

presentar una serie de consideraciones que podrían ser provechosas.

15. Tiene profundos recelos acerca de la posibilidad de basar las actuaciones del futuro tribunal en un mecanismo especial como el creado por el Consejo de Seguridad para la antigua Yugoslavia. De no existir una interrelación entre un tribunal penal internacional y las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad podría comenzar a crear tribunales especiales siempre que estimase que ello era necesario. Las garantías que ofrecen estructuras más centralizadas están bien establecidas en los conceptos contemporáneos del derecho internacional. La descentralización conduce en definitiva a una simplificación excesiva en derecho internacional mientras que las ventajas de la centralización son una mayor flexibilidad en la preparación y aplicación de normas en el plano internacional.

16. El orador no puede estar de acuerdo en que si una cosa no está prevista en la Carta no se puede hacer. En vísperas del siglo XXI los legisladores no pueden considerarse vinculados por las concepciones del derecho que predominaron hace 50 años. Deben explorar nuevos medios para determinar la competencia específica de los órganos judiciales. Ya no puede utilizarse una interpretación restrictiva de esta competencia; debe decidirse más bien si la competencia inherente puede aplicarse con utilidad en un caso determinado. La opinión pública mundial parece tener mayor fe en las relaciones flexibles dentro de las Naciones Unidas y en un acuerdo asociativo entre la Organización y los tribunales nacionales.

17. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que apoya las ideas expuestas por el Sr. Villagrán Kramer acerca de la relación entre el tribunal y las Naciones Unidas, que no deben operar independientemente; más bien deben estar asociados en una forma que sea productiva para la comunidad internacional en su conjunto. Todavía no ha llegado a una posición definitiva sobre la forma que puede tomar esa cooperación: este sería un tema de evaluación colectiva por los miembros de la Comisión.

18. Sin embargo, está claro que si las Naciones Unidas verdaderamente desean disponer de un tribunal penal internacional habrán de adoptar las reformas necesarias para que el tribunal pueda funcionar sin infringir la Carta. El establecimiento de tribunales especiales por el Consejo de Seguridad no siempre es ventajoso y los miembros de la Comisión han indicado que no desean que el tribunal penal internacional sea totalmente dependiente del Consejo. El problema reside en hallar la forma de lograr una estrecha cooperación entre el tribunal y las Naciones Unidas sin establecer una relación de subordinación. Personalmente, no ve problema alguno en que el tribunal penal internacional sea un órgano de las Naciones Unidas. La CIJ es el órgano judicial principal del sistema de las Naciones Unidas, pero no el único.

19. Algunos miembros de la Comisión desean que el tribunal se cree mediante una resolución, mientras que otros prefieren un tratado. El orador piensa que pueden seguirse ambas vías. La Asamblea General podría adoptar una resolución y sobre esa base se podría elaborar un estatuto, firmando después los Estados Miembros un tra-

tado para darle efecto. En todo caso, ahora se debe dar prioridad a la elaboración del estatuto del tribunal.

20. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que acoge con satisfacción las opiniones expresadas por el Sr. Bennouna y el Sr. Villagrán Kramer acerca del establecimiento del tribunal penal internacional sobre la base de un tratado, algo que es absolutamente fundamental.

21. En el comentario al artículo 2 se hace referencia al tribunal internacional para la antigua Yugoslavia, pero en su opinión no puede establecerse ningún tribunal de justicia penal como órgano auxiliar de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, ni se puede crear tal tribunal mediante una resolución de uno de esos órganos, pues la Carta de las Naciones Unidas no les faculta para tomar esas medidas. Pueden establecer, como sucedió en el caso del Tribunal Administrativo, un órgano administrativo pero no un tribunal penal internacional. Propone tratar este tema delicado en una etapa posterior del debate.

22. El PRESIDENTE anuncia que se suspenderá la sesión para que el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional⁷ pueda continuar su labor.

Se levanta la sesión a las 11.00 horas.

⁷ La Comisión, en su 2300.ª sesión, el 25 de mayo de 1993, decidió que el Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional se denominase en lo sucesivo «Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional».

2302.ª SESIÓN

Martes 1.º de junio de 1993, a las 10.20 horas

Presidente: Sr. Gudmundur EIRIKSSON

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación*) (A/CN.4/446, secc. D, A/CN.4/450¹, A/CN.4/L/487 y Corr.1)

[Tema 5 del programa]

NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación*)

1. El Sr. PELLET celebra que el Relator Especial haya cumplido en forma en general convincente la misión que se le había asignado de presentar un informe limitado a la prevención, pero lamenta que no haya ido hasta el final de este supuesto. La prevención no constituye ciertamente la totalidad del tema pero es la parte más sólidamente establecida. Los Estados que ejercen o autorizan actividades que pueden causar daños en el territorio de otros Estados o en los espacios internacionales están sujetos a una obligación de prevención, que consiste en hacer todo lo que esté en su mano para impedir que se produzcan daños o limitar sus efectos. Tal es el derecho positivo que se ha traducido ya en una jurisprudencia relativamente abundante, comenzando por la sentencia dictada en el asunto de la *Fundición de Trail*². Por el contrario, no parece posible decir que los Estados tienen obligación de reparar en caso de daño ni que el momento es propicio para un desarrollo del derecho en ese sentido. Ahora bien, en su noveno informe (A/CN.4/450), el Relator Especial no se atiene del todo a esta distinción entre prevención y reparación y en varias ocasiones, en particular en la introducción y en los proyectos de artículos 14 y 20 *bis*, vuelve a exponer la idea de una prevención *ex post facto*. Quizá no deba excluirse totalmente esta idea. Pero en todo caso habría que dedicar a esta prevención *ex post* artículos distintos de los relativos a la prevención *ex ante*, que es la única prevención verdadera. En el mismo orden de ideas, al orador le extraña la reacción de los miembros de la Comisión que tras la presentación del noveno informe han lamentado que este documento sólo trate de la prevención de las actividades de riesgo, siendo así que la prevención no se justifica por una actividad que no presente riesgo *a priori* y que si el daño ya se ha producido el problema corresponde al ámbito de la reparación o de la limitación del daño y no de la prevención.

2. Por otra parte, el Sr. Pellet refuta la idea del Sr. Bennouna según la cual «actos no prohibidos por el derecho internacional» no significarían «actos lícitos»³. En efecto, el principio de la soberanía nacional entraña una presunción de regularidad en los actos realizados por el Estado en su territorio. Además, aceptar la idea del Sr. Bennouna equivaldría a trasladar el problema al ámbito del tema de la responsabilidad de los Estados.

3. El Sr. Pellet considera útil a este respecto recordar los dos sentidos diferentes del vocablo «responsabilidad»: en el sentido de la palabra inglesa *responsibility*

este término designa el mecanismo que puede conducir a la reparación; en el sentido de la palabra inglesa *liability* significa que se tiene a cargo una persona, una cosa, una situación. En el caso de las actividades realizadas en el territorio de un Estado hay que distinguir pues, entre las actividades ilícitas de que son responsables los Estados en el primer sentido del término, y que corresponden al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁴, y las actividades que no están prohibidas y por lo tanto no son ilícitas *a priori*, de las que los Estados son igualmente responsables pero en el segundo sentido del término, siendo la primera consecuencia de esta responsabilidad la obligación de prevenir los daños transfronterizos. La afirmación que se hace en la introducción del noveno informe según la cual la prevención no formaría parte de la responsabilidad es pues muy discutible. Por el contrario, la prevención se sitúa en el núcleo mismo de la responsabilidad y es por ser el Estado responsable (*liable*) de las actividades realizadas en su territorio por lo que tiene la obligación jurídica de prevenir los daños transfronterizos que puedan derivarse de ellas. Este principio tiene tal importancia que merecería que se le enunciara formalmente al comienzo de los artículos dedicados a la prevención. En el artículo 8 del proyecto principal⁵ se enuncia ciertamente una obligación de prevención, pero sin relacionar esta obligación con la responsabilidad entendida como *liability*.

4. En términos generales, es de lamentar que el Relator Especial se limite en su noveno informe a recoger los proyectos de artículos de carácter técnico que se presentaron en el año 1992, sin dar una imagen global de la obligación de prevención, siendo así que recuerda, y con razón, que varias disposiciones contenidas en sus informes anteriores bajo las rúbricas «Disposiciones generales» y «Principios» son válidas también en materia de prevención⁶. Si hubiera extraído de estas disposiciones los elementos necesarios, el Relator Especial habría podido presentar un todo homogéneo sobre la prevención que constituyera la primera parte del proyecto de artículos, seguida posiblemente de partes dedicadas a la reparación y a la solución de las controversias. El orador propone pues que se remitan al Comité de Redacción la mayoría de los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial, esperando que el Comité examinará a la vez estos proyectos de artículos y los elementos de los anteriores proyectos de textos que se le han remitido a fin de redactar un proyecto completo y coherente sobre la prevención.

5. Abordando los diferentes proyectos de artículos, el Sr. Pellet dice que los artículos 11 a 14 representan un progreso con relación al artículo I del anexo, derivado del antiguo artículo 16⁷, que trataba en una misma disposición los problemas diferentes que constituyen la autorización, las condiciones de esa autorización y la evaluación. Queda en pie la cuestión del orden en que hay que

⁴ Para una reseña histórica del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párrs. 302 a 307.

⁵ Para el texto del proyecto de artículos, véase *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), págs. 112 a 117, documento A/CN.4/428 y Add. I, anexo.

⁶ Documento ILC/(XLV)/None N.º 4, de 21 de mayo de 1993.

⁷ Véase nota 5 *supra*.

* Reanudación de los trabajos de la 2300.ª sesión.

¹ Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

² Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), págs. 1905 y ss.

³ Véase *Anuario... 1992*, vol. I, 2271.ª sesión, párr. 18.

abordar estos problemas; la autorización de realizar actividades de riesgo sólo puede darse tras la evaluación de los riesgos, si es posible en cooperación con los demás Estados interesados. No parece pues deseable que el artículo relativo a la autorización sea el primero de la serie.

6. Por lo que respecta al artículo 12, el orador propone que la expresión «ordenará que se realice» se sustituya por las palabras «procederá a» pues la prevención de los riesgos graves forma parte de las prerrogativas y de las responsabilidades del Estado.

7. Es en esta fase, es decir en el momento de la evaluación de los efectos transfronterizos, y antes de que se otorgue la autorización, cuando sería lógico que el Estado responsable iniciara consultas con los demás Estados interesados (y no «afectados», puesto que se trata de actividades de riesgo), lo que se prevé en el artículo 15 en forma de obligación de notificar y de informar. En relación con este artículo, el orador mantiene su escepticismo sobre la posibilidad de imponer una obligación sea cual fuere a una «organización internacional con competencia en la materia» e incluso sobre la oportunidad de mencionar estas organizaciones salvo en el caso de que, como la Autoridad de los Fondos Marinos e incluso la OMI o la OACI, tengan a su cargo espacios no sometidos a la jurisdicción de los Estados. Expresa también ciertas reservas con respecto al apartado *d* del artículo 15, pues corresponde a cada Estado decidir quién debe ser informado y en qué forma.

8. El Sr. Pellet considera desequilibrado el artículo 18, relativo a la consulta previa. Sobre este punto, el Relator Especial ha partido implícitamente de una presunción de ilicitud, mientras que al ser el Estado de origen responsable de una actividad no prohibida debe presumirse que sus decisiones son regulares. Exigir que las soluciones sean «mutuamente aceptables» es pues excesivo. Ciertamente, el Estado de origen debe escuchar lo que los demás Estados tengan que decirle, pero le corresponde a él sólo tomar la decisión final, teniendo en cuenta en su caso los «factores del equilibrio de intereses» previstos en el artículo 20. El orador piensa también que sólo debería aparecer en el proyecto el principio de la consideración de los intereses de los otros Estados y de la comunidad internacional y que el enunciado de estos factores, de carácter no limitativo, debería figurar en el comentario.

9. El orador considera fundamental el problema de la presunción, puesto que el Estado tiene por hipótesis el derecho de realizar las actividades consideradas o de autorizarlas. Pero, como también hay hipotéticamente un riesgo de daño transfronterizo, este derecho debe ejercerse con prudencia y circunspección y la vigilancia del Estado debe efectuarse a la vez antes del otorgamiento de la autorización y después del mismo, cuando el operador comienza y prosigue sus actividades. Por lo tanto, el orador se inclinaría a prever que los Estados deben no promover —como se dispone en el artículo 14 (Conducción de las actividades)— sino imponer la suscripción de seguros, aun siendo consciente de que se trata de una cuestión de desarrollo progresivo del derecho.

10. Después de haber consultado, informado de buena fe, evaluado e impuesto las medidas de precaución necesarias, comprendido el seguro, el Estado debe poder au-

torizar la actividad sin que los Estados que tal vez resulten afectados puedan impedirlo, contrariamente a lo que se prevé implícitamente en el proyecto de artículo 18. En efecto, no se trata de hallar soluciones mutuamente aceptables sino de autorizar el ejercicio de la actividad lícita de «menor riesgo». En cambio, parece lógico otorgar a los Estados que no han sido consultados el derecho de hacer valer su punto de vista, con arreglo al espíritu de lo que se prevé en el artículo 19 (Derecho del Estado presuntamente afectado), pero con dos reservas. En primer lugar, no se trata de un derecho del Estado «presuntamente afectado» sino del Estado «susceptible de ser afectado». Después habría que examinar de nuevo el texto formulado por el Relator Especial con el fin de distinguir entre el riesgo, que es legítimo tomar aquí en consideración, y el daño, que no corresponde a la prevención. A juicio del Sr. Pellet, no hay por qué ir más lejos, en particular por lo que respecta a la solución de las controversias. En efecto, todas las obligaciones de prevención relacionadas con la *liability* son obligaciones firmes, que el Estado debe cumplir habida cuenta de las circunstancias, la tecnología existente y sus medios; si no las cumple, será responsable, pero en el marco del tema de la responsabilidad de los Estados.

11. En resumen, aun apreciando los esfuerzos realizados por el Relator Especial para centrar su informe en la prevención, el orador desea que se examine de nuevo seriamente la estructura del proyecto de artículos. Este debería primero plantear principios, comenzando por la obligación de prevención relacionada con la responsabilidad por los riesgos que presentan las actividades previstas. Ello supondría una combinación del párrafo 1 del artículo 3 y de los artículos 6 y 8 y exigiría también que en esta parte del proyecto se recogieran las disposiciones de los apartados *a* y *b* del artículo 2 que ya han sido remitidas al Comité de Redacción⁸. Quizá habría que prever también en esta parte general un artículo relativo a los riesgos para los espacios que no están sometidos a la jurisdicción nacional de los Estados (*global commons*).

12. Después de los principios vendrían las modalidades, clasificadas en seis apartados diferentes: *a*) la notificación, la información y sus límites; *b*) la evaluación, habida cuenta de las opiniones de los otros Estados —y quizá de las organizaciones internacionales— susceptibles de ser afectados y el equilibrio de intereses; *c*) la autorización, subordinada a un seguro que cubra de manera efectiva los riesgos; *d*) el mantenimiento de la obligación de vigilancia después del comienzo de las actividades y la cuestión de las actividades ya en curso en el momento de la aprobación de la convención; *e*) la posible reagrupación de todas las disposiciones relativas a la cesación y la limitación del daño, lo que puede llamarse la prevención *ex post*; y *f*) el enunciado expreso de otro principio general fundamental, según el cual si el Estado en cuyo territorio se desarrolla la actividad de riesgo no respeta las obligaciones de prevención que le incumben entrará en juego su responsabilidad por incumplimiento. Este principio precisaría lo que se prevé, de forma un poco esotérica, en el artículo 5 ya remitido al Comité de Redacción⁹.

⁸ Véase 2300.ª sesión, nota 18.

⁹ *Ibid.*

13. Finalmente, y a reserva de una divergencia de fondo sobre la presunción de licitud, el orador desea, como el Relator Especial lo indica en la introducción de su informe, que el conjunto de los artículos 1 a 20 *bis* sea examinado por el Comité de Redacción en el presente período de sesiones, pero exclusivamente en la perspectiva de la prevención de los riesgos.

14. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que el noveno informe del Relator Especial constituye una etapa en el trabajo realizado por la Comisión, a la vez desde el punto de vista del fondo y desde el punto de vista del método. En primer lugar, con respecto al fondo, porque la prioridad otorgada a la prevención debería permitir definir las bases del sistema de aplicación de la responsabilidad de los Estados y, por consiguiente, hacer retroceder la primacía de la presunción derivada del hecho de que las actividades de riesgo se desarrollan en su territorio. A continuación, en el plano del método porque el Relator Especial ha modificado la posición del concepto de prevención en el proyecto de manera pragmática. Renunciando a tratar de la prevención en un anexo, ha preferido hacer de la prevención un principio general del derecho, que después ha desarrollado indicando algunas de sus condiciones de aplicación. El noveno informe ofrece pues los jalones de un régimen jurídico coherente cuyo estudio podría confiarse al Comité de Redacción, debiendo consistir la tarea de éste no simplemente en revisar sino en formular de nuevo los proyectos de artículos propuestos a fin de paliar las carencias que presentan, algunas de orden estructural y otras de orden material.

15. En el orden estructural, los artículos 10 a 20 *bis* no reflejan las disparidades de desarrollo o de industrialización entre los Estados sometidos al principio de prevención. Los países en desarrollo, en los que toda actividad industrial, incluso rudimentaria, es por definición una actividad de riesgo, no tienen en efecto ni el utillaje industrial ni el aparato legislativo y administrativo que les permitan responder en las mismas condiciones que los países desarrollados a las exigencias de la aplicación de las reglas primarias que se propone instituir. Tal como está concebido en el proyecto de artículos propuesto, el principio de la prevención deja al margen la situación de esos países en materia de acceso a las técnicas industriales, y la aplicación indiferenciada de las normas primarias que de ello se derivaría podría dar lugar a una nueva forma de condicionalidad de la transferencia de la tecnología, con el riesgo de que los países en desarrollo vacilen cada vez más en adherirse al sistema preconizado en el marco de las Naciones Unidas. Sería necesario, pues, que la Comisión tuviera en cuenta este hecho, previendo en favor de los países en desarrollo cláusulas especiales que no por ello comprometerán la universalidad del sistema que proponga. El Relator Especial ciertamente no es indiferente a estas preocupaciones, como lo demuestra en su informe, pero propone que se inserte el texto que prevé a este respecto entre los «principios que orientan la aplicación de todas las normas particulares». El Sr. Pambou-Tchivounda estima, por el contrario, que es en la etapa de los principios de orden general donde conviene definir uno o varios criterios de modulación que darán toda la medida de su utilidad en el momento de la formulación de normas particulares. Hay ahí una laguna en la concepción misma del tema que todavía es tiempo de colmar.

16. El otro defecto estructural del noveno informe reside en la ordenación de los proyectos de artículos. Las disposiciones que corresponden a las «medidas de prevención» (arts. 11 a 14), la «notificación e información» (arts. 15 y 16) y las «consultas con miras a determinar un régimen» (art. 18) tienen todas la misma finalidad: explicitar el principio de prevención. Por el contrario, la disposición titulada «Seguridad nacional y secretos industriales» (art. 17) fija un límite al campo de aplicación del principio general de prevención. Ahora bien, como subraya el Relator Especial a propósito de la participación del Estado afectado, la evaluación de los efectos, la notificación, la información y la consulta son obligaciones íntimamente ligadas. Esta irrupción de la excepción en medio de la regla da pues una impresión de incongruencia. Una simple permutación de las disposiciones permitiría restablecer la unidad del principio, no por preocupaciones de pura forma sino por lograr mayor coherencia en el debate.

17. En el capítulo de las deficiencias materiales que se pueden atribuir al noveno informe del Relator Especial, cabe mencionar ante todo la grave alteración del sistema que supondría la cláusula relativa al doble privilegio derivado de los motivos de seguridad nacional y secretos industriales. La cláusula de excepción prevista en el artículo 17 no carece de valor pero, además de que refuerza la desigualdad entre los Estados, puede invalidar el objeto y el alcance de la obligación de cooperar de buena fe. En particular, podría imposibilitar toda veleidad de ejercicio del derecho de iniciativa que el artículo 19 reconoce al Estado susceptible de ser afectado al conceder al Estado de origen una facultad discrecional no solamente sobre las informaciones que se han de transmitir sino incluso sobre la decisión de transmitir las o no. Este exorbitante monopolio exige correctivos para preservar el equilibrio de intereses, pero también en atención al realismo, habida cuenta de los medios de teledetección cuya utilización puede hacer por otra parte ilusoria la cláusula de excepción.

18. El segundo problema de fondo que el orador señala a la atención de la Comisión es el de la autonomía del régimen que ésta va a formular. En efecto, definir las normas primarias que se derivan de la obligación de prevención en el caso de las actividades de riesgo equivale en cierto modo a someter estas actividades al derecho internacional a través de los Estados. Todo incumplimiento de la obligación de prevención constituirá así un hecho internacionalmente ilícito en el sentido del derecho común de la responsabilidad internacional, y el Estado demandante no hará más que ejercer la facultad que le reconoce la jurisprudencia establecida de hacer respetar en beneficio propio el derecho internacional, y más concretamente el derecho internacional general. Pero, en estas condiciones, ¿cómo distinguir entre el derecho común de la responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos y el derecho particular de la responsabilidad internacional por actividades de riesgo, supuestamente no prohibidas por el derecho internacional? La Comisión habrá de dar respuesta algún día a esta pregunta.

19. El Sr. BENNOUNA recuerda que la Comisión ha decidido redactar un proyecto de artículos, no sobre la responsabilidad en el sentido estricto del término sino

sobre la prevención y los medios de remediar los daños, concediendo prioridad a la prevención y que, con esa idea, invitó al Relator Especial a que presentara en esta fase proyectos de artículos reguladores de las actividades que pueden causar un daño transfronterizo. A su juicio, esta decisión plantea dos cuestiones. La primera es la definición de la prevención y sobre este punto el orador suscribe en gran medida las observaciones del Sr. Pellet. La segunda es la diferencia entre actividades de riesgo y actividades de efectos nocivos, entre las cuales el Relator Especial hace sutiles distinciones siendo así que esta diferencia quizá no sea tan clara como parece.

20. Por lo que respecta al título del tema, se ha decidido volver a estudiarlo al final de los trabajos y en efecto es preferible abordar en la actualidad el problema fundamental: el de las obligaciones y la responsabilidad en que se incurre en el caso de actividades estatales que tengan efectos transfronterizos. Ya es tiempo de cortar el cordón umbilical que unía el tema en estudio y el tema de la responsabilidad de los Estados.

21. De hecho el tema se articula en torno a las obligaciones jurídicas emanadas del ejercicio de una actividad que tiene efectos transfronterizos y que pone en juego automáticamente los derechos de los agentes de que se trata y los límites de esos derechos. Conviene así determinar la fuente jurídica de estas obligaciones que puede no ser una fuente determinada sino relacionarse con diferentes formas de creación del derecho, como los tratados, la costumbre, los principios. Si no se llega a ello habrá que calificar la actividad, el comportamiento del Estado, por referencia al orden público internacional, porque es éste el que confiere la condición de sujeto de derecho y regula las relaciones pacíficas entre los Estados. Así se podrá tratar de remediar el vacío jurídico, especie de «estado natural de las cosas» en el que la relación de potencia no se encuentra de ninguna manera mediatizada por el derecho. Por otra parte, el artículo 6 (La libertad de acción y sus límites)¹⁰ establece este nexo con el orden público internacional, consecuencia del principio de la igualdad soberana de los Estados, que se quiebra si un Estado hace correr un riesgo a otro Estado.

22. La Comisión está llamada así a formular normas de carácter supletorio aplicables a las consecuencias de la actividad del Estado que nacen al margen de la voluntad de éste, incluso de toda expresión de la *opinio juris*. En este sentido es la actividad la que hace nacer las obligaciones que tienen por objeto preservar la igualdad soberana de los Estados. Y estas obligaciones deben situarse ante el hecho consumado: tal es la función de la prevención, indispensable para que el derecho cumpla su función de protección y de garantía con respecto a sus sujetos. En suma, la Comisión debe, en su función de codificación del derecho internacional, trazar un marco jurídico en el que se inscriban las actividades de riesgo y que dé a los Estados y a los tribunales los puntos de referencia necesarios. Los gobiernos deben saber que al actuar en el interior de sus fronteras asumen al mismo tiempo obligaciones y responsabilidades internacionales.

23. Los proyectos de artículos deberían pues ser tan generales como sea posible, a fin de no desnaturalizar la

obligación de prevención mediante un juridismo y unos procedimientos excesivos que se corresponderían mal con la realidad. Los Estados esperan, no un procedimiento detallado y coercitivo, sino el enunciado de obligaciones generales en las que se inspirarán para precisar sus relaciones en la materia.

24. En el conjunto de los artículos propuestos, el artículo 14 (Conducción de las actividades), que se sitúa en el núcleo de la obligación de prevención, parece aceptable con algunas modificaciones. El orador comparte las observaciones del Sr. Pellet sobre el concepto de prevención y hace observar que en este texto se prevén dos tipos de prevención —la prevención antes de que se produzca el daño y la prevención *ex post facto*—, lo cual justifica el Relator Especial en el informe diciendo que de esta concepción amplia de la prevención «tratan la mayoría de los convenios de responsabilidad civil». Pero, precisamente, no se trata aquí de responsabilidad civil ni de un determinado convenio, sino de obligaciones generales de prevención antes de que se produzca el daño. El problema de la prevención *ex post facto* remite a la responsabilidad propiamente dicha, con la cesación de la actividad y la indemnización por los daños causados; y es esa otra cuestión que corresponde a la segunda parte del tema, es decir, las medidas correctivas. Partidario de una concepción restrictiva de la prevención, el orador invita pues al Comité de Redacción y al Relator Especial a atenerse a esta concepción y propone que se modifique como sigue el artículo 14:

«El Estado asegurará, a través de acciones legislativas, administrativas o de otro carácter, que sólo se permitan en su territorio las actividades de los operadores que adopten todas las medidas, incluyendo la opción de la mejor tecnología disponible, para minimizar el riesgo de daños transfronterizos. El Estado someterá el ejercicio de esas actividades a la suscripción de un seguro en función del riesgo corrido.»

25. El artículo 12 (Evaluación del impacto transfronterizo) es innecesario: es al Estado al que corresponde decidir sobre cómo debe proceder. Es seguro que el Estado procederá a hacer una evaluación, incluso investigaciones, e impondrá uno u otro material, antes de otorgar o denegar su autorización, se trate de actividades preexistentes o de actividades nuevas.

26. El artículo 15 (Notificación e información) no es satisfactorio. El Estado de origen no ha de informar a los otros Estados de las conclusiones de su evaluación: debería más bien informarles del tenor de su legislación y de las medidas que ha adoptado para asegurar la conformidad de las actividades con esa legislación. El orador comparte también las observaciones del Sr. Pellet sobre la función de las organizaciones internacionales y la información del público.

27. El Sr. Bennouna apoya el artículo 16 (Intercambio de informaciones) así como el artículo 17 (Seguridad nacional y secretos industriales), disposición que le parece clásica, contrariamente a lo que opina el Sr. Pambou-Tchivounda. Comparte también algunas de las observaciones hechas por el Sr. Pellet a propósito del artículo 18 (La consulta previa) y no ve por qué esta consulta ha de ser previa al desarrollo de la actividad: la actividad de un

¹⁰ *Ibid.*

Estado no debe someterse a la intervención de otro Estado. La consulta debe efectuarse a raíz del intercambio de informaciones y no tiene que conducir necesariamente a soluciones mutuamente aceptables. El Sr. Bennouna remite sobre este punto al comentario sobre el artículo 18. Por otra parte, piensa también que el título del artículo 19 (Derecho del Estado presuntamente afectado) es impropio. Se pregunta incluso si este artículo es necesario. La consulta prevista en el artículo 18 es suficiente: puede ser solicitada por uno u otro de los Estados. Finalmente, por lo que respecta al artículo 20 *bis* (No transferencia de riesgos ni de daños), el Sr. Bennouna no concibe muy bien que los Estados desplacen riesgos o daños. Este artículo no hace más que complicar la situación.

28. En resumen, el orador conviene en que la Comisión debe avanzar en sus trabajos, pero ateniéndose a obligaciones tan generales como sea posible que puedan servir de marco de referencia dejando a los Estados el máximo margen de maniobra.

29. El Sr. TOMUSCHAT lamenta que el noveno informe del Relator Especial, de una lógica por demás impecable, no sea la ocasión de proceder a un balance del trabajo ya realizado y de examinar, en particular, los hechos sobrevenidos desde 1985 en materia de prevención. Suscribe la idea del Sr. Pellet de introducir en el proyecto un primer artículo en el que se exponga claramente el principio de prevención y la observación del Sr. Bennouna según la cual este principio se deriva esencialmente del de la igualdad de los Estados. Pero la cuestión que le parece de suma importancia desde que se dio una nueva orientación al tema en el 44.º período de sesiones es la del alcance *ratione materiae* del proyecto de artículos. Se trata, claro está, de la prevención, pero habría que definir también con claridad los tipos de actividades a las cuales se aplicará el instrumento futuro. El artículo 11 propuesto por el Relator Especial no hace más que remitir al artículo 1 (Ámbito de aplicación de los presentes artículos) que, incluso unido al artículo 2 (Términos empleados), no colma esta laguna. En efecto, en el artículo 1 se habla de actividades que llevan consigo un riesgo y en el artículo 2 se añade que se trata de un riesgo de daño transfronterizo apreciable. Pero hay toda clase de actividades que pueden causar un daño transfronterizo y el Relator Especial habría debido enumerar las diferentes categorías de actividades de este tipo en lugar de proponer normas que no pueden aplicarse más que a ciertos grupos de actividades, por ejemplo la construcción de centrales nucleares. Las disposiciones de este carácter no pueden definirse en abstracto sin reflexionar primero sobre todo el abanico de actividades humanas a las que pueden aplicarse. En toda sociedad industrial hay actividades normales, habituales o no, que son portadoras de riesgos y que quizás exigirían reglas especiales, diferentes de las aplicables a los grandes complejos industriales. Si se puede extraer una lección general del derecho del medio ambiente es que los esfuerzos de prevención deben adaptarse siempre a las características del peligro que se ha de combatir.

30. No es superfluo plantearse la cuestión de la utilidad de las normas generales. Para impedir que el peligro tome forma, la comunidad internacional debe dotarse de reglas concretas que vayan más allá de la Declaración de

Estocolmo de 1972¹¹ y de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹². Además, hay que enumerar los sectores que todavía no están suficientemente reglamentados. Ciertamente, el Relator Especial menciona la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo y la Convención sobre el impacto transfronterizo de accidentes industriales; pero no examina las repercusiones de estos dos instrumentos en el tema en estudio y estas repercusiones son quizá considerables. Tal vez habría debido precisar también cómo concibe las relaciones entre las normas que propone y las disposiciones, a menudo bastante detalladas, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. Antes de toda labor de redacción habría que disponer de este complemento de información para definir con exactitud el alcance de las normas relativas a la prevención. El tema en examen es importante y la comunidad internacional espera de la CDI resultados concretos. Por desgracia, la Comisión todavía no está en condiciones de producir tales resultados.

31. El Sr. CALERO RODRIGUES hace observar que la Comisión no ha facilitado mucho la tarea del Relator Especial cuando en su período de sesiones anterior le invitó a que presentara una vez más proyectos de artículos sobre las medidas preventivas que se han de adoptar en el caso de actividades que puedan causar un daño transfronterizo¹³, por contraposición —que por su parte no aprecia muy bien— a las actividades que causan efectivamente un daño transfronterizo, sin haber tomado no obstante decisión alguna sobre ciertas cuestiones fundamentales. Así, por ejemplo, el Relator Especial, en el artículo 11 que propone, remite a las «actividades del artículo 1», siendo así que este artículo no se ha ultimado todavía.

32. Pese a ello, el orador se atenderá a la decisión de la Comisión y se limitará a responder a las cuestiones planteadas por el Relator Especial y a exponer las reflexiones que le inspira el informe. La primera cuestión, muy importante, es la de saber si hay que prever disposiciones sobre la solución de las controversias y si estas disposiciones se aplicarían a las controversias en general o sólo a las derivadas de las consultas previstas. En su informe, el Relator Especial presenta argumentos convincentes en favor de procedimientos referidos especialmente a las controversias relativas a la evaluación original del riesgo, en particular en la forma de comisiones de investigación. Por su parte, el orador conviene en que es necesario dedicar artículos a la solución de las controversias que pueden surgir con respecto a la naturaleza del riesgo y el desarrollo de la actividad.

33. Otra cuestión es la de saber si hay que hacer una lista de los factores del equilibrio de intereses, como se propone en el artículo 20. El Relator Especial defiende en su informe el mantenimiento de una lista de este tipo. El orador está dispuesto a aceptar la idea si la mayoría de

¹¹ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, 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.

¹² A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.I.8 y corrección), págs. 2 a 6.

¹³ Véase Anuario... 1992, vol. II (segunda parte), párr. 349.

la Comisión la apoya, pero a condición de que estas disposiciones figuren en un anexo. No cree que sea útil la inclusión de ese texto en el cuerpo del proyecto porque, como se desprende de la disposición introductoria del artículo 20, esta lista no puede ser exhaustiva. En esas condiciones, ¿por qué mencionar factores a título de ejemplo si los Estados no están obligados a tenerlos en cuenta?

34. El orador piensa, como el Relator Especial, que el principio «contaminador-pagador» no debe figurar en los artículos relativos a la prevención del riesgo, sino entre los principios generales. Apoya también la iniciativa adoptada por el Relator Especial a propósito del artículo 20 *bis* (No transferencia de riesgos ni de daños). A este respecto, señala un error en la versión inglesa del artículo en el que la expresión *between areas or environmental media* no traduce la expresión de la versión española original «de un lugar o medio ambiente a otro».

35. El Sr. Calero Rodrigues reconoce también que es innecesario incluir en el proyecto de artículos disposiciones sobre cuestiones como la planificación previa a los desastres, la preparación para casos de emergencia, o el pronto aviso de accidentes, pues el instrumento previsto es un instrumento de carácter general.

36. El orador por el momento no tiene ninguna observación particular que hacer sobre el texto de los proyectos de artículos, que el Comité de Redacción podrá sin duda mejorar. Señala no obstante que habrá que precisar si la evaluación prevista en el artículo 12 (Evaluación del impacto transfronterizo) incumbirá al operador o al Estado. A propósito del artículo 13 (Actividades preexistentes), cree que el Estado debería subordinar la posibilidad de autorizar el mantenimiento de la actividad a la concertación de un acuerdo con los otros Estados interesados, o por lo menos al resultado de las consultas entabladas con ellos, pues la responsabilidad del operador no tiene efecto alguno sobre el riesgo y los demás Estados pueden tener algo que decir sobre el propio riesgo. Finalmente el Sr. Calero Rodrigues señala que en el artículo 15 (Notificación e información) se dice «la evaluación del artículo anterior», siendo así que en el artículo 14 (Conducción de las actividades) no se trata de la evaluación. Ahora bien, como se ha dicho ya, la información que se ha de comunicar a los otros Estados no debe referirse solamente a la evaluación, sino también a la decisión que ha tomado o va a tomar el Estado en cuyo territorio se realiza la actividad. Habría pues que modificar el artículo 15 con el fin de precisar el objeto de la notificación y la información.

37. El Sr. VERESHCHETIN dice que la tarea que se ha confiado al Relator Especial es difícil y compleja, pues se halla estrechamente relacionada con el derecho internacional del medio ambiente. Comparte a este respecto la opinión expresada por el representante de Austria cuando se examinó la cuestión en la Sexta Comisión en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, según el cual la elaboración de instrumentos distintos, aplicables a situaciones diversas, sería preferible quizá a un régimen jurídico único de protección del medio ambiente¹⁴. Es una idea que ha recogido el Sr. Tomuschat al insistir en la necesidad de definir

¹⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 26.ª sesión, párr. 57.*

mejor el alcance de los artículos relativos a la prevención. El orador da como ejemplo de trabajo productivo en materia de protección del medio ambiente en el caso de actividades concretas la aprobación de los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre¹⁵, que se refieren a la prevención de los riesgos de una determinada actividad. En otros sectores podrían aplicarse reglas particulares de este tipo.

38. No hay que perder de vista que llegará el momento que haya que responder con precisión a la cuestión de saber si el derecho internacional prohíbe o no las actividades que pueden causar daños transfronterizos apreciables. Si la respuesta es afirmativa, la cuestión que constituye el objeto del noveno informe deberá situarse en el marco general de la responsabilidad de los Estados. Habida cuenta de la complejidad del tema, conviene pues celebrar la tentativa que han hecho la Comisión y el Relator Especial para examinarla sucesivamente en sus diversos elementos. Aun siendo de los que piensan que el problema de la prevención de los daños no está directamente relacionado con la cuestión de la responsabilidad objetiva (*liability*), el orador atribuye no obstante mucho interés a los artículos propuestos por el Relator Especial, en la medida en que el hecho de que la Comisión centre por el momento sus trabajos en las normas en materia de prevención no significa que renuncie a examinar otras cuestiones en relación con el tema estudiado.

39. El Relator Especial ha decidido presentar los nuevos artículos sobre la prevención de los daños partiendo de los ya remitidos al Comité de Redacción. Es un método de trabajo lógico y comprensible pero que presenta no obstante algunas dificultades materiales, dado que los artículos precedentes se referían a la vez a las actividades de riesgo y a las actividades que causan efectivamente un daño transfronterizo y que estos textos no han sido aprobados todavía por el Comité de Redacción. Sería preferible pues que los nuevos artículos propuestos fueran independientes de los artículos anteriores y llevaran números que les sean propios, con el fin de evitar toda confusión.

40. Por lo que respecta a los artículos 11 a 14 propuestos en sustitución del artículo I del anexo, el Relator Especial habla de medidas unilaterales de prevención, y el orador se pregunta si esto significa que las medidas propuestas en los artículos siguientes serán medidas bilaterales o multilaterales. Por otra parte, cabe preguntarse si la notificación y la información de las actividades previstas por un Estado sin tener en cuenta la opinión del otro Estado, así como las consultas, pueden considerarse como medidas de prevención de los posibles daños. La obligación de informar puede ser innecesaria en determinados casos e indispensable en otros. Así, el lanzamiento de satélites es una actividad de riesgo que puede causar un daño transfronterizo, pero la comunicación de informaciones técnicas sobre esta actividad sólo es indispensable si el satélite tiene una fuente de energía nuclear a bordo, lo que acrecienta el riesgo de daño. De ahí la necesidad de disponer de un instrumento en el que se trate concretamente de esta situación, a saber los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear

¹⁵ Resolución 47/68 de la Asamblea General.

en el espacio ultraterrestre. Se puede dudar pues del fundamento de los artículos 15 y 16, pues es difícil formular principios que sean válidos para todos los tipos de actividades de riesgo, tanto más cuanto que el término mismo de «prevención del riesgo» es muy discutible. En efecto, una actividad llamada de riesgo presupone que es imposible descartar totalmente ese riesgo y que sólo se puede reducirlo.

41. El Sr. Vereshchetin agradece al Relator Especial los esfuerzos que ha realizado con el fin de cumplir su tarea. Pero señala que quedan todavía muchas cuestiones delicadas sin respuesta y duda de que el Comité de Redacción pueda en la presente fase llegar a resultados concretos.

42. El Sr. GÜNEY señala que, en su noveno informe, el Relator Especial, de conformidad con la decisión tomada en el 44.º período de sesiones de la Comisión¹⁶, se ha centrado en la elaboración de proyectos de artículos reguladores de las actividades de riesgo, dejando a un lado las cuestiones relativas a la responsabilidad. Es cierto que en esta materia la labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho se refiere, de una parte, a la definición de las obligaciones que se han de imponer para prevenir o minimizar los riesgos de daños transfronterizos y, de otra, a la responsabilidad en caso de daños efectivos. Pero, habida cuenta de la naturaleza y de la complejidad del tema, era preferible efectivamente atenderse al primer aspecto de la cuestión.

43. Conviene recordar también que, conforme a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁷, los Estados deben cuidar de que las actividades realizadas dentro de los límites de su jurisdicción o bajo su control no sean perjudiciales para otros Estados. A juicio del orador, los proyectos de artículos sobre las medidas de prevención son en conjunto satisfactorios a este respecto. Suponen la obligación fundamental de los Estados de reglamentar todas las actividades peligrosas realizadas bajo su jurisdicción o su control, evaluar sus efectos y tomar las medidas legislativas y administrativas necesarias para reducir al mínimo el riesgo de daño transfronterizo. Cualquier otra obligación sería incompatible con el derecho soberano del Estado a ejercer actividades lícitas en el territorio nacional sin asentimiento de otro Estado, siempre que las actividades en cuestión no atenten contra los derechos de este último. La vigilancia del Estado de origen debe considerarse pues suficiente en la presente fase. En cuanto a la protección de las víctimas inocentes, supone necesariamente una reparación por el perjuicio sufrido. El Relator Especial, para hacer ver el alcance de la obligación del Estado de origen, subraya que es la población o el medio ambiente de ese Estado el que sufre principalmente las consecuencias de una actividad peligrosa y que es pues ese Estado el que tiene mayor interés en exigir una autorización previa. En todo caso, los procedimientos seguidos, sean cuales fueren, no deben conducir a la suspensión de la actividad en espera de que el Estado o los Estados que puedan verse afectados estén satisfechos. En estas condiciones, la línea de conducta del Estado de origen consiste en satisfacer las exigencias de la prevención absoluta, sin que esto entrañe necesariamente la suspensión de la actividad pre-

vista ni el otorgamiento de una especie de derecho de veto a los Estados que puedan verse afectados por esa actividad. Basta que el Estado de origen evalúe a fondo los efectos de la actividad prevista para prevenir, dominar y reducir los riesgos de efectos nocivos.

44. Abordando el artículo II del anexo (Notificación e información), el orador señala que la cuestión que se plantea en el informe a propósito de la función de las organizaciones internacionales es la de saber cuáles serían las organizaciones internacionales competentes. Es una precisión que es necesario introducir en un instrumento jurídico, en particular cuando está en juego el interés de varios Estados. La notificación y la información son indispensables en los casos en que la evaluación hace ver la posibilidad de un daño transfronterizo apreciable. Pero el orador no cree que sea necesario prever consultas oficiales. No se puede esperar razonablemente del Estado de origen que se abstenga de emprender una actividad lícita, sobre todo cuando esa actividad se considera indispensable para el desarrollo del país y no hay solución de recambio. Obligar al Estado de origen a consultar a todos los Estados que pueden verse afectados equivaldría a reconocer un derecho de veto a estos últimos, lo que sería inadmisibles. Habría pues que hacer hincapié, no en las consultas, sino en una cooperación basada en el principio de la buena fe y emprendida con espíritu de buena vecindad. Habría que precisarlo en el texto del artículo 17 (Seguridad nacional y secretos industriales), añadiendo tras las palabras «de buena fe» las palabras «y con espíritu de buena vecindad». En el mismo orden de ideas y habida cuenta de las explicaciones facilitadas, el orador estima que el artículo 18 propuesto por el Relator Especial (La consulta previa) no encaja en el texto principal del instrumento que se está elaborando.

45. En cuanto a la cuestión de la solución de las controversias (art. VIII del anexo) el orador considera que está íntimamente ligada al contenido del tipo de instrumento que se elabore. Es pues prematuro abordarla mientras no se hayan determinado el tenor y la redacción definitiva del proyecto de artículos. Finalmente, en el artículo 20 (Factores del equilibrio de intereses) sería preferible evitar el empleo de términos polémicos y rechazados en diversos casos, incluso en el seno de la propia Comisión, como la expresión «recursos naturales compartidos». Por otra parte este artículo encajaría mejor en un anexo.

46. Para terminar, el orador sugiere que el Relator Especial someta a la Comisión un plan a largo plazo en el que se precisen las futuras etapas de su labor y comience a redactar proyectos de artículos sobre la responsabilidad propiamente dicha, es decir sobre la obligación del autor del daño efectivo de reparar ese daño. Este régimen jurídico se basaría en la responsabilidad del operador más que en la del Estado, pues la responsabilidad objetiva no se deriva de una falta y no supone una reparación total del perjuicio, cualesquiera que sean las circunstancias en que se ha producido éste. Ahora bien, el daño transfronterizo causado por una actividad de riesgo realizada bajo la jurisdicción o el control de un Estado podría hacer entrar en juego la responsabilidad objetiva del Estado de origen.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

¹⁶ Véase nota 13 *supra*.

¹⁷ Véase nota 12 *supra*.