



Asamblea General

Distr. general
7 de marzo de 2006
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

58º período de sesiones

Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y

3 de julio a 11 de agosto de 2006

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)

Tercer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas

Preparado por Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial*

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.	1–2	3
II. Comentarios y observaciones de los gobiernos acerca del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.	3–22	3
A. Tendencias destacadas	3–4	3
B. Aclaraciones sobre algunas cuestiones planteadas.	5–22	6
1. La cuestión del umbral.	7–8	7

* El Relator Especial desea expresar su agradecimiento al Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, de Heidelberg (Alemania), por la acogida que le brindó durante la preparación del tercer informe. También da las gracias a la profesora Dinah Shelton, de la Facultad de Derecho de la George Washington University, de Washington, D.C., cuyos alumnos redactaron memorandos sobre las leyes y la práctica de varios países referentes en particular a las cuestiones de que se trata. El Relator Especial desea asimismo reconocer con gratitud el apoyo en forma de investigación aportado por Ilias Plakokefalos, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Atenas (Grecia), durante la preparación del presente informe.



2.	Aclaraciones sobre la lista de actividades abarcadas por el tema	9	9
3.	Ampliación del ámbito de aplicación	10	9
4.	Daños al medio ambiente <i>per se</i> y reclamaciones de indemnización por daños causados a un valor de “no uso”	11–14	10
5.	Multiplicidad de reclamaciones.	15–18	12
6.	Condición jurídica del proyecto de principios	19–22	15
III.	Examen de algunos de los aspectos destacados del proyecto de principios	23–37	17
A.	Criterio o principio de precaución.	24–26	17
B.	El principio de quien contamina paga: responsabilidad objetiva y limitada del operador.	27–30	20
C.	Obligaciones destacadas de los Estados	31–32	23
D.	Principio de no discriminación y estándares mínimos	33–35	25
E.	Garantía de una pronta y adecuada indemnización	36–37	27
IV.	Forma definitiva del proyecto de principios	38–44	28
V.	Relación entre el proyecto de principios y el proyecto de artículos sobre la prevención	45–46	30

I. Introducción

1. En su 56° período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹. En el párrafo 3 de la resolución 59/41 y de la resolución 60/22, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión contar con sus observaciones acerca del proyecto de principios. En general, el proyecto de principios fue bien recibido por las delegaciones participantes en el debate sobre el informe de la Comisión en la Sexta Comisión durante el quincuagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General. Se manifestó una gran satisfacción por el hecho de que la Comisión hubiera podido producir el proyecto de principios con tanta rapidez, en el plazo de un año a partir del momento en que la Asamblea destacó la importancia de que la Comisión concluyera la parte restante de su mandato en relación con el tema del programa titulado “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”². Se recordará que, en su quincuagésimo sexto período de sesiones, celebrado en 2001, la Asamblea General, al tiempo que expresó su reconocimiento por la valiosa labor realizada sobre la cuestión de la prevención³, pidió a la Comisión que reanudara su labor sobre los aspectos relacionados con la responsabilidad, teniendo presente la relación existente entre la prevención y la responsabilidad y teniendo en cuenta las tendencias en el derecho internacional y las observaciones de los gobiernos⁴. Además de las observaciones formuladas en la Sexta Comisión, algunos gobiernos también presentaron comentarios por escrito acerca del proyecto de principios sobre la asignación que la Comisión concluyó en primera lectura en 2004⁵.

2. En el presente informe, el Relator Especial analiza las cuestiones que debería abordar la Comisión en su segunda lectura del proyecto de principios, habida cuenta de los comentarios y observaciones de los gobiernos. En algunos casos éstos presentaron sugerencias de redacción concretas, que no se han incluido en el presente informe. Ciertamente, la Comisión las examinará en el momento apropiado en el marco de su Comité de Redacción.

II. Comentarios y observaciones de los gobiernos acerca del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas

A. Tendencias destacadas

3. Un análisis de los comentarios y observaciones efectuados por los gobiernos en sus respuestas presentadas por escrito y en sus declaraciones sobre el proyecto de principios en la Sexta Comisión permite observar las tendencias siguientes:

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/59/10)*, párr. 175.

² Véase la declaración de los Países Bajos en A/C.6/59/SR.17.

³ Para el texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/56/10)*, párr. 97.

⁴ Resolución 56/82.

⁵ A/CN.4/562.

a) En general, los Estados acogen con beneplácito el criterio básico de la Comisión en el sentido de que el proyecto debe tener un carácter general y residual, dejando a los Estados flexibilidad para definir regímenes de responsabilidad específicos para sectores de actividad particulares, teniendo en cuenta las circunstancias peculiares pertinentes⁶;

b) Existe un amplio reconocimiento del enfoque consistente en asignar la responsabilidad principal al operador de la actividad, es decir, a la persona que dirija o controle la gestión del riesgo en el momento de producirse el incidente que da lugar al daño transfronterizo⁷;

c) Teniendo en cuenta el carácter de las actividades que está previsto incluir en el ámbito del proyecto, es decir, las actividades peligrosas, se apoya la idea de la responsabilidad objetiva del operador. Se entiende también que esa responsabilidad es limitada. Por otra parte, habría excepciones a la responsabilidad del operador. No obstante, esas excepciones deben ser pocas⁸. En este marco, se hicieron sugerencias sobre la inclusión de una presunción rebatible de conexión causal entre la actividad peligrosa y el daño transfronterizo. De este modo, la carga de la prueba recaerá en el operador, que deberá demostrar que no es responsable⁹;

d) Considerando que la forma preferida de responsabilidad del operador es la responsabilidad objetiva pero limitada, también se mostró apoyo a la posibilidad de financiación complementaria de distintas fuentes para asignar la pérdida y reducir en la mayor medida posible la carga que representaría para las víctimas del daño transfronterizo tener que asumir la pérdida, debido a esa responsabilidad limitada. A este respecto, se preveía que el Estado de origen participara en cualquier plan de financiación complementaria que se estableciera¹⁰. Recordando la obligación del Estado de origen de velar por que cualquier actividad peligrosa que se realice en su territorio o en zonas que estén bajo su jurisdicción y control exclusivos se lleve a cabo con su autorización previa, y que dicha autorización previa sólo debe otorgarse con la condición de que el operador utilice los mejores medios y diligencias posibles para gestionar el riesgo de daños transfronterizos, se afirma que también habría que

⁶ Véase A/CN.4/549/Add.1, párr. 5. Sin embargo, Alemania ponía en duda el valor del enfoque flexible, ya que a su juicio el régimen sugerido por la Comisión no se aplicaría de manera automática. Véase A/C.6/59/SR.18.

⁷ A/CN.4/549/Add.1, párr. 63. Véanse también los comentarios escritos del Pakistán en A/CN.4/562, secc. A, y de Uzbekistán, ibíd. En sus comentarios presentados por escrito al Secretario General (texto denominado en adelante “comentarios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 27 de febrero de 2006”), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, si bien apoyaba enérgicamente la responsabilidad del operador y el principio de quien contamina paga, se oponía a asignar responsabilidades al Estado, incluso la responsabilidad secundaria o subsidiaria.

⁸ Véanse los comentarios de Austria en A/C.6/59/SR.18. Sin embargo, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sugirió que el régimen de responsabilidad objetiva se planteara en términos menos rígidos y consideró que tal vez no fuera aplicable de forma general a todas las actividades peligrosas (comentarios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 27 de febrero de 2006).

⁹ Véanse también los comentarios escritos de México en A/CN.4/562, secc. C.

¹⁰ A/CN.4/549/Add.1, párrs. 66, 68, 90 y 91. Véanse también los comentarios de Portugal, la Federación de Rusia, Sierra Leona y México (A/C.6/59/SR.19 y 25). No obstante, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte señaló que asignar al Estado algún tipo de responsabilidad subsidiaria sería problemático (véase A/C.6/59/SR.18). Kenya consideraba que el papel del Estado debía ser más limitado y que el comentario debería aclarar que el Estado de origen no tiene la obligación de reservar fondos (véase A/C.6/59/SR.21).

requerir del operador que dispusiera de los medios financieros necesarios para atender demandas de indemnización en caso de que se produjeran daños transfronterizos. Se sugirió que ello podría lograrse haciendo que el operador contratara un seguro apropiado o mediante garantías bancarias y otras garantías financieras apropiadas¹¹;

e) También se puso de relieve la importancia de tener acceso a recursos; tanto el Estado de origen como los otros Estados afectados deberían otorgar a las víctimas de un daño transfronterizo acceso a foros judiciales y otros foros administrativos para presentar sus demandas de indemnización sin discriminación alguna y reclamar los mismos recursos de que disponen las víctimas nacionales de los mismos daños¹². Cuenta con algún apoyo a la idea de establecer ciertos criterios mínimos en relación con los recursos de que dispondrán y las indemnizaciones que podrán recibir todas las víctimas de daños resultantes de la actividad peligrosa, y de exigir que los Estados los reconozcan igualmente en su legislación nacional¹³. Dicho de otro modo, ya no se considera aceptable con arreglo al derecho internacional que un Estado autorice en su territorio una actividad peligrosa que pueda causar daños transfronterizos y no haya establecido legislación que contemple recursos apropiados e indemnizaciones en caso de un incidente que provoque daños transfronterizos. Sin embargo, según una opinión manifestada, esta obligación del Estado se trata como una obligación de diligencia debida, sin perjuicio de las circunstancias particulares del país o de los países de que se trate¹⁴;

f) La definición amplia de daños, de forma que se incluyan los daños a las personas, a los bienes y al medio ambiente *per se*, en la jurisdicción nacional también ha dado lugar a comentarios favorables¹⁵. Se hicieron asimismo sugerencias al efecto de incluir los daños a espacios públicos internacionales (*global commons*) que están más allá de la jurisdicción nacional, tal vez en la medida en que el daño causado a esos espacios pueda relacionarse directamente con la actividad peligrosa de que se trata¹⁶. Sin embargo, a juicio de algunos gobiernos, la cuestión de la posibilidad de presentar demandas en caso de daños al medio ambiente *per se*, y el tipo

¹¹ Declaración de Alemania en A/C.6/59/SR.18. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte señaló que la contratación de seguros y la obtención de otras garantías financieras no era fácil y que esa obligación no debía imponerse de manera rígida (comentarios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 27 de febrero de 2006).

¹² El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte consideraba que la cuestión del acceso a recursos administrativos y judiciales nacionales en relación con demandas por daños transfronterizos está regida por el derecho internacional privado y debe estar sujeta a esos principios (comentarios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 27 de febrero de 2006).

¹³ Declaración de los Países Bajos en A/C.6/59/SR.17. Véanse también los comentarios de los Países Bajos presentados por escrito en A/CN.4/562, secc. E.

¹⁴ Véase la declaración de la India en A/C.6/59/SR.18. Véase también A/CN.4/549/Add.1, secc. E.

¹⁵ Unas pocas delegaciones se opusieron a la inclusión del medio ambiente *per se* en la definición de daños que figura en el principio 2, por considerar que las pérdidas ambientales mencionadas en el inciso iii) del párrafo a) del proyecto de principio 2 no admitían una fácil cuantificación monetaria, además de causar dificultades para establecer el *locus standi* y una conexión causal entre la actividad en cuestión y el daño al medio ambiente (véase A/CN.4/549/Add.1, párr. 77). Con todo, esos problemas no son insolubles. Véanse la sección 2 d) *infra* y también el comentario al principio 2, párr. 12), comentarios al proyecto de principios aprobado en primera lectura en 2004, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/59/10)* (denominado en adelante comentarios).

¹⁶ Véanse las declaraciones de Italia y Nueva Zelanda en A/C.6/59/SR.17. Véanse también los comentarios presentados por escrito por los Países Bajos en A/CN.4/562, secc. D.

de denuncias que serían admisibles, incluso las denuncias relativas al “valor de no uso”, son cuestiones que están por resolver y que tal vez sería mejor dejar para un examen separado o que fueran reguladas por la legislación nacional¹⁷;

g) También se manifestó apoyo por los principios 5 (Medidas de respuesta), 7 (Elaboración de regímenes internacionales específicos) y 8 (Aplicación)¹⁸.

4. Por último, el Relator Especial entiende que hubo un apoyo general a las consideraciones de política en que se basó la Comisión para aprobar el proyecto de principios en primera lectura. Con todo, existen algunos desacuerdos o diferencias sobre la forma en que podrían formularse esos principios. Un grupo de Estados consideraba indispensable que esos principios se formularan en forma de proyecto de artículos, y con la redacción más prescriptiva posible. Por otra parte, otro grupo de Estados consideraba que habría que mantener la forma aprobada en primera lectura; el proyecto de principios podría dar a los Estados la orientación necesaria para negociar tratados o acuerdos sobre sectores específicos de actividad o que abarcaran determinadas zonas en que pudieran tener lugar esas actividades. Según esa opinión, cualquier otra forma no sería acorde con el enfoque general y residual que había adoptado la Comisión y que en general también habían hecho suyo los Estados. Por consiguiente, la cuestión de la forma, respecto de la cual la Comisión se reservó su posición en el momento de aprobar el proyecto de principios en primera lectura, deberá ser examinado antes de que la Comisión concluya su segunda lectura, que será la definitiva. El Relator Especial aborda esta cuestión en la sección C del presente informe.

B. Aclaraciones sobre algunas cuestiones planteadas

5. En sus comentarios, los Estados también solicitaron otras aclaraciones. Por ejemplo, algunas delegaciones cuestionaron la decisión de la Comisión de aplicar el

¹⁷ Véase A/CN.4/549/Add.1, párr. 6. Véanse las declaraciones de China, la Federación de Rusia y la India en A/C.6/59/SR.17 a 19. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte consideró que, habida cuenta de las complejidades que entraña la cuestión de la capacidad procesal y de la cuantificación de los daños al medio ambiente *per se*, sería mejor que se tratara en el comentario. Opinaba también que las reclamaciones de los Estados relativas a esos daños deberían quedar fuera del alcance del proyecto de principios, y que éstos deberían limitarse a las reclamaciones de partes privadas (comentarios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 27 de febrero de 2006).

¹⁸ A/CN.4/549/Add.1 párr. 65. Véanse también los comentarios presentados por escrito por los Países Bajos, la República Checa, México, los Estados Unidos de América y Uzbekistán A/CN.4/562, secc. F. Según esos comentarios, si bien la intención básica del proyecto de principios es aceptable, éstos pueden mejorarse o tal vez puedan aclararse mejor las cuestiones que se dirimen, y también se han hecho algunas sugerencias concretas. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte señaló, con respecto al principio 5, que el proyecto de principio no aclaraba suficientemente la base de la obligación del Estado de adoptar medidas correctivas; por otra parte, el principio 4 debería incluir un requisito que impusiera al operador la obligación de adoptar medidas correctivas, como hacia la directiva europea; con respecto al principio 7, que era importante alentar instrumentos no vinculantes tanto entre los Estados como entre entidades distintas de los Estados, ya que no siempre era fácil llegar a un acuerdo sobre instrumentos vinculantes; y con respecto al principio 8, que la cuestión de la aplicación era un asunto interno y no debía formar parte del proyecto de principios (comentarios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 27 de febrero de 2006).

régimen propuesto sólo en caso de daños importantes¹⁹. Además, en tanto que el proyecto de principios se ocupa de las actividades peligrosas que entran en su ámbito de aplicación, se expresó la opinión de que sería útil incluir en los comentarios una lista ilustrativa de esas actividades²⁰. Se sugirió que se ampliara el alcance del proyecto de principios de forma que incluyera la responsabilidad por los daños transfronterizos causados a Estados neutrales en caso de guerra entre dos o más Estados; o la responsabilidad resultante de actividades peligrosas realizadas por terroristas o del almacenamiento de agua en represas²¹. Otras aclaraciones solicitadas se refieren a la definición de términos, particularmente la definición amplia de daños; la relación entre el proyecto de artículos sobre la responsabilidad por actos ilícitos con arreglo al derecho internacional y el derecho de un Estado de presentar una demanda como víctima de daños causados a la propiedad pública; los métodos y los medios para lograr una compensación pronta y adecuada; y el papel del principio de quien contamina paga y del principio de precaución. Con arreglo a un punto de vista expresado, se consideraba que el régimen propuesto no debía generar una multiplicidad de reclamaciones²², y que dicha multiplicidad de reclamaciones podría producirse si se presentaran demandas de indemnización por una misma causa contra el operador y contra el Estado en la misma jurisdicción, o demandas contra el Estado en una jurisdicción y contra el operador en otra jurisdicción, o contra el operador en múltiples jurisdicciones al mismo tiempo. Según otro punto de vista, se solicitaba que se aclarase el carácter del proyecto de principios, por considerar que la actividad de la Comisión iba más allá de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho en el sentido tradicional²³. Se señaló que el proyecto de principios “es claramente innovador y representa una aspiración, y no es descriptivo del derecho actual ni de la práctica de los Estados”²⁴.

6. El Relator Especial considera apropiado referirse a algunas de esas cuestiones en los párrafos siguientes.

1. La cuestión del umbral

7. Comenzando con la opinión manifestada en el sentido de que no hay que prescribir ningún umbral en caso de daños transfronterizos aun cuando dicho umbral se considere útil y necesario para los fines del proyecto de artículos sobre la prevención, basta señalar que esta cuestión se ha debatido en diversas etapas del examen

¹⁹ Véanse los comentarios presentados por escrito por los Países Bajos en A/CN.4/562, secc. C. Los países nórdicos también se opusieron al uso del umbral definido por el adjetivo “sensible” para caracterizar los daños que quedarían abarcados por el proyecto de artículos (véase A/CN.4/549/Add.1, párr. 73). Véanse también los comentarios presentados por escrito por el Pakistán en A/CN.4/562, secc. A. Por otra parte, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sugirió que el umbral se elevara para incluir los “daños graves”, y sólo los daños graves previsible (comentarios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 27 de febrero de 2006).

²⁰ Véanse los comentarios presentados por escrito por el Pakistán en A/CN.4/562, secc. A.

²¹ *Ibid.*

²² Véanse los comentarios presentados por escrito por la República Checa en A/CN.4/562 y la declaración del Reino Unido en A/C.6/59/SR.18, y los comentarios del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 27 de febrero de 2006.

²³ Véase la declaración del Reino Unido en A/C.6/59/SR.18. Véase también A/CN.4/549/Add.1, párr. 62.

²⁴ Véanse los comentarios presentados por escrito por los Estados Unidos de América en A/CN.4/562, secc. A.

del tema, particularmente antes de que éste se dividiera en dos partes, prevención y responsabilidad, y que en todas las etapas se consideró necesario establecer un umbral²⁵. A este respecto, hay que observar que, con la posible excepción de la contaminación radiactiva, los Estados toleran en sus relaciones mutuas cierto grado de contaminación, y se suele considerar que la adopción de medidas sólo es necesaria si la contaminación es importante²⁶. Si bien el umbral “sensible” ha ganado crédito y aceptación en el contexto del tema de la responsabilidad internacional, es claro que “se determina por criterios reales y objetivos e implica un juicio de valor que depende de las circunstancias de cada caso y del momento en que se formule ese juicio”²⁷. Por tanto, una privación que se considere sensible en un momento o en una región determinados puede no serlo necesariamente en otro momento o en otra región. Así pues, la cuestión de especificar un umbral es un asunto de política que ha recibido apoyo considerable en la Comisión a lo largo del examen de este tema. Por otra parte, un aspecto que hay que reiterar es que el propósito del umbral es impedir demandas frívolas o malintencionadas y que se define de este modo a fin de permitir en la práctica todas las reclamaciones que se refieran a un nivel de daños que no sea insignificante. Teniendo esto en cuenta, no parece haber razones de peso para modificar el criterio adoptado por la Comisión con respecto a mantener el umbral de daño “sensible” en relación con los aspectos de responsabilidad del tema.

8. También se manifiesta la opinión separada de que prescribir un umbral tal vez contravenga el principio de no discriminación. Esto se afirma suponiendo que los nacionales del Estado de origen tendrían derecho a ser indemnizados incluso por daños triviales, mientras que las víctimas de daños transfronterizos sólo tendrían derecho a indemnización en caso de que se produjeran daños sensibles. Éste podría ser un problema más teórico que presente o práctico, ya que se desconoce la práctica que puedan aplicar los Estados. En cualquier caso, el derecho internacional tolera ciertas formas de discriminación de trato entre nacionales y extranjeros. En la medida en que el trato sea acorde con las normas mínimas sancionadas por el derecho internacional, como sucede con el principio de la indemnización por daños transfronterizos sensibles, cabe argumentar que no se producirá ninguna transgresión del principio de la no discriminación si, en virtud del derecho nacional, los

²⁵ Véase A/CN.4/487, párrs. 87 a 98. Mientras que Robert Quentin-Quentin Baxter propuso un umbral más elevado de “daño sustancial”, en el párrafo a) del proyecto de artículo 2 aprobado provisionalmente en 1994 se sugería un umbral más bajo, “daño sensible”, que fue aprobado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de 1996. Entonces se aclaró que el concepto de daño “sensible” significaba más que “detectable” pero menos que daño “grave” o “sustancial”. Además, se entendió que significaba un daño que no era *de minimis*, es decir, que no era insignificante (ibíd., párr. 97, nota de pie de página 128). Se sugería también que, dado que el tema se refiere a actividades que no están prohibidas por el derecho internacional, no era posible establecer un umbral más bajo (ibíd., párr. 97).

²⁶ Véase Phoebe N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law* (Oxford, OUP, 2000), pág. 176. Rene Lefebvre, en *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability* (The Hague, Kluwer Law International, 1996), págs. 86 a 89, señala que se percibe la necesidad de un umbral y examina los motivos y las posibles formas de explicar el significado del umbral del “daño sensible”. Véase también J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses* (Martinus Nijhoff Pub. 1984), págs. 346 y 347, y R. Wolfrum “Purposes and Principles of International Environmental Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 33 (1991) págs. 308 a 330, pág. 311. Véanse también las directrices de 1990 de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad por la contaminación transfronteriza de las aguas.

²⁷ A/CN.4/487, párr. 98.

nacionales tienen derecho a reclamar una indemnización incluso si no han sufrido daños sensibles²⁸. Desde otra perspectiva, no puede descartarse que un Estado llegue a otorgar a los extranjeros el mismo trato que concede a sus nacionales, en aplicación del principio de no discriminación o bien porque decida aplicar a las víctimas extranjeras un estándar más favorable que el que requiere o exige el derecho internacional²⁹.

2. Aclaraciones sobre la lista de actividades abarcadas por el tema

9. En segundo lugar, con respecto a la necesidad de especificar una lista de actividades que pueden considerarse abarcadas por el proyecto de principios, es apropiado remitirse al párrafo 3 del comentario del proyecto de principio 1³⁰. La cuestión de especificar una lista de actividades fue estudiada atentamente por la Comisión, que decidió no hacerlo. Aclaró que era difícil capturar los distintos elementos que constituyen actividades de riesgo, ya que éste “depende principalmente de la aplicación de una tecnología determinada, del contexto específico en que se realiza y de la manera en que se ha llevado a cabo”³¹.

3. Ampliación del ámbito de aplicación

10. En tercer lugar, podemos considerar la posibilidad de ampliar el alcance del proyecto de principios de manera que incluya la responsabilidad resultante de actos de guerra por los daños causados a Estados neutrales, por “actividad peligrosa causada por actos de terrorismo” y por “el daño transfronterizo causado por una actividad inocua, como el almacenamiento de agua en represas”³². Cabe recordar que desde el principio mismo se consideró que el tema se refería sólo a las “actividades no prohibidas por el derecho internacional” y que las actividades ilícitas *per se*

²⁸ Brownlie observó en un contexto distinto, aunque comentando la norma del trato nacional, que “el acceso a los tribunales puede mantenerse, aunque con normas modificadas respecto de las cuestiones subsidiarias: de este modo, un extranjero tal vez no tenga acceso a asistencia letrada y tal vez tenga que aportar una garantía para cubrir los costos. Por supuesto, pueden crearse por tratado variaciones de carácter más general. Las distintas normas de trato que suelen utilizarse son las siguientes: las de la reciprocidad, de puertas abiertas, de buena vecindad y de trato idéntico, nacional, de nación más favorecida, equitativo y preferente”. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Sixth Edition, 2003), pág. 502. Oscar Schachter, “International law in Theory and Practice”, *General Course in Public International Law, Recueil des Cours*, 1982, vol. 178, (1985-V), pág. 321, señala que si bien la igualdad de trato es una norma muy loable, “no justifica la responsabilidad internacional por acciones del Estado basándose en condiciones que rigen el comercio transnacional y las políticas económicas de los Estados afectados”. Por otra parte, el autor creía que “el principio de la no discriminación debería conllevar una responsabilidad y requerir medidas preventivas por parte de los Estados que mantienen la discriminación basándose en prejuicios sociales o que actúan contra nacionales de otros países como represalia por las políticas de sus gobiernos”.

²⁹ Cabe señalar también que el derecho internacional, como consecuencia del considerable desarrollo del derecho en materia de derechos humanos, reconoce ciertas normas mínimas de trato a los extranjeros en las jurisdicciones nacionales, sin discriminar entre nacionales y extranjeros y tratando a todos como personas merecedoras de protección de sus derechos humanos (véase A. Cassese, *International Law*, (Oxford, OUP, 2005), Second Edition, pág. 122, y M. N. Shaw, *International Law*, (Cambridge, CUP, 2005) Fifth Edition, pág. 736).

³⁰ Véanse también los comentarios, nota 15 *supra*, principio 1, comentario, párr. 3).

³¹ *Ibid.* No obstante, véase también la nota de pie de página 350, que incluye una referencia a convenios o convenciones que especifican el tipo de actividades que podrían quedar abarcadas por el proyecto de principios.

³² Véanse los comentarios presentados por escrito por el Pakistán en A/CN.4/562, secc. A.

quedaban excluidas³³. El proyecto de principios abarca actividades que pueden provocar un daño sensible a causa de sus consecuencias físicas. En 1996, antes de que se aprobara el proyecto de artículos sobre prevención, el Grupo de Trabajo de la Comisión reconoció que el proyecto abarcaría actividades cuya operación y efecto fueran continuados³⁴. Como se señaló en el comentario al proyecto de principio 4, el operador estará exento de responsabilidad si el daño fue resultado de un acto de guerra. En varios instrumentos se incluye una exoneración de la responsabilidad cuando el daño se produce como consecuencia de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. En algunas leyes nacionales, los actos de terrorismo también son motivo de exención de la responsabilidad³⁵. Por otra parte, se ha considerado que una represa que sea perfectamente segura podría volverse peligrosa como consecuencia de un terremoto y que, por tanto, la operación continuada de dicha represa podría ser una actividad que entraña riesgo. De este modo, el almacenamiento de agua en represas podría ser una actividad que genera un riesgo y considerarse que queda abarcada por el proyecto de principios, a menos que sea excluida por las partes en un convenio o tratado que rija también la misma cuestión, en caso de que se plantee una controversia.

4. Daños al medio ambiente *per se* y reclamaciones de indemnización por daños causados a un valor de “no uso”

11. En el proyecto de principio 2 se define el daño, y el daño al medio ambiente *per se* está incluido en el párrafo a) junto al daño causado a las personas y a los bienes. En el párrafo b), el medio ambiente se define de forma general de manera que comprenda “los aspectos característicos del paisaje”. Cabe señalar que la definición se refiere sólo al medio ambiente que se halla bajo la jurisdicción y el control nacionales y excluye el medio ambiente en tanto que forma parte del patrimonio común de la humanidad.

12. En las observaciones hechas por los gobiernos sobre el medio ambiente se destacaron tres grupos distintos de cuestiones. En primer lugar, se ha señalado que la definición de medio ambiente que figura en el proyecto de principio 2 no incluía

³³ Para resumir, puede decirse que si el daño se produjo como consecuencia del acto de un Estado parte en un conflicto y si se considera que dicho Estado ha recurrido al uso de la fuerza en contravención de la prohibición reconocida en el derecho consuetudinario, como se consideró que era el caso en la invasión de Kuwait por el Iraq, el Estado será responsable por los daños. Por otra parte, en el caso de un Estado que intervenga en el conflicto ejerciendo su derecho de legítima defensa, podría plantearse una reclamación de indemnización si existiera una violación de las leyes de la guerra aplicables. Sin embargo, el problema radica en que las reclamaciones relacionadas con los conflictos suelen quedar sin resolver porque no es posible hacer ninguna determinación acerca del carácter ilícito del uso de la fuerza o de la legalidad de destruir un objetivo determinado. Un análisis interesante es el que figura en Jay E. Austin y Carl E. Buruch, “The Kosovo Conflict: a case study of unresolved issues”, en Jay E. Austin y Carl E. Buruch (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives* (Cambridge, CUP, 2000), págs. 647 a 664.

³⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996*, vol. II (Part Two), A/51/10, anexo I, párr. 23) del comentario al artículo 1. Véase también A/CN.4/487, párr. 111 c), y el párrafo a) del artículo 2 del proyecto de artículos sobre la prevención, donde se especifica que quedan abarcadas únicamente las actividades “que entrañan el riesgo de causar ... un daño transfronterizo sensible”.

³⁵ Comentarios, nota 15 *supra*, principio 4, comentario, párr. 27). Véase también A/CN.4/543. Véase también el sexto anexo del Protocolo de Madrid del Tratado Antártico.

el daño a los bienes comunes de la humanidad³⁶. Se recordará que el Relator Especial recomendó que el daño a los bienes comunes de la humanidad se tratara en el contexto del proyecto de principios en la medida en que pudiera detectarse y vincularse a las actividades peligrosas que quedan abarcadas por el proyecto de artículos sobre la prevención³⁷. Sin embargo, la Comisión, basándose en la recomendación formulada por el Grupo de Trabajo establecido en su 56° período de sesiones³⁸, decidió excluir las cuestiones relacionadas con los bienes comunes de la humanidad. Si bien se reconoció que esas cuestiones eran importantes, se juzgó más oportuno tratar por separado de los bienes comunes de la humanidad, porque planteaban sus propios problemas específicos en relación con la capacidad de presentar demandas, el foro apropiado, el derecho aplicable y la cuantificación de los daños³⁹. El Relator Especial está convencido de que estas cuestiones no pueden ser analizadas adecuadamente en el contexto de la economía del proyecto de principios de que se trata, que se ocupa del daño transfronterizo causado en el territorio de los Estados afectados y que se refiere a sus nacionales y a sus recursos.

13. En segundo lugar, algunos gobiernos consideraron que la definición de medio ambiente era amplia. Es necesario reconocer que la comunidad mundial ha llegado a reconocer el valor del medio ambiente y la necesidad de ejercer vigilancia y de evaluar de manera permanente el efecto pernicioso que tienen en el medio ambiente diversas actividades humanas. Al adoptar una definición holística de medio ambiente, la Comisión se guió por las palabras de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*⁴⁰. Además, varios instrumentos firmados recientemente sobre la cuestión se han ocupado del concepto de los daños al medio ambiente⁴¹. Como mínimo, los daños al medio ambiente se refieren a reclamaciones que entrañan medidas razonables de respuesta y restablecimiento⁴², incluidos los costos de limpieza y la indemnización por los daños provocados por el

³⁶ A/CN.4/549/Add.1, párr. 61. Véanse también las declaraciones de Nueva Zelandia y México en A/C.6/59/SR.18 y 25 y los comentarios de los Países Bajos en A/CN.4/562, secc. D.

³⁷ Véase A/CN.4/540, párr. 36 8).

³⁸ Véase A/CN.4/661, párr. 2.

³⁹ Con respecto a las dificultades que plantea la cuestión de los daños a los bienes comunes de la humanidad, como la capacidad procesal y la base jurídica apropiada para presentar una demanda, véase: Jonathan I. Charney, "Third State Remedies for Environmental Damage to the World's Common Spaces", en Francesco Francioni y Tullio Scovazzi (eds.) *International Responsibility for Environmental Harm* (Londres, Graham and Trotman (1991), pág. 150, Xue Hanquin, *Transboundary Damage in International Law*, (Cambridge, CUP, 2003), págs. 236 a 269, Kathy Leigh, "Liability for Damage to the Global Commons," 14 *Australian Yearbook of International Law*, 1992, pág.129.

⁴⁰ *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, *I.C.J. Reports*, 1997, pág. 7, párr. 140. Comentarios nota 15 *supra*, principio 2, comentario, párr. 15).

⁴¹ *Ibid.*, principio 2, comentario, párr. 13), e *ibíd.*, nota de pie de página 383.

⁴² En relación con el restablecimiento, se acepta en general que éste debe procurar recrear las condiciones existentes antes de que se produjeron los daños. Cuando esto no sea posible, son admisibles los costos efectuados para introducir, según el caso, elementos de valor equivalente. Véase el comentario, nota 15 *supra*, principio 2, comentario, párr. 19. Con respecto a la aprobación de tres proyectos de indemnización por la pérdida de tierras de pastos y hábitat (Jordania obtuvo 160 millones de dólares, por reservas costeras, Kuwait obtuvo 8 millones de dólares y Arabia Saudita obtuvo 46 millones de dólares) para la sustitución de servicios ecológicos que se perdieron irreversiblemente como consecuencia de la Guerra del Golfo de 1991 (véase el informe del grupo "F4/5", anexos técnicos I a III, citado en la nota de pie de página 41, Peter H. Sand, "Compensation for Environmental Damage from the 1991 Gulf War", *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6 (2005), págs. 244 a 249, pág. 247).

deterioro del medio ambiente en la medida en que han causado una pérdida de ingresos derivada directamente de un interés económico en la utilización del medio ambiente⁴³. Teniendo en cuenta la actual preocupación por el medio ambiente, el Relator Especial opina que es mejor formular una definición amplia de medio ambiente en un régimen de responsabilidad que sea general y residual a fin de “atenuar toda limitación impuesta por los regímenes de responsabilidad a las medidas correctivas aceptables”⁴⁴.

14. En tercer lugar, reconociendo el valor del enfoque adoptado por la Comisión, algunos gobiernos expresaron su deseo de ir aún más allá y de incluir y hacer admisibles las demandas por el “valor de no uso” del medio ambiente. La propia Comisión dio cierto apoyo a esta reclamación cuando aprobó su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, si bien se admite que los daños de que se trata son difíciles de cuantificar⁴⁵. Las recientes decisiones de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas al optar por una interpretación amplia del término “daños al medio ambiente” son una indicación de cómo evolucionará la situación. En el caso de la categoría “F4” de reclamaciones relacionadas con el medio ambiente y la salud pública, el Grupo de la Comisión de Indemnización que las examina aceptó reclamaciones de indemnización por daños causados a recursos naturales carentes de valor comercial (los denominados daños ambientales puros) y también reclamaciones en que sólo se había producido una pérdida temporal del uso de los recursos durante el período previo a su pleno restablecimiento⁴⁶. La definición más amplia de medio ambiente en el contexto del proyecto de principios abre posibilidades para un mayor desarrollo del derecho en los aspectos relacionados con la responsabilidad.

5. Multiplicidad de reclamaciones

15. Hay varias situaciones en que puede producirse una multiplicidad de reclamaciones. Un caso es el de un demandante que presente una reclamación por los daños sufridos en una jurisdicción contra el Estado de origen por no haber desempeñado sus obligaciones de diligencia debida, y contra el operador por haber causado el daño transfronterizo. Las dos suposiciones subyacentes son que ha habido un incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por parte del Estado de origen y que el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida pasó inadvertido por

⁴³ Comentarios nota 15 *supra*, principio 2, comentario, párrs. 18) a 21).

⁴⁴ *Ibid.*, principio 2, comentario, párr. 16).

⁴⁵ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/56/10)*, artículo 36, comentario, párr. 15): “... los daños al medio ambiente a menudo no se limitan a los que pueden cuantificarse fácilmente como gastos de limpieza o de pérdida de valor de un bien. Los daños causados a esos valores ecológicos (biodiversidad, esparcimiento, etc., denominados a veces “valores no de uso”) no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos”. Véase también James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility (Introduction, Text and Commentaries)*, (Cambridge, CUP, 2002), pág. 223.

⁴⁶ Véase S/AC.26/2005/10. Véase también Peter H. Sand, nota 42 *supra*, pág. 247. Expuestas en cinco series de informes, las indemnizaciones recomendadas por el Grupo F4 y aprobadas sin cambios por el Consejo de Administración ascienden a 5.260 millones de dólares, “las mayores de la historia del derecho ambiental internacional” (*ibid.*, pág. 245). Véanse también las directrices sobre el programa de seguimiento para las indemnizaciones por daños al medio ambiente de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6 (2005), págs. 276 a 281.

los Estados y las personas afectados, que quedaron desprotegidos hasta que el daño ya se había producido⁴⁷. Normalmente, si este incumplimiento se hubiera observado antes de producirse el daño, habría sido posible que otros Estados o personas físicas o jurídicas afectados insistieran ante el Estado para que cumpliera sus obligaciones para con ellos con arreglo al derecho internacional. La mayoría de obligaciones de diligencia debida incluidas en el proyecto de artículos sobre prevención se consideran parte del derecho consuetudinario⁴⁸ y el incumplimiento de una o más de ellas impediría que el Estado de origen alegara que el daño no se produjo por falta de diligencia debida⁴⁹. En tal situación, la responsabilidad del Estado y la del operador constituirían una base para presentar la reclamación. En la medida en que puede haber reclamaciones en que intervenga la misma causa de acción contra el Estado y el operador, la multiplicidad de reclamaciones es una posibilidad real. Si bien las reclamaciones por responsabilidad de un Estado podrían plantearse como reclamaciones entre Estados, en el caso de la responsabilidad del operador podrían intervenir las víctimas del daño en tanto que personas físicas y jurídicas como parte demandante y el operador como parte demandada. La posibilidad de atender las reclamaciones contra el Estado después de agotar las reclamaciones contra el operador, a veces en el contexto de los límites de la responsabilidad establecida, o como causa separada independiente, es objeto de deliberación y tal vez podría determinarse también según las circunstancias del caso.

16. Sin embargo, los tribunales podrían resolver estas reclamaciones múltiples primero agrupándolas y dirimiendo después la responsabilidad del Estado por una parte y la del operador por otra. En la medida en que no pudiera establecerse un vínculo causal directo entre la responsabilidad del Estado y el daño, se puede exigir al Estado que presente disculpas y que ofrezca garantías en cuanto a su actuación. En la medida en que se hayan producido daños materiales a causa de la inactividad del Estado, éste tendría que pagar una indemnización por la pérdida sufrida por los demandantes. Por lo que respecta al operador, éste sería responsable de los daños causados dentro de los límites de su responsabilidad. En cualquier caso, la indemnización que deberán recibir las víctimas por ambos motivos no debe ser superior al monto real de la pérdida que han sufrido, según la determinación hecha por los tribunales.

17. Otra posibilidad en relación con la multiplicidad de reclamaciones es que se presenten varias reclamaciones por los mismos daños con intervención de un mismo demandante en jurisdicciones diferentes. En este caso es necesario impedir que haya actuaciones judiciales simultáneas en distintas jurisdicciones. El Convenio de Bruselas sobre la competencia judicial y la ejecución de las sentencias, de 1968, brinda una serie de soluciones. Dicha serie de soluciones ha sido refrendada en general en un proyecto de convención propuesto más recientemente, el proyecto de convención de 2001 sobre la jurisdicción y las sentencias extranjeras respecto de cuestiones

⁴⁷ Si el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por el Estado de origen hubiera sido advertido por los Estados o personas afectados y si éstos no insistieran en la observancia de dichas obligaciones en un plazo razonable, es dudoso que todavía pudiera afirmarse la responsabilidad del Estado más adelante, en la etapa de estudio de las reclamaciones de indemnización. Existen motivos para afirmar que en tales casos las personas y los Estados afectados no tendrían derecho a plantear cuestiones de responsabilidad del Estado. (Véase Phoebe Okowa, *State Responsibility*, ... nota 26 *supra*, pág.169).

⁴⁸ Véase Patricia Birnie y Alan E. Boyle, *International Law and the Environment* (Oxford, OUP, 2002), Second edition, pág. 113.

civiles y comerciales, presentado a la primera parte de la conferencia diplomática celebrada en La Haya. Al tiempo que se reclama prioridad para la jurisdicción de la parte contratante en que tiene su domicilio la parte demandada⁵⁰, en el caso de una reclamación por un daño al medio ambiente, se contempla otra base para la jurisdicción. Se trata del foro del Estado en que tuvo lugar el acto o la omisión que produjeron los daños o ante los tribunales del Estado donde surgieron los daños⁵¹. Así pues, el demandante tiene la posibilidad de elegir el foro que considere más apropiado para sus intereses. Se considera que brindar esta posibilidad de elegir se basa en una tendencia que ya está firmemente establecida en ambos instrumentos sobre la jurisdicción internacional y en los sistemas nacionales⁵².

18. Por lo que respecta a la posibilidad de que las víctimas transfronterizas elijan entre el derecho del Estado de origen⁵³ y el derecho del Estado de la víctima⁵⁴, hay un apoyo considerable al principio que afirma que hay que aplicar el derecho que sea más favorable para la víctima. El “principio del derecho más favorable”, según los autores del segundo informe sobre la aplicación transnacional del derecho ambiental, presentado a la Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, celebrada en Berlín en 2004, se adopta en varias jurisdicciones de Europa, en Venezuela y en Túnez, y posiblemente incluso en China⁵⁵. Varios autores, e incluso quienes normalmente no están a favor de este principio en todos los casos de perjuicios transfronterizos, lo apoyan para los asuntos relacionados con la contaminación transfronteriza⁵⁶. Sin embargo, el derecho de los Estados Unidos de América parece favorecer el derecho de lugar que tenga la “relación más significativa” con el acto y

⁴⁹ Phoebe Okowa, *State Responsibility*, ... nota 26 *supra*, pág. 169.

⁵⁰ Esto se basa en el principio “*actor sequitur forum rei*”, que promueve la política de que el demandado podrá defenderse mejor en los tribunales del Estado en que tiene su domicilio. Ello se justifica por considerar que la fuerza de un juicio se dirige contra la parte demandada. Sin embargo, mientras que el domicilio de una persona física viene determinado por la ley de cada Estado, el caso de la nacionalidad de las personas jurídicas o de las empresas no está tan bien definido. La Convención de Bruselas y el Convenio de Lugano sobre la jurisdicción y el cumplimiento de las sentencias en casos civiles y comerciales dejan la determinación del domicilio al derecho determinado por la ley sobre conflicto entre jurisdicciones, administrada por los tribunales del Estado en que se presente la demanda (véase C van Bar, “Environmental Damage in Private International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 268, (1997) págs. 295 a 411, pág. 336).

⁵¹ Véase el segundo informe (por Christophe Bernasconi y Gerrit Betlem) sobre la aplicación transnacional del derecho ambiental, International Law Association, Berlin Conference (2004), Report of the Seventy-first Conference, Berlín, 2004, págs. 896 a 938, pág. 900. Sin embargo, una defensa contra esta base para la jurisdicción será admisible y puede determinarse que los daños causados en el Estado no eran previsibles, por no tratarse del Estado de origen.

⁵² *Ibid.*, pág. 899.

⁵³ *Ibid.*, pág. 914. Austria, Dinamarca, Finlandia, Suecia y el Japón adoptan el derecho del lugar en que se produce la actividad peligrosa (*lex loca actus*).

⁵⁴ *Ibid.*, Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, España, Rumania, Turquía y, más recientemente, los Países Bajos adoptaron el derecho del lugar en que se produce el daño (*lex damni*). En el Canadá, Québec tiene una legislación similar.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 911.

⁵⁶ *Ibid.*

con las partes⁵⁷. Pese a la falta de una uniformidad total en las leyes y en la práctica nacionales, parece haber una política sólida a favor de adoptar el “principio del derecho más favorable”, puesto que tiene la ventaja de elevar el nivel de protección para el medio ambiente y de ofrecer algún tipo de incentivo para que el operador lleve a cabo un mejor mantenimiento de su instalación⁵⁸.

6. Condición jurídica del proyecto de principios

19. Por lo que respecta a la condición jurídica del proyecto de principios, si bien son pocos los Estados que han expresado su posición, algunas delegaciones son partidarias de dar al proyecto de principios la forma de un proyecto de artículos. Ello supone una disposición a aceptar como mínimo algunos o la mayoría de los principios como *de lege ferenda*, es decir, como prueba de práctica sistemática de los Estados. Evidentemente, algunas otras delegaciones desearían tratar el proyecto de principios puramente como la expresión de una aspiración.

20. La determinación de la condición jurídica del proyecto de principios plantea dificultades obvias. En primer lugar, por su propia naturaleza, no es posible afirmar de manera fundamentada y convincente que un principio forma parte del derecho internacional general simplemente porque ha sido adoptado repetidamente por los Estados como una disposición acordada en el texto de los tratados. La dificultad se planteará, por ejemplo, si los tratados firmados no han entrado en vigor o no tienen ninguna posibilidad de entrar en vigor. Aun cuando estén vigentes, por este mero hecho y sin más⁵⁹, en el mejor de los casos podrían tratarse como simples expresiones de acuerdo bilateral y multilateral y, como tales, aplicables únicamente entre las partes de los tratados en cuestión. Por ende, no puede considerarse que por sí mismos den lugar a un principio general del derecho internacional.

21. En el caso del derecho consuetudinario, el problema de poner de relieve una práctica sistemática y uniforme de los Estados es muy complicado, principalmente por la falta de acuerdo sobre qué constituye una práctica pertinente. La carga de probar la *opinio juris* que acompaña dicha práctica de los Estados es aún más compleja, porque los Estados no suelen anunciar sus intenciones cuando siguen una práctica determinada. Por consiguiente, la determinación de *opinio juris* entraña un análisis subjetivo a dos niveles: al nivel en que el propio Estado debe formular un

⁵⁷ Ibid., págs. 914 y 915. En virtud del párrafo 2 del artículo 145, *Restatement, second, Conflict of Laws*, 1971, los “contactos” que habrá que tener en cuenta son el lugar donde se produjo el daño, el lugar donde se cometió el acto que dio lugar al daño, el domicilio, la residencia, la nacionalidad, el lugar de constitución o el principal lugar donde realizan su actividad comercial las partes, y el lugar en que se centran las relaciones entre las partes.

⁵⁸ Ibid., pág. 910.

⁵⁹ Véase R. R. Baxter, “Treaties and Custom”, *Recueil des Cours*, vol. 129, (1970-1), págs. 31 a 104, págs. 101 y 102.

Si bien reconocía las dificultades que entraña considerar los tratados como prueba concluyente de derecho consuetudinario, el profesor, y más tarde magistrado, Baxter señaló que cada tratado multilateral y bilateral debe considerarse en equilibrio con otras pruebas de derecho consuetudinario antes de poder determinar la norma de derecho internacional. A su juicio, la tarea es más fácil en el caso de un tratado declaratorio de ley, como un tratado de codificación ... Incluso un proyecto de tratado o un tratado que todavía no haya entrado en vigor tendrá influencia ... el volumen de deliberaciones dedicadas al texto, el número de participantes en el proceso de formular el texto del tratado y, ante todo, el hecho de que representa, en relación con el resto de las pruebas de derecho, una declaración clara y uniforme de derecho lo hacen recomendable para los que no son partes en él. Es una demostración de su *facilidad* de uso.

juicio antes de decidir si seguirá lo que considera que es una práctica sistemática y uniforme, y al nivel del observador o de quien formula las decisiones, con respecto a si los Estados están siguiendo efectivamente esa práctica por estar convencidos de que es obligatoria y no simplemente porque consideran conveniente o fácil seguirla. Esto hace que la determinación de derecho consuetudinario con respecto a cualquier principio concreto sea mucho más difícil⁶⁰. Aparte de las dificultades señaladas, como cuestión de práctica, y a pesar de su mandato en virtud del artículo 15 de su Estatuto, la Comisión no suele distinguir las recomendaciones que adopta entre las que corresponden a la codificación del derecho internacional existente, por una parte, y las que corresponden al desarrollo progresivo del derecho, por otra parte⁶¹.

22. A pesar de las dificultades inherentes a cualquier intento de determinar la condición jurídica del proyecto de principios, no es posible infravalorar el valor jurídico de los principios que han encontrado una afirmación repetida en diferentes legislaciones nacionales y formulaciones de tratados como prueba de una tendencia predominante en el derecho internacional a favor de ciertas preferencias comunes en materia de política⁶². La presunción a favor de la *opinio juris* es firme si los Estados

⁶⁰ Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit International Public* (París, L.G.D.J, 1999), sexta edición, págs. 330 y 331. Véase también Jörg Kammerhofer, “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and some of its Problems”, *EJIL*, vol. 15, (2004), págs. 523 a 553.

⁶¹ Véase en general Ian Sinclair, *The International Law Commission* (Cambridge, CUP, 1987), pág. 7. Se produjeron amplios debates sobre el mandato básico de la Comisión estipulado en el artículo 1 de su Estatuto: el objetivo de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional (principalmente público) y su codificación. Desde que comenzó su labor, se puso de manifiesto que no era posible mantener una distinción estricta entre el desarrollo progresivo y la codificación ni para los fines de elegir los métodos o procedimientos de trabajo ni para la formulación de sus recomendaciones finales. Como ha demostrado la experiencia de la Comisión, es aún más difícil distinguir claramente en sus conclusiones entre las que pertenecen a una categoría o a la otra. Sinclair señaló que la Comisión, en una etapa bastante temprana de sus trabajos, abandonó más o menos el intento de mantener una clara distinción entre los proyectos referentes al “desarrollo progresivo” y los proyectos referentes a la “codificación”. H. W. Briggs señaló que, cuando presentó su informe de 1956, al preparar sus normas sobre el derecho del mar, la Comisión había llegado al convencimiento de que, por lo menos en esta esfera, la distinción establecida en el Estatuto entre las dos actividades [codificación y desarrollo] difícilmente podía mantenerse (H. W. Briggs, *The International Law Commission* (Ithaca, New York, Cornell University Press, 1965), pág. 140). Véase también Ahmed Mahiou, *Rapport Général*, in *Colloque d’Aix-en-Provence: La Codification du Droit International*, (Pedone: SFDI, 1999), pág. 19.

⁶² En A/CN.4/543, párr. 6, se hace una afirmación pertinente a este respecto: “No se han pasado por alto en el estudio las dificultades de determinar cuándo un caso particular constituye una prueba de la práctica de los Estados. Los tratados o los fallos pueden estar motivados por diferentes políticas. Algunos de ellos pueden ser compromisos o arreglos que obedecen a razones ajenas al asunto. Sin embargo, la repetición de actos en la práctica de los Estados, cuando sigue y fomenta políticas similares, puede crear expectativas acerca de la aplicabilidad de estas políticas en el futuro. Incluso aunque algunas de las políticas pueden no haber sido formuladas expresamente en relación con acontecimientos pertinentes o pueden haberse dejado sin determinar deliberada y expresamente, la continuación de una conducta similar puede dar lugar a la creación de una norma consuetudinaria. El material que aquí se examina, constituya o no constituya derecho consuetudinario, demuestra una tendencia en las expectativas y puede contribuir a aclarar las líneas de acción en relación con algunos principios detallados de la responsabilidad que son pertinentes para el estudio del tema. La práctica también muestra maneras de conciliar las nuevas normas con principios antagónicos, como la soberanía de los Estados y la jurisdicción nacional”. Véase también R. R. Baxter, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law”, *BYBIL*, vol. 41 (1965-1966) 275, donde el autor

deciden repetir ciertas formulaciones al tiempo que rechazan otras formulaciones posibles, cuando existe la posibilidad de que sean adoptadas, porque la formulación elegida ya goza de amplia aceptación entre los Estados. Se ha manifestado que la Comisión no tuvo inconveniente en codificar principios consuetudinarios del derecho del mar basándose en legislaciones nacionales uniformes y en comentarios de los Estados⁶³. También se ha señalado el valor jurídico de la labor de la Comisión cuando consolida las novedades adoptadas en un ámbito particular del derecho y las convierte en parte del *droit acquis*⁶⁴.

III. Examen de algunos de los aspectos destacados del proyecto de principios

23. El proyecto de principios aprobado por la Comisión en primera lectura en 2004 es el resultado de una cuidadosa evaluación de las tendencias observadas en todo lo relacionado con el tema durante un largo período. La fuerza de la política que representan y su valor jurídico han sido objeto de repetidas deliberaciones en la Comisión, y unas conclusiones ampliamente respaldadas han constituido la base para su formulación. Algunas de las disposiciones más destacadas también han recibido reconocimiento como normas generales del derecho internacional, aun cuando ese reconocimiento se les otorga a un nivel de generalización bastante alto y todavía no es posible deducir ninguna uniformidad en la práctica de los Estados con respecto a la aplicación de elementos específicos asociados con los conceptos generales. En este momento puede ser útil examinar algunos de los aspectos destacados del proyecto de principios y su condición jurídica a la luz de la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y las opiniones de los comentaristas.

A. Criterio o principio de precaución

24. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el “criterio de precaución” adoptado como principio 15 de la Declaración de Río. Algunos Estados lo consideran un principio, mientras que los acuerdos mundiales se refieren a “medidas” de precaución. La diferencia en la terminología utilizada no es importante, a pesar de que se aplica con matices distintos⁶⁵. Se trata de un principio o criterio que los Estados deben respetar al aplicar sus obligaciones de diligencia debida incluidas en el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas cuya realización esté autorizada en el territorio del Estado de origen o en un territorio que se halle bajo su control. Aunque es un principio que surgió esencialmente

señaló el valor de las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 1958 como fuente de derecho para los Estados que todavía no eran partes en ellas.

⁶³ Ian Brownlie, *Principles ...* nota 28 *supra*, pág. 384. Según el autor, esto sucedió en el caso del derecho del mar, en que la Comisión se basó principalmente en las legislaciones nacionales y en los comentarios de los gobiernos.

⁶⁴ Véase la opinión del Profesor James Crawford citada en Alan Boyle, “Globalizing Environmental Liability: The Interplay of National and International Law”, *Journal of Environmental Law*, vol. 17 (2005), págs. 3 a 26, 3, pág. 19.

⁶⁵ Según Sands, la redacción del principio 15 de la Declaración de Río goza ya de amplio apoyo (véase Sands, *Principles of International Environmental Law*, (Cambridge, CUP, 2003) 2ª edición, pág. 268. Véase también, en general, Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* (Oxford, OUP, 2002), págs. 91 a 223).

de la práctica europea⁶⁶, como principio o criterio de gestión prudente del desarrollo económico y de explotación de los recursos naturales y la diversidad biológica acorde con la protección de medio ambiente, ha sido adoptado en todo el mundo⁶⁷. Su significado y su condición jurídica pueden explicarse de la manera siguiente:

“A pesar de que sigue evolucionando, el principio de precaución se presenta como una norma del derecho internacional tanto a nivel doctrinal como en la práctica ... pero sigue habiendo discrepancias a ambos lados del espectro (el europeo y el de los Estados Unidos), que consideran que el principio es una directriz o reivindican su fuerza vinculante.

...

Los elementos fundamentales de un régimen de este tipo serían aplicar procedimientos objetivos de evaluación del riesgo, definir un nivel de riesgo socialmente aceptable, proseguir la investigación científica y volver a examinar las medidas de precaución a medida que se fuera disponiendo de nueva información. La cuestión de la carga de la prueba sigue siendo tal vez el aspecto más polémico del principio de precaución, ya que la inversión de la carga de la prueba se considera a menudo la máxima expresión del principio.

...

Es importante que la consideración de criterio que se otorga al principio no sea necesariamente una etapa en el camino hacia la creación de una norma. El hecho de que un tratado convierta en norma el uso de la precaución no modifica su carácter de criterio. La referencia a un nivel razonable en el derecho nacional, por ejemplo, obtiene su fuerza del hecho de que es un criterio de juicio y no puede convertirse en una norma rígida. Los estándares internacionales actúan de manera análoga. Por consiguiente, el valor jurídico del principio de precaución procederá de su perfeccionamiento por los negociadores y de su interpretación por quienes emitan los dictámenes correspondientes y no de su conversión en una norma tradicional.”⁶⁸

⁶⁶ En realidad, es un enfoque que se adoptó inicialmente en el derecho alemán: véase Boehmer-Christiansen, “The precautionary principle in Germany-Enabling government”, en T. O’Riordan y J.Cameron (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle*, (Londres, Earthscan Publications, 1994). En el párrafo 2 del artículo 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se dispone que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente se basará en los principios de cautela y de acción preventiva. En la práctica, ha sido refrendado por el Tribunal de Justicia Europeo en el *Caso C-180/96P, Reino Unido v Comisión*, [1996] ECR I-3903 y en el *Caso T-76/96 R, National Farmers’ Union*, [1996] ECR II-815. El principio de precaución ha sido refrendado por casi todos los instrumentos internacionales sobre el medio ambiente desde 1992 (véase Alexandre Kiss y Dinah Shelton, *International Environmental Law* (Ardsley, NY Transnational Publishers, 2004), 3ª edición., pág. 207).

⁶⁷ La Corte Internacional de Justicia, en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, no se pronunció sobre la cuestión, a pesar de que Hungría la planteó y el Juez Weeramantry se refirió a ella con aprobación en su opinión particular discrepante. Véase Birnie y Boyle, *International Law...* nota 48 *supra*, pág. 118.

⁶⁸ Sonia Boutillon, “Precautionary Principle: Development of an International Standard”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, (2002), págs. 429 a 469, págs. 468 y 469. Una opinión similar, aunque no idéntica, es la expresada por McIntyre y Mosedale, quienes afirman lo siguiente: “Así pues, el principio de precaución es un instrumento para adoptar decisiones en una situación de incertidumbre científica, lo cual modifica efectivamente el papel de los datos científicos” (véase McIntyre y Mosedale, “The Precautionary Principle as a norm of customary

25. Se ha formulado una serie de directrices para ayudar a los encargados de elaborar las políticas y de adoptar decisiones a aplicar el principio de precaución. En esas directrices se insiste en que, aunque para llegar a una decisión puede utilizarse la mejor información disponible, que podrá obtenerse de diversas instituciones independientes que deban rendir cuentas públicamente y no presenten conflictos de intereses, hay que tener en cuenta todos los costos sociales y económicos de la aplicación del principio de precaución⁶⁹. Como señaló un docto comentarista, en cierta medida el debate acerca de la condición jurídica del principio es “excesivamente simplista”, y la realidad es que los tribunales de justicia y los encargados de formular las políticas prestan atención al principio y lo aplican a los contextos particulares con efectos notables⁷⁰.

26. De este modo, queda por ver si el principio de precaución tendrá un papel más destacado en el contexto de la aplicación del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida mientras se está produciendo el daño transfronterizo y una vez que se ha producido el daño. Es evidente que mientras se está produciendo el daño el Estado de origen tiene la obligación de establecer y, de ser necesario, aplicar independientemente o en cooperación con el operador y otras organizaciones afectadas y competentes todas las medidas de respuesta apropiadas para mitigar los efectos del daño. Para ello deberá utilizar la mejor tecnología disponible. Wolfrum considera que esta obligación está directamente relacionada con la aplicación del criterio o principio de precaución⁷¹. Tal como se ha señalado, este principio o criterio

international law”, *Journal of Environmental Law*, vol. 9(2) (1997), pág. 222). La opinión de que el principio es un reflejo del derecho consuetudinario ha sido expresada por Sands, véase Sands, *Principles ...*, nota 65 *supra*, pág. 274.

⁶⁹ Directrices sobre el principio de precaución en el contexto de la conservación de la diversidad biológica y la gestión de los recursos naturales, elaboradas en el marco de una iniciativa conjunta de Fauna and Flora Internacional y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos (UICN)/Unión Mundial para la Naturaleza, *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6 (2005), págs. 274 y 275, pág. 275.

⁷⁰ Con respecto a la aplicación del principio en el contexto de la India, véase *Andhra Pradesh Pollution Control Board v. M. V. Nayudu*, 2002(2) SCC 62. La controversia se refería a si había que permitir que una industria peligrosa continuara funcionando cuando existía la posibilidad de contaminación de las aguas subterráneas por los efluentes de la planta. El Tribunal Superior de Andhra Pradesh recurrió al testimonio de expertos de la industria y permitió que siguiera funcionando. En apelación, el Tribunal Supremo, tras recibir pruebas científicas de un mayor número de fuentes y de órganos de expertos independientes, dejó sin efecto el permiso del Tribunal Superior e interrumpió el funcionamiento de la fábrica porque las pruebas científicas indicaban una mayor posibilidad de contaminación de las aguas subterráneas, ya que los efluentes de la planta liberaban depósitos de níquel. La Comisión Jurídica de la India señaló que en este caso se aplicaba claramente el “principio de precaución” y que con más datos y utilizando mejores procedimientos científicos o una mejor tecnología se puede llegar siempre a una conclusión más precisa (Law Commission of India, One Hundred Eighty-sixth Report on Proposal to Constitute Environment Courts, Sept. 2003, pág. 18; puede consultarse en <http://lawcommissionofindia.nic.in/report>).

⁷¹ Con respecto a la obligación de utilizar la mejor tecnología disponible, Rudiger Wolfrum señaló que ello está estrechamente relacionado con el principio de precaución (véase Rudiger Wolfrum, “International Environmental Law: Purposes, Principles and Means of Ensuring Compliance”, en Fred L. Morrison y Rudiger Wolfrum, *International, Regional and National Environmental Law* (Kluwer Law International, 2003), pág. 15). También se sugiere que el término “disponible” significa que “los Estados son responsables de la aplicación de los avances tecnológicos que ya estén en el mercado, y no de cualquier nueva técnica de lucha contra la contaminación” (véase Peter-Tobias Stoll, “Transboundary Pollution”, en Fred L. Morrison y Rudiger Wolfrum, págs. 169 a 200, pág. 182).

tiene consecuencias importantes en el contexto de presentar y de adjudicar demandas de indemnización o como parte de los recursos disponibles para las víctimas. Por ejemplo, un recurso sería la suspensión o el cierre de la actividad una vez que se haya producido el daño; o incluso cuando, sobre la base de pruebas científicas disponibles de mejor calidad, aunque muy posiblemente no definitivas, se considere que hay una amenaza, hasta que vuelva a determinarse que la actividad es inocua para el medio ambiente. Por consiguiente, al presentar o adjudicar demandas de indemnización, en especial demandas de cierre o suspensión de la actividad peligrosa que todavía se está realizando, el principio de precaución parece tener una influencia en el nivel de prueba necesario y en la inversión de la carga de la prueba⁷².

B. El principio de quien contamina paga: responsabilidad objetiva y limitada del operador

27. Existe un buen fundamento para afirmar que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, la responsabilidad del operador⁷³ por daños resultantes de actividades muy peligrosas es objetiva pero limitada. La responsabilidad del operador

⁷² Para una interpretación de la aplicación del principio de precaución, véase D. Freestone, “The Road from Rio: International Environmental Law after the Earth Summit”, *Journal of Environmental Law*, vol. 6 (1994), 193, pág. 211. Para una referencia a ejemplos de suspensión de la actividad, Birnie y Boyle, *International Law...*, nota 48 *supra*, pág. 118. El Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, a la vista de la incertidumbre científica relativa a la conservación de las poblaciones de atún, suspendió la explotación de la pesca del atún rojo hasta que se resolviera la controversia (véanse los casos *Southern Bluefin Tuna cases (Provisional Measures) (Australia and New Zealand v. Japan)*, ITLOS, No. 3 y 4 (1999). Con respecto al cierre de la actividad, véase *A.P. Pollution Board Case, 2001(2)* nota 70 *supra*. Sadeeler señala que el principio de precaución debería aclarar la obligación de prestar cuidados y hacer menos estricta la obligación de demostrar causalidad (Nicolas de Sadeeler, *Environmental Principles ...* nota 65 *supra*, pág. 212).

⁷³ El proyecto de principios prevé una definición funcional del término “operador”, que se basa en la determinación fáctica de quién ejerce el uso, el control y la dirección del objeto en el momento pertinente. Esa definición suele ser acorde con los criterios imperantes en el derecho francés. Véase Elspeth Reid, “Liability for Dangerous Activities: A Comparative Analysis”, *ICLQ*, vol. 48 (1999), págs. 731a 756, pág. 755. De manera más general, se señala que, si bien no se ha formulado ninguna definición básica del operador que tenga aplicación general, “se ha obtenido reconocimiento para la idea de que el término operador se refiere a una persona que ejerza el control efectivo, jurídico o económico de la actividad contaminante”. Véase Marie-Louise Larsson, *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation* (Kluwer Law International, 1999), pág. 401. No obstante, debe quedar claro que el término operador no incluiría a los empleados que trabajan en la actividad o la controlan en el momento pertinente. Véase el artículo 2 c) del anexo VI del Tratado Antártico, relativo a la responsabilidad resultante de las emergencias ambientales, concluido en junio de 2005, en que se afirma que por “operador” se entiende cualquier persona física o jurídica, ya sea gubernamental o no gubernamental, que organice actividades que se lleven a cabo en la zona abarcada por el Tratado Antártico. No se considera un operador a un empleado, contratista o subcontratista, agente o persona al servicio de la persona física o jurídica, ya sea gubernamental o no gubernamental, que organice actividades que se lleven a cabo en la zona abarcada por el Tratado Antártico, y no incluye a una persona jurídica que sea un contratista o subcontratista que actúe en nombre de un Estado operador. El texto puede consultarse en www.aad.gov.au La definición de “operador” empleada en el principio 2 e) del proyecto aprobado por la Comisión en 2004 es funcional. A este respecto, y para un ejemplo de las definiciones de “operador” empleadas en algunos convenios, véase el comentario al principio 2, párrs. 26) a 29).

encontró aceptación por varios motivos, y principalmente por considerarse que quien haya creado riesgos importantes por buscar un beneficio económico ha de soportar la carga de las consecuencias adversas de su control de la actividad. Esto se ha denominado de forma general el principio de quien contamina paga. Aunque no puede considerarse que el principio de quien contamina paga haya adquirido por sí mismo la condición de principio general del derecho internacional⁷⁴, puede decirse

⁷⁴ Rudiger Wolfrum señala que “aunque tanto el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, de 1990, como la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales se refieren en sus preámbulos a que el principio de quien contamina paga es un “principio general del derecho ambiental internacional”, dicha opinión no está sustentada por la práctica de los Estados Unidos y tampoco si se tienen en cuenta las incertidumbres acerca de su alcance y de sus consecuencias” (véase Rudiger Wolfrum, “International Environmental Law” nota 71 *supra*). Véase en general Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles ...* nota 65 *supra*, págs. 21 a 59. Sin embargo, el principio de “quien contamina paga” ha sido o está siendo apoyado en diferentes jurisdicciones nacionales con efectos diversos. El Tribunal Supremo de la India, en el caso *Vellore Citizens’ Welfare Forum v. Union of India*, 1996 (5) SCC 647, afirmó que el principio de precaución, y el principio de quien contamina paga, así como la nueva carga de la prueba, apoyada por los artículos 21, 47, 48 A y 51 A g) de la Constitución de la India, han pasado a ser parte del derecho ambiental del país, (informe de la Comisión Jurídica de la India, nota 70 *supra*, pág. 36). Diversos estatutos provinciales del Canadá relativos a la responsabilidad por daños ambientales y los recursos consiguientes reconocen ese principio. En España, los tribunales se han basado en el principio *cuis est commodum eius est incommodum* —es decir, que la persona que obtiene un beneficio de una actividad también debe pagar por los daños resultantes— para asignar la responsabilidad a las personas por daños causados por minas, por residuos, como consecuencia de la pérdida de recursos hídricos y por gases tóxicos. En el Japón, en relación con la contaminación provocada por las actividades mineras y la contaminación marina, el contaminador debe pagar lo que cueste limpiar la contaminación de los espacios públicos y restituir los bienes de la víctima a su estado anterior a los daños. El sistema jurídico francés respaldó de distintas maneras el principio de quien contamina paga. En el caso *Epoux Vullion v. Société Immobilière Vernet-Christophe*, JCP 1971.2.16781, la *Cour de Cassation* de Francia sostuvo que “el derecho de un propietario a gozar de su propiedad de la forma más absoluta no prohibida por la ley o por un reglamento está sometido a su obligación de no causar daños a la propiedad ajena más allá de las incomodidades normales que entraña la vecindad”. El nuevo Código Ambiental de Suecia, de 1998, que entró en vigor el 1º de enero de 1999, hace que la parte que en una medida razonable sea responsable de la contaminación deba pagar el costo de las investigaciones de posible contaminación, la limpieza y la mitigación de los daños. Lo que pueda o no ser razonable se determina haciendo referencia a: a) el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo la contaminación; b) el riesgo que entraña para el medio ambiente; y c) la contribución del operador. Irlanda promulgó legislación para integrar en el derecho nacional los tratados internacionales que imponen una responsabilidad objetiva por vertidos de petróleo y residuos peligrosos desde buques. También se dispone a aplicar la Directiva europea de 2004, que entrará en vigor en 2007, que impone responsabilidad objetiva y el principio de quien contamina paga por daños causados al medio ambiente. Los tribunales irlandeses ya han comenzado a aplicar el principio de quien contamina paga. En el Brasil, la responsabilidad objetiva se está convirtiendo en norma en el caso de los daños provocados por actividades que son peligrosas o que causan o pueden causar un perjuicio al medio ambiente. No es necesario demostrar la intencionalidad. En virtud de la Ley nacional de gestión del medio ambiente de Sudáfrica, de 1998, se impone responsabilidad objetiva a los operadores que puedan causar, hayan causado o estén causando una contaminación sensible, degradación o un perjuicio al medio ambiente. Singapur contempla la responsabilidad objetiva para los delitos penales, e impone obligaciones de limpieza a los contaminadores sin necesidad de que haya una conducta intencional o negligente.

Nota: la información relativa a las distintas leyes y prácticas nacionales se basa en memorandos sobre leyes nacionales preparados por los estudiantes de la clase de derecho ambiental de la profesora Dinah Shelton, de la Facultad de Derecho de la George Washington University,

que la responsabilidad del operador por actividades extremadamente peligrosas sí que ha adquirido esa condición⁷⁵. Se consideró que la responsabilidad objetiva con respecto a actividades que presentaban un riesgo extremo o que eran anormalmente peligrosas constituía la técnica más apropiada, tanto en un contexto de “common law” como de derecho civil, para lograr que las víctimas de actividades peligrosas o que presentan un riesgo extremo reciban indemnización sin tener que demostrar que ha habido culpa basándose en lo que a menudo son pruebas técnicas detalladas⁷⁶, que, a su vez, requerirían por parte de las víctimas una comprensión completa de una operación o actividad complicada y compleja. Los argumentos a favor de la responsabilidad objetiva se ven reforzados cuando el riesgo ha sido introducido unilateralmente por la parte demandada⁷⁷. Sin embargo, en el caso de los daños resultantes de actividades peligrosas, es justo asignar una responsabilidad objetiva pero limitada al operador a nivel internacional como medida de desarrollo progresivo del derecho⁷⁸.

28. Con todo, hay que señalar que al trasladar el concepto de responsabilidad objetiva de un contexto interno, nacional —donde está bien establecido, aunque con todas las diferencias relativas a la forma en que se invoca y se aplica en distintas jurisdicciones— para convertirlo en una norma internacional, es necesario definir minuciosamente sus ingredientes, aunque sin perder de vista su objetivo básico, a saber, asignar a una persona, sin tener que demostrar la culpa, la responsabilidad por haber creado un riesgo al dedicarse a una actividad peligrosa. Esa definición es necesaria no sólo para capturar los elementos más positivos del concepto de responsabilidad

Washington, D.C., para su utilización y conservación por el Relator Especial. Véase también A/CN.4/543.

⁷⁵ En A/CN.4/543, después de examinar las leyes y prácticas nacionales a nivel interno por lo que respecta a la realización de actividades anormalmente peligrosas o que presentan un riesgo extremo, se concluyó que “el examen que se ha realizado *supra* del derecho interno pone de manifiesto que la responsabilidad objetiva, como concepto jurídico, parece haber sido aceptada por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. El alcance de las actividades sujetas al régimen de la responsabilidad objetiva puede diferir según los países, ya que en algunos puede ser más limitado que en otros. La base jurídica de la responsabilidad objetiva también varía, ya que va desde la presunción de culpa al concepto de riesgo o de actividad peligrosa, etc. Sin embargo, no cabe duda de que la responsabilidad objetiva es un principio común a un gran número de países con diferentes ordenamientos jurídicos, que han tenido la experiencia común de tener que regular actividades relacionadas con ese principio. Puede haber diferencias entre los Estados en cuanto a la aplicación concreta del principio, aunque todos ellos lo entienden y formulan de manera sustancialmente análoga. Por otra parte, cada vez se recurre más a la responsabilidad objetiva en la legislación relativa a la protección del medio ambiente” (párr. 112).

⁷⁶ Véase Elspeth Reid, nota 73 *supra*, pág. 756. Véase también A/CN.4/543, párr. 23.

⁷⁷ A/CN.4/543. Véase también en relación con un examen interesante del concepto de responsabilidad en el derecho civil y en el “common law”.

⁷⁸ Cabe tener en cuenta las vacilaciones que puso de manifiesto el Grupo de Trabajo de la Comisión en 1996 a la hora de designar como sometidos a un régimen de responsabilidad objetiva los daños resultantes de todas las actividades abarcadas por el proyecto de principios. Se recordará que la Comisión señaló que los conceptos de responsabilidad “causal” o “absoluta” que son habituales en el derecho nacional de muchos Estados y en derecho internacional en relación con determinadas actividades [que presentan un riesgo extremo] ... “aún no se han desarrollado plenamente en el derecho internacional con respecto a un grupo más amplio de actividades como las comprendidas en el artículo 1”. (*Anuario ... 1996*, vol. II (Part Two) (A/51/10), anexo I, párr. 1) del comentario general al capítulo III). Para llegar a esta conclusión, el Grupo de Trabajo se benefició del estudio de los regímenes de responsabilidad realizado por la Secretaría, (*Anuario ... 1995*, vol. II (Part One), A/CN.4/471).

objetiva tal como se utilizan en diferentes jurisdicciones, y hacer de este modo ampliamente aceptable la norma internacional, sino también para garantizar que la norma adoptada promueva verdaderamente la causa de las víctimas expuestas a actividades peligrosas y facilite de este modo un recurso rápido y eficaz.

29. Hay diferentes maneras de abordar esta cuestión⁷⁹. Por ejemplo, adoptando una definición apropiada del daño, como se ha hecho en el proyecto de principio 1, donde el daño se define como un daño a las personas, los bienes y el medio ambiente. En segundo lugar, al tiempo que se designa la responsabilidad objetiva como norma para invocar la responsabilidad, puede especificarse que se entiende que incluye todos los daños previsibles en su forma más generalizada y que el conocimiento del alcance del peligro potencial no es un requisito de la responsabilidad. Por otra parte, cabe señalar como parte de la aplicación de la norma que el operador no tiene la posibilidad de solicitar una exención de la responsabilidad alegando que el uso de que se trata es natural, y basta con que el uso presente un riesgo de peligro para los demás.

30. Huelga decir que la responsabilidad objetiva permite algunos tipos de defensa y que en los tratados internacionales y en las leyes nacionales que regulan el concepto se contemplan diversas excepciones⁸⁰. Sin embargo, a fin de poner de relieve el papel que el principio de quien contamina paga podría desempeñar en el contexto general del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida, puede ser oportuno designar un mínimo para esas excepciones; por ejemplo, un acto de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección, un acto fortuito o de la naturaleza y la acción de un tercero, incluidas las acciones de las víctimas (o culpa concurrente)⁸¹.

C. Obligaciones destacadas de los Estados

31. La responsabilidad de los Estados por daños transfronterizos causados por actividades extremadamente peligrosas o actividades peligrosas no parece contar con

⁷⁹ Para hacer las sugerencias que siguen, el Relator Especial se ha guiado por las valiosas observaciones de Elspeth Reid, nota 73 *supra*, págs. 741 a 743. Véase también el capítulo I (B) del valioso estudio de los regímenes de responsabilidad realizado por la Secretaría, nota 64 *supra*, párrs. 29 a 260. El Tribunal Supremo de la India, en el caso *M. C. Mehta v. Union of India*, AIR 1987 SC 1086 (el caso de vertido de la empresa Oleum Gas) sostuvo que en caso de actividades peligrosas no se aplican las excepciones que podrían alegarse para evitar la responsabilidad absoluta u objetiva, como afirmar que el daño no era previsible y que el uso que entraña es natural (véase el informe de la Comisión Jurídica de la India, nota 70 *supra*, pág. 30).

⁸⁰ Véase A/CN.4/543.

⁸¹ Los actos de terrorismo se incluyen en el instrumento más reciente sobre la responsabilidad, el sexto anexo del Protocolo de Madrid del Tratado Antártico, relativo a la responsabilidad por emergencias ambientales. La primera sección del artículo 8 del anexo, que trata de las exenciones, reza como sigue: “Un operador no será considerado responsable en virtud del artículo 6 si demuestra que la emergencia ambiental fue causada por: a) una acción u omisión necesaria para proteger la vida o la seguridad humanas; b) un acontecimiento que en las circunstancias de la Antártida constituya un desastre natural de carácter excepcional, que hubiera sido razonable prever, o bien de forma general o en el caso concreto, siempre que se hayan adoptado todas las medidas preventivas razonables concebidas para reducir el riesgo de emergencia ambiental y sus potenciales efectos adversos; c) un acto terrorista; o d) un acto de beligerancia contra las actividades del operador”.

apoyo ni siquiera como medida de desarrollo progresivo del derecho. No obstante, es evidente que ha surgido un principio general del derecho internacional que impone al Estado una obligación de diligencia debida tanto en la etapa de autorización de las actividades peligrosas⁸² como en la supervisión de las actividades en marcha una vez concedida la autorización, que se extiende hasta la etapa en que podría materializarse el daño a pesar de haber desplegado los máximos esfuerzos para impedirlo. En el caso relativo al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia señaló la necesidad, y cabría decir la obligación, de supervisar de forma permanente las actividades peligrosas como consecuencia de la “conciencia de la vulnerabilidad del medio ambiente y del reconocimiento de que los riesgos para el medio ambiente deben evaluarse de forma constante”⁸³.

32. Esas obligaciones del derecho consuetudinario también llevan consigo algunas obligaciones subsidiarias. Una extensión de esa obligación para los fines del presente proyecto de principios es la obligación del Estado de que se trate de ejercer vigilancia y estar dispuesto a prevenir los daños en la medida de lo posible y, cuando los daños se produzcan efectivamente, de mitigar sus efectos utilizando la mejor tecnología disponible⁸⁴. Así pues, los Estados tienen la obligación de formular, como medidas de respuesta, las necesarias actividades de preparación para imprevistos y de aplicar los mejores medios de que dispongan una vez que se haya producido la emergencia, aplicando los conocimientos actuales sobre los peligros y los medios técnicos, tecnológicos y financieros disponibles para hacerles frente. El Estado también tiene la obligación, en virtud del derecho consuetudinario, de informar a todos los Estados afectados en caso de una emergencia resultante de la realización de la actividad de que se trate cuando la difusión de los daños transfronterizos tenga un carácter inminente o ya sea realidad⁸⁵. Una vez hecha la notificación, existe para los Estados afectados la obligación, en virtud del derecho consuetudinario, de adoptar todas las medidas apropiadas y razonables para mitigar los daños a que

⁸² Estrechamente asociada a la obligación de autorización previa existe la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental. Véase Xue Hanqin, nota 39 *supra*, pág. 166. Phoebe Okowa destaca por lo menos cinco tipos de obligaciones subsidiarias relacionadas con la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental. Una de ellas es que la naturaleza de la actividad, así como sus probables consecuencias, deben exponerse claramente y comunicarse a los Estados que puedan resultar afectados. No obstante, señala que, con la excepción de unos pocos convenios, suele estipularse que el Estado que propone la actividad es el único que puede determinar la probabilidad o la gravedad de los efectos adversos. Ninguno de los instrumentos que se examinan permite a terceros Estados proponer evaluaciones adicionales o distintas si no están satisfechos con las presentadas por el Estado de origen. Véase Phoebe N. Okowa, “Procedural Obligations in International environmental Agreements”, *BYBIL*, vol. 68 (1996), págs. 275 a 336, págs. 282 a 285, pág. 285. Sobre el contenido de la evaluación del impacto ambiental, *ibid.*, nota de pie de página 25, pág. 282, pág. 286.

⁸³ Sentencia, *I.C.J. Reports*, 1997, pág. 7, párr. 112.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 140. La Corte declaró ser consciente de que en el ámbito de la protección del medio ambiente la vigilancia y la prevención son necesarias debido al carácter a menudo irreversible de los daños al medio ambiente y de las limitaciones inherentes al propio mecanismo de reparación de este tipo de daños. Con respecto al requisito de utilizar la mejor tecnología disponible, véase nota 71 *supra*.

⁸⁵ Phoebe Okowa, en *State Responsibility ...*, nota 26 *supra*, pág. 170, analiza a fondo los distintos componentes de las obligaciones de diligencia debida, incluida su condición jurídica, y afirma muy positivamente la obligación del Estado de origen de notificar, en caso de una situación de emergencia, a todos los Estados afectados los peligros a que han estado expuestos.

están expuestos⁸⁶. Es obvio que la obligación de prestar cuidados que se espera de un Estado a este respecto es una obligación relacionada con el buen gobierno. Sin embargo, hay que tener presente que, habida cuenta de la amplia divergencia de condiciones sociales y económicas que presentan los Estados, como señala tan apropiadamente el principio 11 de la Declaración de Río, los criterios que aplican algunos países pueden ser inadecuados y tener un costo económico y social injustificado para otros países, particularmente los países en desarrollo⁸⁷.

D. Principio de no discriminación y estándares mínimos

33. El principio de no discriminación se menciona en el párrafo 3 del proyecto de principio 6, donde se estipula que los Estados deben velar por que las víctimas transfronterizas tengan acceso a recursos que no sean menos rápidos, adecuados y efectivos que aquellos de que dispongan sus nacionales. Así pues, podría considerarse que este principio se refiere a requisitos tanto de procedimiento como sustantivos. El primer requisito, que es esencialmente de procedimiento, significa que el Estado de origen debe otorgar acceso a la justicia a los residentes del Estado afectado en la misma medida que lo hace a sus propios nacionales. Este es un requisito que goza de aceptación creciente en la práctica de los Estados⁸⁸.

⁸⁶ En el caso del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, defendiendo la variante C que aplicó en el río Danubio y que suponía la apropiación de casi el 80% o el 90% del agua del río Danubio, frente a la negativa de Hungría de atenerse a las condiciones del Tratado concertado entre Checoslovaquia y Hungría en 1977, Eslovaquia alegó que “es un principio general del derecho internacional que una parte perjudicada por el incumplimiento de otra parte contratante debe procurar mitigar los daños que ha sufrido”. Refiriéndose a este principio, la Corte señaló que “de este principio resultaría que un Estado perjudicado que no ha adoptado las medidas necesarias para limitar el daño sufrido no tendría derecho a reclamar indemnización por ese daño que podría haberse evitado”. La Corte observó que, “si bien este principio podría aportar una base para el cálculo de la indemnización, no podría por el contrario justificar lo que de otro modo sería un acto ilícito”. Otra cuestión es que la Corte considerara que la aplicación de la variante C era un acto ilícito y, por tanto, no siguió examinando el principio de la obligación de los Estados afectados de mitigar los efectos de los daños a que estaban expuestos. Véase la Sentencia, *I.C.J.Reports*, 1997, pág. 7, párr. 80. La propia disposición de la Corte a considerar que todo incumplimiento a este respecto era un factor importante en el cálculo de la indemnización a que podrían tener derecho esos Estados equivale a un importante reconocimiento en el marco del derecho internacional general de la obligación que tienen los Estados afectados por un daño transfronterizo de mitigar los daños en la mayor medida posible.

⁸⁷ Para una nota sobre las normas generales del derecho internacional aplicables al cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, véase Peter-Tobias Stoll, nota 71 *supra*, págs. 180 a 183, y sobre la necesidad de aplicar el criterio de diligencia debida teniendo plenamente en cuenta los factores económicos y sociales que afectan a los Estados, págs. 181 a 182. Para una sugerencia al efecto de que si el Estado “desea mejorar la tecnología utilizada, existe la posibilidad de hacerlo transfiriendo la tecnología de conservación o de prevención apropiada a los Estados que no tienen acceso a ella por razones económicas o de otro tipo”, véase Wolfrum, nota 71 *supra*, págs. 15 y 16.

⁸⁸ Véase Alexander Kiss y Dinah Shelton, *International Environmental ...*, nota 66 *supra*, págs. 201 a 203, y Birnie y Boyle, *International Law...*, nota 48 *supra*, págs. 269 y 270. De conformidad con el aspecto de procedimiento de la no discriminación, habría que eliminar algunos requisitos del derecho procesal del Estado de origen, entre los cuales figuran, como señalan Cuperus y Boyle, “obtener de los demandantes extranjeros garantías de pago de los costos, no reconocer el derecho a asistencia letrada y no aceptar jurisdicción sobre acciones relacionadas con territorio extranjero” (K. W. Cuperus y A. E. Boyle, Articles

Por otra parte, el segundo, que es el aspecto sustantivo del requisito de no discriminación, plantea cuestiones más difíciles relativas a su contenido preciso, y no goza del mismo consenso⁸⁹. Se sugiere que en la medida en que se reconozca a las víctimas transfronterizas el mismo nivel sustantivo de recursos que se otorga a los nacionales, habrá que considerar que los requisitos del principio se han cumplido plenamente.

34. Desde este punto de vista, como se señala en el párrafo 7) del comentario del proyecto de principio 6, “a pesar de sus inconvenientes, ese principio, al dar acceso a la información y garantizar una cooperación apropiada entre los tribunales y las autoridades nacionales competentes a través de las fronteras nacionales, va más allá del requisito de que los Estados se atengan a un estándar mínimo de efectividad en lo que respecta a las vías de recursos ofrecidas a los demandantes transfronterizos”⁹⁰. Como se indica en el mismo comentario, el inconveniente sigue siendo que el párrafo 3 de principio 6 no “palía ni resuelve los problemas relativos al derecho aplicable” y, dada la economía del proyecto, no es posible que lo haga, y ello es un factor destacado y, por el momento, un “obstáculo” para ofrecer recursos judiciales rápidos, adecuados y eficaces a las víctimas. Los Estados, con la asistencia de los órganos profesionales apropiados, deben seguir esforzándose, tanto a nivel bilateral como multilateral, para aliviar esos problemas.

35. En algunas regiones, el contenido del estándar mínimo se sigue perfeccionando constantemente. No obstante, para lograr un estándar mínimo de este tipo a nivel mundial deberá haber una mayor integración económica, social y política de valores entre los diferentes Estados y entre las regiones del mundo⁹¹. Por consiguiente, si bien no es posible garantizar una igualdad absoluta en todas las jurisdicciones mediante un estándar mínimo común a nivel mundial, debería ser posible sugerir que el principio de la no discriminación se basa en la hipótesis de que habrá recursos apropiados y una indemnización adecuada a disposición de los nacionales en primera

on Private Law Remedies for Transboundary Damage in International Watercourses, International Law Association, Report of the 67th Conference, Helsinki (1986) págs. 406 y 407).

⁸⁹ Birnie y Boyle señalan que en la medida en que es posible examinar la práctica de los Estados sobre una cuestión tan variada como es la de la igualdad de acceso, no es fácil obtener una imagen clara (ibid., págs. 271 a 274). Con respecto a las limitaciones de la norma de no discriminación, ibid., págs. 274 y 275. Véase también Xue Hanqin, *Transboundary...*, nota 39 *supra*, págs. 106 y 107. Véase también Alexander Kiss y Dinah Shelton, *International Environmental ...*, nota 66 *supra*, págs. 201 a 203. Birnie y Boyle, *International Law*, nota 48 *supra*, págs. 269 y 270, P.M Dupuy, “La contribution du principe de non discrimination à l’élaboration du droit international de l’environnement”, *Revue Québécoise de Droit International*, vol.7 (1991-1992) pág. 135. Con respecto a la opinión de que el principio de no discriminación se ha convertido en un principio de derecho internacional general, véase Henri Smets, “Le principe de non-discrimination en matière de protection de l’environnement”, *Revue Européenne de Droit de l’Environnement*, 1/2000, pág. 3. Sobre las limitaciones de la norma de no discriminación, véase Birnie y Boyle, ibid., págs. 274 y 275.

⁹⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/59/10)*, principio 6, comentario, párr. 7).

⁹¹ Xue Hanqin, en *Transboundary ...*, nota 39 *supra*, págs. 107 y 108, lo plantea con toda claridad cuando señala, en primer lugar, que “el resarcimiento de los daños no se refiere simplemente a la justicia judicial, sino que es una cuestión económica que requiere asignación de recursos” y, en segundo lugar, que incluso “cuando en un sistema ecológico, donde todas y cada una de las partes de los recursos están físicamente interrelacionadas, simplemente no es posible pasar por alto las fronteras nacionales, ya que en su interior existen diferentes sistemas políticos, económicos y sociales”.

instancia en caso de algún daño resultante de actividades peligrosas, y de que los mismos recursos y niveles de indemnización estarán también a disposición de las víctimas transfronterizas.

E. Garantía de una pronta y adecuada indemnización

36. El proyecto de principio 3 se refiere a la pronta y adecuada indemnización como objetivo principal del proyecto de principios. El criterio de prontitud y adecuación, que según se ha observado es la contribución más destacada del plan adoptado por la Comisión en 2004, es un estándar que encontró apoyo en el caso de arbitraje *Trail Smelter*, en el principio 10 de la Declaración de Río, en el párrafo 2) del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, en el párrafo 1) del artículo 2 de los artículos de Helsinki sobre los cursos de agua internacionales, de 1996, elaborados por la Asociación de Derecho Internacional, así como en precedentes en la legislación sobre los derechos humanos⁹².

37. A este respecto, cabría aclarar que “prontitud” se refiere a los procedimientos que regirían el acceso a la justicia y las decisiones necesarias de conformidad con el derecho nacional que determina la indemnización pagadera en un caso concreto. Este es también un criterio que es necesario subrayar teniendo en cuenta que un contencioso en los tribunales nacionales en que intervenga una reclamación de indemnización puede ser costoso y prolongarse durante varios años. A fin de que el acceso a la justicia sea más amplio, eficiente y ágil, se ha sugerido el establecimiento de tribunales especiales sobre el medio ambiente, de ámbito nacional o internacional⁹³. Por otra parte, indemnización “adecuada” puede referirse a muchas cosas distintas⁹⁴. Por ejemplo, la suma global por concepto de indemnización acordada a raíz de las negociaciones entre el operador o el Estado de origen y las víctimas u otros Estados afectados después de consolidar las reclamaciones de todas las víctimas de un daño es una indemnización adecuada. La indemnización otorgada por un tribunal como consecuencia de un contencioso planteado en su jurisdicción será adecuada en tanto se cumplan todos los requisitos de garantías procesales. En cualquier caso, siempre que la indemnización concedida no sea arbitraria y gravemente desproporcionada con el daño sufrido realmente, aun cuando no represente una compensación completa, podrá considerarse adecuada. Dicho de otro modo, con la palabra “adecuada” no se quiere dar a entender “suficiente”.

⁹² Para una valiosa orientación sobre la firme base en que descansa el principio de la pronta y adecuada indemnización, véase Boyle, *Globalizing ...*, nota 64 *supra*, pág. 18.

⁹³ A. Rest, “Need for an International Court for Environment? Underdeveloped Legal Protection for the Individual in Transnational Litigation”, *Environmental Policy and Law*, vol. 24, (1994), págs. 173 a 187. A nivel nacional, la Comisión Jurídica de la India presentó un argumento muy convincente a favor de establecer en la India tribunales nacionales para el medio ambiente (véase Law Commission of India, One Hundred and Eighty-sixth Report on Proposal to Constitute Environment Courts, September 2003). El acceso a la justicia, particularmente para cuestiones relacionadas con el medio ambiente, es un aspecto esencial del artículo 21 de la Constitución de la India. Nueva Zelandia y Australia cuentan ya con tribunales para el medio ambiente. Puede consultarse <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports>.

⁹⁴ Para una enumeración exhaustiva de la aplicación en la práctica del principio de la indemnización pronta, adecuada y efectiva, véase Rene Lefeber, *Transboundary Environmental ...*, nota 26 *supra*, cap. 7, págs. 229 a 312.

IV. Forma definitiva del proyecto de principios

38. Es necesario observar en primer lugar que, aunque los proyectos relativos a la prevención y a la asignación de la pérdida en caso de daños (incluida la responsabilidad) se concibieron originalmente como un todo integrado, en la práctica han avanzado sustantivamente en dos planos distintos. El proyecto de artículos sobre la prevención se elaboró contando con un amplio consenso sobre el contenido, que recibió una aceptación cada vez mayor en la práctica de los Estados y, lo que es aún más importante, reconocimiento en decisiones judiciales de todo el mundo. Por otra parte, el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida se basa en ciertos principios generales respecto de los cuales existe un amplio consenso. Por ejemplo, el objetivo básico del proyecto de principios, que es la obligación de garantizar la pronta y adecuada indemnización a las víctimas de daños transfronterizos, está bien aceptado en la práctica de los Estados, y las decisiones judiciales nacionales y algunos comentaristas lo tratan como un principio general del derecho internacional. Así, por lo menos un comentarista sugirió que la Comisión considerase la posibilidad de modificar la redacción del párrafo 1) del proyecto de principio 4 y de los párrafos 1) y 3) del proyecto de principio 6, de manera que en vez de tener forma de recomendación fueran más prescriptivos, sustituyendo la palabra “debería” por “deberá”, de manera que los progresos de la Comisión sobre esta importante cuestión no se reduzcan a una mera “ilusión”⁹⁵.

39. No obstante, por lo que respecta al complejo de obligaciones conexas que son igualmente importantes para dar plena efectividad a la obligación básica, parece que se necesita tiempo para que obtengan reconocimiento judicial y afirmación en la práctica de los Estados. Las obligaciones de conducta y de diligencia debida que, con arreglo a lo sugerido por el proyecto de principios, debería asumir el Estado para dar plena efectividad al principio de la pronta y adecuada indemnización a las víctimas de un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, a diferencia de las obligaciones de diligencia debida impuestas al Estado en el contexto de la prevención, requieren una aceptación mayor y más uniforme en la práctica de los Estados. También están a la espera de confirmación por decisiones judiciales en todo el mundo, las cuales todavía son pocas y dispersas. Podemos referirnos a este respecto, a modo de ejemplo, a los principios siguientes: la obligación del Estado de disponer el establecimiento de una red más amplia de fondos, incluida la obligación de participar en un fondo de este tipo, para atender las reclamaciones de indemnización cuando éstas no puedan ser atendidas por el operador debido o bien a la responsabilidad limitada aceptada en la ley del país o bien a su insolvencia; la obligación del operador de contar con un nivel suficiente de cobertura de seguro en relación con la operación peligrosa que presenta el riesgo, así como la obligación del Estado de garantizarlo⁹⁶; la obligación de un Estado de instaurar cierto grado de preparación para imprevistos y de poseer una capacidad técnica y económica proporcional al

⁹⁵ Boyle, *Globalizing ...*, nota 64 *supra*, pág. 19.

⁹⁶ En el contexto de las negociaciones de la Unión Europea sobre la responsabilidad en relación con el medio ambiente, se afirma que el acuerdo sobre la directiva se alcanzó después de casi 15 años y que una de las últimas cuestiones que impedía el acuerdo era la relativa a los seguros. La solución de avenencia consistió en hacer que el requisito relativo al seguro fuera opcional y no obligatorio (véase “European Union Agrees to Make Polluters Pay for Environmental Damage”, Agence France Presse, citado en el memorando sobre la legislación nacional de Suecia preparado por un estudiante de la Facultad de Derecho de la George Washington University, nota 74 *supra*, pág. 17, en poder del Relator Especial).

riesgo de la operación; y las obligaciones adicionales del Estado no sólo de supervisar operaciones tecnológicamente complejas sino también de establecer medidas de respuesta eficaces en caso de que se produzca un incidente; y la obligación de ir más allá del principio básico de la no discriminación y proporcionar recursos administrativos y judiciales e indemnización con arreglo a ciertos estándares mínimos con respecto a los cuales todavía no hay suficiente claridad ni consenso.

40. No es difícil comprender por qué el consenso internacional va surgiendo con tanta lentitud. Existen diferencias en los sistemas jurídicos y entre las prácticas de los Estados, aun cuando éstos tengan un sistema jurídico similar. Las dificultades inherentes a cualquier actividad de armonización a nivel mundial también son evidentes. Las realidades políticas, las prioridades del desarrollo y las limitaciones de recursos que tienen los países en desarrollo son otros tantos factores. Lo antedicho se pone de manifiesto en un estudio de la condición jurídica de los principios al que se ha hecho referencia y en los informes anteriores, así como en parte de las conclusiones alcanzadas por el Relator Especial en su segundo informe sobre la asignación de la pérdida⁹⁷.

41. Se recordará también que la Comisión ya debatió la cuestión de la forma que podría adoptar el producto final del actual proceso. Mientras que se hizo la sugerencia de adoptar los principios en forma de “mecanismo marco” sin redactar normas primarias, otra sugerencia fue adoptarlos como directrices para ayudar a los Estados a dar un contenido más positivo a la obligación básica de cooperación. “En la práctica”, señala Sinclair, “no se adoptó una decisión definitiva sobre la forma que tendría el producto final, aunque las deliberaciones pusieron de manifiesto que el tema tal vez no se prestaría al tratamiento que la Comisión suele aplicar a la redacción de artículos para acabar incorporándolos en una convención”⁹⁸.

42. Formular todo el producto final de una manera más prescriptiva sería positivo sólo si fuera posible y viable⁹⁹. Tampoco puede negarse que sería positivo formular el producto final como proyecto de principios cuando ésta fuera la mejor forma de

⁹⁷ Véase la conclusión 10), A/CN.4/540, párr. 36.

⁹⁸ Sinclair, *The International Law Commission ...*, nota 61 *supra*, pág. 38.

⁹⁹ Se ha afirmado que “las obligaciones concretas (acciones y medidas específicas) tienden a ser más estrictas y rigurosas, y supervisar el cumplimiento de obligaciones concretas es, *ceteris paribus*, considerablemente más fácil que hacerlo con otras categorías de obligaciones. Además, las obligaciones concretas tienen el potencial de impedir controversias, especialmente si las obligaciones constituyen al mismo tiempo, implícita o automáticamente, derechos directos para las partes, como las obligaciones relativas a las actividades transfronterizas (por ejemplo, el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, de 1998, y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología); véase Veit Koester, “Global Environmental Agreements- Drafting, Formulation and Character”, *Environmental Policy and Law*, vol. 35/4-5 (2005), págs. 170 a 183, pág. 173. Sin embargo, la mayoría de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente constituyen un buen ejemplo del “arte de lo posible”, porque se aprueban por consenso. Se ha dicho que este proceso muestra una fuerte tendencia a buscar el “mínimo común denominador”, y se ha descrito con términos aún más pesimistas. No obstante, la realidad es que “los países desean pasar a ser partes y por tanto promueven disposiciones que podrán cumplir, y para este fin evalúan no sólo hasta qué punto se necesitará modificar la legislación nacional, sino también hasta qué punto son viables las disposiciones, cuáles son sus consecuencias económicas, etc. Difícilmente pueden criticarse las consideraciones de este tipo” (*ibid.*, pág. 170).

proceder por falta de una alternativa mejor¹⁰⁰. Esto se puso de relieve en el comentario al proyecto de principios al señalar que:

En definitiva, la Comisión concluyó que el proyecto de principios recomendado tendría la ventaja de no exigir una armonización posiblemente inalcanzable de los sistemas jurídicos y los derechos nacionales. Se cree asimismo que será más fácil alcanzar el objetivo de una aceptación general de las disposiciones sustantivas si éstas se formulan como un proyecto de principios recomendado¹⁰¹.

43. Dicho consenso general y el mérito intrínseco de los propios principios serían útiles para que los jueces y los políticos les dieran efectividad en los planos nacional e internacional. Esto podría allanar el camino para codificar más adelante el derecho internacional sobre la cuestión mediante un acuerdo internacional.

44. Teniendo presente esta realidad, parece apropiado, a juicio del Relator Especial, confirmar que el producto final del proceso relativo a la asignación de la pérdida se formule como proyecto de principios. Sin embargo, la Comisión puede considerar atentamente la posibilidad de reflejar la obligación básica del deber de pagar indemnización y del derecho de reclamar recursos con una redacción de carácter más prescriptivo.

V. Relación entre el proyecto de principios y el proyecto de artículos sobre la prevención

45. Se plantea también la cuestión de la relación entre el proyecto de artículos sobre la prevención, que está a la espera de que se adopten medidas en la Asamblea General, y el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida. Se señala que sería viable que la Asamblea General aprobara el proyecto de artículos sobre la prevención. Efectivamente, en 2001 la Comisión recomendó a la Asamblea General que redactara un convenio basado en el proyecto de artículos sobre la prevención de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. Según convenga, esto puede hacerse en el marco de un examen por un grupo de trabajo de la Sexta Comisión. Puede considerarse la posibilidad de que dicho examen incluya ciertos elementos de responsabilidad en el proyecto de artículos sobre la prevención, en forma de un proyecto de artículo sobre la responsabilidad que refrende la obligación de los Estados de velar por el acceso de las víctimas del daño transfronterizo a la justicia y a recursos eficaces y por una pronta y adecuada indemnización. En el mismo proyecto de artículo podría indicarse que esta obligación básica deberá hacerse efectiva teniendo presente el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida que la Comisión

¹⁰⁰ *Ibid.*, pág. 174. Se ha observado que “la aplicación de instrumentos sin fuerza obligatoria presenta muchas ventajas, como la disposición de adoptar compromisos (ambiguos) claros, que son más eficaces porque es más fácil traducirlos en acciones concretas y son más sencillos de examinar y evaluar. La investigación también ha demostrado que los instrumentos sin fuerza obligatoria pueden tener una influencia muy positiva en la conducta, y que “las ventajas de los instrumentos no vinculantes son a menudo más evidentes, por distintos motivos, cuando se aplican conjuntamente con medidas con fuerza obligatoria”. Así pues, los instrumentos sin fuerza obligatoria pueden ser un medio para lograr una mayor eficacia. Además, esos instrumentos pueden mejorar el cumplimiento y ser un medio de impedir controversias en la medida en que brindan claridad acerca del contenido detallado y preciso de los compromisos contraídos en el marco del tratado”.

¹⁰¹ Comentario general, párr. 14), comentario, nota 15 *supra*, pág. 160.

tal vez desee concluir en segunda lectura, que será la definitiva. Este proyecto de principios podría incluirse como anexo en una parte separada de la posible resolución acompañante.

46. La otra posibilidad consiste en tratar los aspectos de la prevención y de la responsabilidad como algo totalmente separado, aunque interrelacionado. La Asamblea General puede aprobar dos resoluciones separadas en que haga suyos y apruebe el proyecto de artículos sobre la prevención, por una parte, y el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida, por otra parte. La Comisión podría sugerir esas posibilidades a la Asamblea. En definitiva, se trata esencialmente de algo que la Asamblea deberá decidir una vez que haya examinado debidamente la cuestión.
