

Capítulo VI

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)

A.—Introducción

154. En su 30.º período de sesiones, celebrado en 1978, la Comisión incluyó en su programa de trabajo el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y nombró Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter¹⁶⁰.

155. La Comisión recibió y examinó, entre su 32.º período de sesiones, celebrado en 1980, y su 36.º período de sesiones, celebrado en 1984, cinco informes del Relator Especial¹⁶¹. Los informes tenían por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema y contenían propuestas relativas a cinco artículos. El plan esquemático figuraba en el tercer informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 34.º período de sesiones, en 1982. Los cinco artículos se proponían en el quinto informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 36.º período de sesiones. Esos artículos fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción.

156. En ese mismo 36.º período de sesiones, la Comisión dispuso también de las respuestas a un cuestionario que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había dirigido en 1983 a 16 organizaciones internacionales con objeto de determinar, entre otras cosas, hasta qué punto las obligaciones que los Estados habían contraído recíprocamente y cumplían como miembros de organizaciones internacionales podían corresponder a algunos de los procedimientos indicados en el plan esquemático, o suplirlos¹⁶², y de un estudio preparado por la Secretaría titulado «Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabi-

lidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»¹⁶³.

157. En su 37.º período de sesiones, celebrado en 1985, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza. La Comisión recibió, entre su 37.º período de sesiones y su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, 12 informes del Relator Especial¹⁶⁴.

158. En su 44.º período de sesiones, celebrado en 1992, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo para que examinara algunas de las cuestiones generales relacionadas con el alcance, el planteamiento y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema¹⁶⁵. Sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión adoptó la decisión de continuar gradualmente la labor sobre este tema: finalizar primero la labor sobre la prevención de los daños transfronterizos y seguir con las medidas correctivas. La Comisión decidió, habida cuenta de la ambigüedad del título del tema, mantener su hipótesis de trabajo de que el tema se refería a «actividades» y aplazar todo cambio oficial del título¹⁶⁶.

¹⁶³ *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), adición, documento A/CN.4/384, pág. 1. Véase también el estudio preparado por la Secretaría sobre los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/471, pág. 67.

¹⁶⁴ Los 12 informes del Relator Especial figuran en:
Informe preliminar: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/394, pág. 101;
Segundo informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/402, pág. 153;
Tercer informe: *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/405, pág. 49;
Cuarto informe: *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/413, pág. 254;
Quinto informe: *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/423, pág. 139;
Sexto informe: *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1, pág. 89;
Séptimo informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/437, pág. 73;
Octavo informe: *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/443, pág. 77;
Noveno informe: *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/450, pág. 209;
Décimo informe: *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/459, pág. 141;
Undécimo informe: *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/468, pág. 55; y
Duodécimo informe: *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/475 y Add.1.

¹⁶⁵ Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), documento A/47/10, párrs. 341 a 343.

¹⁶⁶ Las recomendaciones detalladas de la Comisión figuran en *ibid.*, párrs. 344 a 349.

¹⁶⁰ En ese período de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema. Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149.

¹⁶¹ Los cinco informes del Relator Especial figuran en:
Informe preliminar: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, pág. 259;

Segundo informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2, pág. 113;

Tercer informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/360, pág. 61;

Cuarto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/373, pág. 213; y

Quinto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/383 y Add.1, pág. 162.

¹⁶² *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/378, pág. 135.

159. En su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión restableció el Grupo de Trabajo para que examinara el tema en todos sus aspectos a la luz de los informes del Relator Especial y de los debates celebrados a lo largo de los años en la Comisión y para que formulara recomendaciones a ésta. El Grupo de Trabajo presentó un informe¹⁶⁷ que ofrecía un cuadro completo del tema en relación con el principio de prevención y la obligación de conceder una indemnización u otra reparación y presentaba artículos y comentarios al respecto.

160. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional para que examinara cómo debería proceder la Comisión en su labor relativa al tema¹⁶⁸. El Grupo de Trabajo examinó la labor realizada por la Comisión sobre el tema desde 1978. Señaló que el ámbito y el contenido del tema seguían sin ser claros debido a factores como dificultades conceptuales y teóricas, la idoneidad del título y la relación de la cuestión con la «responsabilidad de los Estados». El Grupo de Trabajo señaló además que la Comisión había tratado de dos cuestiones dentro del tema: la «prevención» y la «responsabilidad internacional». En opinión del Grupo de Trabajo, esas dos cuestiones eran distintas entre sí, aunque estuvieran relacionadas. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones de la prevención y de la responsabilidad deberían tratarse en adelante por separado.

161. En consecuencia, la Comisión decidió proseguir su labor sobre el tema y tratar en primer lugar la cuestión de la prevención en una sección subtitulada «Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas»¹⁶⁹. La Asamblea General tomó nota de esa decisión en el párrafo 7 de su resolución 52/156. En el mismo período de sesiones, la Comisión nombró Relator Especial encargado de esta parte del tema al Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao¹⁷⁰. La Comisión recibió, entre su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, y su 52.º período de sesiones, en 2000, tres informes del Relator Especial¹⁷¹.

162. En su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión aprobó en primera lectura una serie de 17 proyectos de artículo sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹⁷². En su 53.º período de sesiones, en 2001, la Comisión aprobó el

texto definitivo de un proyecto de preámbulo y una serie de 19 proyectos de artículo sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹⁷³, concluyendo así su labor sobre la primera parte del tema. Además, la Comisión recomendó a la Asamblea General que elaborase una convención basada en los proyectos de artículo¹⁷⁴.

163. La Asamblea General, en el párrafo 3 de su resolución 56/82, pidió a la Comisión que reanudara su examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad, teniendo presente la relación que existe entre la prevención y la responsabilidad y teniendo en cuenta las tendencias en el derecho internacional y las observaciones de los gobiernos.

164. En su 54.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión reanudó su examen de la segunda parte del tema y estableció un Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional para que examinara sus bases teóricas¹⁷⁵. En su informe¹⁷⁶, el Grupo de Trabajo expuso algunos primeros elementos de acuerdo sobre el tema «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)» y presentó algunas opiniones sobre su alcance y el planteamiento que había que adoptar. La Comisión aprobó el informe del Grupo de Trabajo y nombró Relator Especial del tema al Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao¹⁷⁷.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

165. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (A/CN.4/531). Examinó el informe en sus sesiones 2762.^a a 2769.^a, celebradas los días 23, 27, 28 y 30 de mayo, y 3 a 6 de junio de 2003.

166. En su 2769.^a sesión, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta, presidido por el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, para que ayudara al Relator Especial a estudiar la futura orientación del tema a la luz de su informe y del debate de la Comisión. El Grupo de Trabajo celebró tres sesiones.

1. PRESENTACIÓN DEL PRIMER INFORME POR EL RELATOR ESPECIAL

167. El Relator Especial señaló que su informe se dividía en tres partes: en la primera se examinaba la labor sobre el tema realizada por la Comisión, comenzando por un análisis de los planteamientos de Robert Q. Quentin-Baxter (párrs. 6 a 9) y Julio Barboza (párrs. 10 a 14). En ella se analizaban también varias cuestiones pertinentes

¹⁶⁷ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I.

¹⁶⁸ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 162.

¹⁶⁹ *Ibid.*, párr. 168 a.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Los tres informes del Relator Especial figuran en:

Primer informe: *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y Add.1;

Segundo informe: *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/501; y

Tercer informe: *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/510.

La Comisión dispuso también de los comentarios y observaciones de los gobiernos:

Anuario... 2000, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/509; y

Anuario... 2001, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/516 (recibido en 2001).

¹⁷² *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 52.

¹⁷³ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 97.

¹⁷⁴ *Ibid.*, párr. 94.

¹⁷⁵ *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 441.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párrs. 442 a 457.

¹⁷⁷ *Ibid.*, párr. 441.

que habían originado controversia en los trabajos anteriores de la Comisión, así como en la medida en que tales cuestiones se habían resuelto o seguían pendientes¹⁷⁸.

168. El Relator Especial recordó que la Comisión había respaldado las recomendaciones del Grupo de Trabajo establecido en 2002¹⁷⁹ de que la Comisión: *a*) limitase el alcance del tema a las mismas actividades que estaban comprendidas en los proyectos de artículo sobre la prevención, es decir, a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañasen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible; *b*) se concentrase en el daño causado por varias razones que no entrañaban necesariamente la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados; *c*) abordase el tema como una cuestión de asignación de la pérdida entre las distintas partes que intervenían en la realización de las actividades peligrosas; y *d*) incluyera dentro del alcance del tema las pérdidas causadas a las personas, a los bienes, incluidos los elementos del patrimonio nacional y el patrimonio del Estado, y al medio ambiente en el ámbito de la jurisdicción nacional.

169. El Relator Especial observó en su informe que en la parte I se planteaban también algunas consideraciones de principio relacionadas con este tema (párrs. 43 a 46), que en general habían constituido la base de los trabajos de la Comisión al respecto: *a*) que cada Estado debía tener, dentro de su territorio, toda la libertad de elección que fuera compatible con los derechos y los intereses de otros Estados; *b*) que la protección de tales derechos e intereses exigía que se adoptaran medidas preventivas y, si no obstante se producía un perjuicio, medidas de reparación; y *c*) que en la medida en que ello fuera compatible con esos dos principios, no se debía dejar que la víctima inocente¹⁸⁰ tuviera que soportar la pérdida o el perjuicio.

170. Los proyectos de artículo sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas¹⁸¹ ya reflejaban el primer objetivo y, en parte, el segundo, pero el reto que ahora se planteaba a la Comisión era poner en práctica los restantes elementos del principio, en particular, había que alentar a los Estados a celebrar acuerdos internacionales y a promulgar las disposiciones legislativas pertinentes, así como a poner en práctica mecanismos que permitieran la aplicación de medidas correctivas rápidas y eficaces, incluida la indemnización de las actividades que entrañasen un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible.

171. El Relator Especial observó también que aunque se reconocía en general que todo régimen de responsabi-

¹⁷⁸ El estrecho vínculo entre prevención y responsabilidad establecido en los planteamientos adoptados por Quentin-Baxter y Barboza, que se consideraba problemático, fue resuelto por la decisión de la Comisión de dividir el tema y tratar primero de la prevención y después de la responsabilidad. Otras cuestiones sobre las que resultaba difícil llegar a un acuerdo eran *a*) la responsabilidad del Estado, y la función de la responsabilidad causal como base para la creación de un régimen internacional; *b*) el alcance de las actividades y los criterios para delimitar el «daño transfronterizo»; y *c*) el umbral de daño comprendido dentro del ámbito del tema.

¹⁷⁹ Véase la nota 176 *supra*.

¹⁸⁰ «Víctima inocente» es una expresión cómoda para designar a las personas que no son responsables del daño transfronterizo.

¹⁸¹ Véase la nota 173 *supra*.

dad (*liability*) e indemnización debía tener por objetivo lograr que, en la medida de lo posible, la víctima inocente no tuviese que soportar la pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de una actividad peligrosa, una indemnización íntegra quizás no fuera posible en cada caso. Entre los factores que incidían negativamente en las posibilidades de obtener un resarcimiento íntegro figuraban los siguientes: los problemas relativos a la definición del daño, las dificultades de la prueba de la pérdida, los problemas de la ley aplicable, las limitaciones de la responsabilidad (*liability*) del explotador y las limitaciones con que funcionaban los mecanismos de financiación contributiva y complementaria.

172. En la parte II del informe se examinaban los tratados y otros instrumentos sectoriales y regionales (párrs. 47 a 113), algunos de los cuales estaban bien arraigados y otros no habían entrado todavía en vigor pero resultaban instructivos como modelos de asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo¹⁸². El Relator Especial señaló que el régimen de responsabilidad (*liability*) por el que se regían las actividades espaciales era el único que establecía la responsabilidad (*liability*) de los Estados.

173. El Relator Especial señaló que el panorama resultante de ese examen era ambiguo. Algunos instrumentos no habían entrado todavía en vigor o no habían obtenido un gran número de ratificaciones, y sin embargo seguía habiendo una tendencia perceptible a explorar más detenidamente los aspectos de responsabilidad (*liability*). El Relator Especial también puso de relieve los rasgos comunes de los distintos regímenes y planteó cuestiones fundamentales acerca de la responsabilidad civil, señalando en especial que las cuestiones jurídicas que planteaba un régimen de responsabilidad civil eran complejas y sólo podían ser resueltas en el contexto de cada caso particular. Esas soluciones dependían también de la jurisdicción ante la cual se ejercitaba la acción y de la ley aplicable. Aunque era posible negociar acuerdos convencionales específicos para determinar el régimen jurídico aplicable al desempeño de una actividad, el Relator Especial se había abstenido de deducir conclusiones generales del sistema de responsabilidad civil, ya que podía llevar a la Comisión a abordar un campo de estudio totalmente diferente.

174. El Relator Especial señaló que la parte III del informe contenía las propuestas que se sometían a la consideración de la Comisión:

a) Aunque los regímenes de responsabilidad (*liability*) examinados tenían elementos comunes, cada régimen estaba concebido a la medida de un contexto determinado. Ciertamente no se infería de ese examen que la mejor manera de cumplir la obligación de indemnizar fuera negociar un tipo determinado de convenio sobre la

¹⁸² Por ejemplo, en el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 1993, que aún no ha entrado en vigor; y el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, de 1999, en el que las diferentes partes son individual o solidariamente responsables de la pérdida en las diferentes etapas del movimiento de desechos peligrosos. Véase asimismo el Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior, de 1989.

responsabilidad (*liability*). La obligación se podría cumplir de igual modo, si se estimara procedente, mediante *forum shopping* (o búsqueda de un *forum conveniens*) y permitiendo al demandante ejercitar su acción ante la jurisdicción más favorable, o negociando un acuerdo extrajudicial *ad hoc*.

b) Habría que reconocer a los Estados la flexibilidad necesaria para que elaborasen regímenes de responsabilidad (*liability*) adecuados a sus necesidades particulares. Por consiguiente, el modelo de asignación de la pérdida que adoptase la Comisión debería ser de carácter general y supletorio.

c) El Relator Especial, teniendo en cuenta algunos de los trabajos anteriores de la Comisión sobre el tema, propuso que, en la elaboración de ese modelo, la Comisión tomase en consideración lo siguiente:

1. El régimen debería entenderse sin perjuicio de las demandas de responsabilidad civil, según se definían en el derecho nacional, y de los recursos disponibles en el ámbito interno o en virtud del derecho internacional privado. A los efectos del presente proyecto, no era necesario que el modelo de asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo se basara en un régimen de responsabilidad (*liability*) determinado, como los de responsabilidad causal (*strict liability*) o de responsabilidad por culpa o negligencia (*fault liability*).
2. Tal régimen debería entenderse sin perjuicio de las reclamaciones presentadas conforme al derecho internacional, en particular el derecho de la responsabilidad de los Estados (*State responsibility*).
3. El alcance del tema para los efectos del presente régimen de atribución debería ser el mismo que el adoptado para los proyectos de artículo sobre la prevención.
4. Habría que aplicar el mismo umbral de daño sensible, que se había definido y acordado en el contexto de los proyectos de artículo sobre la prevención. Del análisis de los diversos regímenes de responsabilidad (*liability*) e indemnización se desprendería que todos establecían un umbral determinado como base de la aplicación del régimen.
5. La responsabilidad (*liability*) de los Estados era una excepción que sólo se aceptaba en el caso de las actividades en el espacio ultraterrestre.
6. La responsabilidad (*liability*) y la obligación de indemnizar deberían recaer ante todo en la persona a quien en mayor medida correspondiese la dirección y el control de la actividad peligrosa en el momento de ocurrir el accidente o evento. Esa persona no tenía que ser siempre el explotador de una instalación o de una actividad de riesgo.
7. La persona que ejerciera la dirección y el control de la actividad peligrosa podría incurrir en responsabilidad (*liability*) en cuanto fuera posible razonablemente establecer un nexo entre el daño y la actividad en cuestión. El criterio del carácter razonable y no la prueba estricta de una relación de causalidad debería ser suficiente para dar lugar a responsabilidad (*liability*). Esto era necesario porque las actividades peligrosas comprendían elementos científicos y tecnológicos complejos. Además, se trataba de un daño de carácter transfronterizo.
8. No obstante, el criterio del carácter razonable podría ser refutado en razón, por ejemplo, de que el daño tenía varias fuentes o de que mediaban otras causas, que escapaban al control de la persona que incurría en responsabilidad (*liability*) pero sin las cuales no se hubiera producido el daño.
9. Cuando el daño fuera causado por más de una actividad y pudiera razonablemente ser vinculado a cada una de ellas sin que fuese posible separarlas con certeza, la responsabilidad (*liability*) podría ser solidaria o se podría repartir equitativamente. Otra solución sería dejar que los Estados decidieran de conformidad con su derecho interno y su práctica nacional.
10. Convendría completar la responsabilidad (*liability*) limitada mediante mecanismos de financiación complementaria. Tales fondos podrían constituirse mediante aportaciones de los beneficiarios principales de la actividad o de la misma categoría de explotadores o mediante fondos públicos asignados expresamente para ese fin.
11. El Estado, además de la obligación de asignar fondos, debería también asumir el cometido de elaborar regímenes adecuados específicamente destinados a resolver los problemas relacionados con los daños transfronterizos. Tales regímenes podrían versar sobre la protección de los ciudadanos contra el posible riesgo de daño transfronterizo; la prevención para que tal daño no se extendiera ni propagara a otros Estados a causa de actividades realizadas en su territorio; la adopción de planes de contingencia y otras medidas de preparación; y la puesta en marcha de las medidas de intervención necesarias una vez que se hubiera producido el daño.
12. El Estado debería velar asimismo por que existieran en su ordenamiento jurídico vías de recurso, de conformidad con la evolución de los estándares internacionales, para que las víctimas de daños transfronterizos pudiesen obtener una indemnización y reparación equitativas y rápidas.
13. La definición del daño que daba lugar a indemnización no estaba resuelta definitivamente. El daño causado a las personas y los bienes era generalmente indemnizable. El concepto de daño causado al medio ambiente o a los recursos naturales en el ámbito de la jurisdicción de un Estado o en zonas sujetas a su control también era bien aceptado. No obstante, la indemnización en estos casos estaba limitada a los gastos efectivamente realizados a causa de las medidas de prevención o intervención y de las medidas de rehabilitación adoptadas. Tales medidas debían ser razonables o

autorizadas por el Estado, previstas en sus leyes o reglamentos o declaradas tales por un tribunal. Los gastos podrían considerarse razonables si fueran proporcionales a los resultados obtenidos u obtenibles de acuerdo con los conocimientos científicos y los medios técnicos disponibles. Cuando no fuera posible el restablecimiento efectivo del medio ambiente o los recursos naturales menoscabados en su estado anterior, se podrían reembolsar los gastos realizados para introducir elementos equivalentes.

14. Los daños causados al medio ambiente, en sí, que no ocasionaran, ni a particulares ni al Estado, ninguna pérdida directa de derechos patrimoniales o posesorios no deberían considerarse indemnizables a los efectos del presente tema. Del mismo modo, tampoco sería necesario incluir en la definición de daño indemnizable la pérdida de ganancias o de actividades turísticas debidas a daños causados al medio ambiente. No obstante, se podría dejar que los tribunales nacionales resolvieran sobre el fondo de tales reclamaciones en cada caso particular.

175. El Relator Especial señaló que estas recomendaciones, de estimarse generalmente aceptables, podrían servir de base a la elaboración de textos más precisos. También se había pedido a la Comisión que hiciera observaciones sobre la naturaleza del instrumento que sería conveniente adoptar y la forma de ejecutar finalmente su mandato. Con carácter preliminar, una posibilidad que sugería era la de redactar varios artículos para que fueran aprobados en forma de un protocolo a un proyecto de convención marco sobre el régimen de prevención.

2. RESUMEN DEL DEBATE

a) Observaciones generales

176. Se felicitó al Relator Especial por el informe tan completo que había presentado. Los comentarios y observaciones giraron en torno a la viabilidad del tema en su conjunto, así como a sus afinidades estructurales y teóricas en relación con otros campos del derecho internacional, como el de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados.

177. Los miembros de la Comisión continuaron expresando opiniones diferentes sobre la viabilidad del tema. Algunos miembros pidieron que no se volviera a poner en tela de juicio la viabilidad del tema en su conjunto. El Grupo de Trabajo de 2002 había examinado esta cuestión detenidamente y la Comisión había aprobado sus recomendaciones. Por otra parte, la Sexta Comisión había acogido favorablemente el examen del tema, considerándolo un lógico complemento de los proyectos de artículo sobre la prevención y del tema de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados. Se hizo observar, además, que como la Asamblea General, en el párrafo 3 de su resolución 56/82, había pedido a la Comisión que reanudara su examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad (*liability*), y que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 18 del estatuto de la Comisión,

ésta debía dar prioridad a las peticiones de la Asamblea General, un debate sobre la viabilidad del proyecto estaba fuera de lugar.

178. Con todo, se sostuvo que el tema no era adecuado ni se prestaba fácilmente a la codificación y el desarrollo progresivo. Según esta opinión, no era probable que un planteamiento global produjera resultados constructivos. A este respecto, se hizo referencia a los párrafos 46 y 150 del informe del Relator Especial en los que se señalaba que de los tratados analizados se desprendía que no podía existir un modelo único de asignación de la pérdida y que las cuestiones jurídicas planteadas eran complejas y sólo podían resolverse en relación con el fondo de cada caso particular. Se observó que la Comisión, en su 48.º período de sesiones (1996) y en su 49.º período de sesiones (1997), había reconocido ya que la tendencia a exigir indemnización no se fundaba en una teoría coherente de la responsabilidad (*liability*)¹⁸³ y había señalado que el ámbito y el contenido del tema seguían sin ser claros¹⁸⁴. Por otra parte, se señalaron las dificultades siguientes: a) que el tema objeto de examen no era en absoluto un tema de estudio puesto que las cuestiones sobre las que versaba integraban ya el conjunto de normas relativas a la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados; b) que las actividades de que se trataba eran difíciles de regular puesto que los diversos regímenes tenían en cuenta distintas particularidades hasta el punto de que sería difícil abordar el examen del tema de una manera general; c) que el tema, por su naturaleza, no interesaba al derecho internacional público; d) que no era un tema para ser examinado en la Comisión sino en órganos de negociación o de otro tipo que se ocupaban de la armonización; y e) que el tema no formaba parte del mandato de la Comisión. Además, no había acuerdo al respecto en la doctrina, la jurisprudencia ni la práctica.

179. En cambio, algunos miembros eran del parecer de que el tema, especialmente en lo concerniente a la asignación de la pérdida, no se prestaba a la codificación y el desarrollo progresivo. Expresaron la opinión de que la cuestión era importante teóricamente y en la práctica, y que era muy probable que en el futuro aumentara el número de casos. Observaron asimismo que algunas de las diversas críticas que había suscitado el tema, aunque se debían tener en cuenta en los trabajos de la Comisión, no impedían a ésta alcanzar un objetivo realizable. La Comisión podría elaborar unas normas generales de carácter supletorio que se aplicasen a todas las situaciones de daño transfronterizo que se produjeran a pesar de las mejores prácticas de prevención.

180. Por lo que respecta al marco teórico del tema, algunos miembros declararon que éste venía a llenar un vacío. Trataba de los supuestos en que, pese a haberse cumplido el deber de prevención para minimizar el riesgo, actividades peligrosas causaban un daño sensible. En la mayoría de los casos, tales actividades eran desempeñadas por explotadores privados, lo que planteaba la cuestión de la responsabilidad (*liability*) del explotador y del Estado que había autorizado la actividad. Tales actividades no eran

¹⁸³ Véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, anexo 1, párrafo 32 del comentario del artículo 5.

¹⁸⁴ Véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 165.

ilícitas sino esenciales para el aumento del bienestar de la comunidad internacional, por lo que el sistema de asignación de la pérdida era una buena solución para lograr el equilibrio entre intereses encontrados.

181. Se hizo también hincapié en que había un vínculo entre prevención y asignación de la pérdida resultante de actividades peligrosas y que era ese vínculo lo que servía de fundamento a la cuestión de la indemnización. Por consiguiente, la labor de la Comisión sería sólo superficial si no se desarrollaban los elementos de esa relación, en particular la determinación de si la responsabilidad causal (*strict liability*) constituía o no el fundamento de la responsabilidad (*liability*) de un Estado por actividades de riesgo. Se observó asimismo que sería interesante llevar a cabo un estudio para determinar en qué medida las recientes catástrofes medioambientales eran el resultado de una violación del deber de prevención.

182. Hubo quien, reconociendo que la labor de la Comisión sobre el tema seguía tropezando con numerosos problemas estructurales, expresó la opinión de que la Comisión tendría que lidiar con dos importantes cuestiones de principio. La primera era determinar con precisión los límites del tema y abordar los supuestos en que no existía responsabilidad (*responsibility*) según los principios generales del derecho internacional de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos pero se causaba un daño a víctimas inocentes; y la segunda, ocuparse de los diferentes costos sociales que, basándose en un análisis de los distintos regímenes, variaban de un sector a otro.

183. Con respecto a la primera cuestión, se expresó la opinión de que una referencia vaga a aspectos de principio exclusivamente, a saber que las normas de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados no serían ni debían ser puestas en tela de juicio, quizás no fuera suficiente para resolver las verdaderas cuestiones de duplicación. Se indicó que, en la práctica, el derecho de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados se aplicaba en gran medida a la materia objeto del presente tema. Era más idóneo y más flexible de lo que se creía para obtener reparación. A tenor de la resolución dictada en el asunto *Détroit de Corfou*, incumbía a los Estados en determinadas circunstancias controlar las fuentes de daño en su territorio¹⁸⁵. Cada Estado estaba obligado a no permitir que se utilizase su territorio para realizar actos que sabía, o tenía la posibilidad de saber, que eran contrarios a los derechos de otros Estados, obligación que era aplicable también al medio ambiente. Se señaló además que era totalmente excepcional considerar que las obligaciones nacidas de la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados se basaban en la culpa: en materia de responsabilidad (*responsibility*) de los Estados los tribunales aplicaban, por regla general, el principio de la «responsabilidad objetiva», que, en realidad, era un concepto muy próximo al de «responsabilidad causal» (*strict liability*), por lo menos tal como se entendía en el *common law*. En cambio, en derecho internacional general no existían principios sobre la responsabilidad (*liability*) de los Estados.

¹⁸⁵ Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, págs. 4 y ss., en pág. 22. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (nota 10 *supra*), pág. 7.

184. En cuanto a la segunda cuestión, concerniente a los costos sociales, se hizo hincapié en que era necesario que la Comisión tuviera en cuenta el efecto que un régimen general de indemnización podría producir sobre ciertas actividades benéficas, alentándolas o desalentándolas. Un modelo, que casaba mejor con las necesidades específicas de cada sector, era el régimen sectorial. Se sugirió que se investigaran soluciones inspiradas en regímenes como el de la conservación de las pesquerías u otros regímenes análogos, incluida la posibilidad de exenciones negociadas o supervisadas institucionalmente.

185. También se hicieron observaciones sobre los términos empleados y las diversas cuestiones planteadas por el Relator Especial en su informe.

186. Refiriéndose a la terminología utilizada, algunos miembros señalaron que el título del informe, «Régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas», era equívoco. No obstante, se expresó la opinión de que el empleo de «modelo» o «régimen jurídico» podía ser un reflejo de la propia incertidumbre de la Comisión acerca de la naturaleza del resultado final, y el empleo de esos términos debía ser percibido como una posible alternativa a un proyecto de convención. Algunos miembros hicieron también observaciones sobre la idoneidad de la expresión «víctima inocente», especialmente en relación con el supuesto de daños ambientales. Hubo quien se opuso, en principio, al empleo de la expresión «víctima inocente».

187. Se afirmó que los términos «asignación de la pérdida» o «pérdida» no eran adecuados y que se podría volver, en su lugar, a términos más conocidos como los de «daño» e «indemnización». Se sugirió además que sería más exacto referirse al régimen de la «asignación de la pérdida» con la expresión «asignación de daños y perjuicios». El empleo de la expresión «responsabilidad civil» (*civil liability*) también fue puesta en tela de juicio por algunos miembros, quienes señalaron que en algunas jurisdicciones que distinguían entre derecho civil y derecho administrativo el concepto de responsabilidad (*liability*) se había desarrollado considerablemente, no sólo en el contexto de la «responsabilidad civil» (*civil liability*), sino también en relación con la «responsabilidad administrativa» (*administrative liability*), atendiendo al principio de que toda carga pública debía distribuirse por igual entre todos los ciudadanos.

188. Por lo que respecta al alcance general del tema, se reiteró el apoyo a las recomendaciones del Grupo de Trabajo de 2002. Algunos miembros opinaron que la inclusión de los «espacios públicos internacionales» equivalía a modificar la orientación del tema y constituía una desviación del ámbito aprobado del tema. Otros miembros consideraron que era un campo que merecía ser objeto de estudio, y algunos sugirieron que se incluyera la protección de los espacios públicos internacionales en el programa a largo plazo de la Comisión. La inclusión del patrimonio del Estado y el patrimonio nacional en el ámbito de la pérdida causada a las personas y a los bienes también fue acogida positivamente.

189. En lo concerniente al umbral de responsabilidad, hubo amplio apoyo al mantenimiento del mismo umbral

de «daño sensible» establecido en los proyectos de artículo sobre la prevención. No obstante, algunos miembros expresaron su preferencia, a efectos de la indemnización, por un umbral más bajo, como el de «daño apreciable».

190. Aunque las cuestiones concernientes al daño causado por las empresas transnacionales en el territorio del país receptor, y su responsabilidad, eran de importancia fundamental, algunos miembros se mostraron reacios a que se examinaran tales cuestiones en el contexto de este tema, o en todo caso por la Comisión. Por otra parte, se observó que las cuestiones relativas a la responsabilidad civil, como las relativas a la jurisdicción competente, en particular el examen de asuntos como el *Ok Tedi*¹⁸⁶ y el litigio sobre la catástrofe de Bhopal de 1984¹⁸⁷ quedaban fuera del ámbito general del tema.

191. Sin embargo, se expresó la opinión de que el Relator Especial tendría que haber analizado más a fondo esos distintos asuntos para poner claramente de manifiesto la naturaleza exacta de los problemas planteados. Se subrayó que poner el acento en los planteamientos tradicionales de la responsabilidad civil no debía servir de pretexto para no ocuparse de las cuestiones relativas al daño al medio ambiente.

192. En cuanto a los distintos regímenes analizados por el Relator Especial en su informe, algunos miembros de la Comisión observaron que la muestra de leyes nacionales e instrumentos regionales y otros instrumentos examinados podría haber sido más amplia, y que sería interesante una recopilación separada de todos los instrumentos y el estudio de otros nuevos¹⁸⁸. Entre otros instrumentos recientemente celebrados se mencionó el Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas¹⁸⁹.

b) Observaciones sobre las conclusiones y propuestas del Relator Especial

193. Los miembros también hicieron observaciones sobre las propuestas concretas que había hecho el Relator Especial en su informe (véase el párrafo 174 *supra*). Hubo amplio apoyo a la idea de un régimen de carácter suplementario y general. Se expresó la opinión de que las normas sobre la asignación de la pérdida no debían reemplazar regímenes existentes, desalentar la elaboración de otros nuevos ni tratar de brindar nuevos regímenes globales y detallados de gran alcance para que abarcasen todos los supuestos posibles.

¹⁸⁶ *Dagi, Rex and Ors v. BHP Ltd. and Ok Tedi Mining Ltd.*, Tribunal Superior de Victoria, sentencia de 22 de septiembre de 1995.

¹⁸⁷ Véase el asunto *Union Carbide Corporation gas plant disaster at Bhopal, India in December, 1984*, opinión y providencia, 12 de mayo de 1986, US District Court, Nueva York. Opinión reproducida en *International Legal Materials*, vol. 25, n.º 4 (julio de 1986), pág. 771.

¹⁸⁸ Se mencionó el régimen de responsabilidad (*liability*) de la aviación civil establecido en el «sistema de Varsovia».

¹⁸⁹ Se trata de un Protocolo al Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales y a la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales. Véase también el Protocolo de 2003 al Convenio internacional sobre el establecimiento de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, que viene a constituir un «tercer nivel» de indemnización.

194. Por otra parte, se estimó razonable prever un régimen global que abarcase todos los aspectos de la asignación de la pérdida. Por esa razón, la asignación de la pérdida debería estudiarse de manera integral para tomar en consideración los ordenamientos jurídicos internos.

195. Algunos miembros formularon observaciones provisionales. Se señaló que, habida cuenta de las discrepancias acerca de la viabilidad del tema, era prematuro hacer propuestas definitivas. Se señaló asimismo que era difícil hacer observaciones sin saber si el producto final previsto sería un modelo de asignación de la pérdida para un régimen convencional, la legislación nacional o un simple conjunto de recomendaciones o directrices. Por otra parte, se hizo observar que había solución de continuidad entre la descripción de los regímenes existentes en la parte II del informe del Relator Especial y las propuestas de la parte III, lo que denotaba que no se había logrado ofrecer una perspectiva desde la cual la Comisión pudiera examinar la cuestión. También se expresó el punto de vista de que algunas de las propuestas (véanse los puntos 10 a 14 en el apartado *c* del párrafo 174 *supra*) sólo confirmaban que el tema no era idóneo para la codificación.

196. Algunos miembros expresaron su apoyo a la tendencia general de las propuestas, que eran realistas y constituían una guía de los problemas y cuestiones que había que examinar. Se señaló que algunas propuestas (véanse, en particular, las de los puntos 7 a 12 en el apartado *c* del párrafo 174 *supra*) se presentaban resumidas y era necesario analizar algunos de sus aspectos en el ámbito de un grupo de trabajo.

1. *La aplicación del régimen habría de efectuarse sin perjuicio de otros regímenes de responsabilidad civil (párr. 174, apartado c, punto 1)*

197. Varios miembros expresaron su apoyo a esta propuesta. Dentro de los límites financieros impuestos por los distintos regímenes, era razonable no excluir la posibilidad de obtener una mayor reparación y la aplicación ininterrumpida del principio «quien contamina paga» en virtud del derecho interno.

198. Se sugirió que no sería necesario agotar primero los mecanismos internos antes de recurrir a los mecanismos internacionales. Además, podía verse la intervención de una multiplicidad de mecanismos y jurisdicciones internos, especialmente en el Estado de origen y en el Estado del perjuicio. A este respecto, se expresó apoyo al principio enunciado en el asunto *Mines de potasse d'Alsace*¹⁹⁰. También se mencionó el Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas como instrumento que ofrecía

¹⁹⁰ *Handelskwekerij G. J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace S. A.* (asunto 21-76), fallo de 30 de noviembre de 1976, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1976-8, pág. 1735. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretó las palabras «ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» de la Convención relativa a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (art. 5, párr. 3) en el sentido de la elección del foro entre el Estado donde se produjeron los daños y el Estado donde se realizó la actividad nociva; y la elección del foro correspondía al demandante, a quien la Convención trataba de proteger.

la posibilidad de búsqueda del foro más favorable (*forum shopping*).

199. En lo referente a la propuesta del Relator Especial de que no era necesario que el modelo de asignación de la pérdida se basara en un régimen de responsabilidad (*liability*) determinado, como los de responsabilidad causal (*strict liability*) o de responsabilidad por culpa o negligencia (*fault liability*), se expresó preferencia por la responsabilidad causal. Se señaló asimismo que la sugerencia no facilitaba en absoluto el examen del tema. Por lo general, en los casos de responsabilidad causal la responsabilidad (*liability*) era limitada. En consecuencia, aunque se dejara a un lado la cuestión de la responsabilidad causal o la responsabilidad por culpa o negligencia, se plantearía la del fundamento de la responsabilidad (*liability*) subsidiaria del Estado, así como la cuestión de si, en tales supuestos, la indemnización sería íntegra o limitada.

2. *La aplicación del régimen habría de efectuarse sin perjuicio de las reclamaciones presentadas conforme al derecho internacional (párr. 174, apartado c, punto 2)*

200. La Comisión expresó su apoyo a esta propuesta. Se hizo hincapié en que había que velar especialmente por no poner en peligro la labor sobre la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados. Una declaración en tal sentido no sería suficiente a este respecto. No estaba claro si se aplicaría o no la regla del agotamiento de los recursos internos en caso de que se presentara una reclamación en materia de responsabilidad (*responsibility*) de los Estados: si el régimen de las demandas de responsabilidad civil ante los tribunales internos reemplazaría esa regla o reforzaría su alcance. No resultaba evidente si la existencia en un ordenamiento jurídico interno de vías de recurso en materia de responsabilidad civil reuniría las condiciones necesarias para constituir «otro medio de solución disponible» en el sentido en que se empleaban estos términos en la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

3. *El alcance del tema debería ser el mismo que el de los proyectos de artículo sobre la prevención (párr. 174, apartado c, punto 3)*

201. Esta propuesta recibió apoyo. Confería a la Comisión cierto margen de maniobra para el momento en que decidiera definitivamente la forma del producto final. Algunos miembros deploraron que se excluyera del alcance del tema los daños causados al medio ambiente en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional. Se reiteró también que la Comisión no debía ocuparse, al menos por ahora, de los espacios públicos internacionales, puesto que tenían características propias.

202. Se hizo observar que, en determinados supuestos, el daño causado dentro del territorio del Estado de origen no sería menos sensible que el daño ocasionado en un contexto transfronterizo. En un régimen global, teniendo en cuenta el principio de igualdad de trato de las personas, ese daño no debía ser pasado por alto. El artículo XI de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, de 1997, a la que era posible acogerse

en caso de daños nucleares sufridos dentro o fuera del Estado de la instalación, fue citado como ejemplo.

4. *Aplicación del mismo umbral de «daño sensible» que en los proyectos de artículo sobre la prevención del daño transfronterizo (párr. 174, apartado c, punto 4)*

203. El mantenimiento del mismo umbral de «daño sensible» que en los proyectos de artículo sobre la prevención obtuvo amplio apoyo. No obstante, algunos miembros expresaron su preferencia, a efectos de la indemnización, por un umbral más bajo como el de «daño apreciable». Se sugirió que, en el contexto de la responsabilidad (*liability*), se podría sustituir la expresión *significant harm* por *significant damage*. Se hizo hincapié en la importancia de lograr un acuerdo sobre el sentido de «daño sensible» que fuera comprensible en todos los sistemas jurídicos.

5. *La excepción de la responsabilidad (liability) de los Estados como base de un modelo de responsabilidad (liability) (párr. 174, apartado c, punto 5)*

204. Esta propuesta obtuvo apoyo. No obstante, se señaló que en los modelos de responsabilidad (*liability*) y los regímenes de indemnización el Estado desempeñaba una función destacada, bien directamente al soportar la pérdida no cubierta por el explotador, o bien indirectamente mediante la adopción de disposiciones sobre la asignación de la pérdida. Se señaló asimismo que la idea de una responsabilidad (*liability*) subsidiaria de los Estados también había obtenido apoyo en la Sexta Comisión y se recogía en varios instrumentos, entre ellos el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (en su forma enmendada por sus Protocolos de 1964 y 1982), y la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales¹⁹¹. Se sugirió, además, que valía la pena analizar si, y hasta qué punto, los planteamientos adoptados en la marco del régimen de responsabilidad (*liability*) de las actividades espaciales podían influir en otros modelos de responsabilidad (*liability*) o, al contrario, en qué medida ese régimen podía resultar modificado en el futuro por acomodación a otros modelos, habida cuenta de la participación de explotadores no estatales en las actividades espaciales.

6. *La responsabilidad (liability) de la persona que ejerza la dirección y el control (párr. 174, apartado c, punto 6)*

205. Se señaló que el término «explotador» no era un término técnico. En el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente ese término se utilizaba para designar la persona que ejercía el control de la actividad (art. 2.5) y en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales el término se aplicaba a toda persona que dirigía el desempeño

¹⁹¹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C 151 E, de 25 de junio de 2002, pág. 132.

de una actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma o la persona que registraba o notificaba tal actividad¹⁹². Se sugirió que el término «explotador» podría utilizarse para designar a la persona que ejercía «la dirección y el control». Se sugirió además que el explotador de la actividad debía ser principalmente responsable (*liable*) puesto que era la persona que desempeñaba una actividad y la tenía a su cargo prácticamente todo el tiempo. Se señaló que la expresión «dirección y control» podía dar pie a interpretaciones diferentes.

206. Por otra parte, se observó que esta propuesta debía examinarse desde el punto de vista de la necesidad de garantizar los bienes en caso de pérdida. Por ese motivo fundamentalmente el propietario del buque y no el fletador era tenido por responsable (*liable*), a tenor de los convenios pertinentes, del daño causado por un buque. El propietario de un bien como un buque podía asegurar ese bien contra todo riesgo y fácilmente trasladar el costo a terceros.

7. *El criterio del carácter razonable como base de la prueba del nexo causal (párr. 174, apartado c, punto 7)*

207. Se apoyó el criterio del carácter razonable puesto que era difícil probar un nexo causal en actividades que incluían un elemento de riesgo. Sin embargo, algunos miembros pusieron en duda que existiera una verdadera distinción entre «causalidad» y «carácter razonable». Según esta opinión, la «causalidad» era el criterio del carácter razonable. Otros miembros manifestaron su preferencia por «causa próxima». Se señaló también que el criterio del carácter razonable no obviaba la necesidad de examinar y determinar la norma de la prueba aplicable al nexo causal.

8. *Excepciones al principio de responsabilidad (liability) limitada (párr. 174, apartado c, punto 8)*

208. Se sugirió que el supuesto en que el daño tuviera más de una fuente podía constituir una excepción al principio de responsabilidad (*liability*) limitada. Se señaló también que era necesario además prever cláusulas de salvaguardia para los daños resultantes de conflicto armado, fuerza mayor o culpa o negligencia de la persona lesionada o de un tercero.

9. *Responsabilidad (liability) solidaria (párr. 174, apartado c, punto 9)*

209. Varios miembros convinieron en la necesidad de que la responsabilidad (*liability*) fuera solidaria en los casos en que el daño fuera causado por más de una actividad. No obstante, se puso en tela de juicio que un «reparto equitativo» constituyera una buena base de responsabilidad (*liability*) en los supuestos en los que resultase difícil establecer un nexo entre el daño y una actividad determinada y que, en la práctica, se determinara objetivamente. Convendría en vez de ello dejar que los Estados negociaran de conformidad con su derecho interno y su práctica nacional. Por otra parte, se propuso que el principio del reparto equitativo se estableciera con carácter general y se dejara que los Estados o las partes interesadas se pusieran

de acuerdo sobre las medidas de aplicación. Se sugirió asimismo que se suprimiera la referencia a «de conformidad con su derecho interno y su práctica nacional» para dar otras posibilidades a los Estados, como la negociación, el arbitraje u otros medios de solución.

10. *Responsabilidad (liability) limitada completada mediante mecanismos de financiación complementaria (párr. 174, apartado c, punto 10)*

210. Algunos miembros destacaron que además de límites mínimos habría que fijar límites máximos para los seguros y los mecanismos de financiación adicional.

211. Se manifestó la opinión de que la pérdida se distribuyera entre los diferentes interesados, incluido tanto el explotador como aquellos que autorizaron o gestionaron la actividad o se beneficiaron de ella. Un Estado que actuara como explotador también sería responsable en tal calidad. En el caso excepcional en que no pudiera identificarse al explotador, o que éste no pudiera efectuar el pago en su totalidad o fuera insolvente, se sugirió que el Estado de origen podría asumir la responsabilidad (*liability*) subsidiaria. En consecuencia, el Estado interesado debería hacer obligatorio el seguro o tener derecho a recibir la notificación del riesgo y a pedir que se asegurara esa actividad. Se sugirió asimismo que un Estado debería ser tenido por responsable (*liable*) solamente si tenía obligación de vigilar la actividad. También se sugirió que era necesario dirigirse a los Estados independientemente de su participación en una determinada actividad y se consideraba que el artículo IV de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares constituía un precedente útil a este respecto.

212. Considerando que el importe por el que el explotador sería responsable (*liable*) probablemente resultaría insuficiente, se sugirió que la responsabilidad (*liability*), fuera o no limitada, debería estar complementada siempre con mecanismos de financiación adicional. Se consideraba un ejemplo el artículo 11 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas.

213. Sin embargo, se expresó la opinión de que no siempre era correcta la presunción de que la responsabilidad (*liability*) limitada era en todos los casos insuficiente para pagar la indemnización. Dependía mucho del tipo de actividad y de las economías afectadas.

214. Se apoyó la recomendación de que el Estado se encargara de establecer sistemas adecuados, señalando que esto era compatible con el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)¹⁹³, así como con el principio 13 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)¹⁹⁴, que fue confirmado en el Plan de Aplicación de

¹⁹³ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

¹⁹⁴ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de

¹⁹² *Ibid.*, pág. 135.

las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible¹⁹⁵.

215. Se sostuvo que la función del Estado en esta cuestión se derivaba de su obligación de que las actividades realizadas dentro del ámbito de su jurisdicción o bajo su control no causaran daños ambientales transfronterizos. El principio de prevención se puso de manifiesto en el arbitraje de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)¹⁹⁶, reiterado en el principio 2 de la Declaración de Río y confirmado en la opinión consultiva sobre la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*¹⁹⁷. También se señaló que ese argumento estaba implícito en el principio de la solidaridad colectiva. Asimismo se sugirió que el deber de los Estados de tomar medidas de prevención también podía contribuir al respeto de los proyectos de artículo sobre la prevención.

11. *Otras obligaciones de los Estados, incluida la disponibilidad de vías de recurso* (párr. 174, apartado c, puntos 11 y 12)

216. Se señaló que los mecanismos de solución de controversias tales como el arbitraje, incluidas las cuestiones relativas a la ley aplicable, no deberían excluirse del alcance general del tema. A este respecto se hizo referencia al artículo 14 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas, que preveía el arbitraje de conformidad con las Normas facultativas para el arbitraje de controversias relativas a los recursos naturales y/o el medio ambiente¹⁹⁸ para el caso de controversias entre personas que reclamaran una indemnización por daños y perjuicios y las personas responsables en virtud del Protocolo.

217. Se propuso que para seguir desarrollando las recomendaciones el Relator Especial tuviera en cuenta los artículos 21 (Naturaleza y cuantía de la indemnización u otra forma de reparación) y 22 (Factores para las negociaciones) aprobados por el Grupo de Trabajo de 1996¹⁹⁹.

218. También se expresó apoyo a la propuesta de que el Estado garantizara la disponibilidad de vías de recurso en el ordenamiento jurídico y se señaló que ese derecho debería estar garantizado.

12. *Daños al medio ambiente, el medio ambiente en sí y pérdida de ganancias o de actividades turísticas* (párr. 174, apartado c, puntos 13 y 14)

219. La propuesta de que los daños al medio ambiente en sí no se considerasen indemnizables a los efectos del tema obtuvo cierto apoyo. A este respecto se señaló que había que distinguir entre los daños al medio ambiente, que podían cuantificarse, y los daños al medio ambiente en sí, que no era posible cuantificar pecuniariamente. Se señaló que en algunos regímenes de responsabilidad (*liability*), como el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente²⁰⁰ y la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental, los daños al medio ambiente²⁰¹ o a los recursos naturales serían indemnizables directamente. Los trabajos de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas también se consideraron útiles en esta esfera²⁰². Una cuestión distinta era si, en vista de la interconexión mundial, había que examinar la posibilidad de incluir los daños causados al medio ambiente más allá de la jurisdicción nacional.

220. En cuanto a la pérdida de actividades turísticas como tales o la pérdida de ganancias, se señaló que aunque pudiera no haber una relación causal clara con los derechos patrimoniales o posesorios, en ciertos casos los daños serían catastróficos para las economías de los Estados. Algunos miembros hicieron referencia al inciso iii) del apartado d del artículo 2 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas que daba una definición del «daño» que cubría también la pérdida de ingresos resultante del menoscabo de un interés jurídicamente protegido en cualquier uso de las aguas transfronterizas con fines económicos, incurrida como resultado del deterioro de las aguas transfronterizas, teniendo en cuenta las economías y los gastos.

221. Se señaló que el informe no ofrecía ninguna base fundamentada para la conclusión a que se llegaba de que probablemente no sería indemnizada la pérdida de ganancias y actividades turísticas como consecuencia de daños al medio ambiente, y debía ser excluida del tema. También se puso en duda que esa pérdida tuviera una relación directa con los daños al medio ambiente en sí.

(Continuación de la nota 194.)

1992 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo I.

¹⁹⁵ *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica) 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.03.II.A.1), resolución 2, anexo (Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible).

¹⁹⁶ *Fonderie de Trail*, sentencia de 16 de abril de 1938 (nota 151 *supra*), y sentencia de 11 de marzo de 1941 (*ibid.*). Véase también *American Journal of International Law*, vols. 33 (1939) y 35 (1941), págs. 182 y 684, respectivamente.

¹⁹⁷ *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 226, en págs. 241 y 242, párr. 29. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (nota 42 *supra*), pág. 111.

¹⁹⁸ La Normas pueden consultarse en www.pca-cpa.org.

¹⁹⁹ Véase la nota 167 *supra*.

²⁰⁰ La indemnización por el menoscabo en ese caso, distinto de la pérdida de ganancias como consecuencia de dicho menoscabo, se limita al costo de las medidas de restauración efectivamente adoptadas o que hayan de adoptarse.

²⁰¹ Véase la nota 191 *supra*. Conforme a la propuesta de directiva, los daños al medio ambiente han de definirse en el contexto de la propuesta por referencia a la biodiversidad protegida a nivel de la Comunidad y a nivel de los países, las aguas a las que se aplica la Directiva marco en el sector del agua y la salud humana cuando la fuente de la amenaza a la salud humana sea la contaminación del suelo. (La Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas puede consultarse en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L327, de 22 de diciembre de 2000, pág. 1.)

²⁰² Véanse las resoluciones del Consejo de Seguridad 687 (1991), de 3 de abril de 1991, y 692 (1991), de 20 de mayo de 1991. Véase también el informe del Secretario General S/22559, de 2 de mayo de 1991.

13. *Forma del instrumento*

222. Se manifestó apoyo a la sugerencia del Relator Especial de que la labor de la Comisión sobre la responsabilidad (*liability*) revistiera la forma de un proyecto de protocolo. Algunos miembros eran partidarios de un convenio, con cláusulas para la solución de controversias entre los Estados. Otros miembros afirmaron que los aspectos relativos a la responsabilidad (*liability*) se debían tratar en pie de igualdad con los proyectos de artículo sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. Así, se prefería un convenio, y no un protocolo, con una parte sobre la prevención y otra en que se enunciaran los principios generales de la responsabilidad (*liability*).

223. Algunos miembros eran partidarios de elaborar recomendaciones, directrices o normas generales sobre responsabilidad (*liability*). Además, se consideró que el resultado podría ser una declaración de principios centrada en el deber de los Estados de proteger a las víctimas inocentes. También se sugirió la posibilidad de preparar cláusulas tipo, con las opciones que conviniera.

224. Otros miembros observaron que sería prematuro decidir sobre la naturaleza del instrumento. Esa decisión debería salir de la continuación de los trabajos de la Comisión, observando que era muy posible que en última instancia fuera conveniente un conjunto de normas no vinculantes (*soft law*).

3. CONCLUSIONES DEL RELATOR ESPECIAL

225. En respuesta a alguno de los comentarios y observaciones formulados, el Relator Especial describió los esfuerzos que anteriormente había hecho la Comisión para tratar las cuestiones teóricas, particularmente definir el tema para distinguirlo de otros temas relativos a la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados y el derecho de los usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación, los efectos que el derecho ambiental internacional tenía sobre los debates y cómo se consideraba en última instancia más viable un enfoque pragmático y paso a paso. También señaló que se había examinado la cuestión de los espacios públicos internacionales y se había dejado de lado para que el examen del tema fuera más manejable²⁰³, y que la cuestión podría volverse a examinar una vez que la Comisión hubiera finalizado el modelo de asignación de la pérdida.

226. Recordó los debates en el Grupo de Trabajo de 2002 y las instrucciones que se le habían dado para que elaborara un modelo de asignación de la pérdida sin vincularlo a ninguna base jurídica particular y que ese modelo se elaborara tras examinar los diversos modelos existentes. En consecuencia, el informe se centraba en los resultados y evitaba insistir en el proceso de negociaciones de tales instrumentos o en la actitud de los Estados respecto de los diferentes regímenes ya durante el proceso de la negociación o después de la conclusión de ésta.

227. La terminología utilizada en su informe²⁰⁴ era el resultado de un esfuerzo para conceptualizar el tema dentro de límites razonables y de evitar cualquier acusación de vinculación con otros temas. La «responsabilidad (*liability*) internacional», contrastaba con la «responsabilidad (*responsibility*) de los Estados»; la expresión «asignación de la pérdida» tenía por objeto superar las connotaciones jurídicas asociadas al término «reparación» en relación con la responsabilidad (*responsibility*) de los Estados o al término «indemnización» en relación con la responsabilidad civil.

228. En cuanto a la cuestión de la responsabilidad (*liability*) del explotador, el Relator Especial señaló que la base jurídica de esa responsabilidad no era evidente. Aunque la responsabilidad causal (*strict liability*) era una noción reconocida en los ordenamientos jurídicos nacionales, no podía afirmarse que fuera aceptada o comprendida como principio deseable en el contexto de los daños transfronterizos y por eso debía abordarse con cuidado. Además, era difícil establecer un régimen jurídico general en el que se conciliaran diferentes elementos de un régimen de responsabilidad civil. Ese ejercicio llevaría mucho tiempo y haría intervenir muchas jurisdicciones y diferentes ordenamientos jurídicos.

229. Reconoció que se habían suscitado diversas cuestiones pertinentes sobre la relación entre las reclamaciones relativas a la responsabilidad civil del explotador y las posibles reclamaciones contra el Estado. Sin embargo, esas cuestiones sólo serían pertinentes si la finalidad perseguida fuera atribuir parte de la pérdida al Estado como consecuencia de su responsabilidad (*liability*) por los daños causados; y no si la asignación de la pérdida al Estado diera lugar a una obligación del Estado de consignar a nivel interno, por razón de un deber social, fondos destinados expresamente a compensar una parte de la pérdida sufrida por la víctima inocente que de otro modo no sería cubierta en el marco de la responsabilidad (*liability*) del explotador.

230. Un enfoque de la indemnización basado en varios niveles era un sistema bien arraigado en los distintos regímenes y fue considerado apropiado por el Grupo de Trabajo de 2002²⁰⁵. Señaló que nunca podría insistirse demasiado en la justificación social ni en la equidad de hacer intervenir al Estado en un nivel subsidiario en cualquier sistema de asignación de la pérdida, particularmente cuando la responsabilidad (*liability*) del explotador era limitada o cuando no era posible localizar o identificar a éste. Aunque el mandato de la Comisión era tratar la cuestión de los daños transfronterizos, cualquier modelo que se propusiera podría servir para otorgar una reparación similar a las víctimas inocentes incluso en el ámbito de la jurisdicción del Estado de origen. Convendría reflexionar más sobre la mejor manera de lograrlo.

231. Señaló que era necesario seguir trabajando y reflexionando sobre las diversas cuestiones planteadas y, de ser posible, elaborar como parte del siguiente informe proposiciones concretas.

²⁰³ Por ejemplo, véase *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 443 a 448.

²⁰⁴ *Ibid.*, párrs. 442 a 457.

²⁰⁵ *Ibid.*, párrs. 449 a 456.

Capítulo VII

ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

A.—Introducción

232. En el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión propuso a la Asamblea que se incluyera, como tema apropiado para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, el derecho de los actos unilaterales de los Estados²⁰⁶.

233. La Asamblea General, en el párrafo 13 de su resolución 51/160, entre otras cosas invitó a la Comisión a que prosiguiera el examen del tema titulado «Actos unilaterales de los Estados» e indicara su alcance y contenido.

234. En su 49.º período de sesiones, en 1997, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre ese tema, que informó a la Comisión sobre la oportunidad y factibilidad del estudio del tema, su posible alcance y contenido y un esquema para el estudio del tema. Además, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo²⁰⁷.

235. También en su 49.º período de sesiones la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Víctor Rodríguez Cedeño²⁰⁸.

236. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa.

237. En su 50.º período de sesiones, en 1998, la Comisión tuvo ante sí y examinó el primer informe del Relator Especial sobre el tema²⁰⁹. De resultados del debate, la Comisión decidió reconstituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados.

238. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión sobre cuestiones relacionadas con el alcance del tema, su enfoque, la definición de los actos unilaterales y la futura labor del Relator Especial. En el mismo período de sesiones, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo²¹⁰.

239. En su 51.º período de sesiones, en 1999, la Comisión tuvo ante sí y examinó el segundo informe del Rela-

tor Especial sobre el tema²¹¹. A raíz de las deliberaciones, la Comisión decidió reconstituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados.

240. El Grupo de Trabajo informó a la Comisión acerca de las cuestiones relacionadas con: *a)* los elementos básicos de una definición operativa de los actos unilaterales como punto de partida del trabajo ulterior sobre el tema, así como de la reunión de los elementos de la práctica pertinente de los Estados; *b)* el establecimiento de directrices generales para la reunión de la práctica de los Estados, y *c)* la dirección en que había de desarrollarse la labor futura del Relator Especial. En relación con el punto *b)*, el Grupo de Trabajo estableció las directrices para un cuestionario que la Secretaría había de enviar a los Estados, en consulta con el Relator Especial, para pedirles materiales e información sobre su práctica en la esfera de los actos unilaterales, así como su parecer respecto de determinados aspectos del estudio de la Comisión sobre el tema.

241. En su 52.º período de sesiones, en 2000, la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial sobre el tema²¹², junto con el texto de las respuestas recibidas de los Estados²¹³ al cuestionario sobre este tema distribuido el 30 de septiembre de 1999. La Comisión decidió remitir los proyectos revisados de los artículos 1 a 4 al Comité de Redacción y el proyecto revisado del artículo 5 al Grupo de Trabajo sobre el tema.

242. En su 53.º período de sesiones, en 2001, la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial²¹⁴ y estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta. Por recomendación del Grupo de Trabajo, la Comisión pidió que la Secretaría distribuyera a los gobiernos un cuestionario en que los invitara a dar más información acerca de su práctica en materia de formulación e interpretación de actos unilaterales²¹⁵.

243. En su 54.º período de sesiones, en 2002, la Comisión examinó el quinto informe del Relator Especial²¹⁶, y el texto de las respuestas recibidas de los Estados²¹⁷ al cuestionario sobre el tema distribuido el 31 de agosto de

²⁰⁶ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, párr. 248 y anexo II.

²⁰⁷ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párrs. 194, 196 y 210.

²⁰⁸ *Ibíd.*, párrs. 212 y 234.

²⁰⁹ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486.

²¹⁰ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 192 a 201.

²¹¹ *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/500 y Add.1.

²¹² *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/505.

²¹³ *Ibíd.*, documento A/CN.4/511.

²¹⁴ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/519.

²¹⁵ *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), párrs. 29 y 254. El texto del cuestionario puede consultarse en <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm>.

²¹⁶ *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/525 y Add.1 y 2.

²¹⁷ *Ibíd.*, documento A/CN.4/524.