

2530.ª SESIÓN

Jueves 14 de mayo de 1998, a las 10.15 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) (continuación) (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1¹, A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El Sr. YAMADA dice que la falta de tiempo le ha impedido asimilar totalmente el primer informe del Relator Especial sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas (A/CN.4/487 y Add.1), que está concienzudamente estudiado, es rico en análisis y está lleno de útiles notas a pie de página. No obstante, desea hacer algunas observaciones que podrían alentar a la Comisión a iniciar rápidamente la redacción de un proyecto de artículos sobre el tema.

2. La primera parte del informe contiene un relato fidedigno de la larga lucha de la Comisión con el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En 1997, después de casi 20 años, la Comisión decidió, en su 49.º período de sesiones, que por el momento limitaría el tema a la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, sin perjuicio de su labor futura sobre otros aspectos del tema, más amplio, de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional². Por lo tanto, la Comisión debería abstenerse de realizar debates conceptuales sobre aspectos

que caigan fuera del ámbito del subtema que constituye el mandato del Relator Especial.

3. El orador comparte plenamente las conclusiones que figuran en los párrafos 111 a 113 sobre la cuestión del ámbito de aplicación del proyecto de artículos. De conformidad con su mandato la Comisión debería ocuparse solamente de los daños transfronterizos y de las actividades que entrañan un riesgo de causar tales daños. Habría que excluir la cuestión más amplia de la contaminación lenta y los espacios públicos internacionales, al menos por el momento.

4. En su opinión, no bien haya concluido el debate general la Comisión debería adoptar la decisión procedimental de tomar nota de los proyectos de dos artículos mencionados por el Relator Especial en el párrafo 112 y de remitirlos al Comité de Redacción, que está ansioso por iniciar su tarea. El orador espera que se conceda al Comité de Redacción el tiempo suficiente para poder completar la labor sobre estos dos artículos en el actual período de sesiones que se celebra en Ginebra.

5. El orador no espera que estos dos artículos presenten muchas dificultades. Una cuestión que podría plantearse es el concepto de daño sensible, que fue formulada por el Sr. Economides (2529.ª sesión). Sobre este punto el orador comparte la opinión expresada por el Sr. Hafner (ibid.): la Comisión debe cualificar el concepto de daño estableciendo un umbral de tolerancia. Como lo recordó el Sr. Al-Khasawneh (ibid.), la Comisión debatió este punto extensamente cuando formuló el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Cuando se negoció la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, algunas delegaciones objetaron el concepto de daño sensible³. Pero, al final, el artículo 7 relativo a la obligación de no causar daños sensibles fue mayoritariamente aceptado. Está claro que el daño sensible es el criterio que goza hoy de mayor aceptación en la comunidad internacional. Los párrafos 2 a 7 del comentario al artículo 2 formulado por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión⁴, que reproduce prácticamente los comentarios sobre el concepto de daño sensible empleado en los artículos referentes al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación⁵, ayudarían también a aclarar el concepto.

6. De la segunda parte del informe ha sacado la impresión de que en algunos puntos excedía el mandato del Relator Especial. Pero está satisfecho con la afirmación del Relator Especial de que ha respetado estrictamente el mandato, y supone que la intención ha sido traer a la atención de la Comisión el hecho de que su labor sobre la prevención tocaría inevitablemente otros temas no comprendidos en el presente mandato.

³ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 51.ª a 62.ª*.

⁴ Véase 2527.ª sesión, nota 16.

⁵ Véase el texto del proyecto de artículos con los comentarios correspondientes en *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 95 y ss., párr. 222.

¹ Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

² Véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 168 a.

7. El orador no tiene nada que decir contra el contenido de la sección C del capítulo VI, relativa a los principios de equidad, creación de capacidad y buena gestión pública. Sin embargo, estos principios tienen facetas altamente políticas, sociales y económicas, por lo que comparte los temores del Sr. Rosenstock (ibíd.) de que al tenerlos en cuenta se complique innecesariamente la labor de la Comisión.

8. El párrafo 225, que se refiere a la norma de la diligencia debida, ha suscitado algunas observaciones. El Relator Especial ha dicho en su defensa que este párrafo refleja la realidad. Será difícil definir una norma objetiva, y una definición abstracta sería inútil. Los miembros de la CDI recordarán que en el proyecto del artículo 7 del proyecto de convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se había incorporado el concepto de la diligencia debida, un concepto que luego encontró una fuerte resistencia durante las negociaciones habidas en la Sexta Comisión constituyéndose en grupo de trabajo plenario, especialmente por parte de algunos países europeos. Ante esto, ese concepto hubo de reemplazarse por el concepto de adoptar «todas las medidas apropiadas» para impedir un daño sensible a los demás Estados ribereños. Personalmente, no ve una gran diferencia entre los dos conceptos, y prefiere la «diligencia debida», que es el concepto jurídico reconocido. Pero el Relator Especial deberá tener presente esta experiencia reciente cuando formule el proyecto de artículos.

9. El párrafo 226, relativo a la cuestión del incumplimiento, también ha suscitado varios comentarios. Es evidente que el incumplimiento de la obligación de prevención entrañará alguna consecuencia. Sin embargo, la cuestión de decidir si ha de tratarse en el marco del régimen general de la responsabilidad de los Estados, en el marco del régimen de responsabilidad internacional, o mediante una *lex specialis*, podrá dejarse de lado hasta que la Comisión haya completado su labor sobre la prevención.

10. Según él lo entiende, el Relator Especial desea que la Comisión apruebe la orientación general del primer informe y su análisis del fondo del concepto de prevención. Sería más fácil para la Comisión hacerlo basándose en propuestas concretas sobre los proyectos de artículos relativos a los principios procedimentales y al contenido de la prevención. Por lo tanto, pide al Relator Especial que presente lo más pronto posible a la Comisión un proyecto de artículos que se base en el articulado de los capítulos I y II del proyecto propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones, quizá con la ayuda de otros miembros en el seno del Grupo de Trabajo. De todas formas, es de esperar que el proyecto de artículos se pueda remitir al Comité de Redacción en Ginebra para así poder seguir trabajando sobre ellos cuando el Comité de Redacción se reúna en Nueva York en julio de 1998.

11. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA expresa su consternación ante el hecho de que, para tratar de salir del punto muerto en que se encontraba el estudio de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, la Comisión se haya decidido por la estrategia de centrarse en la cuestión de la prevención de los daños trans-

fronterizos causados por actividades peligrosas. Su labor ha tomado un nuevo giro que equivale a una total reorientación. Será necesario encontrar un nuevo marco para el contenido y las consecuencias de la obligación de prevención que el futuro régimen impondrá a los Estados.

12. En un régimen de este tipo, ¿no cambiará la naturaleza de la obligación de prevención, dejando de ser una obligación de comportamiento para transformarse en una obligación de resultado? En un régimen de este tipo, ¿se podría prescindir de una definición o de una enumeración no restrictiva de las «actividades peligrosas»? ¿Dejará tal régimen sin solucionar la cuestión de las consecuencias inherentes al incumplimiento de la obligación de prevención y la cuestión de determinar cuáles son esas consecuencias y, por tanto, cuándo cesan? Le gustaría mucho que todos esos interrogantes encontrarán un lugar en la lógica del tema que la Comisión ha heredado de los anteriores Relatores Especiales, el Sr. Quentin-Baxter y el Sr. Barboza, porque de otra forma el Relator Especial no podrá ignorar las peticiones formuladas por el Sr. Ferrari Bravo y el Sr. Simma para que establezca una definición estricta y *ex ante* de la prevención, y por el Sr. Economides para que se adopte un enfoque general del daño.

13. Pero la tarea del Relator Especial está muy lejos de haber sido completada, porque ha tratado con el espíritu del tema anterior lo que era, lamentablemente, un tema totalmente diferente. El Relator Especial debe volver a las fuentes primarias para que su forma de enfocar la prevención, siguiendo el camino trazado por el anterior Relator Especial, Sr. Barboza, reciba de la Comisión el apoyo que él espera, especialmente en lo que concierne a los párrafos 112 y 113 del informe.

14. El orador no sólo tiene reservas con respecto a la interpretación del tema y al método de enfocarlo, sino también a su misma sustancia. Nada impide a la Comisión distanciarse de su propia labor a fin de encontrar la forma de mejorarla, aunque sin caer en el perfeccionismo. Con este espíritu, expresa sus dudas de que sea posible formular un criterio homogéneo que no oculte las disparidades existentes entre los Estados, tanto en lo que atañe a su nivel de desarrollo como a su acceso a los conocimientos científicos y a la aplicación de estos conocimientos. Si resultara posible formular un sistema homogéneo, se teme que tendría todo el encanto de las abstracciones y generalidades que caracterizaban al derecho internacional hace más de dos siglos, pero que no tienen ninguna vigencia en la realidad actual y que no calmarían el hambre de derecho internacional que inspira esta realidad. De todas formas, este tipo de criterio contribuiría muy poco a aumentar la utilidad del «principio de equidad» expuesto en la sección C del capítulo VI del informe. Más bien, si el régimen llegara a adquirir visos de originalidad lo sería por la multitud de temas y la pluralidad de normas que lo compondrían.

15. El sistema que se está conformando considera extrañamente que el régimen de evaluación del impacto escapa totalmente al ámbito del derecho internacional, sea general o regional. Ahora bien, si cabe concebir que la determinación del tipo de evaluación del impacto que mejor convenga a la actividad que pueda causar un daño se deje al libre albedrío de los Estados, entonces parecería razonable someter al derecho internacional la validez de tales

evaluaciones de impacto. La adopción de una norma mínima aplicable a los Estados en el marco del régimen que elabore la Comisión daría a éste más verosimilitud a los ojos de la comunidad internacional y tendría repercusiones en cadena en el derecho interno.

16. El Relator Especial ha atribuido a los daños una función ambigua en su informe, donde aparecen revestidos de dos facetas. La primera es la de la «irrealidad», que serviría de base para la construcción de un régimen de prevención. Según esta faceta los daños se presentan con una apariencia tan aterradora que no se pueden soportar, por lo que se debe hacer todo lo posible para impedirlos. ¿Pueden estos daños ser objeto de una graduación *a priori*? ¿Se puede limitar *a priori* el número de Estados comprometidos a impedirlos *ex ante*?

17. La segunda faceta con que se presentan los daños es la de la «cuantificación» en términos del umbral crítico. Ya no es cuestión de impedir estos daños, pues las víctimas podrían ser miles. Sin embargo, le ha asombrado leer en el párrafo 87 que se acepta como inevitable que la realización normal de diversas actividades beneficiosas con fines de desarrollo y de otra índole produzcan ciertos daños transfronterizos. Sin embargo, se admite igualmente que deben evitarse o impedirse los daños transfronterizos graves adoptando las medidas que sean viables y razonables en cada caso. En tales circunstancias, la prevención desempeñaría una función temible: identificar la «realización normal» de una actividad, porque por definición sólo se puede realizar una actividad si cumple con los requisitos de prevención. Esto significa que prevención y daños se excluyen: la realización normal de una actividad vuelve superflua la prevención, de la misma forma que la prevención tiene el poder de «purificar» los daños. Se consideraría que la situación nunca se ha producido, aunque las víctimas sean miles. Si los daños no existen, esto es válido tanto para el Estado como para quien lleva a cabo la actividad, siempre que ésta se realice de conformidad con los requisitos de prevención. ¿Es éste el tipo de sistema que la Comisión desea establecer? De ser así, ¿cuáles serán las consecuencias de un régimen de prevención basado en la noción de «daño sensible» si el régimen ha de servir a la causa de las víctimas, las más vulnerables? Ésta es la cuestión que hay que tener presente al redactar la norma de la responsabilidad.

18. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que el Sr. Yamada ha apuntado una forma de acelerar los trabajos sobre este tema, y si la Comisión lo aprueba, tratará de preparar proyectos de artículos para presentarlos al Grupo de Trabajo. Dados los extensos debates que ya han tenido lugar, se debería poder finalizar el máximo de artículos sobre el contenido de la prevención. Por las observaciones de los miembros tiene también la impresión de que no habrá dificultad en lograr un acuerdo sobre los dos artículos propuestos acerca del ámbito de aplicación. La cantidad exacta de artículos que pueda aprobar la Comisión dependerá de su calendario.

19. Por lo que hace al excelente análisis realizado por el Sr. Pambou-Tchivounda, comparte la preocupación de este orador respecto del nuevo giro que ha tomado el tema. Se ha acordado el alcance de orientación que sirvió de guía a la labor de la Comisión durante 20 años, pero esto fue una decisión sopesada, producto de un largo

debate. Es poco lo que se ganaría volviendo a analizar la cuestión. Al eliminar algunos puntos de su análisis, de ninguna manera está descartando la posibilidad de que puedan retomarse separadamente, según corresponda, y según los deseos de la Comisión.

20. Hay algo de verdad en el argumento de que el umbral para que exista daño —el daño sensible— es demasiado alto, y que en la etapa de la prevención hay que tratar de evitar cualquier tipo de daños que puedan causar las actividades del Estado. Cuando se ha causado un daño sensible, ya podría ser demasiado tarde para alguno de los efectos desastrosos. Pero el orador no está de acuerdo con la interpretación que el Sr. Pambou-Tchivounda ha hecho del párrafo 87 de su informe. Ha tratado de demostrar que una obligación legal puede provocar una controversia considerable y una serie de reclamaciones cuando se supera el umbral del daño sensible. En la etapa de la prevención lo único que ocurre es que se toman determinadas medidas. Hay que tratar de mantener ciertas actividades, especialmente las actividades peligrosas, como por ejemplo la explotación de un reactor nuclear o una planta química, lo más «limpias» posible. Este es el sentido de las Normas sobre la contaminación del agua en una cuenca hidrográfica internacional (Normas de Montreal) aprobadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1982⁶.

21. El Sr. Al-Khasawneh ha mencionado la posibilidad de reducir el umbral del daño de «sensible» a «apreciable». El Sr. Yamada, basándose en su íntimo conocimiento de la elaboración de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, recordó que muchos de estos caminos ya se habían recorrido, y que apartarse de ellos sería un error. Lo que se puede responder es que, cuando se trata de actividades legítimas, bajar el umbral hasta el punto de evitar cualquier tipo posible de daños sería inaceptable para un amplio espectro de la opinión pública.

22. La observación del Sr. Pambou-Tchivounda de que incluir el concepto de la equidad iría en contra de un enfoque homogéneo recuerda las declaraciones de otros miembros; pero también se ha señalado la pertinencia de una serie de consideraciones, muchas de ellas relacionadas entre sí. Examinará todas las observaciones efectuadas y tratará de tenerlas en cuenta en la próxima etapa de la redacción.

23. También tratará de responder a las preocupaciones expresadas tanto por el Sr. Pambou-Tchivounda como por el Sr. Simma con respecto al criterio *ex ante* por oposición al criterio *ex post*. Que la balanza se inclina hacia el criterio *ex ante* es indudable; quizás el Sr. Simma, como Presidente del Comité de Redacción, pueda encontrar una fórmula mejor que el criterio *ex post*. Con este término se pretende designar las medidas de precaución que deben tener previstas los Estados y los operadores como parte de las técnicas de prevención, pero que sólo se aplicarán una vez ocurrido el hecho. Se puede extraer un ejemplo de la técnica de prevención de incendios que consiste en instalar rociadores, que sólo funcionan después de ocurrido el daño y no antes. El Relator Especial anterior, e Sr. Bar-

⁶ Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982*, Londres, 1983, pág. 13 y págs. 535 y ss

boza, propuso medidas de contención del daño posterior al hecho, que podrían definirse como medidas correctoras.

24. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que, según la nueva costumbre de la Comisión, no ha felicitado al Relator Especial por su informe. Lo encuentra impresionante por su agudo análisis y sus audaces propuestas, aunque la extensión del documento es, en cierta forma, una desventaja. Las propuestas del Relator Especial sobre el principio de equidad son oportunas. El mismo no es partidario de excluir ese principio, que tiene en cuenta las diferencias entre los países con respecto a nivel de desarrollo, acceso a los conocimientos científicos y capacidad de aplicarlos. Más bien se pregunta qué método se podría utilizar para incorporarlo al proyecto de artículos con el fin de garantizar que éste valga para todos los países.

25. El Sr. ECONOMIDES agradece al Relator Especial un primer informe que es brillante en todos sus puntos. En el párrafo 28 se menciona que el principio 21 de la Declaración de Estocolmo⁷ se ha convertido en una norma de derecho internacional consuetudinario. La CIJ así lo hizo notar claramente en su opinión consultiva emitida en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, en la que dijo que los Estados tienen la obligación general de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados. Esto quiere decir que existe un requisito jurídico de vigilancia para evitar los daños al medio ambiente a escala internacional. Dada la similitud entre los daños transfronterizos y los daños al medio ambiente, habría que aplicar a los daños transfronterizos el mismo requisito de vigilancia, de conformidad con el razonamiento empleado en el asunto *Détroit de Corfou* (véase pág. 22), citado en el párrafo 43, de que todo Estado tiene la obligación de no permitir conscientemente que su territorio se utilice para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados. Corresponde a la Comisión analizar la norma de la vigilancia y adaptarla al problema de los daños transfronterizos.

26. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la Comisión sólo debería tratar la prevención de los daños transfronterizos, no la responsabilidad por estos daños. El Sr. Mikulka (2528.^a sesión) ha expresado claramente las razones: un acto contrario a un sistema de prevención hace nacer directamente la responsabilidad internacional de los Estados, un tema que la Comisión está tratando por separado. En su opinión, la utilidad práctica del concepto de responsabilidad es muy limitada, por no decir nula. El daño causado a otro Estado es prácticamente siempre el resultado de una negligencia grave o de un incumplimiento de la obligación de vigilancia, lo cual, una vez más, nos retrotrae al dominio de la responsabilidad internacional. Por lo tanto, coincide con el Sr. Yamada en que habría que dejar de lado los aspectos conceptuales y ocuparse de la prevención sólo en términos prácticos y específicos.

27. El orador no comparte las conclusiones contenidas en los apartados a a e del párrafo 111 del informe. Como la Comisión sólo se ocupa de la prevención, podría fijarse metas menos elevadas y tratar de abarcar la prevención de

todo tipo de daños transfronterizos, no solamente el daño sensible —el daño causado por cualquier tipo de actividad, sea lícita o ilícita, peligrosa o no.

28. Se ha dicho que este criterio sería perjudicial para los Estados porque entorpecería su desarrollo industrial. Es muy posible que lo fuera. Pero habrá que dar clara prioridad a la protección del medio ambiente por encima del desarrollo industrial. Siempre se puede encontrar dinero, pero el daño irreparable al medio ambiente no se puede corregir. Por eso considera que el apartado a del artículo 1 y el apartado a del artículo 2 del proyecto deberían modificarse profundamente. En efecto, como ha señalado el Sr. Pambou-Tchivounda, tal vez haya que reconsiderar todo el proyecto y, quizás, volver a redactarlo basándose en la mayor importancia que se da ahora a la prevención y en la opinión consultiva emitida por la CIJ en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

29. Con referencia a la segunda parte del informe, dice que está de acuerdo con todos los principios de procedimiento y de contenido, que han sido enunciados en forma admirable. La equidad, la creación de capacidad y la buena gestión pública, si bien son relevantes, deberían considerarse desde la óptica del largo plazo. Los principios deben regular la prevención plenamente y sin ningún género de disparidades. Pero el proyecto debe ofrecer una solución para el caso de que las consultas y las negociaciones no produzcan un acuerdo entre las partes y exista el riesgo consiguiente de graves daños transfronterizos. Por lo tanto, se debería establecer el recurso obligatorio a una investigación imparcial, al igual que en el artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El proyecto debería incluir expresamente una obligación general de cooperar, similar a la del artículo 8 de dicha Convención.

30. Por lo que hace a las conclusiones del primer informe, considera, con respecto al párrafo 224, que no debería admitirse que se realice la actividad controvertida hasta que se haya completado el procedimiento de investigación preliminar. Habría que agregar otra etapa antes de permitir cualquier acción unilateral. Con respecto al párrafo 225, debería dejarse claro que el Estado actúa en forma unilateral, pero en virtud de una obligación internacional de diligencia que hay que cumplir con la mayor uniformidad posible. Esta debería ser la meta de la Comisión. El orador tiene serias dudas sobre la exactitud del párrafo 226 desde el punto de vista jurídico, pero no tiene dificultades en rechazarlo desde el punto de vista de su pertinencia. Está totalmente de acuerdo con el contexto del párrafo 228, pero con respecto al párrafo 229 considera que la responsabilidad y sus consecuencias no deberían formar parte del estudio de la Comisión.

31. El Sr. HAFNER dice que no está seguro de lo que significaría en la práctica el principio de la obligación de cooperar mencionado por el Sr. Economides. ¿Se podría según este principio imponer al Estado perjudicado una obligación que entrañe gastos cuando sólo el Estado que inicia la actividad se beneficia? De ser así, el Estado perjudicado asumirá un gasto sin el correspondiente beneficio. Otra posibilidad sería interpretar el principio sólo como reflejo de algo que también se podría expresar en

⁷ Véase 2529.^a sesión, nota 7.

términos de buena fe, por ejemplo que el Estado perjudicado también debe actuar de buena fe. Duda de que el principio sea aplicable si se entiende en un sentido demasiado amplio.

32. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que ha tomado nota de los puntos señalados por el Sr. Economides y que ya ha respondido a su principal preocupación, la reformulación del concepto de prevención. Acogerá con agrado las observaciones de los otros miembros de la Comisión a este respecto.

33. Coincide con el Sr. Economides en que la CIJ ha incluido ahora el concepto de seguridad en el cuerpo del derecho ambiental. Pero la Corte no ha entrado en detalles sobre el significado del concepto. Las diversas facetas de este tema tan complejo deberán seguir analizándose en el contexto del proyecto de artículos de la Comisión. Muchos de los puntos que se están planteando ya se examinaron en otras ocasiones, por ejemplo cuando se redactó el articulado sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. La Comisión ha logrado un cierto acuerdo sobre la forma de solucionar los problemas. Habría que decidir si se debe ir más allá. En relación con la prevención, por ejemplo, ¿por qué no considerar todos los tipos de daños y no solamente los daños transfronterizos?

34. Agrega que ha recibido claramente el mensaje de que otros miembros habrían redactado en una forma muy diferente la segunda parte. Dice que él comenzó por preguntarse cuáles eran las consecuencias prácticas del principio de prevención y del principio «quien contamina paga» para un operador, y a eso le dio respuesta con los conceptos amplios que figuran en el informe. La prevención es un concepto multifacético, y él no considera que su informe constituya un análisis completo. Pero si ha tratado de traducir a situaciones jurídicas las cuestiones que se pueden dar en la práctica y de exponer sus consecuencias.

35. Lo mejor sería prevenir todo tipo de daños, pero esto es imposible. Por lo tanto la Comisión debería basar su enfoque en criterios que originen una obligación legal de hacer algo cuando algo sale mal, esto es, el momento en el cual entran en juego las consecuencias jurídicas. Otro enfoque sería que las consecuencias jurídicas nacieran cuando todavía no se ha causado un daño. Por ejemplo, podrían imponerse sanciones a un Estado que no ha adoptado una legislación nacional sobre prevención. También podría ocurrir que algunos Estados necesitaran asistencia o el «incentivo» de las sanciones para mejorar su legislación.

36. El Sr. ECONOMIDES dice que no puede ir tan lejos como el Sr. Hafner. La obligación de cooperar de buena fe debería interpretarse en el contexto de las buenas relaciones de vecindad. El costo de cualquier acción es una cuestión que corresponde a las partes interesadas. No está de acuerdo con el Relator Especial en la función de la CIJ. La Corte no crea derecho internacional. Simplemente lo aplica. Corresponde a la Comisión crearlo cuando considera que ello sería provechoso.

37. Como siempre se causará daño, el Relator Especial está sugiriendo que debería fijarse un umbral de daño rebasado el cual se desencadenaría una reacción. Esto es

una mala política. La meta, aunque sea una utopía, debería ser la de prevenir el daño.

38. El Sr. HAFNER dice que el Relator Especial ha señalado un punto importante que todavía no se ha aclarado: ¿sólo surgen las consecuencias jurídicas cuando ha ocurrido un daño o pueden derivarse del incumplimiento de la obligación de prevención? El Relator Especial se decidió por la primera opción. Pero un Estado que no cumple con la obligación de prevención aumenta automáticamente el riesgo de daño y debe asumir su responsabilidad. La Comisión debe buscar una solución a esta cuestión.

39. El Sr. BROWNLIE dice que al tratar de definir la prevención al Relator Especial le puede salir el tiro por la culata. Lo que está claro es que la obligación de prevención es un dato de política y que la primera parte del informe contiene la mecánica para aplicar esta política.

40. Con respecto al punto planteado por el Sr. Hafner, opina que el proyecto de artículos tiene su propia lógica y constituye una adición específica al actual cuerpo jurídico, como parte del desarrollo progresivo del tema de la responsabilidad de los Estados. No ve en qué forma la Comisión podría relacionar el proyecto de artículos con todas las demás consecuencias jurídicas posibles de la amenaza a un Estado vecino, porque las diferentes ramas del derecho internacional —el derecho de los tratados y el derecho a la responsabilidad de los Estados, por ejemplo— podrían ser aplicables a diferentes circunstancias y también podrían superponerse. El Comité de Redacción no debería tratar de anticipar esta situación al redactar su propio proyecto de artículos con su propia modesta estructura.

41. El Sr. HAFNER dice que hay varios criterios que se pueden aplicar. La Comisión podría considerar las normas más detalladas de la prevención como *leges imperfectae*, pero esto no es realmente su objetivo. También puede considerarlas como un régimen independiente, con sus propias consecuencias, pero se complicaría la tarea. En el caso de la responsabilidad de los Estados, las consecuencias de un acto ilícito son demasiado flexibles, así que también podría desencadenarlas el incumplimiento de la obligación de prevención. Por el momento habría que dejar las cosas como están porque, si no, la Comisión se embarcaría en el debate de cuestiones que exceden en mucho su mandato.

42. El Sr. SIMMA dice que, evidentemente, hay una diferencia entre la filosofía del Sr. Brownlie y la del Sr. Hafner: la actitud muy pragmática del Sr. Brownlie frente a la forma sistemática de pensar del Sr. Hafner, que en cierta manera comparte la Comisión. No hay razón para que la Comisión no se pregunte si, de existir una obligación de prevención, no debería ir unida a ciertas consecuencias jurídicas con independencia del daño o sólo cuando éste se haya producido. En otras palabras, la cuestión de la forma en que la obligación jurídica internacional de prevención se relaciona con la responsabilidad de los Estados cae dentro del mandato de la Comisión.

43. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que si la Comisión no comprende lo que supone la prevención, no podrá definir correctamente la «diligencia debida» y, por lo tanto, no podrá analizar realmente las

consecuencias del incumplimiento de la obligación de prevención. Añade que él también preferiría el enfoque del Sr. Brownlie: dejar algunos de los detalles en manos de los Estados que desarrollan actividades específicas, cada uno de las cuales tendrá su propio régimen, como es el caso de los reactores nucleares, los cursos de agua y las plantas químicas, por ejemplo. A medida que nacen nuevas actividades se irán elaborando las normas para regularlas, quizás sobre la base de un plan esquemático similar al elaborado por el Sr. Quentin-Baxter⁸ u otro que elaborará la Comisión. En realidad, al examinar este tema todos los relatores especiales han destacado que no se puede sentar ningún principio *a priori* para todas las situaciones. Lo único que se puede hacer es instar a los Estados a unirse y a llegar a un acuerdo en cuestiones tales como costos, indemnizaciones y demás.

44. El párrafo 226 se detiene aquí. En caso de incumplimiento del procedimiento establecido en el proyecto de artículos, los Estados interesados podrán o no ponerse de acuerdo sobre la forma de proceder. Es en este contexto en el que el Sr. Economides ha sugerido un procedimiento de solución de diferencias, y en ese caso se admitiría la adopción de medidas unilaterales de prevención únicamente cuando dicho procedimiento se hubiera agotado. Podría darse una situación en la que, sin que existiera daño, se desencadenaran ciertas consecuencias —notificación, consulta, negociación y solución de diferencias—. La puesta en práctica de estos procedimientos es en sí misma una obligación. Cualquier otra sanción que pudiera necesitarse después se analiza en los párrafos 229 y 230 del informe. Según destaca el Relator Especial en el párrafo 231 es de prever que los Estados asuman libre y voluntariamente las distintas obligaciones de prevención. Son pocas las actividades peligrosas que se realizan deliberadamente para perjudicar a otro Estado; la mayoría son actividades de desarrollo que resultan peligrosas para el mismo Estado que las realiza. En las relaciones interestatales los Estados han mostrado de hecho pragmatismo para conseguir la combinación adecuada de ejecución.

45. En el párrafo 232 el orador menciona especialmente los Estados que son capaces de cumplir las obligaciones determinadas o asumidas pero no parecen muy dispuestos a ello. Este caso también debe examinarse en relación con la cuestión de las consecuencias legales, una conclusión a la que se ha llegado en la reunión de trabajo del Grupo de Expertos del PNUMA.

46. Es importante recordar que en el ámbito de la responsabilidad de los Estados quien incurre en responsabilidad es el Estado y no el individuo. Las medidas que el Estado pueda tomar frente a sus propios operadores, antes de que resulte afectado un Estado vecino, para velar por el cumplimiento de sus normas también forman parte de las consecuencias jurídicas. Esta es una materia muy difícil y es esencial que la Comisión profundice su estudio.

47. El Sr. BROWNLIE dice que la cuestión general de las consecuencias jurídicas precisas del incumplimiento de las obligaciones que se está discutiendo lleva a la cuestión de la naturaleza del documento que la Comisión piensa redactar. Hasta el momento su opinión ha sido que, como los principios en cuestión están comprendidos en el

desarrollo progresivo, la Comisión debería limitarse a incluirlos en una declaración que se sometería a la aprobación de la Asamblea General con la esperanza de que, mediante un proceso de aceptación gradual, llegasen a adquirir el carácter de principios del derecho consuetudinario. Otra posibilidad sería redactar algo que tuviera el carácter de un régimen independiente que incluyera disposiciones sobre la solución de diferencias, pero, si se tiene en cuenta lo controvertido que es el tema de la solución de diferencias en el contexto de la responsabilidad de los Estados, quizá esto no sea conveniente en el presente caso. ¿En qué medio ha pensado el Relator Especial?

48. El Sr. ROSENSTOCK dice que la cuestión de la responsabilidad de uno u otro tipo en caso de quebrantamiento de una obligación es una cuestión que es independiente de la existencia o no de tal obligación. El documento que está por elaborar el Comité de Redacción tratará de la segunda cuestión. Es evidente que el quebrantamiento de una obligación da nacimiento a determinadas consecuencias jurídicas. Con respecto a la frase empleada en el párrafo 232 por el Relator Especial sobre el caso de los Estados que son capaces de cumplir las obligaciones determinadas o asumidas pero no parecen muy dispuestos a ello, tiene una redacción muy poco feliz debido a la excesiva importancia que se da a los factores subjetivos. Ciertamente se podría decir que la obligación no es de prevenir el daño, sino, más bien, una obligación de conducta. La formulación no debería orientarse a una percepción subjetiva de la cuestión.

49. El Sr. HAFNER dice que la idea de que la responsabilidad nace sólo ante la existencia de un daño es incompatible, por ejemplo, con la práctica respecto de las instalaciones nucleares que funcionan sin las medidas de seguridad adecuadas. En los últimos años se ha desarrollado una intensa actividad diplomática en relación con estas cuestiones, que ha dado por resultado, por ejemplo, la elaboración por el OIEA de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares. No puede imaginar que, aunque no existiera daño alguno, un quebrantamiento de la Convención no entrañaría responsabilidad o no daría origen a ciertas consecuencias jurídicas en virtud del derecho de los tratados.

50. El Sr. SIMMA observa que la Comisión deberá examinar varios temas. Uno es la cuestión de las consecuencias jurídicas que dimanarían del quebrantamiento de la norma primaria de la prevención. Al igual que el Sr. Hafner, piensa que hay que tratar esta cuestión, aunque reconoce que excede del mandato actual del Relator Especial. Otro tema independiente es el de los regímenes autosuficientes. En su opinión, dividir el derecho internacional en segmentos independientes no sería beneficioso para su integridad y eficacia.

51. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que en una etapa posterior la Comisión ciertamente deberá examinar la cuestión de las posibles consecuencias jurídicas que surgirían cuando un Estado incumpliera su obligación de prevención o su obligación de conducta.

52. El Sr. ECONOMIDES observa que las consecuencias jurídicas que surgen cuando lo que se produce no es un daño sino el incumplimiento de una obligación variarían de un caso a otro, según la naturaleza precisa del

⁸ Véase 2528.ª sesión, nota 12.

compromiso internacional asumido por el Estado en cuestión. En su opinión, el proyecto de artículos sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas deberá incluir una disposición de *lex specialis* para dejar en claro que todo régimen autosuficiente que pueda tener relación con un caso determinado seguirá aplicándose. Con respecto al punto planteado por el Relator Especial, los daños transfronterizos son una cuestión muy seria y la prevención también es una cuestión muy delicada. Por lo tanto, hay que tomar todas las precauciones posibles para dar un significado amplio a la palabra «daño», y habrá que examinar más adelante las consecuencias, que sí deben incluirse en el proyecto de artículos.

53. El Sr. BROWNLIE dice que lamentablemente todavía sigue especulando sobre la forma final del documento que la Comisión elaborará. ¿Ha de ser una declaración que contenga una serie de principios normativos, pero también de procedimientos, destinados a complementar la norma actual de la responsabilidad de los Estados en lo referente a los riesgos y los daños transfronterizos, o un convenio, con o sin un mecanismo de solución de controversias, que establezca ciertas obligaciones de comportamiento? En este último caso el Estado que no cumpliera con esas obligaciones incurriría evidentemente en una responsabilidad estatal fundada en un tratado. En el caso de un desastre transfronterizo, el quebrantamiento del tratado que estableciera la obligación de prevención sería adicional a la reclamación basada en el derecho consuetudinario que pudiera efectuar el Estado perjudicado. En su opinión la cuestión de la forma definitiva no se puede separar del actual debate.

54. El Sr. HAFNER dice que las consecuencias del incumplimiento de una obligación dependen de la naturaleza de esa obligación. El problema es que se puede interpretar que las conclusiones contenidas en el primer informe se aplican incluso a los casos en los que ya existe una obligación jurídica. Hay que borrar esta impresión.

55. El Sr. BROWNLIE está de acuerdo en que la Comisión debería tener cuidado en lo que dice bajo el epígrafe del desarrollo progresivo para no perjudicar las posibilidades que brinda el derecho internacional general.

56. El Sr. DUGARD felicita al Relator Especial por su profundo estudio que permitirá a la Comisión continuar la búsqueda del consenso sobre el tema de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. Algunos miembros han criticado el párrafo 232 de las conclusiones del primer informe por ser demasiado político. Es evidente que el informe se ocupa de las cuestiones mencionadas en dicho párrafo en un contexto político, pero lo hace en una forma franca y abierta, y los temas en cuestión no se podían, en su opinión, eludir.

57. La voluntad de los países en desarrollo de proteger el medio ambiente se aprecia en documentos tales como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Al mismo tiempo, en los países más pobres tiene por fuerza que surgir un conflicto entre los intereses de la protección del medio ambiente y el derecho al desarrollo. Hay que tener en cuenta la cuestión de los daños transfronterizos que pueden ocasionar las actividades de las empresas extranjeras y las consecuencias de la división

Norte/Sur a este respecto. En los párrafos 205 y 207 del informe el Relator Especial menciona estos problemas y alude a los principios pertinentes de la Declaración de Río⁹, mientras que en el párrafo 210 sugiere las medidas que habría que tomar. Tras señalar que ideas de este tipo apenas si se han abordado en la labor pasada de la Comisión, pregunta si el Relator Especial piensa basarse en los principios mencionados en la sección C del capítulo VI y el párrafo 232 para la redacción del proyecto de artículos o piensa dejarlos para el comentario. A este respecto tiene mucha pertinencia la pregunta del Sr. Brownlie sobre la forma que se dará al proyecto de artículos. Personalmente, duda de que los principios que pudieran incluirse en una declaración resultaran aceptables para un tratado multilateral.

58. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que las ideas mencionadas por el Sr. Dugard se están debatiendo en otros foros y, como ha señalado el Sr. Rosenstock, no caen dentro del mandato de la Comisión en relación con el presente tema. Por lo que hace a la forma futura del proyecto de artículos, no tiene ninguna propuesta concreta que presentar, pero espera alguna orientación del Presidente del Comité de Redacción y de los demás miembros. Es evidente que con un enfoque flexible se lograrán los mejores resultados.

59. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que no ve la necesidad de hacer una distinción entre los principios de procedimiento, por un lado, y los principios de contenido, por el otro; existe una superposición considerable entre estas dos esferas, especialmente con respecto a la precaución y la buena gestión pública. El principio de la equidad quizá sea el único que se aparta totalmente de la labor de los anteriores relatores especiales. Sobre el tema de la posible forma del instrumento propuesto, no ve la urgencia de llegar a una decisión, ya que la intención no es, de todas formas, elaborar un catálogo de principios.

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

[Tema 1 del programa]

60. El PRESIDENTE anuncia que el Grupo de Trabajo sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados está integrado por los siguientes miembros: Sr. Mikulka (Presidente; Relator Especial), Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Brownlie, Sr. Candiotti, Sr. Economides, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. Rosenstock y Sr. Dugard (miembro *ex officio*).

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

* Reanudación de los trabajos de la 2519.ª sesión.

⁹ Véase 2527.ª sesión, nota 8.