para regular el riesgo de daño, por una parte, y el daño real, por otra. Un Estado tiene el derecho soberano de emprender actividades lícitas en su territorio siempre que tome medidas para evitar que esas actividades causen daño transfronterizo. Es satisfactorio observar que el Relator Especial suscribe ese principio.

9. Finalmente, las disposiciones recomendatorias propuestas sobre la prevención deben revisarse y definirse con más claridad en lo que respecta a su contenido y alcance. En la presente era de creciente liberalización y privatización de las economías nacionales, la responsabilidad directa por daño transfronterizo debe recaer en el agente privado. En el proyecto que se examina debe darse pues prioridad a la responsabilidad civil y la cuestión de las obligaciones de vigilancia de los Estados respecto de las actividades de efectos nocivos debe dejarse a un lado. El concepto de riesgo y su relación con la responsabilidad del agente ciertamente requieren un examen más a fondo.

10. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que, habida cuenta de las trascendentales consecuencias de las propuestas presentadas en el informe relativas a las obligaciones de prevención, así como de las relativas al artículo 2, no puede estar de acuerdo en que la fase del debate general ha terminado. La propuesta de que una parte esencial del proyecto —una parte que no trata de los aspectos técnicos del tema sino de los sustantivos— se consigne en un anexo es ciertamente curiosa y sería más curiosa aún si el anexo se orientara, por así decirlo, en una dirección diferente de la del propio proyecto. El instrumento resultante no podría ser homogéneo ni coherente. Sin las disposiciones de prevención, el proyecto de artículos en su conjunto sería una cáscara vacía y la Comisión habría trabajado en vano. Sean cuales fueren las dificultades, la Comisión debe hacer frente a sus responsabilidades y, con la asistencia de todas las opiniones autorizadas que se puedan obtener, abordar todos los aspectos del tema, teniendo presentes todas y cada una de sus múltiples facetas. Los aspectos jurídicos de las políticas industriales de los Estados están conformados por todas estas facetas —económica, financiera, ecológica, tecnológica o política— así como por sus propias necesidades de desarrollo y los medios disponibles para satisfacerlas. De aquí que el principio de obligaciones de prevención sea inevitablemente de carácter relativo. Además, se ha de tener en cuenta que las leyes que regulan los nuevos inventos tecnológicos y sus aplicaciones por lo general no se promulgan sino después de que el

invento ha causado o amenazado con causar un desastre. Al definir las obligaciones de prevención la Comisión debe esforzarse por fijar sus límites precisos e indicar el umbral más allá del cual se considerará que un Estado no cumple el principio de prevención. También debe tratar de definir el carácter concreto de las medidas de prevención y determinar sus consecuencias concretas para los Estados. Gran parte de esta tarea está aún pendiente y por consiguiente el orador reitera la opinión de que la fase del debate general dista de haber terminado.

11. El Sr. CALERO RODRIGUES desea felicitar a la secretaría por haber preparado el acta resumida de la 2268.<sup>a</sup> sesión, aunque sólo sea en un idioma, a tiempo para la 2269.<sup>a</sup> sesión. Que él recuerde, es la primera vez que se logra una cosa así en la historia de la Comisión. Espera que se distribuyan en breve las versiones del acta en otros idiomas y que la pauta así fijada se mantenga en el futuro.

12. El Relator Especial tiene razón al decir que ha pasado el tiempo del debate general aunque, por supuesto, es perfectamente oportuno que los nuevos miembros expresen sus opiniones. La Comisión ya tiene una cierta base para sus trabajos sobre el tema. Se ha guiado a lo largo de esta labor por el plan esquemático preparado por el anterior Relator Especial<sup>3</sup>. El sexto informe del actual Relator Especial<sup>4</sup>, que contiene no menos de 33 artículos calificados de «experimentales», ofrece también una excelente base. Los artículos de los capítulos I (Disposiciones generales) y II (Principios) están ya en el Comité de Redacción; los relativos a la prevención, la responsabilidad y la responsabilidad civil se hallan aún ante la Comisión. No se han propuesto hasta ahora artículos sobre la solución de controversias, pero su inclusión está ya prevista por el Relator Especial, como se desprende del comentario al proyecto de artículo VIII incluido en su octavo informe.

13. El Relator Especial ha solicitado las opiniones de los miembros acerca de la posible inclusión de los artículos sobre la prevención en un anexo y su presentación como simples recomendaciones. En el anterior período de sesiones se acordó que el carácter del instrumento se decidiría en una fecha futura. Por lo tanto, no está seguro de que la Comisión necesite decidir inmediatamente sobre la naturaleza exacta de los artículos sobre la prevención. Sería preferible simplemente evaluar y, de ser necesario, modificar el proyecto de artículos, llegando así a un conjunto de disposiciones que puedan incorporarse en una convención o en un instrumento de carácter no obligatorio.

14. El proyecto de artículo I<sup>5</sup>, para el cual sería más apropiado el título de «evaluación», establece la obligación de un Estado de evaluar el posible daño transfronterizo de una actividad incluida en el ámbito del artículo 1 del texto principal. El proyecto de artículo I enuncia un

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 88 y ss., párr. 109. Cambios posteriores se indican en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.

<sup>4</sup> Reproducido en *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1.

<sup>5</sup> Para el texto de los proyectos de artículos I a IX, véase 2268.<sup>a</sup> sesión, párr. 5.

principio básico: las actividades que crean un riesgo apreciable de causar daño transfronterizo deben requerir la autorización previa del Estado bajo cuya jurisdicción o cuyo control se van a realizar. La autorización previa es razonable, pero el orador se pregunta si debe tener el carácter de un requisito. En muchos casos no es seguro que la actividad entre en la categoría de actividades que crean un riesgo apreciable. No obstante, apoyará la idea básica de que un Estado está obligado a controlar cualesquiera actividades realizadas en su territorio que puedan estar comprendidas en el ámbito de los artículos principales.

15. El proyecto de artículo II trata de la notificación e información a los Estados que puedan resultar afectados por el daño transfronterizo. El orador está plenamente de acuerdo con el Relator Especial en que la información está íntimamente ligada a la notificación. El procedimiento de notificación e información debe seguirse en los casos en que el daño transfronterizo sea seguro o probable. El artículo es innovador en cuanto que abarca las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos, distinción interesante y útil que se recoge también en el proyecto de artículo IV. Hasta ahora la Comisión ha prestado atención sobre todo a la prevención en el caso de actividades de riesgo; no ha tenido muy en cuenta las actividades que con seguridad tienen efectos nocivos. Sin embargo, hay medidas efectivas que tomar en el caso de una actividad que necesariamente produzca daño, por ejemplo estableciendo un régimen de indemnización. Puede ser útil tratar por separado la prevención de las actividades de riesgo y la de las actividades de efectos nocivos. En ambos casos es importante disponer de una definición clara de las actividades en cuestión y fijar un umbral para el riesgo y para el daño.

16. El proyecto de artículo III es útil y puede incluso alentar a los Estados a aceptar el instrumento en su conjunto. El proyecto de artículo IV, cuyo fondo es satisfactorio, exige que un Estado celebre consultas con los Estados potencialmente afectados antes de emprender o autorizar una actividad de efectos nocivos. Este artículo representa el primer caso de una disposición separada relativa a las actividades de efectos nocivos. Aunque no le satisface del todo el texto del proyecto de artículo V, apoya el concepto subyacente, que representa un paso intermedio entre las consultas y la prohibición. El proyecto de artículo VI, relativo a las consultas en el caso de las actividades de riesgo, es aceptable en cuanto al fondo, pero debe ofrecer una definición más concreta de la finalidad de esas consultas.

17. El proyecto de artículo VII se refiere a las iniciativas de los Estados afectados, a los que ha de darse la oportunidad de intervenir. Sin embargo, el orador no está de acuerdo en que un Estado que tenga razones para creer que una actividad bajo la jurisdicción o el control de otro Estado está causándole un daño significativo o crea un riesgo de causar ese daño deba tener, como se prevé en este artículo 7, el derecho de invocar el proyecto de artículo II. Más bien, el Estado potencialmente afectado debe tener derecho a solicitar consultas, que se efectuarían como si hubiesen sido promovidas por el Estado de origen. La última línea del proyecto de artículo VII, que requiere que el Estado de origen sufrague los

costos del estudio realizado por el Estado afectado, es innecesaria y debe eliminarse.

18. En cuanto al proyecto de artículo VIII, la Comisión debe ciertamente establecer un procedimiento especial para la solución de controversias y ese procedimiento debe especificar concretamente en virtud de qué artículos puede invocarse un procedimiento de solución. Al mismo tiempo, si las disposiciones no son obligatorias será difícil crear ese tipo de procedimiento. Cabe señalar que en este artículo se hace referencia a «las consultas mantenidas en cumplimiento de los artículos III y V». Sin embargo, no se mencionan las consultas del proyecto de artículo III. En el proyecto de artículo IX se enumeran los factores que pueden tener en cuenta los Estados en el caso de las consultas. Esa lista no es útil y podría suprimirse.

19. El orador es uno de los que se han opuesto a la formulación de un conjunto de obligaciones de procedimiento sobre la prevención. El Relator Especial ha revisado el texto en tal medida que ya no propone artículos puramente de procedimiento; los proyectos de artículos sobre la prevención combinan más bien las obligaciones de procedimiento y las sustantivas. Por consiguiente, tal como están actualmente redactados, esos proyectos de artículos podrían adoptar, de ser necesario, un carácter obligatorio.

20. El Sr. VERESHCHETIN dice que mientras la Comisión no establezca un marco concreto para el tema objeto de examen, el Comité de Redacción no estará en condiciones de avanzar sobre el proyecto de artículos y el Relator Especial tendrá dificultades para continuar su labor en tales condiciones.

21. La Comisión debe decir si se propone limitarse a las instrucciones de la Asamblea General y considerar las obligaciones emanadas de las consecuencias perjudiciales de las actividades no prohibidas por el derecho internacional o si va a establecer nuevas obligaciones primarias de prevención cuya violación conduzca a obligaciones secundarias y a la responsabilidad en el sentido clásico. Son éstas dos cuestiones independientes, pero pueden interrelacionarse, por ejemplo, considerando el conjunto de problemas que llevan consigo la prevención del daño transfronterizo y la responsabilidad por ese daño. Pero ello requeriría formular la tarea de manera diferente y pedir a la Asamblea General que modificara el programa en consecuencia. Suponiendo que se introdujera un nuevo tema en el programa, la Comisión habría de tratar tres cuestiones: establecer obligaciones respecto de la prevención del daño transfronterizo; la responsabilidad que se deriva de la violación de esas obligaciones; y la responsabilidad derivada del daño transfronterizo, independientemente de esas obligaciones primarias. El orador entiende que el mandato de la Comisión se limita al tercer conjunto de cuestiones; además el mandato no contiene referencia alguna al daño transfronterizo.

22. Para ilustrar su observación menciona el ejemplo del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, el único instrumento de este género que prevé la responsabilidad absoluta de los Estados por daño transfronterizo. No contiene

medidas para impedir el daño sino sólo medidas de indemnización. En el debate del Comité de Redacción se ha afirmado que puesto que todas las actividades cósmicas llevan consigo un riesgo no es necesario regular la prevención y que es lógico pasar inmediatamente a la cuestión de la indemnización por daños. Según esto, la Comisión también podría comenzar por estudiar la cuestión de la responsabilidad por las consecuencias de actividades relacionadas con el riesgo y después, habiendo resuelto ese problema, pasar a otras cuestiones, incluida la prevención. Para dar otro ejemplo, el Comité sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos está redactando actualmente normas para el uso de las fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre, y es precisamente porque la utilización de las fuentes de energía nuclear en los objetos espaciales entraña un riesgo especial que normas y medidas técnicas para eliminar o al menos minimizar ese riesgo se están creando paralelamente con las normas relacionadas a la responsabilidad asociada a esas actividades concretas.

23. Estos ejemplos ponen de manifiesto la necesidad de formular la tarea con la mayor claridad posible desde el principio. A juicio del orador, es preferible combinar medidas relativas a la prevención y medidas relativas a la responsabilidad sólo cuando se trata de actividades muy concretas. Por desgracia, la Comisión ha complicado su labor. No ha determinado lo que entiende por la expresión «responsabilidad internacional» y en cambio se ha centrado en cuestiones abstractas de prevención sin considerar las actividades concretas de que se trata. Ello hará muy difícil lograr resultados positivos.

24. Una de las tres cuestiones que ha mencionado habrá de abordarse aun cuando no se modifique el programa: la cuestión de la responsabilidad por daño transfronterizo causado por actividades no prohibidas por el derecho internacional. Parece lógico tratar del tema ahora y dejar en suspenso cuestiones como la prevención. Por consiguiente, acepta la propuesta del Relator Especial de incluir los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo en un documento aparte para examinarlos con posterioridad. El orador no pretende que la cuestión de la prevención sea menos importante o que no deba examinarse, pero ese problema no entra en el mandato de la Comisión, que ni siquiera ha resuelto la cuestión que se le ha pedido que examine.

25. La Comisión podría comenzar por determinar cómo se propone definir la expresión «responsabilidad internacional». El término en inglés no tiene equivalente en español, francés, ruso ni en algunos otros idiomas. La Comisión debe decidir también si la responsabilidad internacional afecta sólo las relaciones entre los Estados, como estima el orador, o si comprende también la responsabilidad civil de las personas naturales y jurídicas. Debe lograrse un acuerdo sobre ese punto antes de que pueda iniciarse la redacción de los artículos concretos. Además, ¿se ha de entender que la responsabilidad internacional dentro del ámbito del tema significa responsabilidad absoluta, independientemente de la culpa, o hay otras formas de responsabilidad? El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que, independientemente de su posición sobre los artículos relativos a la prevención, la Comisión debe definir el riesgo y el daño desde el principio o por lo menos formular una hipótesis de tra-

bajo. Asimismo, la cuestión de la base en el derecho general de la indemnización por daño transfronterizo derivado de actividades no prohibidas por el derecho internacional sigue sin aclararse.

26. Mencionando precedentes jurídicos bien conocidos y el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo<sup>6</sup>, los estudiosos se refieren con frecuencia a la costumbre en relación con la necesidad de asegurar que las actividades realizadas dentro de las fronteras nacionales o bajo la jurisdicción de un Estado no causen daños en el territorio de otros Estados o en zonas situadas más allá de los límites de su jurisdicción. Si se reconoce ese principio general de derecho internacional, toda la estructura de la Comisión respecto de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional se viene abajo, y la justificación misma del tema de la responsabilidad en su formulación actual deja de existir. En ese caso, la Comisión debe examinar la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de los Estados, es decir, debe volver al régimen general de responsabilidad. Por otra parte, si la Comisión considera que esa costumbre no existe, ¿cómo puede esperar que los Estados estén dispuestos a aceptar obligaciones de indemnizar por un daño transfronterizo causado por actividades no prohibidas por el derecho internacional? El orador ve que se crea un círculo vicioso, peligro que existe también si la Comisión decide tomar como base de la responsabilidad el supuesto de que el daño transfronterizo viola la soberanía territorial del Estado víctima; una vez más el problema revierte a un problema de incumplimiento de obligaciones; en otros términos, responsabilidad en el sentido clásico.

27. Dadas la complejidad del problema y las dudas en cuanto a la posibilidad de establecer un régimen jurídico general de responsabilidad por daños derivados de actividades no prohibidas por el derecho internacional, debe hacerse un esfuerzo por formular un régimen con parámetros específicos para su aplicación, en particular con respecto a la naturaleza y el grado de riesgo. El orador está convencido de que la lentitud de los progresos en el tema se debe a la falta de acuerdo sobre el marco conceptual del problema.

28. El Sr. PELLET dice que le sorprende que el Sr. Vereshchetin haya pedido al Relator Especial que trate por separado los diversos problemas que plantea el tema pero no se haya referido a la cuestión de la prevención, en la que el Relator Especial ha tratado de centrarse en su octavo informe.

29. El Sr. Vereshchetin y el Sr. Calero Rodrigues han señalado que en el mandato de la Comisión no se hace referencia a la cuestión del daño transfronterizo. Quizá la Comisión no deba limitarse a esa cuestión. Por ejemplo, en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos se espera que los Estados protejan los derechos de su propia población y la Comisión podría considerar si, en caso de grave daño a la salud o al medio ambiente, no debe abordar la cuestión de la protección de la población de un Estado.

<sup>6</sup> Véase nota 2 *supra*.

30. El Sr. VERESHCHETIN, en respuesta a las observaciones del Sr. Pellet, reitera que mientras la Comisión no haya definido los parámetros del tema no podrá avanzar en la redacción de los distintos artículos. No insiste en la necesidad de tratar del daño transfronterizo, aunque se inclina a opinar que es de suma importancia. Sin embargo, no se menciona en el mandato de la Comisión y eso muestra también que es necesario definir claramente el tema antes de poder redactar los distintos artículos. El orador está de acuerdo con muchas de las conclusiones del Relator Especial, incluida la necesidad de examinar por separado la cuestión de la prevención y definir el riesgo, el daño, etc., pero una vez más eso no puede hacerse hasta que la Comisión no se haya puesto de acuerdo sobre su mandato.

31. El Sr. YANKOV dice que el Relator Especial ofrece en su octavo informe una lúcida panorámica del tema y hay que elogiarlo por su perseverancia en la exploración de una cuestión tan compleja. Evidentemente, ya es hora de que la Comisión facilite directrices para los futuros trabajos.

32. La cuestión de la prevención se ha de tratar, sea cual fuere la decisión final de la Comisión con respecto a la naturaleza y el lugar de las disposiciones pertinentes del proyecto. No se pueden examinar las actividades que pueden causar daño transfronterizo significativo sin considerar las medidas preventivas. Al mismo tiempo, si la prevención se considera como una obligación derivada de una norma primaria, coincide parcialmente con el tema de la responsabilidad de los Estados. Por consiguiente, el Relator Especial podría considerar la posibilidad de añadir una disposición que trate de la interrelación entre las cuestiones del riesgo y el daño y de la responsabilidad de los Estados.

33. En los últimos años se ha tendido a ampliar el concepto de prevención, sobre todo en relación con la limitación de los efectos nocivos de una determinada actividad. Por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar se mencionan la prevención, la reducción y el control de la contaminación del medio marino. En general, las disposiciones sobre prevención han tenido por objeto no evitar del todo el incidente perjudicial sino limitar la magnitud del daño causado. No obstante, en algunos proyectos de convención se prevén medidas destinadas a impedir que se produzca el daño y en ciertos casos se prevén esas medidas aun cuando las pruebas científicas para probar el nexo causal entre determinadas actividades y el daño o impacto sean insuficientes o inconcluyentes.

34. La Comisión debe facilitar al Relator Especial unas directrices claras para elaborar las disposiciones sobre prevención y limitarse en la presente etapa a formular un principio general relativo a la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas y otras medidas apropiadas para evitar, reducir y controlar el riesgo de daño transfronterizo. La Comisión debe examinar cuidadosamente las disposiciones sobre prevención, pero debe posponer toda decisión sobre la naturaleza de esas disposiciones hasta que se haya determinado el carácter del instrumento en su totalidad. También se debería empezar lo antes posible a formular disposiciones sustantivas y de

procedimiento con respecto a la responsabilidad internacional de los Estados y la responsabilidad civil.

35. No es necesario incluir en el texto todos los posibles parámetros relativos al riesgo y al umbral del daño transfronterizo. Si es preciso se pueden incluir en una lista adjunta. Sería preferible utilizar el término «significativo» en lugar de «apreciable» con referencia al riesgo y al daño transfronterizo.

36. Por limitada que sea actualmente, la práctica de los tratados en la esfera de la protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales debe servir de guía en los trabajos sobre el tema que se examina. Sin embargo, el orador está de acuerdo con otros miembros en que el tema no debe limitarse a cuestiones ambientales.

37. En cuanto a las disposiciones recomendarías sobre la prevención, el concepto de autorización previa, contenido en el proyecto de artículo I, necesita una mayor aclaración; de lo contrario, algunos Estados podrían hallar en ese requisito una justificación para rechazar todo el instrumento. El orador está de acuerdo en general con el fondo del proyecto de artículo II, sobre notificación e información, pero le habría gustado que se hubiera definido detalladamente la función de las organizaciones regionales y otras organizaciones competentes en el propio proyecto de artículo o en algún lugar apropiado del comentario. Hay un cuerpo de derecho de los tratados sobre, por ejemplo, la protección y preservación del medio marino, aunque reconoce que las convenciones existentes sobre los mares regionales no son muy efectivas, sobre todo porque, aparte del Plan de Acción del Mar Mediterráneo<sup>7</sup>, sólo prevén medidas muy generales. El proyecto de artículo VIII no es adecuado. Se necesita una disposición mucho más desarrollada, independientemente de la propuesta, que el orador apoya, de un anexo en el que se expongan los detalles del mecanismo para la solución de controversias.

38. En términos generales, acepta los proyectos de artículos propuestos y apoya la sugerencia del Relator Especial de que deben considerarse como experimentales, para facilitar la base de un conjunto coherente de normas sobre la prevención.

39. El Sr. BOWETT dice que, al igual que el Sr. Vereshchetin, como novicio en la Comisión, no tiene una idea clara de un tema que es sumamente complejo. En particular, no ve dónde van a encajar las disposiciones sobre la prevención en el conjunto del tema. Por consiguiente, sería de gran ayuda que el Relator Especial pudiera facilitar a la Comisión un esquema general de todo el tema. Tiene la impresión general de que la Comisión puede acabar no teniendo más que directrices. Si las directrices parecen funcionar en la práctica y si los Estados están dispuestos a aceptarlas puede llegar un momento en que se les pueda dar una forma más jurídica y obligatoria. Sin embargo, esa etapa probablemente queda un poco lejos.

<sup>7</sup> Base del Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, de 16 de febrero de 1976. Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1102, pág. 66.

40. En el octavo informe del Relator Especial se hace acertadamente una distinción bastante fundamental entre dos categorías distintas de actividades, que deben mantenerse separadas en cualquier proyecto que prepare la Comisión. La primera categoría comprende las actividades de riesgo, en otras palabras, actividades en las que el daño es posible pero en modo alguno seguro, mientras que a la segunda categoría pertenecen las actividades que tienen un efecto nocivo; en otras palabras, actividades en que el daño es casi inevitable o posiblemente incluso se está produciendo ya. De ello se sigue que, en la medida en que son fundamentales y deben mantenerse separadas, estas dos categorías deben definirse con cuidado. Sin embargo, si bien el proyecto ofrece los elementos para una definición de las actividades de riesgo no lo hace para una definición de las actividades de efectos nocivos. A este respecto, coincide totalmente con el Sr. Calero Rodrigues en que ambas categorías de actividades deben definirse en función del umbral del daño porque hay ciertos tipos de daño potencial o real que serían tan mínimos que no es realmente necesario prevenirlos en el proyecto.

41. En el supuesto de que puedan definirse las dos categorías de actividades, el orador estima que los proyectos de artículos sobre prevención son razonables y adecuados. El proyecto de artículo I, que impone al Estado la obligación de autorizar las actividades de riesgo en su territorio, da pruebas de buen sentido y el orador está de acuerdo en particular con la obligación de que a las actividades que pueden producir daño fronterizo preceda una evaluación de los efectos ambientales. Considera también que los proyectos de artículos II y III deben ser acertados y no tiene dificultades para apoyar los proyectos de artículos VI y VII como parte del enfoque de la prevención en relación con las actividades de riesgo. Sin embargo, en el caso de las actividades de efectos nocivos, que son el tema de los proyectos de artículos IV, V y VII, hay un requisito de consulta previa que no se aplica a las actividades de riesgo. El orador se pregunta, pues, cuál es la finalidad de esa consulta previa. Cabe suponer que es llegar a un régimen acordado que permita esas actividades no obstante sus efectos nocivos; eso podría implicar una modificación del plan original propuesto por el Estado que autoriza las actividades o incluso posiblemente algún elemento de indemnización por los intereses de otros Estados que resulten perjudicados por esas actividades. El proyecto de artículo IX, relativo a los factores del equilibrio de intereses, es una de las características más atractivas del proyecto y el concepto que encierra es sumamente provechoso. Sin embargo, hay una cuestión bastante difícil. Si las actividades de que se trata producen efectos nocivos en el territorio de un Estado vecino son, con arreglo a un punto de vista, ilícitas. De ser así, ¿por qué se tratan en relación con un tema que se refiere a actividades que no son ilícitas? Al parecer la respuesta —y de hecho ya está contenida en el informe— es que si las actividades, aun produciendo efectos nocivos, se realizan con arreglo a un régimen acordado u otra forma de consentimiento, el mero hecho del consentimiento excluye la ilicitud; en otras palabras, aunque ilícitas *prima facie*, no pueden tratarse como ilícitas puesto que son actividades realizadas mediante consentimiento. La siguiente cuestión que se plantea es por qué es necesaria una disposición sobre solución de

controversias si no se trata de actos ilícitos. El orador no está seguro de cuál es la respuesta. Quizá el Relator Especial tenga presente la posibilidad de que en el curso de las actividades pueda haber una conducta que implique un incumplimiento del régimen acordado, en cuyo caso habría un acto ilícito y eso facilitaría la base para una disposición relativa a la solución de controversias. O quizá el Relator Especial piensa en la posibilidad de que surjan divergencias entre los Estados interesados en el curso de las negociaciones para llegar a un acuerdo sobre un régimen convenido. En ese caso el mecanismo de solución de controversias tendría más bien el carácter de un mecanismo de conciliación para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo sobre un posible régimen. Es un punto sobre el que el Relator Especial sin duda deseará facilitar orientación a la Comisión.

42. El Sr. KOROMA dice que aunque no es un recién llegado a la Comisión también a él le resulta algo difícil comprender la finalidad y la orientación del proyecto y, en particular, del octavo informe del Relator Especial. En la presente etapa la Comisión debería haber construido la estructura básica del edificio, aun cuando hubiera que añadir todavía algunos elementos. Conviene en que un esquema del tema hubiera sido útil y quizá en su resumen el Relator Especial podría desear facilitar a la Comisión alguna orientación a ese respecto.

43. Desearía saber si la sugerencia del Relator Especial es de hecho que el tema se divida en dos secciones, la primera relativa a obligaciones y la segunda en forma de un anexo consistente principalmente en recomendaciones. A su modo de ver, la anterior decisión de la Comisión de no ocuparse por el momento de la naturaleza del instrumento sino tratar de elaborar el régimen y después tomar una decisión sobre la posibilidad de darle forma de convención, reglas modernas o directrices, sigue siendo válida. Otra cuestión, que debería haberse planteado en el informe, se refiere a la necesidad del tema sobre la responsabilidad y la forma en que difiere del tema de la responsabilidad de los Estados. Por ejemplo, con arreglo al régimen de la responsabilidad de los Estados, el Estado autor habría de pagar una indemnización por un acto ilícito, mientras que con arreglo al régimen de la responsabilidad, el Estado autor habría de pagar indemnización incluso por un acto que no estuviera prohibido por el derecho internacional. La diferencia reside en el hecho de que en el caso de un acto ilícito se supone que la indemnización será más elevada, mientras que en el caso de un acto lícito puede haber circunstancias atenuantes, como en la exploración del espacio, por ejemplo. En segundo lugar, en el caso de la responsabilidad de los Estados se vincula un estigma al acto ilícito, cosa que sucede en el caso del régimen de la responsabilidad.

44. Se ha convenido en general que el título del tema debe alinearse con las versiones en francés y en otros idiomas no sólo por razones de armonía lingüística sino también porque el tema, de hecho, debe tratar de actividades no prohibidas por el derecho internacional. Por ejemplo, la construcción y funcionamiento de una presa en el territorio de un Estado es una actividad lícita. No obstante, si esa presa se derrumba causando daños a otro Estado se incurre en responsabilidad y se ha de pagar una indemnización. Ese es el tipo de acto al que se refiere

re el tema, como se desprende del acuerdo a que ha llegado la Comisión.

45. Al configurar un régimen respecto de las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional se habrán de formular algunos criterios y para ello la Comisión debe volver a los principios básicos. Así pues, en primer lugar es necesario determinar el alcance del tema, que, como se desprende de las anteriores decisiones de la Comisión, no se limita al medio ambiente o a actividades ultrapeligrosas. La siguiente etapa será que la Comisión determine los principios y normas que se han de aplicar y una vez hecho esto podría decidir después codificarlos o desarrollarlos progresivamente en forma de obligaciones y recomendaciones.

46. Una de las cuestiones de que se trata en el informe, y que ha sido examinada repetidas veces por la Comisión, es si la base de la responsabilidad debe ser el riesgo o el daño. La mayoría de los miembros piensan que debe ser el daño, y por buenas razones. Si la responsabilidad se basa en el riesgo tenderá a restringir el tema puesto que la responsabilidad sólo surgirá si se determina que la actividad entrañaba riesgo en el momento en que se inició. Paradójicamente, también tenderá a ampliar el alcance del tema, en la medida en que todo comportamiento humano entraña un cierto riesgo. Para dar al tema una base sólida, por consiguiente, la responsabilidad debe basarse en el daño aunque eso no significa que el riesgo no tenga su lugar en la determinación de la indemnización. La opinión de que la responsabilidad se basa en el daño se ve confirmada también por una abundante jurisprudencia que muestra que el deber del Estado de utilizar su territorio de manera que no cause daño a otros es ya una norma universal. También se reconoce en varios tratados, como el Tratado para proscribir ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y bajo la superficie de las aguas y en las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales<sup>8</sup>. El daño causado a otros se sitúa pues en el centro mismo del tema de la responsabilidad.

47. Otros factores que se han de tomar en consideración al determinar la responsabilidad son el concepto de lo razonable, el equilibrio de intereses y la diligencia debida. La Comisión tendrá que decidir también si las normas de la responsabilidad causal y absoluta deben aplicarse al tema de la responsabilidad así como al tema de la responsabilidad del Estado. Ello es necesario como cuestión normativa y habida cuenta del principio de que quien sufre un daño no debe soportarlo solo y de que la víctima del daño debe recibir indemnización.

48. Es esencial que el debate principal se desarrolle en sesión plenaria puesto que la Comisión está dedicada al desarrollo progresivo del derecho en una importante esfera. Por supuesto, debe dejarse que el Comité de Redacción formule los diversos artículos, pero no debe considerarse que sustituye a la sesión plenaria, tanto más cuanto que no hay actas resumidas de los debates del Comité de Redacción.

49. El Sr. ROSENSTOCK dice que como recién llegado también a la Comisión experimenta los mismos problemas que el Sr. Vereshchetin. Su perplejidad se acentúa por el hecho de que la solución por lo menos de parte de los problemas planteados por el Sr. Bowett parece ser una ficción jurídica, lo que le preocupa más aún. Cree que el problema se debe en parte a la percepción de una realidad práctica y a un intento de abordarla que no se puede examinar tranquilamente en sesión plenaria sin alejar más aún las esperanzas de desarrollo progresivo. Una transacción acertada sería quizá celebrar una reunión extraoficial de la Comisión para ver si se puede llegar a un cierto acuerdo en cuanto al fundamento del tema. Sería una locura ponerse a construir el suelo del edificio antes de llegar a un acuerdo sobre sus cimientos.

*Se levanta la sesión a las 13.10 horas.*

## 2270.ª SESIÓN

*Martes 9 de junio de 1992, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Christian TOMUSCHAT

*Miembros presentes:* Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yan-kov.

**Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación)** [A/CN.4/443<sup>1</sup>, A/CN.4/L.469, secc. D, A/CN.4/L.470, A/CN.4/L.476, ILC(XLIV)/Conf.Room Doc.2]

[Tema 5 del programa]

OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL  
(continuación)

1. El Sr. KOROMA, completando su intervención de la sesión anterior, compara de nuevo el tema con un edificio cuyos cimientos y techo deberían estar ya puestos mientras continúa la construcción. Recuerda que en la sesión anterior se esforzó por delimitar mejor el tema y propuso armonizar el título inglés con el de las otras versiones. Insistió también en que se haga constantemente la distinción entre este tema y el de la responsabilidad de los Estados.

<sup>8</sup> ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, págs. 484 y ss.

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario...* 1992, vol. II (primera parte).