

1800.ª SESIÓN

Lunes 11 de julio de 1983, a las 15.05 horas

Presidente : Sr. Laurel B. FRANCIS

Miembros presentes : Sr. Balanda, Sr. Barboza, señor Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Koroma, Sr. Laclea Muñoz, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ni, señor Quentin-Baxter, Sr. Razafindralambo, Sr. Riphagen, Sir Ian Sinclair, Sr. Stavropoulos, Sr. Sucharitskul, señor Thiam, Sr. Ushakov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional [A/CN.4/360¹, A/CN.4/373², A/CN.4/L.352, secc. C)

[Tema 6 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

1. El Sr. QUENTIN-BAXTER (Relator Especial) dice que un Relator Especial no es un abogado defensor de su tema : su deber es ofrecer sus puntos de vista sobre la mejor manera de enfocarlo y ordenar la información y los argumentos pertinentes. Corresponde entonces a la Comisión y a la Asamblea General determinar cómo se ha de tratar la materia. En este momento, el tiempo disponible para los debates determina el método para examinar la cuestión. Difícilmente puede esperarse que las dos o tres sesiones que se puedan dedicar al tema en el actual período de sesiones puedan servir para algo más que para confirmar a los miembros de la Comisión en las opiniones que actualmente tienen sobre una cuestión tan compleja. Ahora bien, a la Comisión le quedan unas seis semanas de trabajo antes de aproximarse a la mitad del período quinquenal del mandato de sus miembros, y las opciones que se ofrecen a la Comisión desaparecen rápidamente. En realidad, hay pocas razones para temer que la actual Comisión deje de producir resultados positivos. Parece probable que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados sea la obra más importante de la Comisión desde la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, y la labor sobre el estatuto del correo diplomático y de la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático también promete ser provechosa.

2. En su próximo período de sesiones, la Comisión tiene que decidir qué más puede hacer y formarse un criterio en cuanto al alcance y la viabilidad del tema que ahora se examina. Considerando esa cuestión desde el punto de vista de la Comisión, o como miembro de ella, interesará mucho al orador tener una respuesta bien

fundada a la pregunta planteada por el UNITAR³ sobre si la Comisión estará en condiciones de tratar temas que tengan un mayor contenido político o un grado más elevado de novedad que hasta ahora. La Comisión no está más cerca que el UNITAR de dar una respuesta afirmativa.

3. En su cuarto informe (A/CN.4/373), el Relator Especial ha procurado actualizar el desarrollo de un tema difícil de delimitar. En el mismo período, la Secretaría ha terminado un excelente análisis de los documentos pertinentes, y el Relator Especial ha pedido (*ibid.*, párr. 58) que se distribuya más ampliamente. La documentación preparada por la Secretaría no está destinada a apoyar el informe del Relator Especial; antes bien, como abarca todo el ámbito de la obligación de evitar, limitar y reparar el daño, será útil también a los que hayan preferido que esta materia se plantee de otro modo o no se trate en absoluto. Además, como ha indicado (*ibid.*, párr. 64), el Relator Especial querría recibir ayuda de la Secretaría para enviar un cuestionario a organizaciones internacionales seleccionadas, cuya labor pueda llenar muchos de los requisitos enunciados en el plan esquemático. En la era de las organizaciones internacionales, no sería realista considerar un tema como el que el Relator Especial tiene a su cargo sin tener en cuenta la repercusión de las organizaciones internacionales y las acciones de los Estados que son miembros de ellas.

4. Al presentar su informe, el Relator Especial desea recordar el excelente debate que sobre este tema la Comisión celebró en su 33.º período de sesiones, en 1981⁴. En su segundo informe⁵ procuró desarrollar el concepto de deber de diligencia, que ulteriormente volvió a definir atendiendo a la « previsibilidad », dado que el término inicial había suscitado algunos reparos (A/CN.4/360, párr. 19 a 23). En el curso del debate, el Sr. Ushakov, que antes había participado en la decisión de tratar el tema como materia comprendida en la esfera de las reglas primarias, explicó que había cambiado de criterio. Se preguntaba qué clase de obligación entraba en el deber de diligencia, puesto que, según aducía, el derecho internacional no impone ninguna obligación de evitar el daño transfronterizo a menos que pertenezca a alguna categoría reconocida⁶. Por otra parte, Sir Francis Vallat puso de relieve que este tema no debía enfocarse desde un punto de vista doctrinal. Consideró que el deber de diligencia era un punto de partida razonablemente conservador porque enunciaba la obligación de evitar y limitar el daño, y que no es necesario trazar una distinción entre ilicitud y responsabilidad⁷. Sin embargo, cuando el tema fue examinado

³ UNITAR, *The International Law Commission: the need for a new direction* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E.81.XV. PE/1), págs. 34 y 35.

⁴ *Anuario...* 1981, vol. I, págs. 219 a 232, sesiones 1685.ª, 1686.ª, 1687.ª, párrs. 1 a 31, y págs. 252 y ss., 1690.ª sesión, párrs. 32 a 71.

⁵ *Anuario...* 1981, vol. II (primera parte), págs. 131 a 133, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2, párrs. 68 a 72.

⁶ *Anuario...* 1981, vol. I, pág. 227, 1688.ª sesión, párrs. 28 a 30.

⁷ *Ibid.*, págs. 231 y 232, 1687.ª sesión, párrs. 25 a 30.

¹ Reproducido en *Anuario...* 1982, vol. II (primera parte).

² Reproducido en *Anuario...* 1983, vol. II (primera parte).

por la Sexta Comisión en el trigésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General, el representante del Reino Unido, Sr. Berman, puso de manifiesto un cambio de actitud parecido al del Sr. Ushakov. Declaró que no había ninguna base para el tema que se estaba codificando y que, si llegaba a aparecer en el derecho internacional, se trataba meramente de una cuestión de responsabilidad civil⁸. Aunque no hay ningún motivo para que exista una identidad de criterio entre Sir Francis Vallat, que expresaba una opinión independiente, y el Sr. Berman, que hablaba como representante de su país, es sorprendente que el primero pudiera considerar el deber de diligencia como derivado de una concepción usual de la obligación internacional y que el segundo pudiera considerarlo como una novedad tal que carecía de fundamento en derecho internacional. Una evolución análoga puede observarse en el caso de Francia. El Sr. Reuter es una autoridad reconocida por lo que respecta a la responsabilidad de los Estados en cuestiones de daño a Estados vecinos y, en sus trabajos, citados en los informes segundo y cuarto, ha previsto todas las posibilidades consideradas por el Relator Especial. Sin embargo, en la Sexta Comisión, el Sr. Museux, como representante de Francia, adoptó el punto de vista de que las deliberaciones sobre este tema son una pérdida de tiempo, ya que la materia corresponde al PNUMA y no a la CDI⁹.

5. Hace cuatro años, el Relator Especial hizo una visita al PNUMA para informarse de las opiniones de sus principales funcionarios sobre esta cuestión. Por lo visto, siempre que se plantea la cuestión de la responsabilidad en los órganos del PNUMA, hay tres reacciones, a saber: que se ha de evitar la cuestión; que, si se ha de hacer algún trabajo sobre la materia, debe hacerlo la CDI; o que, si la Comisión tiene que emprender el estudio de este tema, la cuestión quedará enterrada durante 20 años. Por su parte, el Relator Especial no tiene la intención de contribuir a este proceso de dar sepultura al asunto. Tiene la esperanza de que la Comisión tenga el valor de adoptar una decisión firme, ya sea para encargarse de examinar el tema o para dejar que se trate en otros foros. Los funcionarios del PNUMA se han quedado sumamente desconcertados por la suerte corrida por el proyecto de principios sobre los recursos naturales compartidos (véase A/CN.4/L.353), que fue iniciado por los gobiernos representados en el Consejo de Administración del PNUMA, elaborado con un costo considerable, apoyado por el Comité Económico del Consejo Económico y Social, y del que la Asamblea General ha «tomado nota» simplemente en una resolución cuyo proyecto había sido propuesto por la Segunda Comisión¹⁰. La ambigüedad es evidente. Hasta cierto punto, se desea y se procura realizar progresos en el desarrollo del derecho internacional. Pero, cuando se llega a ese punto, las delegaciones tratan de conservar lo que, a su juicio, son los intereses inmedia-

tos de su país o de su región. Incumbe a la Comisión decidir si puede vencer esta dificultad y dar la respuesta con ello a la pregunta formulada por el UNITAR.

6. Personalmente, el Relator Especial opina que hay un medio de que la Comisión adelante en su labor sin riesgo excesivo. La verdadera divergencia de opiniones no está entre el Este y el Oeste, el Norte y el Sur, ni entre los juristas de sistemas basados en el derecho romano y los de *common law*, sino entre lo que puede llamarse el viejo mundo y el nuevo mundo. En el cuarto anteproyecto de una reforma de la ley estadounidense sobre relaciones exteriores el Relator Especial ha visto con interés una sección aparte dedicada por primera vez al derecho del medio ambiente que es muy pertinente para la cuestión que se examina. Un grupo responsable de juristas de los Estados Unidos parece estimar que el proyecto es una exposición prudente del derecho internacional actual. Se refieren a la obligación de adoptar las medidas que puedan ser prácticas según las circunstancias para hacer que las actividades realizadas en el territorio de un Estado no causen daño alguno en otro lugar. Como en el plan esquemático presentado por el Relator Especial (A/CN.4/373, anexo), el texto se refiere a la importancia de la actividad, a su viabilidad económica, a las consideraciones tecnológicas y al daño previsible. Las obligaciones abarcan tanto las actividades públicas como las privadas en lo que respecta al daño o la lesión, y un país determinado o el medio ambiente en general: son obligaciones *erga omnes*. El texto pone de relieve primordialmente la prevención y se ocupa de la reparación prácticamente como de una faceta de ese aspecto. Los Estados incurren en responsabilidad especial respecto del daño derivado de actividades que ofrecen un riesgo excepcional. No se menciona la expresión «responsabilidad estricta», pero toda responsabilidad está relacionada con la ilicitud de permitir que se produzca un daño sin compensación. Se trata de un texto de notable amplitud en su ámbito de aplicación, ya que comprende los Estados ribereños y los Estados del pabellón de los buques en alta mar. Hay una referencia al acceso a los recursos locales y a la no discriminación ante los tribunales locales.

7. Es imposible considerar esta materia sin partir de la responsabilidad del Estado por la ilicitud. El punto de vista que probablemente sustentará un Estado sobre la responsabilidad estricta depende de su criterio acerca de la ilicitud. Si sustenta el parecer de que es ilícito permitir actividades que causen daño a otros Estados, no hay que ir mucho más lejos para reconocer la responsabilidad estricta, que esencialmente es la responsabilidad de resarcir todo daño en que se incurra, no acompañada de la obligación adicional de evitar enteramente la actividad que cause el daño. En el anteproyecto de reforma de la ley estadounidense sobre relaciones exteriores se deja bien sentado que entre el Estado y la responsabilidad por actividades realizadas en su territorio o bajo su control no interviene ninguna cuestión de atribución. Por consiguiente, la responsabilidad estricta no constituye un gran paso hacia adelante, sino más bien una mitigación del rigor. Sin embargo, si un Estado estima que no hay responsabilidad más que en el caso de ciertos tipos de daños concretos definidos en

⁸ Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 48.ª sesión, párrafo 20.

⁹ *Ibid.*, 38.ª sesión, párr. 17.

¹⁰ Resolución 34/186 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1979.

los regímenes convencionales, o si traza una distinción entre los actos privados y los actos públicos, la responsabilidad estricta puede parecer un paso hacia adelante que es inaceptable. Ahí está el peligro de divergencias en torno a la cuestión de la responsabilidad.

8. Es posible, sin embargo, que los Estados tengan más en común de lo que se desprende del texto que el Relator Especial acaba de analizar. Por ejemplo, la doctrina norteamericana sobre la ilicitud del daño es débil cuando entra en la ecuación algún elemento de participación. En lo que se refiere a los cursos de agua, la posición de los Estados Unidos respecto de la responsabilidad por cursos de agua que cruzan fronteras no ha sido siempre coherente. En esos contextos, no pueden enunciarse normas absolutas. El enfoque que da el señor Evensen a la cuestión de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (A/CN.4/367) es valioso para el tema que se examina. Sus proyectos de artículos 6 y 9¹¹ abarcan el principio de la participación y el de no causar daño, y este último principio ha sido acogido por la Comisión con general e inmediata aceptación. Pero si se hubiera tratado simplemente de establecer una regla de prohibición, los artículos siguientes no habrían sido necesarios. Esos artículos establecen un procedimiento para evitar la ilicitud por referencia al criterio del « daño apreciable ». El Relator Especial señala que lo que puede resultar nocivo en una zona fronteriza densamente poblada quizá sea insignificante en una zona desértica. No hay la posibilidad de establecer un límite mínimo, y las partes interesadas deben estar dispuestas a consultar en el marco de un mecanismo de determinación de los hechos. Por lo general, la cuestión puede resolverse amistosamente a ese nivel. De un modo análogo, las secciones 2 y 3 del plan esquemático del Relator Especial deben bastar normalmente para tratar cualquier problema de daño o de posible daño. La sección 4 constituye el mecanismo de última instancia, cuando no se ha previsto el daño o, de haberse previsto, no se han adoptado las medidas oportunas.

9. Otro aspecto del proyecto de artículos sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación es la obligación de cooperar. Esto es un deber jurídico importante, que no es fácil definir. Sir Ian Sinclair (1791.ª sesión) ha hecho una distinción entre la obligación de cooperar y la buena vecindad. Quizás haya que relacionar esta distinción con la que el tribunal arbitral estableció entre derechos e intereses en el asunto del *Lago Lanós*¹². Existe, por ejemplo, el proverbio « buenas cercas hacen buenos vecinos », que expresa el contenido mínimo de la obligación de cooperar. Pero es mejor todavía que las partes tomen disposiciones de común acuerdo, por ejemplo en materia de riego, de modo que los gastos se repartan en vez de duplicarse. Una convención bilateral relativa a las fronteras contiene dos aspectos y ambos tienen una gran aplicación en el tema que se examina.

¹¹ Véase 1785.ª sesión, párr. 5.

¹² Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, volumen XII..., págs. 315, párrs. 23 y 24; véase también *Anuario...* 1974, vol. II (segunda parte), págs. 210 y 211, documento A/5409, párr. 1068.

10. Los Estados necesitan quizás que se les dé la seguridad de que otros Estados que se encuentran en una situación distinta de la suya tienen realmente intereses análogos. Los países en desarrollo, por ejemplo, se muestran remisos a aceptar normas inflexibles que los países desarrollados han aprendido a adoptar. Los países desarrollados, por su parte, sienten un temor comparable ante la posibilidad de que su libertad de utilizar la tecnología y de escoger entre las distintas opciones a su alcance se vea limitada por normas relativas a la obligación de no causar daño a sus vecinos. Por eso se trata la cuestión en un marco flexible, que no se basa en la ilicitud, sino que pone de relieve la posibilidad de cooperar y la necesidad de conciliar intereses diversos. En relación con esto, el Relator Especial recuerda la descripción del derecho del mar como una evolución desde la fase de las libertades jurídicas hasta la fase de los poderes jurídicos, que ha citado en su informe (A/CN.4/373, párr. 74). Esto es realmente el aspecto fundamental de la cuestión que se examina.

11. Hay también realmente una analogía con el derecho relativo al trato de los extranjeros. Si los Estados tienen un deber respecto del modo en que permiten que sean tratados los extranjeros en su territorio, es razonable afirmar que también tienen una obligación respecto del modo en que permiten que se realicen en su territorio actividades que causan daño a las personas en otros Estados. Al propio tiempo, no existen normas precisas sobre el modo en que los extranjeros deben ser tratados, ya que las normas locales varían, pero la regla aceptada es de no discriminación. La cuestión consiste en saber si el tema que se examina puede proporcionar un contrapunto útil a las obligaciones nacidas de actos por omisión o por comisión que dan lugar a responsabilidad del Estado. El concepto de « diferentes grados de prohibición » pone el acento en la cooperación, estimula la conciliación de los intereses respectivos y la previsión de problemas que puedan surgir de la realización de determinadas actividades.

12. Hay quizás tres posiciones que se deben tomar en consideración, a saber: la del Sr. Ushakov, según la cual no puede admitirse ningún nuevo principio de derecho internacional; la de los Estados Unidos, de que no debe extenderse el alcance más allá del daño transfronterizo físico; y la de algunos países en desarrollo que desean que el principio de la responsabilidad estricta se extienda a las cuestiones económicas así como al daño transfronterizo físico. El derecho internacional prevé dos sistemas de obligación, a saber: la ilicitud que da lugar a responsabilidad del Estado y la responsabilidad estricta. Hay además dos sectores que entrañan efectos transfronterizos: las actividades físicas y la realización de actividades económicas. Si se aplicara la responsabilidad estricta en el primer sector, pero se excluyera en relación con las cuestiones económicas, se perjudicaría el avance de los pueblos hacia un nuevo orden económico internacional. Pero se trata de una materia demasiado complicada para regularla mediante una simple prohibición.

13. En el plan esquemático se ofrece una solución. En derecho consuetudinario no se puede definir el principio de la responsabilidad estricta ni el principio de

la ilicitud como tal. Hay grandes diferencias de criterio sobre la ilicitud y sobre la responsabilidad estricta, pero hay una abundante práctica de los Estados relativa a los problemas transfronterizos. Por tanto, no se debe intentar construir una norma rígida, sino desarrollar una serie de obligaciones que permitan tanta libertad a los Estados como la vieja norma que rige el trato de extranjeros. El objeto debe ser diferir todo lo posible el momento en que interviene la ilicitud y ofrecer al Estado de origen una oportunidad tras otra de actuar, de suerte que, si se produce un daño, tenga la posibilidad de repararlo teniendo en cuenta una variedad de factores. En ese marco, el ámbito de aplicación debe concretarse al daño transfronterizo físico, sobre el que hay una considerable práctica de los Estados. En cambio, es relativamente pequeña la que se refiere a los asuntos económicos, en los que no se han realizado grandes progresos hacia una cristalización de las normas en torno a las cuales puedan desarrollarse las reglas. Quizá no se hará nunca ningún progreso si se considera el problema desde el punto de vista de las prohibiciones exclusivamente. El tema actual establecerá un precedente para un criterio sustantivo. En el sector más sencillo y más desarrollado del daño físico, es posible enunciar normas que reflejen intereses comunes. Por consiguiente, es posible tener en cuenta los tres intereses fundamentales que el Relator Especial ha mencionado.

14. Cabe preguntar si es necesario redactar reglas en las que el procedimiento ocupa un lugar importante. La respuesta es la misma que en el caso del proyecto de artículos sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Es difícil aplicar reglas generales a casos concretos. Por consiguiente, conviene establecer un procedimiento que permita conciliar los intereses, en particular en cuestiones en las que la solución por mediación de un tercero es realmente excepcional. Sería inútil codificar el derecho internacional partiendo de la base ficticia de que las decisiones serán adoptadas por terceros. Ofrecer a las partes interesadas la posibilidad de establecer reglas detalladas aumenta la posibilidad de llegar a una solución por vía judicial en caso de una controversia entre ellas.

15. Es demasiado pronto para examinar la forma que debe revestir un posible proyecto de artículos. Este debe traducirse en la obligación en definitiva de reparar el daño ocasionado, incluida la sanción de la ilicitud en caso de incumplimiento de dicha obligación. Pero este desenlace debe diferirse todo lo posible, a fin de dar a los Estados las máximas oportunidades de regular sus asuntos sobre una base más flexible. A juicio del Relator Especial, puede considerarse esta materia como un útil complemento del tema de la responsabilidad de los Estados.

16. El Sr. RIPHAGEN felicita al Relator Especial por su excelente informe (A/CN.4/373), que permite ver claramente las dificultades de la materia, en particular las de carácter doctrinal. El Relator Especial ha optado por presentar su informe en forma de un examen general y ha procurado situar el tema dentro de la estructura general del derecho internacional, invitando a los miembros a formular observaciones generales; en todo

caso, las observaciones del orador serán de un carácter general y un tanto teórico. Un conocido autor ha dicho que el tema del orden público es « la parte inacabada del derecho internacional privado » y el Sr. Riphagen, por su parte, calificaría el presente tema de « parte inacabada del derecho internacional público ».

17. El Relator Especial se ha basado considerablemente en lo que llama « el continuo de la prevención y la reparación » (A/CN.4/373, párrs. 40 y ss.). El término « continuo » es una palabra peligrosa para los juristas y, en realidad, para todos los pensadores de la escuela cartesiana newtoniana; pero el Relator Especial ha dicho que « no tiene grandes pretensiones de ortodoxia » (*ibid.*, párr. 54). El Sr. Riphagen será el último en censurarle por ello, considerando cuán grandes han sido las contribuciones de los heréticos del pasado a la humanidad. Además, el Relator Especial le ha desarmado al utilizar la expresión « diferentes grados de prohibición », que el propio Sr. Riphagen ha utilizado como Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad de los Estados.

18. Sin embargo, el Relator Especial ha expuesto de un modo algo categórico que « el derecho no tiende a perpetuar las situaciones de ambivalencia, sino a descomponerlas en elementos de lo justo y lo injusto » (*ibid.*, párr. 21). Esa observación parece excluir el concepto de « continuo », y el Relator Especial ha procurado resolver la contradicción recurriendo a una « perspectiva de derecho administrativo » y citando en su favor la exposición del profesor Allott (*ibid.*, párr. 74). Aunque el concepto de derecho administrativo no inspira simpatías a sus colegas, los juristas de *common law*, al Sr. Riphagen le parece bastante atractivo; no puede resistir la tentación de citar a un destacado jurista continental, el profesor Prosper Weil, que ha comentado su tratado de derecho administrativo con las palabras : « La existencia misma de un derecho administrativo tiene algo de milagroso »¹³.

19. Ahora bien, a veces ocurren milagros, y, realmente, en muchos sistemas jurídicos nacionales ha sido posible fiscalizar eficazmente los poderes públicos sin menoscabar el ejercicio de sus funciones públicas. Pero, incluso en el plano nacional, se ha de establecer un equilibrio delicado entre los diferentes intereses que entran en juego. En el plano internacional, la transición de lo que el profesor Allott llama la « libertad jurídica », con lo que probablemente denota la soberanía, al poder jurídico, que supone « la ausencia de una facultad discrecional ilimitada », será aún más difícil. No obstante, la característica dominante del derecho administrativo es el criterio « marginal » aplicado al comportamiento de los órganos públicos, y ese criterio puede aplicarse también en las relaciones internacionales.

20. En la sección A de su informe, el Relator Especial examina « la obligación de evitar, minimizar y reparar el daño transfronterizo ». Pero, en una lógica lineal, si existe un deber de evitar el daño, no puede

¹³ P. Weil, *Le droit administratif*, 10.ª ed., París, Presses universitaires de France, 1983, colección Que sais-je?, N.º 1152, pág. 3.

surgir la cuestión de minimizarlo; por otra parte, si ha de entenderse la acción en conformidad con el deber de minimizar, no se planteará la cuestión de la reparación. El Sr. Riphagen se inclina a pensar que el único modo de resolver estas contradicciones es adoptar el criterio de los « sistemas » en vez de un criterio « lineal ».

21. Al tratar el tema que se examina, es necesario basarse en el supuesto de que no hay obligaciones ni derechos, sino únicamente normas de conducta. En relación con este punto, el Sr. Riphagen se refiere al fenómeno de las « circunstancias que excluyen la ilicitud » en el tema de la responsabilidad de los Estados. En el tema que ahora se examina había el fenómeno análogo de las « circunstancias que excluyen la licitud », es decir, la licitud del ejercicio de la soberanía territorial.

22. El Sr. Riphagen elogia al Relator Especial por limitar el alcance del tema a las actividades físicas que causan un daño transfronterizo físico. La cuestión del alcance es pertinente no sólo para los límites externos del tema, sino también para sus límites internos, es decir, los factores que se han de tener en cuenta en los procedimientos descritos en las normas de conducta. En cuanto a los límites externos, las normas de conducta carecerán de significado si el cumplimiento o incumplimiento de ellas no tiene consecuencias jurídicas. Si se prescinde por completo de esas normas, y una actividad física dentro de un Estado causa un daño físico en otro Estado, surgirá la responsabilidad del Estado.

23. Al considerar las normas de conducta, puede trazarse una distinción entre las normas de procedimiento y las normas sustantivas, y se han de tener en cuenta muchos factores en relación con aquéllas. La primera norma de procedimiento se refiere al deber de la información previa; la segunda concierne al deber de consulta; y la tercera al deber de recurrir a un experto imparcial para la determinación de los hechos en caso de desacuerdo sobre éstos. Todos estos deberes son recíprocos y comprenden el factor tiempo, ya que no puede permitirse a ninguna parte que demore una solución indefinidamente.

24. Respecto de los factores que se han de tomar en consideración para establecer un equilibrio entre los intereses en juego, hay varias normas generales. La primera es negativa : no debe haber en ninguna de las dos partes discriminación entre los factores situados dentro del territorio y los situados fuera de él. Hay además la norma positiva de la participación en los gastos y los beneficios. Por último, hay el estímulo de otras posibilidades por ambos lados, incluida la asistencia para evitar consecuencias perjudiciales, tales como las medidas para combatir la contaminación.

25. En cuanto a los límites internos del alcance del tema, los únicos factores pertinentes son los relativos a los actos físicos y al daño físico. Ello hace que no se deban tener en cuenta la anticipación de actos ni las concesiones recíprocas en otros sectores. En el sistema que se sugiere, que tiene en cuenta las circunstancias que excluyen la ilicitud y las circunstancias que excluyen la licitud habrá amplio margen para que los Esta-

dos escojan otras « reglas del juego » en virtud de un tratado, posiblemente teniendo en cuenta otros sectores de interés.

26. Por último, el Sr. Riphagen señala a la atención de la Comisión una cuestión que no está comprendida en el informe, o sea, la posibilidad de que entre en juego un tercer Estado. El tercer Estado puede ser un participante en el acto o una parte lesionada.

27. El Sr. EL RASHEED MOHAMED AHMED elogia al Relator Especial por su erudito informe (A/CN.4/373) sobre un tema tan difícil y expresa su agrado por la clarísima exposición introductoria que contiene. Limitará sus observaciones en gran parte a la sección 2 del plan esquemático, respondiendo así a la petición del Relator Especial (*ibid.*, párr. 75). Sus observaciones tendrán un carácter general y preliminar.

28. El Relator Especial ha advertido que « las normas enunciadas en el plan esquemático no son un sustitutivo de las normas convencionales o consuetudinarias específicas que establecen la responsabilidad de los Estados » (*ibid.*, párr. 19). Esforzándose por precisar los límites inciertos del tema, ha agregado que « el tema se refiere a actividades que están en vías de convertirse en prohibidas o que, por el contrario, no llegan a ser prohibidas porque se han previsto garantías suficientes de que se evitarán los efectos transfronterizos perjudiciales » (*ibid.*, párr. 20). El Relator Especial ha señalado a la atención de la Comisión algunos sectores tales como la contaminación, en el que existe un cuerpo cada vez mayor de normas convencionales que darán lugar a la responsabilidad internacional, pero no ha sugerido ninguna norma, y aún menos ninguna prohibición. Ha puesto el acento en el procedimiento en las secciones 2, 3 y 4 de su plan esquemático, que proponen : a) una obligación de proporcionar información respecto de actividades que pueden ocasionar pérdidas o daños y de las clases y grados de las pérdidas o daños que sean previsibles; b) la creación de un mecanismo de determinación de los hechos; c) negociaciones de buena fe sobre el informe presentado por el organismo encargado de la determinación de los hechos, y d) determinación mediante acuerdo de los derechos y obligaciones del Estado autor y del Estado afectado.

29. Es evidente que el Relator Especial hace una navegación peligrosa en aguas no muy hospitalarias. Esta situación permite legítimamente preguntarse si va avanzando o bien si va perpetuando situaciones ambivalentes. Uno de los objetos del presente estudio es estimular a los regímenes que delimitan los respectivos derechos y obligaciones con cierto grado de certidumbre. En defecto de eso, el objeto es afirmar la obligación de evitar y reparar la pérdida o el daño transfronterizo sin la previa determinación de responsabilidad del Estado autor por una acción o una omisión ilícita.

30. Ahora bien, no puede haber deber sin un derecho correlativo. De ahí el dilema que se plantea al Relator Especial, ya que el deber negativo de evitar el daño o la pérdida transfronterizos debe tener un derecho correspondiente. Ese derecho, sin embargo, resulta de una actividad u omisión ilícita por parte del Estado autor.

Pero la responsabilidad por la acción o la omisión ilícita se pasa en silencio.

31. El método sumamente pragmático y prudente adoptado por el Relator Especial muestra que está poco dispuesto a entrar en el terreno de la soberanía del Estado. Parece querer dejar que los Estados encuentren por sí mismos las respuestas a las preguntas que surgen en cada controversia concreta, pero ateniéndose a una serie de normas de procedimiento. Es muy dudoso que esta manera de plantear la cuestión satisfaga a los Estados afectados, que, en casi todos los casos, son Estados en desarrollo o Estados pobres, mientras que, en los casos de la contaminación, por ejemplo, las fuentes de ésta son invariablemente países industrializados. E incluso cuando esos países no son las fuentes de la contaminación, son los únicos que poseen los medios necesarios para eliminar los efectos de ella. Los Estados del golfo Pérsico pagan millones de dólares a los países desarrollados para detener el derrame de petróleo y limpiar las aguas del golfo. En esa parte del mundo, el agua es más cara aún que el petróleo.

32. El Relator Especial espera que los países en desarrollo cambien la orientación de las relaciones internacionales. Ese cambio estará dictado no por el peso de los países en desarrollo, sino por la necesidad de equilibrar los intereses mutuos de los países desarrollados y de los países en desarrollo. En esas situaciones, el derecho no debe ir contra la parte más vulnerable; debe mantener un equilibrio delicado entre el fuerte y el débil. El Relator Especial, en cambio, parece más preocupado por proteger a los Estados de origen contra la posibilidad de exigencias desmedidas que por asegurar la reparación a los Estados afectados (*ibid.*, párr. 51).

33. Esa situación exige que se dé otro paso hacia adelante, quizá mayor del que el Relator Especial está dispuesto a dar. El orador se atreve a sugerir que se afirme como tesis general la noción de que hay el deber de no causar daños o lesiones. Si se causa un daño o una lesión y puede atribuirse al Estado de origen, puede inferirse una obligación de reparar, siempre que se tomen en consideración todos los factores pertinentes. El propio Relator Especial ha apoyado esta idea al decir en su informe :

No hay razón, dicho sea de paso, para que el derecho a una reparación y los principios y factores que lo salvaguardan, no se expresen con toda la firmeza que la Comisión considere prudente y estime justificada habida cuenta de la evolución de la práctica de los Estados. (*Ibid.*, párr. 54.)

34. El orador se propone hablar más adelante sobre la cuestión de la responsabilidad estricta. Sin embargo, a primera vista, no se puede disentir de la afirmación hecha por el Relator Especial en su exposición inicial de que la introducción de ese concepto sería inaceptable.

35. En cuanto a las definiciones, el Relator Especial ha planteado el problema de determinar si la palabra « actividad » comprende también la ausencia de actividad. El orador no se arriesgará a dar una respuesta, pero sugiere que en el párrafo 2 de la sección 1 del plan esquemático se inserte la palabra « omisión » además de

« actividad », a fin de prever la cuestión de la ausencia de una actividad necesaria para eliminar un peligro que puede causar una pérdida o una lesión.

36. El Sr. USHAKOV dice que, a pesar de las explicaciones que el Relator Especial ha dado en su exposición introductoria, la situación sigue estando poco clara. Como se observa en el informe (A/CN.4/373, párrafo 11), los debates celebrados en la Comisión en el anterior período de sesiones han demostrado que :

[...] algunos miembros de ésta estimaban que no se debía continuar examinando este tema, bien porque carecía de todo fundamento en derecho internacional general, bien a causa de las dificultades que planteaba.

El orador, por su parte, sigue sustentando ese punto de vista y continúa creyendo que no hay normas de derecho internacional que establezcan la responsabilidad de los Estados por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

37. En el caso de determinadas actividades especiales, tales como las actividades peligrosas, de las que sean de temer consecuencias perjudiciales, los Estados concluyen acuerdos especiales de carácter universal, regional o bilateral, tal como el acuerdo que establece la responsabilidad del Estado por actividades ilícitas realizadas en el espacio ultraterrestre, que pueden tener consecuencias en la Tierra ¹⁴.

38. Por otra parte, es imposible establecer una obligación de reparar por las consecuencias perjudiciales de una actividad lícita necesaria para el desarrollo de la industria o la agricultura o para combatir alguna plaga natural. Además, el Estado autor suele ser el primero en sufrir las consecuencias perjudiciales de su propia acción; pero, incluso en ese caso, no es seguro que esté dispuesto a resarcir a los Estados vecinos que también han sufrido las consecuencias de esa acción. El Sr. Ushakov también abriga algunas dudas en cuanto a la utilidad del término « daño transfronterizo », porque, si la cuestión es estudiada por la Comisión, resulta indudable que el « daño » es internacional.

39. O bien un tratado prohíbe cierta actividad, y el Estado parte que no respeta esa prohibición incurre en responsabilidad internacional, o bien no hay ninguna obligación para el Estado, en cuyo caso, tal como ahora están las cosas, el Estado no está de ningún modo obligado a conceder una reparación a un Estado vecino que sufre las consecuencias perjudiciales de sus actividades.

40. El Sr. KOROMA felicita al Relator Especial por su informe (A/CN.4/373), sumamente útil, que es una prueba más de su dominio del tema. En anteriores deliberaciones, ha estimado que la dicotomía en la CDI y en la Sexta Comisión de la Asamblea General es teórica, porque el Relator Especial ha tomado como primer punto de partida el « deber de diligencia » respecto de otros Estados. Más adelante, sin embargo, el

¹⁴ Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 961, pág. 212).

Relator Especial se ha persuadido de que no existe esa obligación general, o, por lo menos, de que ese concepto no es común a todos los sistemas jurídicos. En consecuencia, ha adoptado (A/CN.4/360, párrs. 19 a 23), en vez de aquél, el « criterio de la previsibilidad »: si puede preverse el daño o la lesión a un Estado vecino, existe una obligación para el Estado autor. Por el momento, esa proposición debería haber bastado.

41. Sin embargo, escuchando ahora al Relator Especial y al Sr. Ushakov, el orador comprende que las diferencias en el seno de la Comisión son esencialmente una cuestión de principio y no meramente conceptuales. El Sr. Ushakov ha mantenido que no nace ninguna responsabilidad general para los Estados conforme al derecho internacional público respecto del daño transfronterizo causado por actividades no prohibidas por el derecho internacional. El Sr. Koroma, por su parte, puede aceptar esa tesis, pero señala a la atención de la Comisión una discrepancia entre las versiones francesa e inglesa del título del tema. El título inglés habla de « acts » (« actos ») no prohibidos por el derecho internacional, mientras que la versión francesa utiliza el término « activités ». Como el Sr. Ushakov ha señalado, las actividades que no están prohibidas por el derecho internacional no pueden dar lugar a una responsabilidad. La posición no es la misma para los « actos ». Para tomar el ejemplo de las actividades ultraterrestres, que son, desde luego, lícitas, sólo cuando un acto determinado causa un daño se tendrá al Estado por responsable. El orador insiste en que la terminología utilizada, sobre todo en el título del tema, debe ser revisada cuidadosamente a la luz de esas observaciones.

42. Es innegable que hay una abundante práctica de los Estados y un vasto acervo de legislación internacional sobre los actos que causan un daño a otros Estados, sobre el deber consiguiente de diligencia, y sobre la obligación de reparar y de adoptar medidas cuando proceda para impedir que dichos actos se repitan. Esas ideas deben constituir el punto de partida para el estudio del tema.

43. El Relator Especial ha procurado desarrollar el contenido del deber de no causar daño a otro Estado. Este deber puede establecerse en forma preventiva, o en forma de reparación o compensación. El Sr. Koroma coincide con el Relator Especial en que este tema debe limitarse al daño físico y no debe extenderse al daño económico por el momento. Sin embargo, en muchos casos el daño físico tendrá consecuencias económicas; por ejemplo, la contaminación de un río por un Estado ribereño del curso superior conducirá a pérdidas económicas para los agricultores en un Estado ribereño del curso inferior.

Se levanta la sesión a las 18.10 horas.

1801.ª SESIÓN

Martes 12 de julio de 1983, a las 10 horas

Presidente: Sr. Laurel B. FRANCIS

Miembros presentes: Sr. Balanda, Sr. Barboza, señor Calero Rodrigues, Sr. Díaz González, Sr. El Rasheed Mohamed Ahmed, Sr. Flitan, Sr. Koroma, Sr. Laclea Muñoz, Sr. Mahiou, Sr. Malek, Sr. McCaffrey, Sr. Ni, Sr. Njenga, Sr. Quentin-Baxter, Sr. Razafindralambo, Sr. Riphagen, Sir Ian Sinclair, Sr. Stavropoulos, Sr. Sucharitkul, Sr. Thiam, Sr. Ushakov.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (conclusión) (A/CN.4/360¹, A/CN.4/373², A/CN.4/L.352, secc. C)

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El Sr. SUCHARITKUL felicita al Relator Especial por haber aclarado el concepto de la responsabilidad internacional, y dice que ese tipo de responsabilidad difiere de la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos en cuanto que una de sus características esenciales es que los actos de los que se derivan las consecuencias perjudiciales no son ilícitos. Así, se infiere claramente del informe (A/CN.4/373) que actos como los que se tratan en el capítulo V (Circunstancias que excluyen la ilicitud)³ de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados pueden realmente hacer incurrir en una responsabilidad internacional al Estado que los realiza. Otra diferencia entre los dos conceptos es que, en el caso de la responsabilidad del Estado, tal como el señor Riphagen la entiende, es necesario probar el « hecho del Estado » (capítulo II de la primera parte del proyecto de artículos)⁴. En el caso que se considera, el Relator Especial propone que se tenga al Estado por internacionalmente responsable de todas las consecuencias perjudiciales derivadas de actividades realizadas en su territorio o bajo su control, para tener en cuenta las condiciones modernas de interdependencia y la necesidad cada vez mayor de cooperación.

2. A este respecto, el Sr. Sucharitkul recuerda la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales⁵, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Esta-

¹ Reproducido en *Anuario...* 1982, vol. II (primera parte).

² Reproducido en *Anuario...* 1983, vol. II (primera parte).

³ *Anuario...* 1980, vol. II (segunda parte), pág. 32.

⁴ *Ibid.*, págs. 29 y ss.

⁵ Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.