

## 2531.ª SESIÓN

*Viernes 15 de mayo de 1998, a las 10.10 horas*

*Presidente:* Sr. João BAENA SOARES

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, 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.1<sup>1</sup>, A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)**

[Tema 3 del programa]

#### PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El Sr. ADDO apoya las conclusiones alcanzadas por el Relator Especial en su primer informe (A/CN.4/487 y Add.1) y piensa que el proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión<sup>2</sup> debería remitirse al Comité de Redacción para que lo examine. Con respecto a los artículos 4, 5, 10 y 13, el Sr. Addo hace notar que, en general, esas disposiciones obligarían a un Estado a prevenir el daño, atenuar los efectos, repararlos o indemnizar al Estado lesionado y a notificar a los demás Estados los riesgos que entrañen las actividades previstas. Como ha dicho el Sr. Hafner, hay que definir el daño, y el Relator Especial debería abocarse a esta cuestión. El «daño» y el «riesgo» son dos conceptos fundamentales que no es fácil definir simple y precisamente. Son muy diversas las situaciones que se han considerado como daño transfronterizo al medio ambiente, pero no se ha logrado ninguna definición general autorizada. Sin embargo parece legítimo afirmar que no todos los efectos perjudiciales resultantes de factores ambientales transfronterizos estarían comprendidos en este concepto, y para que sea así se deben reunir cuatro condiciones.

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Véase 2527.ª sesión, nota 16.

2. La primera es que el daño sea el resultado de una actividad humana, con exclusión de la fuerza mayor y del caso fortuito. También quedarían excluidos los efectos perjudiciales causados por factores ambientales que no tengan una relación causal razonablemente inmediata con una actividad humana. La segunda condición es que el daño sea el resultado de una consecuencia material de la actividad humana. La tercera condición es que los efectos materiales atraviesen una frontera nacional. La cuarta condición es que el daño sea sensible o sustancial. Esta última condición admite evaluaciones subjetivas y, por lo tanto, ha suscitado críticas. Para el Sr. Addo es particularmente importante fijar un umbral para definir el daño jurídicamente sensible, ya que los atentados al medio ambiente son muy comunes y numerosos.

3. Además, el incumplimiento de la obligación de prevención debería comprometer la responsabilidad del Estado. Según los principios de la responsabilidad de los Estados, éstos son responsables de sus violaciones del derecho internacional. Esas violaciones del derecho internacional convencional o consuetudinario permiten al Estado lesionado formular una reivindicación contra el Estado autor por la vía diplomática o recurriendo a los mecanismos internacionales que existan. En cuanto violación del derecho internacional, el incumplimiento de la norma de la prevención debe acarrear la responsabilidad del Estado, aunque no exista daño.

4. Uno de los problemas que subsisten es el del caso en que el daño transfronterizo al medio ambiente no lo causa el Estado mismo sino un explotador privado, por ejemplo una sociedad transnacional. Quizá sea un caso en que deba aplicarse el principio de «quien contamina paga», pero el Sr. Addo le agradecería al Relator Especial una aclaración al respecto.

5. Evidentemente existe una gran diferencia entre el tema de la responsabilidad internacional y el de la responsabilidad de los Estados. Esta última depende de la violación previa del derecho internacional, mientras que la responsabilidad internacional concreta una tentativa de desarrollar una rama del derecho a fin de que se pueda hacer valer la responsabilidad internacional del Estado en razón de las consecuencias perjudiciales de una actividad que no está en sí misma prohibida por el derecho internacional. Es dudoso que se puedan enunciar normas de prevención en este ámbito.

6. Por lo que respecta al párrafo 229 del informe, todo incumplimiento de la obligación de prevención debe acarrear la responsabilidad del Estado. Es la única forma de garantizar que el Estado que ha contraído tales obligaciones las tome en serio. Por lo que respecta al párrafo 230, el Relator Especial concluye que el incumplimiento de las obligaciones de prevención por parte de quienes realicen actividades peligrosas debería acarrear las necesarias consecuencias previstas en la legislación nacional según la cual se haya solicitado y concedido la autorización. Habría que preguntarse qué pasará cuando la legislación nacional no prevea sanciones civiles o guarde silencio sobre esas consecuencias.

7. Por último, el Sr. Addo apoya las recomendaciones hechas por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión en los párrafos 4 y 5 de su

informe y piensa que el Relator Especial debería elaborar lo más pronto posible proyectos de artículos sobre la base de los propuestos por el Grupo de Trabajo.

8. El Sr. AL-KHASAWNEH recuerda que, como ya lo declaró el lamentado Quentin-Baxter, el derecho admite sólo dos principios en materia de responsabilidad: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por daño sin que haya culpa. Ésta reposa en última instancia en el principio de la equidad, según el cual la víctima inocente no debe soportar sola el perjuicio sufrido. Este principio ha sido desarrollado progresivamente en el plano nacional por los países, especialmente por los países industrializados, para responder a las exigencias de la vida moderna, ya que son numerosas las actividades indispensables cuya ejecución puede causar un daño. La buena aplicación de este principio depende de la existencia de un sistema exclusivo y bien financiado de seguro y de reaseguro. Este tipo de sistema no existe en la escena internacional, pero no hay ninguna razón para no elaborar una normativa adecuada en el marco del desarrollo progresivo del derecho, aunque no hay que hacerse ilusiones porque para ello se necesitaría una dosis de desarrollo progresivo mayor que aquella a la que están habituados la mayoría de los países.

9. El tema salió a la luz por primera vez cuando la Comisión comenzó a examinar las circunstancias que excluyen la ilicitud en el marco del estudio sobre la responsabilidad de los Estados. Pero estas circunstancias cubren el daño ambiental causado por actividades lícitas y los demás daños no materiales. Un ejemplo clásico es el del Estado que, obrando en aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, inspecciona el cargamento de un navío por sospechar que transporta estupefacientes o mercancías de contrabando, evidentemente una situación donde la ilicitud está excluida aunque no se descubra ninguna mercancía y aunque esta actividad cause un daño. Por eso, si se redujera el ámbito de aplicación del proyecto para excluir tales actividades, como lo sugiere el Relator Especial en el párrafo 111 de su informe, se correría el riesgo de comprometer la unidad de objetivo del proyecto de artículos.

10. Además, el Sr. Al-Khasawneh se pregunta por qué el tema, que debía llenar una laguna en el sistema de obligaciones previsto en el marco de la responsabilidad de los Estados, debe sufrir tal metamorfosis y convertirse en un tema ambiental, el de la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. Probablemente la razón sea que es mejor prevenir que curar, lo que nadie discute, aunque en realidad las personas están más dispuestas a enfrentarse en un litigio después de sobrevenido el daño que a ser prudentes cuando emprenden una actividad. Por eso la prevención *ex post*, por contradictoria que sea la expresión, corresponde bien a las realidades prácticas. De todas formas el quid de la cuestión es la existencia de un daño y no la prevención, y al definir las consecuencias del daño la Comisión podrá cumplir con la función que le corresponde.

11. Por lo que respecta a la prevención, el Relator Especial enumera un cierto número de principios tanto de forma como de fondo. Estos últimos están enunciados en términos bien generosos, probablemente con la idea de lograr un equilibrio entre el derecho al desarrollo sosteni-

ble y el derecho a un medio ambiente no contaminado. Es cierto que se pueden deducir normas diferentes de estos principios, pero si es porque más vale prevenir que curar por lo que se ha decidido tratar la prevención por separado, convendría que la Comisión elaborara un régimen que contemplara, en ciertas materias, la obligación de prevenir como obligación de resultado y no de conducta. Una norma de diligencia es muy importante, pero no hay que olvidar que la amplitud del tema ya se ha reducido en muchas oportunidades: primero al excluir las actividades físicas, segundo al limitar el tema a las actividades extremadamente peligrosas y tercero al subordinar el nacimiento de la responsabilidad a la condición de que se alcance un umbral más allá del cual, si se produce un daño, sería prácticamente imposible repararlo. Se trata, pues, de la expresión más débil del proverbio latino *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Por último, el Sr. Al-Khasawneh no puede compartir la afirmación hecha en el párrafo 226 del informe de que el incumplimiento de las obligaciones de prevención no entrañaría ninguna consecuencia jurídica.

12. El Sr. HAFNER acepta que en ciertas materias se podría prever una obligación de resultado, pero se pregunta en cuáles. Por otro lado, tratándose de las actividades, muy numerosas, realizadas por explotadores privados, el orador se pregunta si no se va demasiado lejos al responsabilizar al Estado por los daños que podrían causar tales actividades. Se trata aquí de una cuestión importante desde el punto de vista económico.

13. El Sr. AL-KHASAWNEH estima que la respuesta depende de la importancia relativa que se asigne al desarrollo, por una parte, y a la prevención del daño, por la otra. La era del desarrollo a cualquier precio parece haber terminado, y a este respecto el derecho islámico considera que evitar el daño es más importante que adquirir ventajas. En las situaciones previstas el daño sería difícil de reparar porque en razón de la privatización cada vez son más las actividades peligrosas ejecutadas por explotadores privados. Se trata de una cuestión que tiene importancia si se desea que el régimen de la prevención sea realmente eficaz.

14. El Sr. BROWNLIE dice que cuando se elaboran normas sobre la prevención hay que tener cuidado de no adoptar normas que sean mucho menos rigurosas que las que se imponen a los Estados en virtud de las normas sobre responsabilidad de los Estados en diversos contextos. Sin llegar al extremo de incluir en el proyecto una cláusula de salvaguardia para indicar que sus normas no deben ser consideradas menos rigurosas que las ya existentes en el derecho internacional consuetudinario hay que ser prudente y no olvidar que en muchas situaciones el Estado ya tiene el deber de controlar las actividades de los operadores privados. Con respecto a la responsabilidad sin culpa y la opinión de Quentin-Baxter, el Sr. Brownlie se asombra de que la responsabilidad sin culpa sea entendida en sentido literal. Por lo menos en el *common law* basta con invertir la carga de la prueba, vale decir que incumbe al demandado probar que no tiene culpa.

15. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial), sacando conclusiones del debate, cree comprender que su tentativa de sintetizar los numerosos conceptos relativos al tema en examen ha suscitado una cierta confusión. Esto es com-

previsible porque la segunda parte del informe cubre un terreno que, si bien se ha estudiado en muchas instancias, todavía está lejos de haber suscitado el consenso. De todas formas, algunas de las ideas formuladas han sido muy enriquecedoras, y la Comisión debería presentarlas a la comunidad internacional en el marco del desarrollo progresivo de este tema.

16. Entre las cuestiones abordadas en la primera parte del informe, la más comentada durante el debate es la del umbral del daño. A este respecto conviene disipar un malentendido: el umbral no se ha concebido para evitar que los Estados tomen las medidas necesarias para prevenir todo tipo de daño, sino para crear una relación jurídica entre los Estados involucrados. Parece que en este contexto se considera generalmente aceptado que debe existir un umbral razonable y, en el presente caso, el adjetivo «sensible» ya fue extensamente comentado en el informe presentado por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión, que los miembros de la Comisión podrán consultar con provecho. No parece necesario continuar el debate sobre este tema.

17. En cuanto a las demás cuestiones planteadas a propósito del ámbito de aplicación del proyecto de artículos, el Relator Especial se siente alentado por la cuasi unanimidad lograda con respecto a la idea de remitir al Comité de Redacción el apartado *a* —y no el apartado *b*— del artículo 1 y el artículo 2 del proyecto propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones. En efecto, esto permitiría a la Comisión pronunciarse rápidamente, dado que el tema ha alcanzado una cierta madurez.

18. Por lo que hace al concepto mismo de prevención, el Relator Especial se felicita de que el capítulo VI del informe haya recibido tan pocas críticas.

19. Por lo que respecta al capítulo V, los debates han mostrado que la obligación de prevención encuentra su mejor traducción en los principios de la autorización previa, la evaluación del impacto ambiental y, dado el caso, la notificación, la consulta y la negociación.

20. Lo que ha producido más observaciones es la cuestión de la norma que debe regir la diligencia debida. Debe entenderse que es inútil tratar de cristalizar en abstracto lo que sólo puede definirse en circunstancias concretas. Se debe reconocer que los debates habrán tenido el doble mérito de recalcar que la obligación de diligencia comprende el conjunto de precauciones razonables y prudentes que un gobierno debe tomar, y que, por lo tanto, abarca la obligación de establecer un marco normativo y administrativo y un mecanismo de control de las actividades peligrosas; además, los debates habrán hecho comprender que la forma en que se cumple esta obligación sólo se aprecia en un contexto real. En lugar de tratar de establecer una estructura rígida, habrá que dejar esta evaluación esencialmente en manos de los propios Estados.

21. Se ha planteado la cuestión de las consecuencias del incumplimiento de la obligación de diligencia, cuestión que tiene mayor importancia cuando los Estados involucrados no se entienden. Después de reflexionar, parece que el tema se resume en saber en qué medida se puede inculpar a un Estado que ha tomado todas las medidas que la razón recomienda y en qué medida un explotador pri-

vado tiene la obligación de reparar. El orador no está seguro de que los ordenamientos nacionales, tanto legislativo como judicial, ofrezcan la mejor forma de tratar los casos de incumplimiento. Es verdad que la responsabilidad del Estado considerada en relación con la responsabilidad del explotador plantea una cuestión muy interesante, pero habría que profundizar su análisis a la luz de la realidad actual. Probablemente convendría que la Comisión volviera a tratar esto en una fase ulterior de su labor. Por el momento tiene la tarea de definir el contenido de la obligación de diligencia. Como se indica en el párrafo 219 del informe, podría examinar el incumplimiento de las obligaciones de prevención en el ámbito de la responsabilidad de los Estados. No hay duda de que los Estados tendrán una mayor responsabilidad en la prevención, porque deberán legislar, ejercer un control y dictar medidas para la protección de los demás Estados.

22. Uno de los miembros también ha preguntado si un Estado podría continuar con la actividad peligrosa cuando no se ha podido entender con sus vecinos respecto de la gestión de los riesgos. Se ha propuesto el establecimiento de un sistema obligatorio de solución de controversias. La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación prevé en su artículo 33 un sistema muy poco riguroso de una comisión para determinación de los hechos. Este dispositivo fue muy debatido, pero la mayoría de los representantes en la Sexta Comisión parecen haberlo aprobado. Pero si se sitúa a nivel del Estado toda la problemática del incumplimiento de la obligación de diligencia y de la evaluación de la conformidad a una norma de conducta, esto es, si se incluye en el tema de la responsabilidad de los Estados, un régimen obligatorio de solución de controversias podría no ser en absoluto el adecuado.

23. De todas formas la obligación de prevención siempre será considerada favorablemente por los Estados, que nunca la verán como un deber excesivo. Les resulta útil porque protege a su población al mismo tiempo que protege la de los demás Estados y porque, además, es parte de lo que la sociedad civil contemporánea exige de los gobiernos. Sea cual fuere el procedimiento que la Comisión proponga y los principios que establezca, los Estados prestarán atención a sus conclusiones. Se esforzarán por poner estos procedimientos y estos principios al servicio de sus propios intereses, porque es sabido que el respeto del derecho internacional sólo es la aplicación de un egoísmo nacional bien entendido.

24. El Sr. ECONOMIDES vuelve a la noción de «umbral», esto es, el nivel de daño que el Estado debe prevenir, y dice que la Comisión parece dudar entre dos posibilidades: fijar este umbral en el «daño sensible», opción que cuenta con la aprobación de la mayoría de sus miembros; o atenerse a la idea, que defiende el orador, de que el Estado debe esforzarse por prevenir «todo» daño. También cabe preguntarse si no había una solución intermedia, y si la Comisión no podría encontrar un nuevo criterio, por ejemplo el del «daño mínimo», ya que estamos en el ámbito de la prevención y no del daño efectivo. El

Sr. Economides sigue pensando que el Estado debe tender a no causar ningún daño, siguiendo el principio general de la «gestión de un buen padre de familia».

25. El Sr. AL-KHASAWNEH piensa que es imposible definir lo que se entiende por daño «sensible». El calificativo figura en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación pero en él debe verse una especie de presunción jurídica, como el concepto del «buen padre de familia». Al igual que el Sr. Economides, se puede preferir una norma absoluta («ningún daño») a las soluciones que ofrece un sistema escalonado que va de lo insignificante a lo masivo pasando por lo razonable, lo apreciable, lo sensible, etc. De todas formas, el Sr. Al-Khasawneh piensa que la Comisión no debe tomar ninguna decisión precipitada.

26. El Sr. ROSENSTOCK pide a la Comisión que, para su gobierno, se remita a la forma en que en el comentario a los artículos referentes al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación<sup>3</sup> se explica el calificativo de «sensible», que se aplica a un daño más importante que el mínimo y menos grave que el sustancial. Los autores descartaron el adjetivo «apreciable» porque temían que sólo cubriera lo que era científicamente detectable. Quizás la Comisión podría adoptar el mismo criterio, vale decir, fijar en materia de prevención un umbral relativo, que se analizaría en el comentario al artículo pertinente.

*Se levanta la sesión a las 11.15 horas.*

<sup>3</sup> Véase 2530ª sesión, nota 5

## 2532.ª SESIÓN

*Martes 19 de mayo de 1998, a las 10.05 horas*

*Presidente: Sr. João BAENA SOARES*

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Mikulka, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

**Responsabilidad de los Estados<sup>1</sup> (A/CN.4/483, secc. C, A/CN.4/488 y Add.1 a 3<sup>2</sup>, A/CN.4/490 y Add.1 a 7<sup>3</sup>, A/CN.4/L.565 y Corr.1, A/CN.4/L.569 y Corr.1)**

[Tema 2 del programa]

### PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad de los Estados a que presente la introducción de su primer informe (A/CN.4/490 y Add.1 a 7).

2. El Sr. CRAWFORD (Relator Especial) rinde homenaje a los anteriores relatores especiales por la labor que realizaron sobre un tema muy difícil, agradece a la Comisión el haberle encomendado la segunda lectura del proyecto y dice que primero se referirá a las cuestiones preliminares tratadas en su primer informe. Cuando haya concluido el debate sobre estas cuestiones, presentará la parte del informe referente a los crímenes internacionales. Para información de los miembros se ha distribuido una bibliografía provisional; agradecería se le hicieran sugerencias para añadir elementos a la bibliografía, especialmente en idiomas distintos del inglés.

3. El informe sometido a la Comisión, que contiene una sinopsis de la labor de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, trata algunas cuestiones generales. La primera es la distinción entre normas primarias y secundarias en materia de responsabilidad de los Estados, una distinción que ha servido de base a la labor sobre este tema desde 1963. El antiguo Relator Especial, Sr. Roberto Ago, afirmó que las normas secundarias atañen a

los principios que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales, manteniendo una rigurosa distinción entre esa labor y la de definir las normas que imponen a los Estados las obligaciones cuya violación puede entrañar responsabilidad

y que

una cosa es definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta y otra muy distinta es determinar si se ha infringido esa obligación y cuáles deben ser las consecuencias de tal infracción. Únicamente este segundo aspecto forma parte del ámbito de la responsabilidad<sup>4</sup>

Esta distinción es absolutamente esencial para completar la labor de la Comisión.

4. El objetivo de las normas secundarias, según está enunciado de forma general en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, es servir de marco para que tengan efecto las normas primarias en aquellas situaciones que impliquen una infracción. Es una distinción coherente, aunque difícilmente podría llevarse a casos particulares y aun cuando se pueda pensar que algunos de los artículos del proyecto se pierden ligera-

<sup>1</sup> Véase el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), doc. A/51/10, cap. III, secc. D.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 190, doc. A/CN.4/233, párr. 7.