

52. Una primera dificultad está en la terminología y es sabido que siempre resulta difícil incorporar en el derecho internacional el vocabulario de un determinado sistema jurídico: es necesario que los términos empleados en un instrumento internacional sean comprendidos por todos aquellos que han de aplicarlo.

53. Además, los fundamentos del tema plantean ciertas preguntas. Por ejemplo, en su tercer informe (A/CN.4/405, párr. 59) el Relator Especial funda la responsabilidad en el daño y más precisamente en el daño apreciable, al hablar de un límite a partir del cual el Estado sería responsable. Pero, ¿en qué momento pasa a ser apreciable el daño o el perjuicio? E incluso, ¿quién puede determinar si es apreciable o no? Es evidente que al Estado en cuyo territorio se ha producido un daño resultante de actividades lícitas no se le puede exigir reparación si no ha habido falta. ¿Hay que buscar entonces la base de la responsabilidad en lo que los países de América Latina llaman la responsabilidad objetiva o también la responsabilidad sin falta? ¿Cómo hablar además de que los países en desarrollo son los primeros interesados en no encontrarse en la situación del Estado a quien se imputara un daño cuando no tiene los medios de indemnizar al Estado afectado ni en la del Estado afectado, que tendría dificultades en hacerse indemnizar? Son muchos los miembros de la Comisión a quienes el tema les lleva a hacerse esas preguntas, por no estar convencidos por los argumentos presentados en favor del estudio del tema en su forma actual.

54. El Sr. Díaz González añade que la Comisión no debe dedicarse exclusivamente a la codificación del derecho internacional, sino que debe pensar también en su desarrollo progresivo. Para ello, es importante que busque los medios de defender los intereses legítimos de los Estados, es decir, sus derechos y que establezca los derechos que podrán ejercer los Estados que hayan aceptado el instrumento que surja de esos proyectos de artículos. La Comisión, órgano legislativo, tiene la facultad de elaborar normas jurídicas, lo que implica creación de derecho. Debe aceptar esa responsabilidad, no aplazar su labor para más tarde, ni dejarla a otro órgano. Ni la doctrina, ni la práctica de los Estados, ni la jurisprudencia proporcionarán por sí solas las bases necesarias para elaborar un conjunto de proyectos de artículos ya sean obligatorios o facultativos. Así pues, el Relator Especial no es el único responsable de su tema. Todos los miembros de la Comisión deberán ayudarle en su estudio y el Sr. Beesley ha evocado incluso la posible ayuda de expertos, de conformidad con el artículo 16 del estatuto de la Comisión.

55. Por último, el Sr. Díaz González estima que la Comisión debe continuar su labor sin precipitación y con conocimiento de causa, comenzando quizás por definir los términos que piensa utilizar y estableciendo bases mínimas en las que debe apoyarse la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

56. El Sr. KOROMA señalando que el Relator Especial ha pedido directrices a la Comisión, sugiere que ésta vuelva a una práctica anterior, por la cual el Presidente hacía una recapitulación de las principales cuestiones

suscitadas durante el debate a fin de facilitar el resumen del Relator Especial.

57. El PRESIDENTE se muestra dudoso en usurpar las prerrogativas del Relator Especial; propone que la interesante sugerencia del Sr. Koroma sea estudiada por el Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada cuando examine los métodos de trabajos de la Comisión.

*Se levanta la sesión a las 13.05 horas.*

## 2022.ª SESIÓN

*Viernes 26 de junio de 1987, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Stephen C. McCaffrey

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucouinas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Visita de un ex miembro de la Comisión

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Sucharitul, ex miembro de la Comisión.

**Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (continuación)** [A/CN.4/384<sup>1</sup>, A/CN.4/402<sup>2</sup>, A/CN.4/405<sup>3</sup>, A/CN.4/L.410, secc. F, ILC(XXXIX)/Conf.Room Doc.2<sup>1</sup>]

[Tema 7 del programa]

### TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

ARTÍCULO 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos),

ARTICULO 2 (Términos empleados),

ARTICULO 3 (Distintos casos de efecto transfronterizo),

ARTICULO 4 (Responsabilidad),

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

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> El plan esquemático, presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones, se reproduce en *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109. Las modificaciones hechas a ese texto en el cuarto informe de R. Q. Quentin-Baxter, presentado a la Comisión en su 35.º período de sesiones, se señalan en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.

ARTÍCULO 5 (Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales) y

ARTÍCULO 6 (Falta de efecto sobre otras normas del derecho internacional)<sup>5</sup> (continuación)

2. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el presente tema es un aspecto importante del derecho internacional y conviene diferenciarlo del tema de la responsabilidad de los Estados, aun cuando ambos tienen elementos comunes y, en ciertos casos, se superponen. La Comisión ha de dar a este tema un tratamiento distinto del aplicado a la cuestión del régimen de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, aunque también hay elementos comunes en cuanto el problema de la responsabilidad se plantea igualmente en relación con los cursos de agua internacionales.

3. El Relator Especial ha reconocido la importancia de esas cuestiones fundamentales para determinar el camino que ha de seguirse y que no puede ser el mismo que en la responsabilidad de los Estados o en los cursos de agua internacionales. A este respecto, los esfuerzos del anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, no habían sido del todo satisfactorios y ciertos miembros de la CDI, así como algunos representantes de la Sexta Comisión de la Asamblea General, no habían podido evitar un debate teórico de carácter muy general sobre el tema de la responsabilidad de los Estados. Al mismo tiempo, la incompatibilidad de ciertos conceptos, que se ha puesto de manifiesto en el debate sobre los cursos de agua internacionales, en particular, la cuestión de cómo conciliar el derecho de los Estados de procurar libremente la consecución de los objetivos de progreso y utilización racional y óptima de los recursos nacionales y el deber de cada uno de ellos de ejercer sus derechos en un espíritu general de conciliación y moderación, ha influido en el enfoque y la manera de pensar no sólo del Relator Especial sino también de varios miembros de la Comisión.

4. La responsabilidad de los Estados es fundamentalmente una cuestión de relaciones interestatales en que las esferas principales son ciertas obligaciones y normas relativas al comportamiento a nivel de los Estados; no depende de un resultado o un perjuicio concreto. En cambio, en el *common law* existe una responsabilidad denominada «liability» —entendida concretamente como la necesidad de reparar el daño a diferencia de la «responsibility», en su sentido literal— que surge en todos los casos en que hay un comportamiento indebido o una violación de una obligación que ocasiona un perjuicio o daño. La Comisión debe mantener siempre esta distinción fundamental.

5. El tema de la responsabilidad («liability») debe examinarse con gran atención a fin de identificar los diferentes elementos jurídicos que deben concurrir para que surja la obligación de reparar, las condiciones de la responsabilidad, defensas o circunstancias atenuantes, los medios de determinar la responsabilidad así como su tipo y alcance. A este respecto se han planteado diversas cuestiones, como la relación entre la causa y el daño, la carga de la prueba, la presunción en caso de negativa de cooperar, el deber de notificar y el conocimiento de los

riesgos. Asimismo, conviene examinar las condiciones exigentes de responsabilidad, precisando los factores que interrumpen la cadena de la causalidad jurídica, a saber, el caso fortuito, la fuerza mayor, la negligencia culpable de la víctima, la intervención de un tercero, las «expectativas compartidas», expresión que es sólo una formulación diferente de la excepción basada en el acuerdo tácito o implícito o el asentimiento. Por su parte, el orador no es partidario de que se empleen los términos «expectativas compartidas», pues su sentido y alcance son demasiado amplios. La Comisión debería por lo tanto examinar si esos factores son pertinentes en distintos contextos, como los accidentes nucleares, las actividades espaciales o los trabajos de prospección y explotación de recursos en el ámbito marino.

6. También se debería prestar atención a los precedentes a fin de extraer de ellos conclusiones de aceptación general que puedan ser de utilidad para las autoridades cuando deban identificar las principales circunstancias atenuantes de la responsabilidad. A este respecto, el Sr. Sreenivasa Rao está de acuerdo con la opinión del Relator Especial, que figura en su segundo informe (A/CN.4/402, párr. 51), en que no existe una delimitación muy precisa entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad absoluta, sino más bien diversos matices de rigurosidad, desde la concatenación causal que hace recaer en el explotador la responsabilidad en la esfera nuclear (en que casi no existe excepciones), hasta formas más benignas como la simple inversión del cargo de la prueba o el establecimiento de ciertas presunciones en favor del demandante.

7. Por ello, el debate sobre la cuestión de si el derecho consuetudinario internacional reconoce o no la responsabilidad objetiva o absoluta no es de carácter decisivo y ni siquiera es útil. En efecto, la práctica de los Estados se refiere a actividades determinadas, en el marco de un régimen convencional particular. En lo que respecta a los trabajos de la Comisión, es mucho más importante, en verdad fundamental, hacer observar que para determinar la responsabilidad tiene que haber un umbral aceptable y generalmente reconocido de perjuicio o daño, umbral que naturalmente será distinto según las actividades de que se trate.

8. A este respecto, cabe tener presente que entre científicos y observadores informados no existe consenso, por ejemplo, en cuanto a los niveles de radiación tolerables para distintos sujetos (los seres humanos, los animales, el medio ambiente, los ríos u océanos), o en cuanto a las condiciones que hacen variar ese nivel de tolerancia. Asimismo, los debates sobre el empleo de plaguicidas y sustancias químicas, las emisiones de gas nocivo, la eliminación de desechos o de sustancias nucleares, han puesto de manifiesto profundos desacuerdos sobre la cuestión del umbral tolerable.

9. Se ha propuesto invitar a expertos para que den a la Comisión una visión más clara acerca del alcance y el tipo de normas necesarias y para que le ayuden a precisar el contenido técnico y científico del tema. No duda que será necesario comprender cabalmente todos los aspectos esenciales del tema, pero el orador recuerda que la opinión de los expertos sobre esta cuestión no es unánime y que tampoco existe ningún grupo de expertos al

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2015.ª sesión, párr. 1.

que pueda recurrir la Comisión para el examen de todos los distintos aspectos científicos y técnicos del tema. Lo que demuestra, en consecuencia, que no cabe hablar de responsabilidad en términos generales. Lo importante es establecer normas que sean generalmente aceptables para los expertos técnicos, los Estados y las autoridades responsables. Una vez hecho esto, la Comisión podrá más fácilmente proporcionar la orientación necesaria para determinar el tipo y el alcance de la reparación o la indemnización apropiada.

10. Conviene ante todo determinar cuáles son los grandes principios aplicables en la materia. El primero de ellos es el de la soberanía de los Estados, esto es, la libertad de acción, de que goza cada Estado, en la medida en que sea compatible con los derechos de los demás Estados. Hay consenso general sobre ese principio, que es aplicable a todos los temas de que se ocupa la Comisión. Al mismo tiempo, la existencia de normas sobre responsabilidad reviste interés para todos los Estados a los efectos no tanto de determinar quién es culpable sino de solucionar el problema de la reparación de los daños, con especial hincapié en las medidas preventivas. En el caso de la contaminación de los ríos, por ejemplo, el Estado de origen es el primero en verse afectado por esa contaminación de modo que en ese caso no existe realmente conflicto de intereses con los demás Estados afectados.

11. Los hechos ocurridos en Bhopal han puesto claramente de manifiesto que las empresas multinacionales controlan prácticamente todos los aspectos de la evolución científica y técnica. El papel de esas empresas en la ciencia y la tecnología es objeto de muchas críticas y debería analizarse en forma separada. La preocupación fundamental de esas empresas es la ganancia, mientras que para los Estados son las necesidades económicas y sociales las razones apremiantes para integrar las empresas multinacionales en su proceso de desarrollo. Es precisamente este tipo de situación al que se debe aplicar el principio enunciado por el Relator Especial, según el cual la víctima inocente no debe soportar la pérdida sufrida. En el caso señalado, la víctima fue el propio Estado en la medida en que varios millones de sus habitantes sufrieron las consecuencias de la catástrofe. Es necesario examinar el problema de la reparación del daño en los casos semejantes y, a su juicio, la Comisión no debería eludir ese problema.

12. Otra cuestión de principio es la planteada por el Sr. Barsegov (2020.ª sesión), a saber, la necesidad de fomentar la innovación y la iniciativa en los nuevos sectores de la ciencia y la tecnología. En este sentido, es preciso encontrar el equilibrio entre la experimentación y la razón. Es indiscutible que se deben alentar ciertas actividades que son beneficiosas. Al mismo tiempo, sin embargo, es necesario que el período entre la experimentación y la aplicación industrial sea razonable; también es necesario tener en cuenta la magnitud del riesgo.

13. En septiembre de 1986, el OIEA aprobó dos convenciones, la primera de las cuales se refiere a la pronta notificación de accidentes nucleares, y la segunda a la asistencia mutua en esa esfera<sup>6</sup>; sin embargo, es signifi-

cativo que ninguna de esas convenciones trate de la cuestión de la responsabilidad. En marzo de 1987, en una reunión de la Comisión Permanente de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de la OIEA, establecida en virtud de la Convención de Viena de 1983, se mencionó la importante cuestión de la responsabilidad del explotador y se sugirió que la CDI era el órgano apropiado para examinarla. La Comisión debe, pues, examinarla en el marco del presente tema.

14. Otra cuestión de principio que se debe mencionar es la relativa a la prevención de los efectos perjudiciales en esferas como el daño nuclear, la contaminación o los daños causados por sustancias químicas. En estos casos el Estado de origen es el primer afectado por las actividades perjudiciales, antes de causar daño a otros Estados. En consecuencia, la solución del problema es una cuestión de interés común y ésta es precisamente la razón de ser de los trabajos que realiza actualmente la Comisión. Es preciso que ésta tenga en cuenta todos los elementos de la cuestión, por ejemplo, el hecho de que las empresas multinacionales están motivadas por la ganancia, que no es en cambio la preocupación principal de los Estados. En consecuencia, el Estado no es el único sujeto que ha de tenerse en cuenta a los efectos de la reparación del daño. Cabe observar incluso que en países como los Estados Unidos de América o el Japón las autoridades públicas no tienen gran relación con la investigación científica y tecnológica, y las empresas multinacionales en cambio se encuentran entre los principales actores en el campo de la aplicación de la ciencia y la tecnología al servicio del desarrollo. Siendo así, es importante que en su estudio de la responsabilidad internacional la Comisión preste suficiente atención al papel y la responsabilidad de estos importantes actores.

15. Otros problemas que se suman al de la responsabilidad de las empresas multinacionales exigen también un examen atento: la responsabilidad objetiva o responsabilidad absoluta, las exenciones de la obligación de reparación en el caso de ciertas actividades científicas y los efectos transnacionales de ciertas actividades.

16. En otro orden de ideas, se plantea el problema del título del presente tema. En particular, al orador le parece que debe modificarse la expresión «no prohibidos», que cambia el enfoque del tema y lleva a pensar que todo acto que no está prohibido por el derecho internacional está permitido de hecho. Además, esa expresión parece pasar los límites del presente tema, pues se relaciona a otras actividades y a su ilicitud respecto al derecho internacional.

17. Ahora bien, las lagunas no existen en el derecho, de modo que cualquier deficiencia se debe más bien al enfoque de los encargados de aplicarlo. En realidad, el derecho internacional tiene aspectos creadores e innovadores que no cabe desconocer y no se debe dar la impresión de que está formado por un conjunto de principios negativos. Si así fuera, no habría dado cabida al derecho del mar o al principio del patrimonio común de la humanidad, a que se ha referido el Sr. Shi (*ibid.*), que son conceptos plenamente reconocidos hoy en día. Por lo tanto, la expresión «no prohibidos» no es ni adecuada ni conveniente y debería eliminarse del título del tema. Se podría hacer referencia en su lugar a las activi-

<sup>6</sup> Véase 2019.ª sesión, notas 13 y 14.

dades lícitas de los Estados o a las actividades autorizadas o permitidas con arreglo al derecho internacional. Un miembro de la Comisión se ha referido a las actividades «intrínsecamente» lícitas e «intrínsecamente» ilícitas, pero ese término se aplica más bien a las actividades peligrosas y no a las actividades de orden más general de que trata el presente tema.

18. En cuanto al tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/405), el Sr. Sreenivasa Rao estima que es conveniente insistir sobre el «conocimiento» o «los medios de saber» como criterios para determinar la responsabilidad de un Estado. Señala además, que es preferible no separar las nociones de «territorio» y «control», como lo hace el Relator Especial (*ibid.*, párrs. 44 y ss.), cuando se trata de determinar la responsabilidad de un Estado.

19. El orador confía en que se examinen atentamente las ideas que ha planteado, habida cuenta sobre todo de que ya otros miembros de la Comisión han señalado los peligros de un debate innecesariamente teórico y generalizado.

20. El PRESIDENTE dice que se levanta la sesión a fin de que se reúna el Comité de Redacción.

*Se levanta la sesión a las 11.25 horas.*

## 2023.ª SESIÓN

*Martes 30 de junio de 1987, a las 10 horas*

*Presidente:* Sr. Stephen C. McCAFFREY

*Miembros presentes:* Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. Ogiso, Sr. Pawlak, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

### Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (*conclusión*) [A/CN.4/384<sup>1</sup>, A/CN.4/402<sup>2</sup>, A/CN.4/405<sup>3</sup>, A/CN.4/L.410, secc. F, ILC (XXXIX)/Conf.Room Doc.2<sup>4</sup>]

[Tema 7 del programa]

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

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

<sup>4</sup> El plan esquemático, presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones, se reproduce en *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109. Las modificaciones hechas a ese texto en el cuarto informe de R. Q. Quentin-Baxter, presentado a la Comisión en su 35.º período de sesiones, se señalan en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.

### TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*conclusión*)

ARTÍCULO 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos),

ARTÍCULO 2 (Términos empleados),

ARTÍCULO 3 (Distintos casos de efecto transfronterizo),

ARTÍCULO 4 (Responsabilidad),

ARTÍCULO 5 (Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales) y

ARTÍCULO 6 (Falta de efecto sobre otras normas del derecho internacional)<sup>5</sup> (*conclusión*)

1. El Sr. BARBOZA (Relator Especial), al recapitular el debate sobre el tema, dice que se pueden extraer algunas importantes conclusiones, a saber, en primer término, que la Comisión debe esforzarse por cumplir el mandato que le ha encomendado la Asamblea General; en segundo término, que el proyecto de artículos no debe desalentar el progreso científico y tecnológico y, en tercer término, que se deben vincular los conceptos de prevención y reparación a fin de salvaguardar la unidad del tema y aumentar su interés.

2. Por otra parte, también se aplican en esta esfera ciertos principios generales, por ejemplo, el principio de que cada Estado tiene derecho a disfrutar en su territorio de toda la libertad de acción que sea compatible con el respeto de la soberanía de los demás Estados, el principio de la prevención y, en caso de daño, el principio conexo de la reparación, así como el principio de que la víctima inocente de un efecto transfronterizo perjudicial no debe soportar la pérdida sufrida. Es preciso hacer observar que si bien no existe unidad de pareceres en cuanto al reconocimiento de esos principios en el derecho internacional consuetudinario, nadie ha sostenido que no tengan cabida en el tema que se examina.

3. Algunos miembros de la Comisión han aconsejado al Relator Especial que adopte una actitud prudente y más realista, mientras que otros le han exhortado a mostrarse firme e incluso audaz. Lo mejor sería tal vez que optase por la prudencia en lo que respecta al ámbito de aplicación del tema, por la firmeza en los principios y por el realismo en cuanto a los procedimientos y las obligaciones. De cualquier modo, el orador declara ser plenamente consciente tanto de la necesidad de lograr el apoyo político de los Estados como de los problemas prácticos que suscitan todos los artículos sobre el tema.

4. Una de las muchas cuestiones planteadas se refiere a la naturaleza de los artículos propuestos. ¿Se ha de elaborar un proyecto de convención marco o una serie de recomendaciones? Por ejemplo, en opinión del Sr. Mahiou (2018.ª sesión) el plan esquemático sería una base que permitiría establecer un régimen de responsabilidad, mientras que, a juicio del Sr. Shi (2020.ª sesión), la Comisión debe evitar los problemas teóricos adoptando para ello una hipótesis de trabajo y prosiguiendo la redacción de los artículos. Por su parte, el Sr. Barboza estima que la Comisión debería esforzarse por elaborar un conjunto de artículos coherentes y compatibles con los principios del derecho y la justicia; una

<sup>5</sup> Para el texto, véase 2015.ª sesión, párr. 1.