

nota de los hechos registrados en esta misma esfera en otros sectores de la comunidad internacional. De ese modo, la Comisión demostrará que el tema es importante y extremadamente pertinente.

69. Todos los miembros de la Comisión han llegado a un acuerdo acerca de la norma primaria de que ningún Estado tiene derecho a causar daño a otro en el ejercicio de sus actividades, ya sean lícitas o ilícitas, y que, de ocurrir el daño, el Estado de origen debe dar reparación o pagar indemnización al Estado afectado. Ese principio debe formularse al comienzo mismo del proyecto, de modo que figure incluso antes del artículo sobre el ámbito de aplicación. Ese principio es una norma ampliamente aceptada en el derecho internacional general, en la jurisprudencia de la CDI y en muchos instrumentos jurídicos internacionales, y no hay motivo para temer que sea un obstáculo en el adelanto de la ciencia y la tecnología. Desde luego, la formulación actual podría enmendarse a fin de atender a cualquier objeción justificada.

70. En la introducción a su informe, el Relator Especial señala que el proyecto se sitúa en un momento en que «un Estado, habiendo individualizado una actividad de riesgo en su interior, advierte que la continuación de esa actividad lo coloca, junto con los eventuales Estados afectados, en una situación nueva» (A/CN.4/413, párr. 4). La situación así descrita puede interpretarse de distintas maneras. La actividad puede ser realizada por un tercero sin el conocimiento del Estado en cuyo territorio se lleva a cabo; el riesgo puede surgir como resultado de la fuerza mayor; o es posible que la actividad no entrañe en un comienzo ningún riesgo, y que éste se descubra más tarde. En todo caso, el Estado no podrá individualizar esa actividad mientras no se produzca un daño y surja la necesidad de reparar. En consecuencia, el Estado que inicia en su territorio una actividad de riesgo, es responsable por el daño transfronterizo que se produzca.

71. Más adelante, el Relator Especial observa que en el presente caso, las únicas obligaciones son «las que dicta el deber general de cooperación: notificar, informar, prevenir» (*ibid.*, párr. 6). Aunque no es su deseo disminuir la importancia de ese deber general, y si bien está de acuerdo en especial con el Sr. Barsegov en cuanto a la necesidad primordial de prevenir la contaminación, considera que el principio de la responsabilidad que hace que deba haber indemnización o reparación cuando se produce un daño, reviste mayor importancia y no debe asociarse a la obligación de cooperar. Confía en que esta cuestión vuelva a examinarse más adelante.

72. En su presentación verbal (2044.ª sesión), el Relator Especial ha expresado el temor de que si se reconoce la primacía de la norma de la reparación del daño se llegue a un proyecto consistente en un artículo único. No es éste el caso y, además, el texto que se elabore tampoco debe ser obligatoriamente una convención sino que puede revestir la forma de directrices o principios rectores.

73. El significado del proyecto de artículo 1 sería más claro si se enmendara como sigue:

«Los presentes artículos se aplicarán a las actividades que se desarrollen en el territorio de un Estado o

bajo su jurisdicción, o en un territorio bajo su control efectivo, cuando esas actividades causen un daño transfronterizo.»

A su juicio, la referencia al territorio es fundamental. El propósito del Relator Especial al omitirla ha sido asegurar que el artículo abarque los buques y otros objetos, como los aviones, las naves espaciales y las instalaciones petroleras, evitando al mismo tiempo incurrir en la ficción legal de que tales objetos forman parte del territorio del Estado que ejerce control sobre ellos. La cuestión tal vez pueda solucionarse redactando dos artículos separados, uno sobre las actividades realizadas en el territorio de un Estado —lo que constituye sin duda la categoría principal de actividades que se examinan— y otro sobre las actividades relacionadas con objetos extraterritoriales que están bajo la jurisdicción de un Estado.

74. En lo que respecta al concepto de riesgo apreciable, la base jurídica de la responsabilidad es el daño causado y no el riesgo creado. El riesgo es mayor cada año por lo que el concepto de riesgo no constituye una base sólida para el proyecto de artículos.

75. El orador está plenamente de acuerdo con los tres principios expuestos en el párrafo 85 del informe del Relator Especial (A/CN.4/413), pero desgraciadamente el proyecto, tal como está redactado, no parece haber sido elaborado sobre la base de esos principios. Por ello, insta al Relator Especial a que continúe sus trabajos según los principios que él mismo ha enunciado.

76. El PRESIDENTE informa a los miembros de la Comisión que en la semana anterior ésta ha utilizado todo el tiempo de trabajo que se le había asignado, y 15 minutos más.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2075.ª SESIÓN

Jueves 7 de julio de 1988, a las 10 horas

Presidente: Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr. Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, S. 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 prohibido por el derecho internacional (conclusión) [A/CN.4/384¹,

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

A/CN.4/405², A/CN.4/413³, A/CN.4/L.420,
secc. D⁴

[Tema 7 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(conclusión)

- ARTÍCULO 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos),
ARTÍCULO 2 (Términos empleados),
ARTÍCULO 3 (La atribución),
ARTÍCULO 4 (Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales),
ARTÍCULO 5 (Falta de efecto sobre otras normas del derecho internacional),
ARTÍCULO 6 (La libertad de acción y sus límites),
ARTÍCULO 7 (La cooperación),
ARTÍCULO 8 (La participación),
ARTÍCULO 9 (La prevención) y
ARTÍCULO 10 (La reparación)⁵ (conclusión)

1. El Sr. SOLARI TUDELA, tras subrayar el gran interés que reviste el cuarto informe (A/CN.4/413) presentado por el Relator Especial y muy en particular el hecho de que refleja los debates a que dio lugar el tercer informe (A/CN.4/405) durante el anterior período de sesiones de la Comisión y en la Sexta Comisión de la Asamblea General, señala en primer término que, si bien todas las instituciones del derecho internacional se encuentran relacionadas, esa relación es más estrecha en ciertos casos. Así sucede respecto de tres cuestiones que tiene actualmente ante sí la Comisión: el presente tema, la responsabilidad de los Estados y el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. La Comisión debe tener siempre presente esta coincidencia y tratar de armonizar los textos correspondientes.

2. A continuación indica que el tema que se examina interesa en gran medida a la preservación del medio ambiente, que se deteriora a un ritmo más rápido que el de las medidas de protección, de donde resulta que el medio natural del hombre es cada día menos hospitalario. La Comisión debe aprovechar la oportunidad que se le presenta de contribuir a frenar ese deterioro no sólo por la calidad de sus trabajos, sino por la rapidez con que sepa actuar.

3. En el proyecto de artículo 1, el Relator Especial define las actividades que abarca la futura convención como aquellas que crean un riesgo apreciable de causar un daño transfronterizo. De ese modo, al optar por la responsabilidad por riesgo, el Relator Especial excluye de la aplicación del proyecto el daño causado por actividades no prohibidas por el derecho internacional que no

ofrecen ese tipo de riesgo apreciable. Ello lleva a excluir también toda reparación en favor de la víctima inocente de un daño que no sea apreciable y a emplear un criterio subjetivo para determinar el carácter apreciable del riesgo de cada actividad. Es cierto, como dice el Relator Especial en su cuarto informe (A/CN.4/413, párr. 39), que en el derecho internacional contemporáneo no existe una norma que prevea que todo daño debe ser compensado, pero ello no debería ser obstáculo para establecer una norma de esa naturaleza en el proyecto. La labor de la Comisión no es sólo de codificación sino también de desarrollo progresivo del derecho internacional. Aunque sabe que no toda la comunidad internacional está dispuesta a aceptar una norma de ese género, habida cuenta de la dramática evolución en el deterioro del medio ambiente, el Sr. Solari Tudela considera que los sectores especializados de la opinión pública, que en última instancia gravitan decisivamente en las decisiones de los gobiernos, no sólo están preparados para aceptar esas normas, sino que reclaman la existencia de disposiciones que establezcan la reparación de todo daño, cualquiera que sea su origen.

4. En el proyecto de artículo 1 se encuentran otros dos conceptos: el de la jurisdicción, que reemplaza el concepto de territorio empleado anteriormente; y el del control efectivo, que se puede aplicar, por ejemplo, a Namibia y posiblemente a ciertas zonas de la Antártica —aun cuando cabe preguntarse si en ese caso se trata de un control realmente efectivo— o incluso a los territorios árabes ocupados.

5. Ello no significa por lo demás que el concepto de riesgo deje de ser útil; a su juicio, la distinción entre el riesgo apreciable y el que no lo es debe servir para matizar la reparación.

6. El Sr. Solari Tudela ha señalado anteriormente la conveniencia de que los términos definidos en el proyecto de artículo 2 se armonicen con los que se utilizan en los proyectos de artículos elaborados sobre la responsabilidad de los Estados y sobre el uso de los cursos de agua internacionales. Por ejemplo, en el caso del inciso ii) del apartado a del proyecto de artículo 2, en que la expresión «riesgo apreciable» significa todo riesgo que puede advertirse mediante un simple examen de la actividad, cabe preguntarse cuál es el sentido exacto de la expresión «simple examen». Entiende que se trata del examen que se realiza sin ayuda de medios técnicos para determinar el riesgo de una actividad. Ahora bien, salvo error de su parte, no parece que se pueda determinar mediante un simple examen el riesgo de una actividad que sea fuente continua de contaminación y cuya acumulación ocasione un daño a un plazo más o menos largo, ni que en este caso se pueda hablar de actividad de riesgo apreciable. Habría que precisar también otra cuestión en relación con el daño transfronterizo a que se refiere el apartado c del artículo 2: ¿qué sucedería en el caso de un daño que afectase al espacio ultraterrestre, la alta mar o la Antártica?

7. El proyecto de artículo 3 responde a la preocupación expresada en el debate en cuanto a los medios de que disponen los Estados para conocer las actividades de que se trata. Esa preocupación se pone de manifiesto principalmente en los países en desarrollo, que por sus limitadas posibilidades podrían verse restringidos en el

² Reproducido en *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte).

⁴ El examen del presente tema se basa en parte en el plan esquemático presentado por el anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, a la Comisión en su 34.º período de sesiones; el plan esquemático se reproduce en *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 88 a 90, párr. 109, y las modificaciones hechas al texto se indican en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 93, párr. 294.

⁵ Para el texto, véase 2044.ª sesión, párr. 13.

ejercicio de esa obligación de control. Pero la cuestión que se examina interesa a la comunidad internacional en su conjunto y ese interés se podría reflejar en el proyecto de artículo 3 haciendo referencia a la asistencia técnica que un organismo especializado de las Naciones Unidas proporcionase a este respecto a los países en desarrollo que lo solicitasen.

8. El Sr. Solari Tudela tiene ciertas reservas respecto del proyecto de artículo 6. A su juicio, la libertad de acción de los Estados debe entenderse limitada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios de derecho internacional; por ejemplo, el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo⁶. De otro modo, ese proyecto de artículo podría llevar a interpretaciones no deseadas por el Relator Especial, en particular en la esfera de los derechos humanos.

9. En los proyectos de artículos 7 a 9 convendría dar una mayor precisión a los principios de la cooperación y la prevención, especificando las medidas mínimas de cooperación entre los Estados, a las cuales se podrían agregar otras que las partes directamente interesadas desearan negociar.

10. En lo que se refiere al proyecto de artículo 10, sobre la reparación, el Sr. Solari Tudela se remite a lo que ya ha señalado respecto de la utilidad del concepto de riesgo: aunque no sea el punto de partida del proyecto, el concepto de riesgo debe tenerse en cuenta a los efectos de la graduación de la reparación, pues en justicia ésta ha de ser diferente si el daño es originado por una actividad con riesgo apreciable o por una actividad que no entraña ese riesgo. Por último, el Sr. Solari Tudela considera que para determinar la reparación, las negociaciones entre los Estados serán el primer medio pero no el único para llegar a un acuerdo.

11. El Sr. AL-QAYSI considera que la tarea encomendada a la Comisión, además de ser compleja, reviste un interés fundamental para la comunidad de las naciones y en particular para los países en desarrollo. Es compleja, puesto que la Comisión debe innovar en la esfera del desarrollo progresivo, y de interés fundamental en cuanto es indispensable lograr un justo equilibrio entre la licitud y la necesidad de evitar todo perjuicio. El Relator Especial ha presentado un cuarto informe (A/CN.4/413) que refleja esas preocupaciones y propone un conjunto de obligaciones generales básicas a cuyo respecto se limitará a formular ciertas reflexiones de carácter general.

12. Las características del presente tema han determinado sin duda el curso del debate en la Comisión. El ámbito de aplicación del proyecto de artículos, delimitado desde un comienzo, se ha concretado todavía más durante el debate; el Relator Especial ha de tratar de las actividades lícitas que entrañan un peligro o un riesgo transfronterizo. Sin embargo, han surgido algunas diferencias de opinión en cuanto a la cuestión de si ha llegado el momento oportuno para examinar la responsabilidad particular vinculada a esas actividades y si, tal como la ha presentado el Relator Especial, la Comisión puede realmente delimitar esa cuestión. En cuanto a la forma que deben revestir los trabajos de la Comisión, el Rela-

tor Especial ha optado por presentar un proyecto de artículos encaminado a alentar a los Estados a celebrar acuerdos específicos. Pero también se observa otra corriente de pensamiento, la de quienes consideran que en el mejor de los casos la Comisión podría elaborar un conjunto de normas que revistan la forma de recomendaciones o directrices para los Estados.

13. ¿Debe basarse el proyecto de artículos en la responsabilidad por riesgo o en la responsabilidad por daños? En lo que respecta a esta cuestión, de decisiva importancia, el Sr. Al-Qaysi está dispuesto a aceptar la posición del Relator Especial, que ha optado por la responsabilidad por riesgo. En efecto, el Relator Especial, se ha atenido —con toda razón— a los resultados de los trabajos de la Comisión sobre el tema del anterior Relator Especial. Asimismo, el objetivo que se ha propuesto no es distinto del de la Comisión, aun cuando no todos los miembros compartan esta opinión. Por su parte considera en efecto que el párrafo 7 del informe no debe entenderse en el sentido de que el Relator Especial se aparta del mandato que la Asamblea General ha encomendado a la Comisión, sino que se interroga más bien acerca de la tarea que debe realizarse en la etapa actual. Por otra parte, el Relator Especial aclara que «aquí, las únicas obligaciones son las que dicta el deber general de cooperación: notificar, informar, prevenir» (*ibid.*, párr. 6). Esa es sin duda la preocupación fundamental de la Comisión, y el Relator Especial agrega: «si se produce un daño, tampoco hay una indemnización perfectamente establecida, sino una obligación de negociar para buscar de buena fe reparar el daño causado, teniendo eventualmente en cuenta varios factores [...]» (*ibid.*). Además, el título del tema, tal como lo ha fijado la Asamblea General, no establece límites a los tipos de actos legítimos que abarca, pues la Asamblea dejó esa decisión al criterio de la Comisión. Por lo tanto, el Sr. Al-Qaysi no está de acuerdo con quienes piensan que el Relator Especial, en cuanto fundamenta el conjunto de su proyecto en la responsabilidad por riesgo, se propone un objetivo que no corresponde al mandato encomendado a la Comisión.

14. La parte del informe que trata en detalle la cuestión del daño (*ibid.*, párrs. 37 y ss.) confirma que el Relator Especial no ha olvidado el mandato dado por la Asamblea General a la Comisión. También en este caso, y al igual que el Sr. Mahiou (2048.ª sesión), el Sr. Al-Qaysi no puede sino aprobar la elección del Relator Especial en particular. El párrafo 40 del informe está en consonancia con la pauta que se ha fijado la Comisión y corresponde a las conclusiones que se desprenden de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General. Por otra parte, nada impediría que la Comisión adoptase el concepto de responsabilidad objetiva, pero cabe preguntarse si lo desea o puede hacerlo. Si no lo desea o si no puede, la Comisión debe entonces fijarse un objetivo modesto y el enfoque adoptado por el Relator Especial es sin duda el que conviene adoptar.

15. Algunos miembros se han preguntado si el Relator Especial hacía suficiente hincapié en la cuestión del daño. De la lectura atenta del párrafo 44 del informe se desprende que el Relator Especial no deja de tener en cuenta la necesidad de lograr un equilibrio entre el riesgo y el daño; es cierto que el riesgo en cuanto tal

⁶ Véase 2044.ª sesión, nota 8.

desempeña un importante papel en la materia y se puede hablar en efecto de un *continuum* entre riesgo y daño. En suma, el Relator Especial ha previsto, sobre la base del riesgo, una obligación en potencia que surgiría en el momento en que se produjera el daño y especifica las otras condiciones del daño (A/CN.4/413, párr. 48). A ese respecto, el Sr. Al-Qaysi apoya las observaciones del Sr. Mahiou, para quien es manifiesto que se trata de una cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional y subraya con razón la importancia del principio de la buena vecindad.

16. Se ha dicho que el riesgo es un concepto abstracto y que la forma en que lo concibe el Relator Especial es demasiado subjetiva. El Sr. Al-Qaysi no comparte esta opinión y señala que el Relator Especial ha tratado de proponer los factores que contribuyen a dar al concepto de riesgo un carácter objetivo, aun cuando sea abstracto (*ibid.*, párr. 22).

17. La cuestión del ámbito de aplicación del proyecto debe solucionarse de una vez para siempre si se desea que la Comisión progrese en sus trabajos sobre los proyectos de artículos propiamente dichos. Ahora bien, debe hacerlo si se piensa en el tiempo transcurrido desde que comenzó a examinar el tema y puede hacerlo si se tiene en cuenta la evolución del debate. Para ello puede tomar como base los textos propuestos por el Relator Especial tratando, por supuesto, de darles toda la precisión necesaria. A este respecto, y sin querer entrar en detalles, el Sr. Al-Qaysi desea referirse a algunas de las ideas propuestas por otros miembros de la Comisión sobre determinados proyectos de artículos.

18. Algunos miembros consideran que los términos «jurisdicción» y «control» no tendrían la claridad necesaria. Al respecto, el Sr. Graefrath (2047.ª sesión) se refiere al caso hipotético de una sociedad constituida con arreglo a la ley de los Estados Unidos de América, con sede en Madrid, cuya mayoría de los accionistas son canadienses y que ejerce sus actividades fundamentalmente en el Sudán. Es cierto que una sociedad de esta naturaleza podría depender de diversas jurisdicciones. Pero ¿con qué sentido emplea el Relator Especial el concepto de «jurisdicción» en su proyecto de artículo 1? ¿Para dar respuesta a la cuestión del estatuto jurídico de la sociedad? El Sr. Al-Qaysi considera más bien que el Relator Especial recurre a ese concepto por su vinculación con el territorio en el que se realiza la actividad lícita; por ello, en caso de daño transfronterizo, el *continuum* entre riesgo y daño intervendría plenamente. En el ejemplo señalado por el Sr. Graefrath, la jurisdicción aplicable sería la del Sudán.

19. En lo que respecta al «control efectivo», el Sr. Razafindralambo (2048.ª sesión), con el apoyo del Sr. Sreenivasa Rao (2074.ª sesión), ha señalado que se debería precisar que el Estado de origen es responsable sólo de las actividades realizadas directamente bajo su control, habida cuenta de que numerosas empresas extranjeras establecidas en los países en desarrollo escapan al control real de las autoridades nacionales, que no disponen de medios suficientes para vigilar sus actividades. En apoyo de esa argumentación se ha citado el ejemplo del desastre de Bhopal. Aun cuando se abstiene de juzgar sobre las negociaciones que los países en desarrollo llevan a cabo para atraer a las empresas extran-

geras a su territorio, el Sr. Al-Qaysi considera sin embargo que es evidente que una empresa extranjera no se instala de un día para otro en el territorio de un Estado sin que el gobierno de ese país haya tomado parte en las negociaciones previas. Por lo tanto, los proyectos de artículos tendrían al menos una finalidad educativa haciendo que los países en desarrollo tomasen conciencia de sus responsabilidades y contribuyendo de ese modo a solucionar la cuestión del control efectivo.

20. También cabe reflexionar sobre otras cuestiones. En particular, el Sr. Al-Qaysi se refiere a la relación entre el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* y el principio de la reparación del perjuicio, a la norma de la debida diligencia, o a la carga de la prueba. Pero, para adelantar en el estudio de estos problemas, la Comisión debe primero ponerse de acuerdo sobre el ámbito de aplicación del proyecto. Ahora bien, siguen manifestándose opiniones contradictorias a este respecto.

21. ¿Qué hacer en estas condiciones? ¿Debe continuarse el debate sobre los proyectos de artículos pese a las divergencias de opinión? ¿Es necesario remitir su texto al Comité de Redacción? ¿No sería imprudente encomendar al Comité de Redacción la solución de un problema que incumbe a la Comisión? Pero, ¿cómo no enviar esos textos al Comité de Redacción si la Comisión reconoce que las propuestas del Relator Especial son fruto de sus debates anteriores y si no está dispuesta a modificar el curso de sus trabajos? Tal vez exista una solución intermedia, que consistiría en que, sin perjuicio de enviar los proyectos de artículos al Comité de Redacción, se pidiera al Relator Especial que preparase un nuevo informe, donde examinaría a fondo los proyectos de artículos, tal vez desde el punto de vista expresado por el Sr. Koroma (2074.ª sesión) y sin dejar de tener en cuenta el objetivo señalado por el Sr. Sreenivasa Rao, esto es, procurando dar un carácter general a las soluciones ya adoptadas en determinadas convenciones sobre la contaminación, el espacio o la energía nuclear. En su período de sesiones siguiente, la Comisión examinaría ese informe artículo por artículo a fin de determinar en qué medida puede llegar a un entendimiento sobre esa parte concreta del proyecto, logrando de ese modo dos objetivos: dar las directrices necesarias al Comité de Redacción y decidir la forma que ha de revestir el proyecto de artículos.

22. El Sr. DÍAZ GONZÁLEZ (Presidente), hablando en calidad de miembro de la Comisión, señala que desde hace muchos años ésta celebra largas y apasionadas deliberaciones sobre el tema, sin poder llegar a entenderse sobre la forma de tratarlo. Cuando el anterior Relator Especial presentó su plan esquemático, la Comisión, tras largo debate, decidió comunicar a la Sexta Comisión de la Asamblea General todas las observaciones de sus miembros, pidiendo a la Asamblea que le indicase en qué sentido debía continuar su labor. Desafortunadamente la Asamblea General no le dio una respuesta clara. El actual Relator Especial ha decidido después orientar el tema de modo diferente, basando el proyecto en el concepto de riesgo. Esta solución es hábil e inteligente, ya que responde a la vez a los dos aspectos de la cuestión —reparación y prevención— que el Sr. Calero Rodrigues (2045.ª sesión) ha puesto de relieve. Tiende también a limitar el alcance del tema, ya que no se trata,

desde este punto de vista, de considerar lo que es lícito, sino más concretamente, los daños transfronterizos que resulten de la contaminación.

23. Es cierto que entre los principios de derecho reconocidos actualmente en la práctica y en la doctrina, se afirma cada vez más el principio que defiende que quien crea una fuente de riesgos anormales debe responder de los daños que de ello se derivan, incluso si no ha habido un acto ilícito por su parte. En todo caso, parece posible concebir una responsabilidad internacional por riesgos excepcionales —«excepcionales» y no «apreciables», como propone el Relator Especial—. Dada la evolución de las técnicas, los problemas que se relacionan con la responsabilidad de las consecuencias de actividades espaciales o nucleares de los Estados se encuentran, en efecto, entre los más graves en el mundo actual. Ahora bien, para que los Estados acepten una responsabilidad internacional por las consecuencias de ese tipo de actividades, el único medio quizá sea separar claramente en derecho a la obligación de reparar —fundándola únicamente en el riesgo— del concepto de licitud o de ilicitud. En el fondo, no es el deber de reparar lo que los Estados se niegan a admitir sino la idea de haber cometido un acto ilícito, dado que su actividad no estaba prohibida por el derecho internacional (se ha subrayado, a este respecto, el ejemplo de los Estados Unidos de América que pagaron al Japón una reparación por los daños causados por sus ensayos nucleares en las islas Marshall, sin reconocer con ello que no tenían derecho a proceder a esos ensayos). Aceptarían más fácilmente sin duda la responsabilidad internacional por actividades lícitas, aun cuando constituyen una fuente de riesgos excepcionales.

24. El orador, pasando de las observaciones generales al examen de proyecto de artículos redactado por el Relator Especial, estima que en el artículo 1 sería preferible decir que el proyecto de artículo se aplica «a las consecuencias de las actividades» en lugar de «a las actividades». Por otra parte, habría que reemplazar la palabra «apreciable» por «excepcional» en el artículo 1 y en el inciso ii) del apartado a del artículo 2. Habría que añadir también «excepcional» después de «riesgo» en el inciso i) del apartado a del artículo 2 y suprimir la expresión «probabilidad elevada», dado que parece imposible medir la probabilidad. Además, la expresión «a lo largo de su desarrollo» es ambigua, pues no acierta a comprender a qué se refiere la palabra «desarrollo». Por último, en el inciso ii) del apartado a del artículo 2 habría que precisar cuál es el sujeto del verbo «maneja».

25. Se pregunta además si el proyecto de artículos debe aplicarse a todos los daños transfronterizos, cualquiera que sea su magnitud, en la medida en que sólo las actividades que crean un riesgo excepcional serían tenidas en cuenta. A ese respecto, no le parece oportuno preparar una lista de actividades que supongan un riesgo. En efecto, las actividades en sí están autorizadas por el derecho internacional por lo que la ilicitud se relaciona sólo con sus consecuencias, es decir, con el daño que pueden producir. Lo que cuenta es el riesgo. Pero en primer lugar es necesario que sea un riesgo excepcional y, en segundo lugar, que se produzca un daño. Es evidente que nunca se podrán eliminar completamente todos los riesgos. Por el contrario, se pueden prevenir las consecuencias de actividades lícitas pero excep-

cionalmente peligrosas. En otras palabras, el proyecto de artículos debe establecer que el Estado que permite tal actividad tiene la obligación de cooperar con los Estados que sufren las consecuencias, con miras y prevenir y minimizar los daños posibles. A ese respecto, el orador señala que existen varias definiciones del concepto «actividades extremadamente peligrosas». La más interesante es la que se encuentra en una obra publicada en 1938 por el American Law Institute, titulada *Restatement of the Law of Torts*⁷. Según esa definición, son extremadamente peligrosas las actividades que se salen de lo común y necesariamente involucran peligros inevitables, aun cuando se tomen las mayores precauciones. Esta definición se aplica perfectamente en la actualidad a las actividades nucleares y espaciales.

26. Entre las cuestiones que planea el excelente cuarto informe (A/CN.4/413) del Relator Especial y que siguen sin respuesta, el orador destaca las siguientes: ¿es la obligación de prevenir una obligación de prevenir el riesgo (lo que entrañaría la prohibición de actividades peligrosas) o una obligación de prevenir el daño? O también: si el daño transfronterizo se define como el que se produce en espacios situados bajo la jurisdicción de otro Estado distinto a la jurisdicción donde se desarrolla la actividad, ¿qué ocurriría si el daño se produjera en alta mar o en el espacio? ¿Existe la obligación de notificar y de informar en ese caso? Subsisten muchas otras preguntas y es evidente que la Comisión todavía no está preparada para tomar una decisión sobre la forma que adoptará el proyecto de artículos. Por su parte, el orador no está totalmente convencido de que sea necesario fundar la responsabilidad exclusivamente en el riesgo, aunque sea excepcional. Lo mejor sería sin duda continuar el examen del tema, con la esperanza de encontrar soluciones a esos problemas graves y de gran importancia para la comunidad internacional.

27. El Sr. AL-BAHARNA no considera convincentes los argumentos que presenta el Relator Especial para no establecer la lista de actividades peligrosas que han pedido ciertos representantes en la Sexta Comisión de la Asamblea General, siendo el principal de esos argumentos que, como el proyecto de artículos se sitúa en una fase anterior a la negociación de acuerdos detallados sobre las actividades peligrosas, es inútil preparar la lista de esas actividades que, por otra parte, el progreso técnico y científico pronto haría caducar. Esas objeciones le parecen muy teóricas y no tienen en cuenta la complejidad de los problemas que se relacionan con el tema. Así, pues, el Sr. Al-Baharna pide al Relator Especial que vuelva a examinar la cuestión.

28. Las modificaciones en el proyecto del artículo 1 hechas por el Relator Especial en su cuarto informe (A/CN.4/413), con relación al texto anterior (véase A/CN.4/405, párr. 6), no le parece que puedan precisar el alcance del tema. Por ejemplo, el Relator Especial ha sustituido la frase «actividades [...] que tengan lugar en el territorio o bajo el control de un Estado» por la frase «actividades que se desarrollen bajo jurisdicción de un Estado otorgada por el derecho internacional, o a falta de ésta bajo su control efectivo». Además de que con la

⁷ American Law Institute, *Restatement of the Law of Torts*, 12 May 1938, vol. III, pág. 42, cap. 21, secc. 520.

fórmula «jurisdicción de un Estado otorgada por el derecho internacional» se corre el riesgo de suscitar ciertas dificultades de interpretación, el concepto de territorio, más amplio que el de jurisdicción, era preferible a este último. El Sr. Al-Baharna piensa además que se podría también introducir en ese proyecto de artículo el concepto de soberanía. Por otra parte, el antiguo proyecto de artículo 1 hablaba de la «consecuencia física que afecte adversamente [...] al uso o disfrute de zonas», que el Relator Especial ha sustituido por «un riesgo apreciable de causar un daño transfronterizo». El Sr. Al-Baharna no está seguro de que el Relator Especial haya tenido razón al introducir aquí el concepto de riesgo ya que toda actividad, cualquiera que sea, entraña un elemento de riesgo.

29. Así, pues, no es el riesgo lo que sirve de base a la obligación de reparar en caso de daño transfronterizo; es el daño mismo —lo que no excluye sin embargo la idea de prevención, ya que es posible actuar desde la aparición del peligro para prevenir el daño inminente—. En consecuencia, si se mantiene el concepto de daño, o de amenaza de daño, como fundamento de la responsabilidad, se evitará tener que calificar el riesgo de «apreciable» para no poner obstáculos al lanzamiento de nuevas actividades. Por otra parte, el Relator Especial admite (A/CN.4/413, párr. 41) que la base de la obligación de reparar es el daño, añadiendo que esa obligación de reparar está sujeta a ciertas limitaciones tácitas y que, según se reconoce actualmente en derecho, el daño que no sea apreciable debe ser tolerado. No obstante, no es porque existan limitaciones a la obligación de reparar por lo que no se puede fundar esa obligación en el daño y el Sr. Al-Baharna pide a la Comisión que sustituya el concepto de «riesgo» o de «riesgo apreciable» por el concepto de daño.

30. El proyecto de artículo 3 (La atribución), que difiere poco del antiguo proyecto de artículo 4 (Responsabilidad), impone como condición que el Estado debía conocer, o tener los medios de conocer, que la actividad de que se trata entrañaba un riesgo y el Relator Especial explica al respecto que la expresión «tuviera los medios de conocer» tiene por objeto proteger a los países en desarrollo. Ello plantea una cuestión de principio, sobre la cual la Comisión quizá tendrá que pronunciarse. En cuanto a la idea misma de que el Estado debe haber tenido conocimiento del riesgo, el Sr. Al-Baharna no tiene nada que añadir, pero estima que el texto debería precisar que no se trata sólo del conocimiento real, sino también del conocimiento presumido. El antiguo título era preferible al nuevo, que es ambiguo.

31. El Sr. Al-Baharna se abstendrá de hacer comentarios sobre los proyectos de artículos 4 y 5, ya que le parece prematuro en la etapa actual prever la relación existente entre los presentes artículos y otros convenios internacionales y otras normas de derecho internacional.

32. Ha leído con interés los comentarios del Relator Especial (*ibid.*, secc. III) sobre los artículos del capítulo II del proyecto (Principios) y encuentra muy buenos los tres principios enunciados en el párrafo 85 del informe. Si, como propone el Relator Especial (*ibid.*, párr. 90), se considera que corresponden al desarrollo progresivo del derecho internacional, por supuesto

pueden ser aprobados, pero parece discutible convertirlos en normas concretas de derecho internacional. A su juicio, la Comisión debe guardarse de aprobar fórmulas que los Estados no aceptarían. El éxito del proyecto dependerá en gran parte de la claridad con que la Comisión precise conceptos clásicos tales como la soberanía, la cooperación o la reparación, en cuanto se aplican al tema. Se podrían mejorar en ese sentido los proyectos de artículos 6 a 10, mencionando la soberanía en el artículo 6, la reciprocidad en el artículo 7, el alcance de las medidas de prevención en el artículo 9 y previendo en el artículo 10 la concesión de daños y perjuicios además de la reparación estricta de perjuicio.

33. El Sr. BEESLEY piensa, en la etapa actual, plantear tres cuestiones precisas relativas a los principios analizados en la sección III del cuarto informe (A/CN.4/413). En primer lugar, al proceder a ese análisis, ¿pensaba el Relator Especial en la elaboración de artículos precisos fundados en esos principios o trataba solamente de sondear a la Comisión al respecto? En segundo lugar, ¿trata el Relator Especial de limitar el alcance del capítulo II del proyecto, como ha hecho en el capítulo I, al concepto de «riesgo apreciable» o de «riesgo excepcional»? En tercer lugar, ¿piensa el Relator Especial tratar en el capítulo II las actividades que tienen efectos transfronterizos que causan daños apreciables sin presentar un riesgo apreciable o excepcional? En otras palabras, ¿se propone el Relator Especial, en el capítulo II, tener en cuenta esas normas evocadas por muchos miembros de la Comisión, es decir, esencialmente las que se desprenden del asunto de la *Fundición de Trail* (*ibid.*, párr. 2), del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo⁸ y de la parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982?

34. El Sr. REUTER, recordando que en el estudio del tema la Comisión lucha contra las sombras desde hace mucho tiempo, rinde homenaje al Relator Especial, cuyos esfuerzos y sacrificios —quizá dolorosos— han permitido a la Comisión despejar ciertas incertidumbres relativas a la terminología y a las ideas que se han expuesto. El Relator Especial ha sabido transformar muchas sombras en realidades vivas y el tema ya empieza a adquirir forma.

35. El Sr. FRANCIS indica que presentará oportunamente al Comité de Redacción una definición de la palabra «riesgo», en relación con el proyecto de artículo 2.

36. El Sr. OGISO desearía que el Relator Especial, al resumir el debate y si lo estima oportuno en la etapa actual, o quizá mejor en su informe siguiente, expusiera sus opiniones sobre la forma definitiva del proyecto de artículos. En efecto, acuerdo marco, directrices o convención: las opiniones son dispares en la Comisión, cuando su labor se vería facilitada si se pronunciara sobre ese punto sin tardar. Quizá la propuesta del Relator Especial no solucionará las divergencias de opinión. Pero, en ese caso, la Comisión podrá seguir trabajando partiendo de la hipótesis de una convención internacional que obligue a los Estados signatarios. Puede que esa hipótesis no sea muy plausible, pero tampoco se debe apartar.

⁸ Véase 2044.ª sesión, nota 8.

37. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a resumir el debate.

38. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión que han tomado la palabra: la riqueza de sus intervenciones le ayudará a penetrar mejor en todas las complejidades del tema y a traducir en sus proyectos de artículos los deseos de la Comisión en su conjunto.

39. Un tema tan complejo exige un esfuerzo de conciliación entre las distintas preferencias e incluso una elección dolorosa. Exige también que se fijen sus límites a fin de que los verdaderos problemas que aparecen reciban una respuesta práctica, que revista la forma de un régimen jurídico aplicable.

40. Por lo que se refiere a la presencia en el proyecto de artículos de las actividades que tienen efectos perjudiciales, varios miembros de la Comisión han estimado que en derecho internacional general existía una prohibición general de causar daños apreciables por la contaminación. Por su parte, en su cuarto informe había adoptado una posición pragmática al respecto porque, como lo señala (A/CN.4/413, párr. 10), no piensa que la Comisión acepte unánimemente la idea. Por supuesto, esa duda se refería a la aplicación (prohibición expresa) y no a los principios. No obstante se observará que si esa prohibición existe, las actividades de efectos perjudiciales están excluidas del tema. Violar una prohibición impuesta por el derecho es un acto ilícito y las actividades de efectos perjudiciales no serían, pues, «no prohibidas por el derecho internacional». A su vez ello tendría como consecuencia dejar sin defensa a las víctimas de la contaminación, excepto evidentemente en lo que se refiere a un régimen convencional determinado. Por el contrario, al no excluir del tema los actos perjudiciales, la Comisión no tomaría una posición en la materia y no haría más que ofrecer al Estado víctima de la contaminación la posibilidad de poner en movimiento las soluciones y los procedimientos que se definirán en el futuro instrumento.

41. El Sr. Barboza señala que con ese mismo espíritu indicó en su informe que no le interesaba establecer «si los principios en cuestión reflejan el derecho internacional general» (*ibid.*, párr. 89). Por ello debe quedar bien sentado que la Comisión, al adoptar los principios aplicables al tema, no tendrá que pronunciarse sobre la cuestión de si forman o no parte del derecho internacional o si se constituyen una etapa en la vía de su desarrollo progresivo.

42. En lo que se refiere al vocabulario, el Sr. Barboza se remite a los miembros de la Comisión de lengua inglesa para saber si el término «daño» se expresa mejor en inglés con las palabras «injury» o «harm», señalando a la vez que el título del texto inglés trata de «injurious consequences of acts», y comprobando que parece que hay una preferencia por la palabra «harm». Asimismo señala que todos parecen estar de acuerdo en sustituir la expresión «source State» por «State of origin». Por último, en el apartado a del proyecto de artículo 2, siempre en el texto inglés, habrá que cambiar la palabra «substances». Se ha propuesto la palabra «things», que se acerca a «cosas» en español y a «choses» en francés; el Relator Especial está de acuerdo con esta propuesta.

43. El Sr. McCaffrey (2049.ª sesión) ha preguntado si, en ese caso, la causalidad era una causalidad de hecho o una causalidad de derecho; dicho en otras palabras, una causalidad próxima. Sin querer entrar en demasiadas sutilezas, el Sr. Barboza se remite a la Decisión administrativa N.º II de la Comisión Mixta germano-estadounidense de Reclamaciones, mencionada en (A/CN.4/413, párr. 52), donde parece que esa Comisión ha admitido el concepto de «causa próxima» llegando a la conclusión de que «todos los daños indirectos están incluidos, a condición solamente de que en derecho el acto realizado por Alemania haya sido la causa activa y próxima que los ha provocado»*. Sin embargo, en su informe el Sr. Barboza no evocaba la atribución de conducta y la atribución de resultado (*ibid.*, párrs. 71 a 77) más que para demostrar que no juzgaba necesario en esa etapa abrir un nuevo capítulo sobre la causalidad en el tema que se examina, dado que esa causalidad, en lo esencial, no difiere de la causalidad en caso de responsabilidad por hecho ilícito. Entre la atribución en el tema que se examina y la responsabilidad por hecho ilícito, la línea de separación no es la atribución causal, física, del resultado de un hecho dado, sino más bien la atribución del hecho a un Estado; en otras palabras, la calificación del hecho como hecho del Estado y, una vez establecida esta calificación, la calificación del hecho como hecho ilícito (contrario a una obligación internacional). Sólo entonces podrá tener cierta función la intención del agente.

44. El Sr. Barboza, habiendo comprobado que la mayor parte de los miembros de la Comisión estaban de acuerdo en limitar el tema a los actos que tienen consecuencias materiales —como había sugerido en sus informes anteriores—, pensaba al principio que bastaría con introducir este concepto de consecuencia material, física, en la definición de la expresión «daño transfronterizo» en el apartado c del proyecto de artículo 2. Después de haber escuchado ciertas intervenciones, reconoce la utilidad de hacer aparecer también ese concepto en el proyecto de artículo 1.

45. Algunos miembros de la Comisión han visto en el proyecto una convención sobre el derecho del medio ambiente. Ahora bien, no hay que olvidar que se trata de establecer un régimen aplicable a ciertos tipos de actividades del Estado que tienen consecuencias determinadas y en virtud del cual se pediría a los Estados que adoptaran medidas de prevención, que indemnizaran en caso de daño, todo lo cual supone conocer al Estado de origen, al Estado afectado y el daño. ¿Cómo aplicar un régimen de ese tipo al medio ambiente, al espacio ultraterrestre, a la alta mar, a la capa de ozono, o a cualquier otra zona donde son múltiples los Estados de origen y donde prácticamente toda la humanidad resulta afectada? ¿Con quién negociaría el Estado de origen las medidas de prevención? ¿A quién indemnizaría? ¿Por qué daño? El tema que se examina sólo se refiere al medio ambiente en la medida en que se reúnen los criterios enunciados en el artículo 1; las actividades relativas al medio ambiente cuyas consecuencias afectan al conjunto de la humanidad corresponden a otro tema. Por supuesto, ello no impide que si una actividad realizada en

* Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (N.º de venta: 1956.V.5), pág. 30.

un Estado A produce efectos perjudiciales en una zona situada más allá de las jurisdicciones nacionales y si esa situación tiene repercusiones negativas en el territorio de un Estado B, este último podrá, según los presentes artículos, volverse contra el Estado de origen.

46. En la versión precedente del proyecto (véase A/CN.4/405, párr. 6) se utilizaba la palabra «situación» para definir el estado de cosas creado por una actividad efectuada en la zona de ese tipo, igual que se habla de «situación» para la creación de un estado de cosas peligrosas consecutivo a actividades que *a priori* no podían considerarse peligrosas. Por ejemplo, la actividad desplegada para construir una presa no puede calificarse de actividad con riesgos en sí, aunque es cierto que la aparición de un lago artificial puede crear una «situación» que puede ser causa de daños transfronterizos: inundación, modificaciones climáticas, etc. Ciertas críticas formuladas en el anterior período de sesiones indujeron al Sr. Barboza a abandonar la palabra «situación», que por lo demás no es necesaria estrictamente hablando, ya que la cadena causal estaría presente pese a todo y, lo que es más, exigiría ser definida con precisión. A pesar de todo, el concepto de «situación» presenta ciertas ventajas, como ha dicho el Sr. Francis (2048.ª sesión), y se podría prever reintroducirlo en el proyecto.

47. El debate sobre el proyecto de artículo 3 se ha articulado alrededor de dos cuestiones diferentes: la existencia de una actividad determinada sobre el territorio del Estado de origen y el riesgo creado por esa actividad. Para tener las obligaciones que le impone el proyecto, el Estado de origen debe conocer o tener los medios de conocer que cierta actividad se realiza en su territorio. Pero si esa actividad es verdaderamente una actividad con riesgo, y si el riesgo es apreciable, el Estado de origen no puede hacer valer que no posea los medios de conocer ese riesgo para quedar exento de responsabilidad. La razón es sencilla: dado que el «riesgo apreciable» queda definido como «aquel riesgo que puede advertirse mediante un simple examen de la actividad y de las cosas que maneja» (art. 2 a ii), el conocer la existencia del riesgo no exige ningún medio particular.

48. Se ha suscitado otra cuestión: ¿cómo enunciar la obligación de conocer el Estado de origen?, o si se prefiere, ¿cómo enunciar la presunción de conocimiento? ¿Se presumirá que el Estado de origen sabía o se presumirá que no sabía? La cuestión es importante, ya que entraña la de la carga de la prueba. Para responder hay que recordar que el proyecto de artículo 3 tiene por objeto tener en cuenta los intereses de ciertos países dotados de un vasto territorio en desarrollo pero demasiado pobres en medios financieros y administrativos para vigilar qué ocurre en cada punto. Responde también a las necesidades de equidad y la idea comúnmente admitida de que no se puede esperar razonablemente de los Estados que sepan todo lo que pasa en su territorio o, para repetir los términos del proyecto, bajo su jurisdicción o control. Pero como ha señalado el Sr. Ogiso (2049.ª sesión), esos dos objetivos esenciales no deben hacer olvidar otro principio importante: el de que la pérdida sufrida por la víctima inocente de un daño transfronterizo no se debe hacer soportar a la víctima inocente (A/CN.4/413, párr. 85).

49. Ahora bien, basta echar un vistazo al mapa del mundo para comprobar que quizás hay más países en desarrollo vecinos de otros países en desarrollo que de un país desarrollado. Así pues, es muy probable que las actividades realizadas en un país en desarrollo tengan efectos perjudiciales en otro país en desarrollo y que, por consiguiente, la protección de los países en desarrollo no es posible más que hasta un cierto punto, por lo que son sus mismos intereses los que podrían resultar perjudicados. Por lo demás, ésa era la conclusión a que llegaba el Sr. Barboza en su informe (*ibid.*, párr. 70). Quizás habría que dar una forma más explícita al proyecto de artículo 3, precisando que la carga de la prueba no incumbe al Estado afectado. Se ha propuesto también sustituir las palabras «o tuviere los medios de conocer» por «hubiera debido conocer», pero, por el contrario, ello parece que hace muy difícil la situación del Estado de origen. ¿Cómo probar que no se habría debido conocer? Si por ejemplo la ignorancia del Estado de origen se debe a la insuficiencia de sus medios navales para la vigilancia de su zona económica exclusiva, ¿no se le dirá que «habría debido» adquirir esos medios? El Sr. Barboza estima por ello preferible mantener el texto que ha propuesto.

50. Pese a las dudas expresadas por algunos, el Sr. Barboza persiste en creer que los conceptos de «jurisdicción» y de «control» se adaptan mejor al tema que el concepto de «territorio». En efecto, si la mayoría de las actividades previstas para el proyecto de artículos se realizan en el territorio de un Estado, algunas pueden también ser ejercidas fuera de ese territorio; por ejemplo, en alta mar, en las aguas territoriales, en la zona económica exclusiva, en el espacio o incluso en el territorio de otro Estado. No habría que excluir esas situaciones, que muy bien pueden acarrear daños transfronterizos, por la simple razón de que no responden a la condición de territorialidad.

51. Por otra parte, si se consideran los conceptos de «territorio» y «derechos territoriales» tal como se han aplicado en controles análogos, se observa que esos conceptos tienen una dimensión jurisdiccional y que el término «territorio» expresa en esos casos la competencia jurisdiccional que ejerce el Estado sobre ciertas actividades o ciertos acontecimientos. El otro aspecto de «territorio», el de derecho de propiedad del «título», no interviene en las cuestiones de responsabilidad. Así, pues, hay que hacer una distinción entre esos dos aspectos de la territorialidad. Y en este caso es el aspecto jurisdiccional el que debe prevalecer, ya que si el derecho internacional reconoce a los Estados ciertos derechos y ciertas obligaciones, es evidentemente en virtud de los derechos soberanos que ejercen en su territorio, pero también en virtud de su poder de crear y de aplicar en él el derecho; es decir, en virtud de su competencia jurisdiccional.

52. El Sr. Barboza da tres ejemplos al respecto: el asunto de la *Fundición de Trail* (*ibid.*, párr. 2), el asunto del *Estrecho de Corfú* (*ibid.*, párr. 62) y el asunto de la *Isla de Palmas* (*ibid.*, párr. 61), que cita más ampliamente. Señala que según la sentencia dictada por Max Huber, árbitro en este último asunto, «la soberanía territorial implica el derecho exclusivo de ejercer activi-

dades del Estado»¹⁰ e insiste en la palabra «exclusivo». Max Huber añadía: «Ese derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger en el interior del territorio los derechos de los demás Estados». Es a la competencia jurisdiccional del Estado sobre su territorio a lo que se refería aquí el árbitro y no a su derecho de propiedad. En esos tres asuntos la responsabilidad del Estado había sido puesta en tela de juicio respecto a una actividad o un acto ocurridos en su territorio y los deberes y obligaciones del Estado se habían establecido desde el punto de vista de su competencia jurisdiccional sobre este territorio.

53. El concepto de jurisdicción tiene la ventaja de no estar limitado al Estado territorial y de poder, por lo tanto, aplicarse a las actividades que tienen consecuencias transfronterizas perjudiciales que no son ejercidas en el territorio de un Estado. Es el caso de la jurisdicción ejercida por el Estado del pabellón en los buques que navegan en alta mar e incluso a veces en las aguas territoriales o en las aguas interiores de otro Estado. Las Convenciones de Ginebra sobre el derecho del mar, de 1958, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982, prevén muchas competencias jurisdiccionales de ese tipo. Es también el caso del Estado beligerante que ejerce en ciertas materias una competencia jurisdiccional en el territorio que ocupa y que será considerado responsable de las consecuencias de las actividades emprendidas bajo su jurisdicción. Es también el caso de los territorios bajo su mandato, bajo su tutela o que no son autónomos, que no corresponden a la soberanía territorial del Estado de tutela, al cual incumbe no obstante responsabilidad si hay un daño transfronterizo. Y también, por último, en caso de jurisdicción mixta, es decir, cuando varios Estados está autorizados por el derecho internacional a ejercer su jurisdicción —navegación y tránsito por las aguas territoriales, la zona contigua o la zona económica exclusiva, incidentes en alta mar o en el espacio—, la responsabilidad del daño se atribuye al Estado que tiene jurisdicción sobre el hecho o la actividad que ha provocado el daño.

54. El Sr. Barboza, refiriéndose también al concepto de jurisdicción, ha observado la incertidumbre que inspiran al Sr. Graefrath (2047.ª sesión) y al Sr. McCaffrey (2049.ª sesión), por una parte, los múltiples sentidos del término jurisdicción y, por otra, los riesgos de extensión unilateral de la jurisdicción del Estado. Respecto al primer punto, que acaba de evocar, resume su pensamiento diciendo que para ser responsable de una actividad que entraña consecuencias perjudiciales el Estado debe poder formular y hacer aplicar las leyes. Le parece que el segundo punto queda solucionado con la frase «respecto del derecho internacional» que califica el término «jurisdicción de un Estado» en el proyecto de artículo 1 y que basta para precisar que se trata de la jurisdicción internacionalmente reconocida. En cuanto a los casos de extensión unilateral, la Comisión no puede preverlos más que dentro de los límites del tema que se examina.

55. Esas cuestiones de jurisdicción son complejas y quizás merezcan ser objeto de una convención aparte. Para la labor actual parece suficiente decir claramente

lo que se entiende por «jurisdicción»: ese concepto es lo suficientemente amplio como para aplicarse a la mayor parte de las situaciones que se pueden evocar. Además, aparece en varios instrumentos, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. Queda el caso de un Estado que puede demostrar que otro Estado le ha despojado de su jurisdicción efectiva: entonces interviene el concepto de «control» o de «control efectivo», como se desee, aunque esta última expresión corresponde mejor a las situaciones previstas.

56. El concepto de control se refiere a un estado de hecho. Es, en definitiva, una jurisdicción de hecho, es decir una situación que presenta los caracteres de una jurisdicción aunque no sea reconocida como tal por el derecho internacional. También en ese caso conviene recordar que ese término ya está en uso y que la CIJ le ha dado un contenido jurídico en el asunto de *Namibia*¹¹ en el cual los magistrados de La Haya no pensaban ciertamente en el derecho de propiedad de Sudáfrica sobre Namibia, sino en el control, en la jurisdicción de hecho que ejerce sobre ese territorio. Así, pues, cuando el derecho internacional no reconoce la jurisdicción de un Estado, pero tiene en cuenta su «control», le impone obligaciones sin reconocerle los derechos correspondientes. En realidad, estrictamente hablando, el control excluye la jurisdicción. Esta interpretación del concepto de control permite responder a las situaciones en que el Estado que tiene jurisdicción sobre cierto territorio o sobre ciertas actividades abandona explícita o implícitamente a otro Estado su control efectivo sobre ese territorio o sobre esas actividades. Desde el punto de vista de la responsabilidad y de la obligación de reparar, los casos de control más frecuentes son la ocupación ilegal, la anexión y la intervención. Pero hay que pensar también, por ejemplo, en el caso de una plataforma petrolífera en alta mar del Estado A que fuera explotada por el Estado B, o de la órbita geoestacionaria del Estado C que utilizara el Estado D.

57. Ya se trate de «jurisdicción» o de «control efectivo», los dos términos utilizados en el proyecto del artículo 1 son los más indicados para delimitar el campo de aplicación del proyecto de artículos. Son lo suficientemente amplios como para aplicarse a las actividades que hay que prever y jurídicamente bastante ciertos como para evitar toda ambigüedad. Respondiendo al respecto al Sr. Barsegov (2074.ª sesión), que ha manifestado dudas acerca de la fórmula «vested in it by international law», en el texto inglés del artículo 1, el Sr. Barboza añade que no tiene inconveniente en utilizar una fórmula más neutra como «accepted by international law» o «in accordance with international law».

58. Respecto al concepto de atribución (art. 3), el Sr. McCaffrey (sesiones 2044.ª y 2045.ª), al señalar que ese término aparecía también en el artículo 11 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados¹², dijo que a su juicio no había que dejar entender que el hecho del Estado era necesario para que interviniera su responsabilidad según las disposi-

¹⁰ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (N.º de venta: 1949.V.1), pág. 839.

¹¹ *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sude en Namibie (Sud-ouest africain) notwithstanding la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, opinión consultiva de 21 de junio de 1971, C.I.J. *Recueil 1971*, pág. 16.

¹² Véase 2045.ª sesión, nota 6.

ciones del presente proyecto y también que la responsabilidad debía ser «directa» por oposición a «atribuida». No obstante se observará que la palabra «atribución» no se reserva a la responsabilidad por un acto ilícito. Quizá fuera necesario precisar en el comentario que no son las actividades enunciadas en el proyecto de artículo 1 las que se atribuyen al Estado, sino simple y directamente las consecuencias perjudiciales que se derivan de ellas. Por lo demás, el artículo 3 precisa sin ambigüedades que las únicas condiciones de atribución de la responsabilidad son que la actividad se desarrolle bajo la jurisdicción o el control del Estado y que éste conozca o tenga los medios de conocer que ha tenido lugar. En cuanto a la cuestión de la atribución «directa» hay que admitir que en derecho internacional toda atribución de responsabilidad es indirecta, ya que el Estado es una persona moral que no puede actuar más que por conducto de personas físicas. Ello es aún más cierto en el presente tema ya que el Estado se ha hecho responsable de actividades ejercidas por agentes que en modo alguno pueden ser considerados como órganos oficiales. Así, pues, parece imposible escapar al principio de la atribución indirecta, lo que evidentemente no significa que esa atribución deba hacerse por medios ambiguos o mecanismos complicados.

59. Respecto al ámbito de aplicación de los artículos, el Sr. McCaffrey, entre otros, teme que la fórmula «actividades [...] cuando creen un riesgo apreciable de causar un daño transfronterizo» en el artículo 1, tenga como consecuencia la exclusión de las actividades que presentan riesgos débiles de causar un daño importante; el Sr. Barboza se propone aportar las modificaciones necesarias al texto.

60. Se ha hablado mucho de la noción de riesgo. Hay quien defiende que el «riesgo» sólo debería intervenir en materia de prevención y la noción de «deber de reparar» en caso de daño efectivo, tanto si la actividad de que se trata lleva consigo o no un riesgo. Ello equivaldría a establecer un régimen doble: uno para el deber de prevenir que exigiría la existencia de un «riesgo apreciable», indispensable para imponer al Estado que tome medidas de precaución; el otro para el deber de reparar, lo que supondría un daño y éste a su vez supondría un riesgo. En efecto, como se ha dicho, si hay un daño es que ha habido riesgo —lo que por otra parte permite responder a la hipótesis del riesgo oculto.

61. Otros preferirían atenerse al «núcleo» de obligaciones vinculadas a las actividades que entrañan un riesgo y que se extienden progresivamente, en otros casos y en otros instrumentos, a la responsabilidad por «daño causado». Los miembros de la Comisión defienden, no sin razón, que todas las convenciones en vigor se refieren a determinadas actividades que entrañan un riesgo: la industria nuclear, el transporte de ciertas sustancias por el mar, la exploración espacial, etc. No obstante, la práctica internacional corrobora en ese punto el texto actual de los artículos.

62. Por último, algunos miembros de la Comisión se muestran mucho más reservados ante la aplicación de un régimen de responsabilidad para las actividades no prohibidas por el derecho internacional y parecen aceptar difícilmente una fórmula en el sentido de la que propone el Relator Especial.

63. Habiéndose manifestado claramente las tendencias, parece que el Comité de Redacción es el más indicado para llegar a un entendimiento con la ayuda del Relator Especial. Por otra parte, quizás las divergencias no sean tan profundas como parece, según ha señalado el Sr. Beesley (2074.ª sesión).

64. Los principios propuestos en el capítulo II del proyecto de artículos parecen en general aceptables, excepto que el principio de la participación (art. 8), se ha dicho, podría formularse a la vez que el de cooperación en el artículo 7 o expresarse de otro modo. También se han propuesto diversas modificaciones de forma, que el Relator Especial tendrá en cuenta al continuar su labor.

65. Se ha reprochado al Relator Especial el haber abandonado el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo¹³. No era ésa su intención; trataba solamente de adaptarlo a la materia que se le ha confiado. En cuanto a la idea de imponer una obligación positiva de protección del medio ambiente marino, por analogía con las disposiciones del derecho del mar, parece que el proyecto de artículo 6 basta, puesto que da como límite a la libertad del Estado la salvaguardia de los derechos que se derivan de la soberanía de otros Estados.

66. Algunos miembros de la Comisión, entre ellos el Sr. Bennouna (*ibid.*), se han preguntado quién tendría competencia para calificar una actividad de peligrosa y cuáles serían los mecanismos de notificación y de consulta. El Sr. Barboza se propone presentar en su próximo informe disposiciones al respecto.

67. El Sr. Barsegov, por su parte, teme que la Comisión empiece por el fin en la construcción del texto. El Sr. Barboza no comparte esa preocupación, ya que el proyecto de artículos se sitúa en una etapa anterior a las convenciones consagradas a determinadas actividades. Precisamente porque esas convenciones son el término ideal de su labor la Comisión debe mientras tanto plantear los principios que podrán inspirar a los Estados en esos instrumentos futuros.

68. El título mismo del tema ha sido objeto de algunas observaciones de las que el Sr. Barboza ha tomado nota. Además se ha decidido que esta cuestión se dejaría en suspenso hasta el último momento; es una decisión prudente, ya que la Comisión explora un terreno virgen.

69. El Sr. Barboza, para terminar, aborda la cuestión de las relaciones entre los tres temas confiados a la Comisión; es decir, la responsabilidad de los Estados, el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y el presente tema. Tratar de frente esos tres temas es un fructífero ejercicio que permite plantear correctamente ciertos problemas que se entrelazan. Así pues, ciertas opiniones expresadas respecto a los usos de los cursos de agua internacionales han ayudado al Sr. Barboza a precisar sus ideas y el examen de la cuestión de la responsabilidad de los Estados ofrecerá sin duda las mismas ventajas. Esperar a que un tema esté lo suficientemente avanzado para abordar los demás entrañaría el riesgo de obligar a la Comisión a volver sobre un texto ya elaborado para modificar algunas de sus disposiciones.

¹³ Véase 2044.ª sesión, nota 8.

70. En cuanto al método de trabajo, las opiniones parecen discrepar respecto al destino que se va a reservar a los proyectos de artículos presentados en el cuarto informe. Según el Sr. Barboza, esos textos deberían confiarse al Comité de Redacción. En efecto, el único punto en que parecen acusadas las divergencias es en el de la función de los conceptos de «riesgo» y de «daño». Ahora bien, se puede llegar a una solución de avenencia y el Comité de Redacción es precisamente el lugar en donde se puede encontrar un arreglo. Con un debate general sobre la delimitación del tema se correría el riesgo de continuarlo indefinidamente y entonces la Asamblea General tendría razón en pedir cuentas a la Comisión. Si el tema propuesto es imposible de tratar, hay que decirlo; y si hay miembros que no desean que la Comisión llegue a un resultado, deben hacerse responsables de ello ante la Asamblea.

71. El Sr. KOROMA no es hostil a la idea de remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción, pero el Relator Especial debería volver a redactar ciertos textos teniendo en cuenta las observaciones formuladas durante el debate, en particular por el Sr. Beesley (2045.ª sesión) lo que significa que el trabajo no podría continuarse hasta la próxima semana.

72. El Sr. BARSEGOV también estaría de acuerdo en remitir los proyectos de artículos al Comité de Redacción, aunque si el Relator Especial debe antes modificar los textos, la Comisión corre el riesgo de encontrarse ante el hecho consumado, por así decirlo. Pese a todo sería mejor, como se hace generalmente, remitir los textos examinados al Comité de Redacción con las observaciones que han suscitado.

73. El Sr. BEESLEY precisa que había aconsejado al Relator Especial que volviera a formular su proyecto apoyándose a los tres principios que se desprenden del párrafo 85 de su cuarto informe (A/CN.4/413). En efecto, le parece que esos tres principios ofrecen una base sólida para el capítulo II del proyecto. Así, pues, el Sr. Beesley no se opone a que el proyecto de artículos se remita al Comité de Redacción.

74. El PRESIDENTE dice que si no hay objeciones considerará que la Comisión desea remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículos 1 a 10, acompañados de las observaciones formuladas durante el debate.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.15 horas.

2076.ª SESIÓN

Viernes 8 de julio de 1988, a las 10 horas

Presidente: Sr. Leonardo DÍAZ GONZÁLEZ

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Al-Qaysi, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Barsegov, Sr. Beesley, Sr. Bennouna, Sr. Calero Rodríguez, Sr. Eiriksson, Sr. Francis, Sr. Graefrath, Sr.

Hayes, Sr. Koroma, Sr. Mahiou, Sr. McCaffrey, Sr. Njenga, Sr. Ogiso, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Reuter, Sr. Roucounas, Sr. Sepúlveda Gutiérrez, Sr. Shi, Sr. Solari Tudela, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Yankov.

Cooperación con otros organismos (conclusión*)

[Tema 10 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ JURÍDICO CONSULTIVO ASIÁTICO-AFRICANO

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Njenga a que haga uso de la palabra en su calidad de observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano.

2. El Sr. NJENGA (Observador del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano) espera que su doble condición de miembro de la Comisión y de Secretario General del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano contribuirá a reforzar la relación muy estrecha que con los años se ha establecido entre ambos organismos.

3. El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano fue creado para que sirviera de organismo asesor de sus gobiernos miembros en el campo del derecho internacional y como tribuna para la cooperación afroasiática en cuestiones jurídicas de interés común. La historia de las actividades del Comité ha sido hasta ahora la de las necesidades y aspiraciones de los nuevos Estados de Asia y África. Una de las funciones que han sido específicamente asignadas al Comité es el examen de las cuestiones que están en estudio en la CDI, y el Comité se ha esforzado por despertar el interés en esas cuestiones de los gobiernos de su región mediante la preparación de notas y comentarios sobre la labor de la Comisión para uso de las delegaciones representantes de los gobiernos miembros de la Sexta Comisión de la Asamblea General.

4. En más de tres decenios de servicio, el Comité se ha ocupado de los aspectos jurídicos de una amplia variedad de temas, en particular la protección del medio, las relaciones económicas internacionales y los elementos de las relaciones de buena vecindad entre los Estados. Una característica fundamental de sus deliberaciones en cada uno de esos campos ha sido su objetividad y su orientación predominantemente jurídica.

5. Durante el primer decenio, de 1957 a 1967, el Comité limitó sus actividades a prestar asesoramiento acerca de los problemas que le sometían los gobiernos miembros y al estudio de las cuestiones de interés común, muchas de ellas de considerable importancia para la región, en la que era deseable un planteamiento uniforme. Las materias examinadas por el Comité durante ese período fueron, para mencionar sólo algunas, las inmunidades y privilegios diplomáticos, la inmunidad de los Estados respecto de las operaciones comerciales, la extradición de los delincuentes fugitivos, el régimen de extranjería, la doble o múltiple nacionalidad, las cuestiones fronterizas y de límites, la legalidad de los ensayos de armas nucleares, los derechos de los refugiados y

* Reanudación de los trabajos de la 2071.ª sesión.