

Capítulo VII

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

158. 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-Baxter³³³.

159. 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 Especial³³⁴. Los informes tenían por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema y contenían propuestas relativas a cinco proyectos de artículo. 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 proyectos de artículo se proponían en el quinto informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 36.º período de sesiones. Esos proyectos de artículo fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción³³⁵.

³³³ 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.

³³⁴ 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.

³³⁵ 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 suplirlos, *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/378, pág. 135, y de un estudio preparado por la Secretaría titulado «Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», *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.

160. 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 Especial³³⁶.

161. 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 tema³³⁷. 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 título³³⁸.

162. 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 informe³³⁹ 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.

³³⁶ 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, pág. 29.

³³⁷ Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), documento A/47/10, párrs. 341 a 343.

³³⁸ Las recomendaciones detalladas de la Comisión figuran en *ibid.*, párrs. 344 a 349.

³³⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I.

163. 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 tema³⁴⁰. 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» (*international liability*). 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.

164. En consecuencia, la Comisión decidió proseguir su labor sobre el tema y tratar en primer lugar la cuestión de la prevención en una sección titulada «Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas»³⁴¹. 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 Rao³⁴². La Comisión recibió, entre su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, y su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, tres informes del Relator Especial³⁴³.

165. 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 peligrosas³⁴⁴. En su 53.º período de sesiones, en 2001, aprobó el texto definitivo de un proyecto de preámbulo y un total de 19 proyectos de artículo sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas³⁴⁵, concluyendo así su labor sobre la primera parte del tema. Además, la Comisión recomendó a la Asamblea General que elaborase una convención basada en ese proyecto de artículos³⁴⁶.

166. 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 existente entre la prevención y la responsabilidad y teniendo en cuenta las

tendencias en el derecho internacional y las observaciones de los gobiernos.

167. 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 teóricas³⁴⁷. En su informe³⁴⁸, 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 Rao³⁴⁹.

168. En el 55.º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas³⁵⁰ y 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.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

169. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del segundo 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.4/540). En el informe se analizaban las observaciones de los Estados con respecto a las principales cuestiones relativas a la asignación de la pérdida. En él se sacaban conclusiones generales a la luz de las mencionadas observaciones y de los debates anteriores de la Comisión. El Relator Especial presentó también en su informe una serie de 12 proyectos de principio³⁵¹.

³⁴⁷ *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 441.

³⁴⁸ *Ibid.*, párrs. 442 a 457.

³⁴⁹ *Ibid.*, párr. 441.

³⁵⁰ *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/531.

³⁵¹ Los proyectos de principio propuestos por el Relator Especial decían así:

«1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de principios se aplica a los daños causados por las actividades peligrosas comprendidas en el ámbito del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, es decir, las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañan el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por “daño” un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente, que comprende:

i) la muerte o las lesiones corporales;

ii) la pérdida de un bien o los daños causados a un bien distinto de los bienes de propiedad de la persona responsable del daño de conformidad con los presentes artículos;

³⁴⁰ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 162.

³⁴¹ *Ibid.*, párr. 168 a.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ Los tres informes del Relator Especial figuran en: Primer informe: *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y Add.1, pág. 189; Segundo informe: *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/501, pág. 121, y Tercer informe: *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/510, pág. 119. La Comisión dispuso también de los comentarios y observaciones de los gobiernos: *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/509, pág. 135, y *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/516 (recibido en 2001), pág. 183.

³⁴⁴ *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 52.

³⁴⁵ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 97.

³⁴⁶ *Ibid.*, párr. 94.

La Comisión examinó el informe en sus sesiones 2804.^a, 2805.^a, 2807.^a, 2808.^a y 2809.^a, celebradas los días 26 y

27 de mayo y 1º, 2 y 3 de junio de 2004. La Comisión tuvo también ante sí, como documento oficioso, el estudio

iii) la pérdida de ingresos procedentes de un interés económico, directamente derivada de un menoscabo producido en el uso de los bienes o en los recursos naturales o el medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos;

iv) el costo de las medidas de restablecimiento de los bienes, o de los recursos naturales o el medio ambiente, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas;

v) el costo de las medidas de respuesta, incluida toda pérdida o daño causado por tales medidas, en cuanto el daño se derive o resulte de la actividad peligrosa;

b) se entiende por “daño al medio ambiente” la pérdida o daño resultante de los menoscabos producidos en el medio ambiente o los recursos naturales;

c) el “medio ambiente” comprende: los recursos naturales tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre esos factores; los bienes que forman parte del patrimonio cultural; y los aspectos característicos del paisaje;

d) se entiende por “actividad peligrosa” una actividad que entrañe un riesgo de causar daños sensibles o catastróficos;

e) se entiende por “explotador” toda persona que dirija o controle la actividad en el momento de producirse el incidente causante del daño transfronterizo, incluido una sociedad matriz u otra entidad conexa, dotada o no de personalidad jurídica;

f) se entiende por “daño transfronterizo” el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, o en otros lugares que estén fuera de la jurisdicción o el control de cualquier Estado, incluido el Estado de origen, tengan o no los Estados interesados o las zonas una frontera común;

g) se entiende por “medidas de restablecimiento” todas las medidas razonables encaminadas a evaluar, restablecer o rehabilitar los elementos del medio ambiente dañados o destruidos o, cuando esto no sea posible, a introducir, cuando proceda, el equivalente de esos elementos en el medio ambiente. El derecho interno podrá indicar quién estará facultado para adoptar tales medidas;

h) se entiende por “medidas de respuesta” todas las medidas razonables adoptadas por cualquier persona, incluidos los poderes públicos, después de haberse producido el daño transfronterizo, para prevenir, minimizar o aminorar las posibles pérdidas o daños, o proceder al saneamiento ambiental. El derecho interno podrá indicar quién estará facultado para adoptar tales medidas;

i) se entiende por “Estado de origen” el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se realicen las actividades a que se refiere el principio 1;

j) se entiende por “Estado del daño” el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se produzca el daño transfronterizo;

k) se entiende por “Estado que pueda resultar afectado” el Estado en cuyo territorio exista el riesgo de daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo;

l) se entiende por “Estados interesados” el Estado de origen, el Estado que pueda resultar afectado y el Estado del daño.

3. Indemnización a las víctimas y protección del medio ambiente

1. El principal objetivo de los presentes principios es velar, dentro de los límites prescritos por la legislación nacional, por que las víctimas no soporten por sí solas las pérdidas que sufran a causa del daño transfronterizo.

2. El objetivo es también velar por que todo daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas causado al medio ambiente o los recursos naturales, incluso en zonas o lugares situados fuera de la jurisdicción o el control de los Estados, sea indemnizado dentro de los límites y en las condiciones especificadas en estos principios.

4. Pronta y adecuada indemnización

Variante A

1. El Estado de origen adoptará todas las medidas necesarias a fin de que las personas de otro Estado que sufran daños transfronterizos causados por una actividad peligrosa realizada en su territorio o en lugares que se encuentren bajo su jurisdicción o control, reciban una pronta y adecuada indemnización.

2. El Estado de origen adoptará también todas las medidas necesarias a fin de que se pague una pronta y adecuada indemnización por los daños transfronterizos causados al medio ambiente o a los recursos naturales de cualquier Estado, o de zonas situadas fuera de la jurisdicción o el control de cualquier Estado, como resultado de actividades peligrosas realizadas en su territorio o en lugares que se encuentren bajo su jurisdicción o control.

3. Las medidas a que se refieren los párrafos 1 y 2 precedentes pueden estar sujetas a las condiciones, limitaciones o excepciones aplicables con arreglo a la legislación del Estado de origen que haya autorizado la actividad.

4. Al examinarse los elementos de prueba del vínculo causal entre la actividad peligrosa y el daño transfronterizo se tendrá [debidamente] en cuenta el riesgo de causar un daño sensible, inherente a la actividad peligrosa.

Variante B

1. El explotador de una actividad peligrosa realizada en el territorio o en lugares que se encuentren bajo la jurisdicción y el control de un Estado será responsable de los daños transfronterizos causados por esa actividad a las personas, o al medio ambiente o los recursos naturales, en el territorio o en lugares que se encuentren bajo la jurisdicción y el control de cualquier otro Estado, o al medio ambiente o los recursos naturales de zonas situadas fuera de la jurisdicción y el control de cualquier Estado.

2. La responsabilidad del explotador está sujeta a las condiciones, limitaciones o excepciones aplicables con arreglo a la legislación del Estado de origen que haya autorizado la actividad.

3. Al examinarse los elementos de prueba del vínculo causal entre la actividad peligrosa y el daño transfronterizo, se tendrá [debidamente] en cuenta el riesgo de causar un daño sensible, inherente a la actividad peligrosa.

5. Indemnización complementaria

1. Los Estados interesados adoptarán las medidas necesarias para establecer mecanismos de financiación complementaria con objeto de indemnizar a las víctimas de daños transfronterizos que no puedan obtener del explotador una indemnización pronta y adecuada por los daños y perjuicios reclamados [judicialmente] en virtud de los presentes principios.

2. Los mecanismos de financiación se podrán crear con cargo a las contribuciones aportadas por los principales beneficiarios de la actividad, la misma categoría de explotadores, los fondos estatales afectados a este fin específico o una combinación esas fuentes.

3. Los Estados interesados establecerán criterios para determinar qué se debe entender por indemnización insuficiente con arreglo al presente proyecto de principios.

6. Seguros y planes financieros

Los Estados interesados adoptarán las medidas necesarias para velar por que el explotador establezca y mantenga garantías financieras, como seguros, cauciones u otras garantías, para cubrir las demandas de indemnización.

7. Medidas de respuesta

1. Los Estados exigirán a todos los explotadores que lleven a cabo actividades comprendidas en el ámbito de los presentes principios que adopten sin demora medidas eficaces para hacer frente a cualquier incidente relacionado con esas actividades, con vistas a minimizar los daños que se puedan derivar del incidente, incluido todo daño transfronterizo. Tales medidas de respuesta comprenden la pronta notificación, consulta y cooperación con todos los Estados que puedan resultar afectados.

2. En el caso de que el explotador no adopte con prontitud las medidas eficaces necesarias, el Estado de origen, cuando proceda y en consulta con los Estados que puedan resultar afectados, dispondrá lo necesario para la adopción de tales medidas.

8. Disponibilidad de vías de recurso

1. Los Estados interesados velarán por que todas las víctimas de un daño transfronterizo resultante de la realización de actividades peligrosas dispongan de recursos judiciales y administrativos rápidos, adecuados y efectivos.

(Continuación en la página siguiente.)

de los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema, preparado por la Secretaría³⁵².

170. En su 2809.ª sesión, celebrada el 3 de junio de 2004, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao para que examinara las propuestas presentadas por el Relator Especial, teniendo en cuenta el debate en la Comisión, con miras a recomendar proyectos de principio que pudieran remitirse al Comité de Redacción mientras continuaba el debate sobre otras cuestiones, incluida la forma que deberían adoptar los trabajos sobre el tema. El Grupo de Trabajo celebró seis sesiones, los días 4 de junio y 6, 7 y 8 de julio de 2004. En su labor, examinó y revisó los 12 proyectos de principio presentados por el Relator Especial y recomendó que los 8 que figuraban en su informe (A/CN.4/L.661 y Corr.1) se remitieran al Comité de Redacción.

(Continuación de la nota 351.)

2. Los Estados velarán por que tales recursos no sean menos rápidos, adecuados y efectivos que aquellos de que dispongan sus nacionales e incluyan el acceso a la información necesaria para el ejercicio de su derecho a obtener la indemnización.

3. Cada Estado se asegurará de que sus tribunales poseen la competencia necesaria para conocer de las demandas de indemnización.

9. Relación con otras normas de derecho internacional

El presente conjunto de principios se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos ni de las obligaciones contraídas por las Partes de conformidad con las normas de derecho internacional general con respecto a la responsabilidad internacional de los Estados.

10. Solución de controversias

1. Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación de los presentes artículos será resuelta rápidamente por medios pacíficos, incluidos la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial.

2. Si una controversia no se resuelve de conformidad con el párrafo 1, las partes podrán de común acuerdo aceptar uno de los siguientes medios de solución de controversias, o ambos: a) el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia, o b) el arbitraje.

11. Elaboración de regímenes internacionales más detallados y específicos

1. Los Estados cooperarán en la elaboración de acuerdos internacionales apropiados en el ámbito mundial o regional a fin de establecer disposiciones más detalladas sobre las medidas de prevención y respuesta que haya que adoptar con respecto a una clase determinada de actividades peligrosas, así como sobre las medidas que haya que adoptar en materia de seguro e indemnización.

2. Esos acuerdos podrán incluir la creación de fondos de indemnización financiados por la rama de actividad y/o por el Estado a fin de abonar una indemnización complementaria en caso de que los recursos financieros del explotador, incluido su seguro, sean insuficientes para cubrir las pérdidas sufridas como resultado de un incidente. Estos fondos podrán tener por objeto complementar o sustituir a los fondos nacionales financiados por la rama de actividad.

12. Aplicación

1. Los Estados adoptarán las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicar las disposiciones que anteceden.

2. Las presentes disposiciones y las disposiciones que se adopten para llevarlas a efecto serán aplicadas por todos los Estados sin discriminación alguna por razón de nacionalidad, domicilio o residencia.

3. Los Estados cooperarán entre sí en la aplicación de las disposiciones, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional.»

³⁵² Estudio de los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la 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), *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/543.

171. En su 2815.ª sesión, el 9 de julio de 2004, la Comisión escuchó el informe oral del presidente del Grupo de Trabajo y decidió remitir los ocho proyectos de principio al Comité de Redacción. La Comisión pidió también al Comité de Redacción que preparase un texto como preámbulo.

172. En su 2822.ª sesión, el 23 de julio de 2004, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó en primera lectura una serie de ocho proyectos de principio sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (véase secc. C *infra*).

173. En su 2828.ª sesión, el 4 de agosto de 2004, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, remitir a los gobiernos el proyecto de principios, por intermedio del Secretario General, para que formularan comentarios y observaciones, con el ruego de que esos comentarios y observaciones se comunicaran al Secretario General antes del 1.º de enero de 2006.

174. En su 2829.ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2004, la Comisión expresó su profundo reconocimiento al Relator Especial, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, por la notable contribución que había aportado al tratamiento del tema mediante su erudita labor de investigación y su vasta experiencia, lo que había permitido a la Comisión llevar a buen término su primera lectura del proyecto de principios sobre los aspectos del tema concernientes a la responsabilidad por el daño causado (*liability*).

C. Texto del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado por la Comisión en primera lectura

1. TEXTO DEL PROYECTO DE PRINCIPIOS

175. A continuación se reproduce el texto del proyecto de principios aprobado por la Comisión en primera lectura.

Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*

La Asamblea General,

Recordando los principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,

Recordando asimismo el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Consciente de que pueden producirse incidentes con ocasión de actividades peligrosas aun cuando el Estado involucrado cumpla las disposiciones del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

* La Comisión se reserva el derecho de volver a examinar en segunda lectura la cuestión de la forma definitiva del instrumento, a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos. En el caso de que la Comisión tuviera que preparar un proyecto de convención marco, habría que introducir algunos cambios en el texto de los proyectos de principio 4 a 8 y efectuar algunas adiciones, sobre todo en lo que respecta a la solución de controversias y a la relación entre el proyecto de convención y otros instrumentos internacionales.

Observando que como resultado de esos incidentes otros Estados y/o sus nacionales pueden sufrir daños y graves pérdidas,

Preocupada por que se pongan en práctica medidas apropiadas y eficaces a fin de garantizar, en cuanto sea posible, que las personas naturales y jurídicas, entre ellas los Estados, que sufran daños o pérdidas como resultado de esos incidentes obtengan una pronta y adecuada indemnización,

Observando que los Estados son responsables del incumplimiento de sus obligaciones de prevención en virtud del derecho internacional,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional entre Estados,

Recordando la existencia de acuerdos internacionales que regulan categorías específicas de actividades peligrosas,

Deseando contribuir al desarrollo ulterior del derecho internacional en este campo,

[...]

Principio 1

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Principio 2

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de principios:

a) se entiende por «daño» un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; el daño comprende:

- i) la muerte o las lesiones corporales;
- ii) la pérdida de un bien, o un daño causado a un bien, incluido cualquier bien que forme parte del patrimonio cultural;
- iii) una pérdida o un daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente;
- iv) los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales;
- v) los costos de medidas razonables de respuesta;

b) el «medio ambiente» comprende: los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora, y la interacción entre esos factores; y los aspectos característicos del paisaje;

c) se entiende por «daño transfronterizo» el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado en cuyo territorio u otro lugar bajo su jurisdicción o control se realizaron las actividades mencionadas en el proyecto de principio 1;

d) se entiende por «actividad peligrosa» una actividad que entrañe un riesgo de causar daños sensibles por sus consecuencias físicas;

e) se entiende por «explotador» toda persona que dirija o controle la actividad en el momento en que se produzca el incidente causante del daño transfronterizo.

Principio 3

Objetivo

El presente proyecto de principios tiene por objeto garantizar una indemnización pronta y adecuada a las personas naturales o jurídicas, incluidos los Estados, que sean víctimas de un daño transfronterizo, incluidos los daños al medio ambiente.

Principio 4

Pronta y adecuada indemnización

1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización.

2. Esas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esa responsabilidad no debería depender de la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esa responsabilidad deberían ser compatibles con el proyecto de principio 3.

3. Esas medidas deberían incluir también la obligación a cargo del explotador o, cuando proceda, de otra persona o entidad de constituir y mantener un seguro, una fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización.

4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir la obligación de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad.

5. En el caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, el Estado también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales.

Principio 5

Medidas de respuesta

A fin de reducir al mínimo todo daño transfronterizo resultante de un incidente relacionado con actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del presente proyecto de principios, los Estados, si fuere necesario con la asistencia del explotador o, cuando proceda, el explotador, deberían adoptar sin demora medidas de respuesta eficaces. Tales medidas de respuesta deberían incluir la pronta notificación a todos los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, la consulta y la cooperación con ellos.

Principio 6

Recursos internacionales y recursos internos

1. Los Estados deberían prever procedimientos apropiados para garantizar que se otorgue una indemnización, de conformidad con el proyecto de principio 4 a las víctimas de daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas.

2. Esos procedimientos podrían incluir el recurso a procedimientos internacionales de solución de reclamaciones rápidos y que entrañen unos gastos mínimos.

3. En la medida necesaria a los efectos de otorgar una indemnización de conformidad con el proyecto de principio 4, cada Estado debería velar por que sus mecanismos administrativos y judiciales tengan la competencia necesaria y ofrezcan recursos efectivos a las víctimas. Dichos mecanismos no deberían ser menos rápidos, adecuados y efectivos que aquellos de que dispongan sus nacionales y deberían incluir el acceso apropiado a la información necesaria para utilizarlos.

Principio 7

Elaboración de regímenes internacionales específicos

1. Los Estados deberían cooperar en la elaboración de acuerdos internacionales apropiados de carácter bilateral, regional o mundial a fin de tomar disposiciones sobre las medidas de prevención y de respuesta que habría que aplicar con respecto a

determinadas categorías de actividades peligrosas, así como sobre las medidas que habría que adoptar en materia de indemnización y garantías financieras.

2. Esos acuerdos podrán incluir la creación de fondos de indemnización financiados por la rama de actividad y/o por el Estado con miras a aportar una indemnización complementaria en caso de que los recursos financieros del explotador, incluidas las medidas de garantía financiera, sean insuficientes para cubrir las pérdidas sufridas como resultado de un incidente. Estos fondos podrán tener por objeto complementar o sustituir los fondos nacionales financiados por la rama de actividad.

Principio 8

Aplicación

1. Cada Estado debería adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicar el presente proyecto de principios.

2. El presente proyecto de principios y las disposiciones de aplicación deberían llevarse a efecto sin discriminación alguna por razón, por ejemplo, de nacionalidad, de domicilio o residencia.

3. Los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional.

2. TEXTO DEL PROYECTO DE PRINCIPIOS Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES

176. A continuación se transcribe el texto del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y los comentarios correspondientes aprobado por la Comisión en primera lectura en su 56.º período de sesiones.

Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*

Comentario general

1) En el preámbulo se exponen brevemente los antecedentes de este proyecto de principios y el planteamiento en que se basan. El preámbulo sitúa los principios en el contexto de las disposiciones correspondientes de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)³⁵³, aunque después recuerda explícitamente el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones, en 2001³⁵⁴.

2) Como punto de partida fundamental establece en sustancia que, aun cuando el Estado involucrado cumpla fielmente las obligaciones de prevención que le incumben en

* La Comisión se reserva el derecho de volver a examinar en segunda lectura la cuestión de la forma definitiva del instrumento, a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos. En el caso de que la Comisión tuviera que preparar un proyecto de convención marco, habría que introducir algunos cambios en el texto de los proyectos de principio 4 a 8 y efectuar algunas adiciones, sobre todo en lo que respecta a la solución de controversias y a la relación entre el proyecto de convención y otros instrumentos internacionales.

³⁵³ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 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.

³⁵⁴ Véase la nota 322 *supra*.

virtud de ese proyecto de artículos, cabe que se produzcan accidentes u otros incidentes y que éstos tengan consecuencias transfronterizas que causen daños y graves pérdidas a otros Estados y a sus nacionales.

3) Es importante, como indica el preámbulo, que quienes sufran daños o pérdidas como resultado de tales incidentes ocurridos con ocasión de actividades peligrosas no tengan que soportar esas pérdidas y puedan obtener una pronta y adecuada indemnización.

4) Este proyecto de principios establece los medios por los cuales esto puede lograrse.

5) Como señala el preámbulo, las disposiciones necesarias sobre indemnización pueden figurar en acuerdos internacionales relativos a las diferentes categorías de actividades peligrosas y el proyecto de principios promueve la elaboración de tales acuerdos en los planos bilateral, regional o internacional, según convenga.

6) Por consiguiente, el proyecto de principios tiene por objeto contribuir a promover el desarrollo del derecho internacional en este campo proporcionando a los Estados la debida orientación con respecto a las actividades peligrosas no incluidas en acuerdos específicos e indicando las cuestiones que habría que regular en tales acuerdos.

7) El preámbulo también deja bien sentado que los Estados son responsables en derecho internacional del cumplimiento de sus obligaciones de prevención. Por ello, el proyecto de principios se entiende sin perjuicio de las normas relativas a la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) y de cualquier pretensión aducida al amparo de esas normas en caso de violación de las obligaciones de prevención.

8) Para la preparación del proyecto de principios, la Comisión se ha basado en una serie de acuerdos básicos. En primer lugar, hay consenso en que: a) el régimen jurídico debe ser de carácter general y supletorio; y b) ese régimen debe entenderse sin perjuicio de las normas pertinentes sobre la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) aprobadas por la Comisión en 2001³⁵⁵. En segundo lugar, hay consenso en que el alcance de los aspectos de la responsabilidad por el daño causado (*liability*) debería ser el mismo que el del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, que la Comisión aprobó también en 2001³⁵⁶. En particular, se entiende asimismo que el umbral de activación de la aplicación del régimen del daño transfronterizo (*transboundary damage*) es el mismo que en el caso del régimen de prevención del daño transfronterizo (*transboundary harm*), es decir, «sensible» («*significant*»). La Comisión también estudió atentamente la conveniencia de examinar las cuestiones relativas a los espacios públicos internacionales (*global commons*). Tras observar que las cuestiones relacionadas con ese tema son diferentes y tienen sus propias características particulares, la Comisión llegó a la conclusión de que requería un tratamiento separado³⁵⁷. En tercer

³⁵⁵ Véase la nota 4 *supra*.

³⁵⁶ Véase la nota 322 *supra*.

³⁵⁷ Véase *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 447.

lugar, también hay acuerdo en proceder sobre la base de determinadas consideraciones de principio: *a)* que si bien las actividades que se prevé incluir en el presente tema son indispensables para el desarrollo económico y beneficiosas para la sociedad, el régimen debe prever una indemnización pronta y adecuada para las víctimas inocentes en caso de que tales actividades den lugar a daños transfronterizos; y *b)* que los planes para hacer frente a situaciones imprevistas y las medidas de respuesta que se establezcan deben ser superiores a los previstos en el proyecto de artículos sobre la prevención.

9) En cuarto lugar, los diversos modelos de responsabilidad e indemnización existentes han confirmado que la responsabilidad del Estado por el daño causado (*State liability*) es una excepción que se reconoce fundamentalmente en el caso de las actividades en el espacio ultraterrestre. Por consiguiente, también hay consenso en que la responsabilidad por las actividades comprendidas en el ámbito del presente proyecto de principios debe asignarse principalmente al explotador y que tal responsabilidad se atribuirá sin exigir prueba de culpa y podrá ser limitada o estar sujeta a excepciones, teniendo en cuenta las circunstancias económicas y sociales y otras consideraciones de orden político. No obstante, se reconoce asimismo que tal responsabilidad no tiene que recaer siempre en el explotador de una actividad peligrosa o de riesgo. El elemento importante es que la persona que ejerza la potestad superior u otras personas o entidades, según proceda, también puedan ser tenidas por responsables.

10) En quinto lugar, cabe señalar que existe consenso en favor de que, sea cual sea el sistema de asignación de la pérdida, se establezca una financiación complementaria y que esa financiación sea particularmente importante si se adopta el concepto de responsabilidad limitada. Hay consenso en adoptar un régimen de asignación de la pérdida por el que ésta se distribuya entre varios sujetos, incluido el Estado. Dado el carácter general y supletorio de este régimen, no se considera necesario determinar de antemano la cuota correspondiente a cada sujeto ni definir con exactitud la función que ha de atribuirse al Estado. Se reconoce al mismo tiempo que incumbe al Estado, según el derecho internacional, obligaciones de prevención, y que esas obligaciones suponen ciertos estándares mínimos de diligencia³⁵⁸. En virtud de esas obligaciones, los Estados deben permitir actividades peligrosas que entrañan el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible sólo previa autorización, basándose en la determinación de los efectos transfronterizos y ambientales, según proceda, para evaluar las solicitudes de autorización y establecer los mecanismos de vigilancia apropiados. Es decir, la atribución de la responsabilidad principal al explotador no dispensa al Estado de cumplir sus obligaciones de prevención de conformidad con el derecho internacional.

³⁵⁸ Birnie y Boyle han señalado, con respecto al proyecto de artículos sobre la prevención, que «[...] existen abundantes precedentes en los tratados, la jurisprudencia y la práctica de los Estados que inducen a considerar que las disposiciones del proyecto de convención [sobre la prevención del daño transfronterizo] de la Comisión constituyen una codificación del derecho internacional existente. Dichas disposiciones representan el estándar mínimo exigido a los Estados al gestionar riesgos transfronterizos y dar efectividad al principio 2 de la Declaración de Río» (P. W. Birnie y A. E. Boyle, *International Law and The Environment*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2002, pág. 113).

11) En sexto lugar, se ha llegado a un amplio acuerdo sobre los elementos básicos que han de incorporarse al régimen aplicable al sistema de asignación de la pérdida en caso de daños resultantes de actividades peligrosas. Se entiende que, en la mayoría de los casos, la ley sustantiva o aplicable a la solución de las demandas de indemnización puede implicar bien la responsabilidad civil, bien la responsabilidad criminal o ambos tipos de responsabilidad, lo cual dependerá de una serie de variables. Según el contexto y la jurisdicción implicada serán los principios de los ordenamientos jurídicos de inspiración romanista, del derecho anglosajón o del derecho internacional privado los que rijan la determinación del foro o la ley aplicable. Por consiguiente, el régimen propuesto no es sólo general y supletorio sino también flexible, sin perjuicio de las reclamaciones que surjan ni de los procedimientos y la ley aplicables.

12) Por último, en lo concerniente a la forma del instrumento, se han expuesto hasta ahora opiniones diferentes. Por una parte, se ha propuesto que se redacte como un proyecto de artículos y represente así el equivalente del proyecto de artículos sobre la prevención tanto con respecto a la forma como al fondo.

13) Por otra parte, se ha señalado que, dado el carácter inevitablemente general y supletorio de sus disposiciones es más apropiado formularlas como un proyecto de principios. Las características diferentes de cada actividad peligrosa quizá requieran la adopción de planteamientos distintos con respecto a disposiciones concretas. Además, las opciones o planteamientos pueden variar según los distintos ordenamientos jurídicos. Asimismo, las opciones y planteamientos que se adopten y su aplicación también pueden resultar influidos por las diferentes etapas de desarrollo económico de los países de que se trate.

14) 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 recomendado. Ahora bien, como se indica en la nota de pie de página correspondiente al título, la Comisión se ha reservado el derecho de volver a examinar en segunda lectura la cuestión de la forma definitiva del instrumento, a la luz de los comentarios y observaciones de los gobiernos.

Preámbulo

La Asamblea General,

Recordando los principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,

Recordando asimismo el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Consciente de que pueden producirse incidentes con ocasión de actividades peligrosas aun cuando el Estado involucrado cumpla las disposiciones del proyecto de

artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Observando que como resultado de esos incidentes otros Estados y/o sus nacionales pueden sufrir daños y graves pérdidas,

Preocupada por que se pongan en práctica medidas apropiadas y eficaces a fin de garantizar, en cuanto sea posible, que las personas naturales y jurídicas, entre ellas los Estados, que sufran daños o pérdidas como resultado de esos incidentes obtengan una pronta y adecuada indemnización,

Observando que los Estados son responsables del incumplimiento de sus obligaciones de prevención en virtud del derecho internacional,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional entre Estados,

Recordando la existencia de acuerdos internacionales que regulan categorías específicas de actividades peligrosas,

Deseando contribuir al desarrollo ulterior del derecho internacional en este campo,

[...]

Comentario

1) Hasta ahora, la Comisión solía presentar a la Asamblea General series de proyectos de artículo sin proyecto de preámbulo, dejando a los Estados la tarea de elaborarlo. Sin embargo, también existen precedentes de que la Comisión haya presentado un proyecto de preámbulo, como, por ejemplo, en el caso del proyecto de convención sobre la eliminación de la apatridia en el porvenir y el proyecto de convención sobre la reducción de los casos de apatridia en el porvenir³⁵⁹, el de los proyectos de artículo sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados³⁶⁰ y en el del proyecto de artículos sobre la prevención³⁶¹.

2) Como se ha señalado en la introducción, el primer párrafo del preámbulo comienza con una referencia a los principios 13 y 16 de la Declaración de Río³⁶². En el principio 13 de la Declaración, que reitera el principio 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)³⁶³, se subraya la necesidad de desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. El principio 16 de la Declaración de Río se refiere al del fomento de la internalización de los costos ambien-

³⁵⁹ *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, documento A/2693, pág. 143.

³⁶⁰ *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), documento A/54/10, párr. 47.

³⁶¹ Véase la nota 322 *supra*.

³⁶² Véase la nota 353 *supra*.

³⁶³ *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.

tales, teniendo en cuenta el principio «quien contamina, paga».

3) El *segundo* párrafo del preámbulo no necesita explicación. Vincula el presente proyecto de principios con el proyecto de artículos sobre la prevención. Los párrafos *tercero*, *cuarto* y *quinto* del preámbulo tratan de establecer las razones esenciales del presente proyecto de principios.

4) El *sexto* párrafo del preámbulo destaca que el proyecto de principios no afecta a la responsabilidad en que pueda incurrir un Estado como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de prevención según el derecho internacional.

5) Los tres últimos párrafos del preámbulo no necesitan explicación. El *séptimo* párrafo del preámbulo reconoce la importancia de la cooperación internacional en esta esfera. El *octavo* párrafo del preámbulo reconoce la existencia de acuerdos internacionales relativos a categorías específicas de actividades peligrosas. El *último* párrafo del preámbulo destaca la importancia de la presente labor para promover aún más el desarrollo del derecho internacional en este campo.

Principio 1

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Comentario

1) El proyecto de principio relativo al ámbito de aplicación se ha redactado de modo que tenga en cuenta el acuerdo a que se ha llegado de mantener también con respecto a los presentes principios sobre los daños transfronterizos (*transboundary damage*) el alcance del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo (*transboundary harm*) resultante de actividades peligrosas de 2001³⁶⁴. La interrelación existente entre los conceptos de «prevención» y «responsabilidad» no necesita ser especialmente subrayada en relación con los trabajos de la Comisión³⁶⁵. El proyecto de principio 1 determina que la materia objeto de los presentes principios son los daños transfronterizos (*transboundary damage*). El concepto de «daño transfronterizo» (tanto si se refiere al *transboundary damage* como al *transboundary harm*) gira en torno a los daños causados en la jurisdicción de un Estado por actividades realizadas en otro Estado.

2) En el primer caso, las actividades comprendidas en el ámbito del presente proyecto de artículos son las que entrañan «el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible». Dentro de esta categoría caben diferentes tipos de actividad. Como se

³⁶⁴ Véase la nota 322 *supra*.

³⁶⁵ Véase la recomendación del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional establecido por la Comisión en su 54.º período de sesiones, en 2002, *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 447 y 448.

desprende del título del proyecto de principios, abarca cualquier actividad peligrosa o extremadamente peligrosa que entrañe, como mínimo, el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Por actividad extremadamente peligrosa se entiende una actividad normalmente bien gestionada para que sea segura pero que entraña la posibilidad de materializarse en un daño de proporciones graves (más que sensibles, serias o sustanciales), las raras veces que se produce.

3) En las distintas etapas de la evolución del tema de la responsabilidad internacional por actividades de riesgo (*international liability*) se ha propuesto que esas actividades se enumeren en una lista y se otorgue la facultad de añadir o eliminar actividades. Como en el caso de los artículos sobre la prevención, la Comisión ha optado por prescindir de tal enumeración. La enumeración de actividades en una lista no deja de presentar problemas y, desde el punto de vista funcional, no se considera esencial. Es probable que una lista de ese tipo sea incompleta y que necesite rápidamente ser revisada a la luz de la constante evolución de la tecnología. Además, con excepción de ciertas actividades extremadamente peligrosas que son en su mayoría objeto de reglamentación especial, a saber, las relacionadas con la tecnología nuclear o con el espacio ultraterrestre, el riesgo que entraña una actividad 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. Se estima que una lista genérica no podría abarcar esos elementos. No obstante, las actividades comprendidas en el ámbito del presente proyecto de principios ya están sujetas al requisito de autorización previa en virtud del proyecto de artículos sobre la prevención.

4) Por otra parte, los Estados siempre tienen la posibilidad de indicar las actividades que quedan englobados en el ámbito del presente proyecto de principios mediante acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales o de hacerlo en su legislación nacional³⁶⁶.

5) Las palabras «actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible» tienen un significado particular, que se entiende que abarca cuatro elementos: *a)* que las actividades no están prohibidas por el derecho internacional, *b)* que las actividades entrañan el riesgo de causar un daño sensible, *c)* que ese daño ha de ser transfronterizo y *d)* que el daño

transfronterizo debe ser causado por esas actividades por sus consecuencias físicas. Todos esos elementos —el elemento de causa humana, el elemento de riesgo, el elemento (extra)territorial y el elemento físico—, basados en el proyecto de artículos sobre la prevención y explicados en el contexto de éste, tienen que mantenerse³⁶⁷.

6) Concretamente, las palabras «actividades no prohibidas por el derecho internacional» se han incluido fundamentalmente para distinguir la aplicación del presente proyecto de principios de la aplicación de las normas que rigen la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*). La Comisión reconoció la importancia, no sólo de las cuestiones de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, sino también de las cuestiones relativas a la obligación de indemnizar por las consecuencias perjudiciales dimanantes de determinadas actividades, especialmente las que, a causa de su naturaleza, presentan ciertos riesgos. Ahora bien, teniendo en cuenta el fundamento totalmente diferente de la responsabilidad por riesgo y la naturaleza distinta de las normas que la rigen, así como su contenido y las formas que puede revestir, la Comisión decidió abordar los dos temas por separado³⁶⁸. Es decir, que a los efectos del proyecto de principios, se centra la atención en las consecuencias de las actividades y no en la licitud de la actividad misma.

7) El presente proyecto de principios, como el proyecto de artículos sobre la prevención, versan sobre normas primarias. Por consiguiente, el incumplimiento de la obligación de prevención que establece el proyecto de artículos sobre la prevención podría dar lugar a la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) sin que ello implique necesariamente que la actividad misma está prohibida³⁶⁹. En tal caso, se podría invocar la responsabilidad del Estado (*State responsibility*) para obtener el

³⁶⁷ Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 159 a 162 (comentario al proyecto de artículo 1).

³⁶⁸ Véase *Anuario... 1973*, vol. II, documento A/9010/Rev.1, pág. 172, párr. 38.

³⁶⁹ Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 160 (párrafo 6 del comentario al artículo 1). Véanse también M. B. Akehurst, «International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (1985), Martinus Nijhoff, 1985, págs. 3 a 16; A. E. Boyle, «State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), págs. 1 a 26; K. Zemanek, «State responsibility and liability», en W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek (eds.), *Environmental Protection and International Law*, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, pág. 197; el segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) del Relator Especial Pemmaraju Sreenivasa Rao, *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/501, párrs. 35 a 37; J. Barboza, «La responsabilité "causale" à la Commission du droit international», *Annuaire français de droit international*, vol. 34 (1988), págs. 513 a 522; Ph. Cahier, «Le problème de la responsabilité pour risque en droit international», en *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Sijthoff, Leyden, 1977, págs. 409 a 434; C. G. Caubet, «Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas», *Annuaire français de droit international*, vol. 29 (1983), págs. 99 a 120; D. Lévy, «La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public», *Revue générale de droit international public*, vol. 32, n.º 1 (1961), págs. 744 a 764, y P. Sturma, «La responsabilité en dehors de l'illicite en droit international économique», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 20 (1993), págs. 91 a 112.

³⁶⁶ Por ejemplo, varios regímenes de responsabilidad regulan el tipo de actividades comprendidas dentro de su ámbito de aplicación: el Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del mar Báltico; la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales; el anexo I del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas; y el anexo II del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, en el que se han identificado como actividades peligrosas las realizadas en las instalaciones o lugares para la eliminación total o parcial de desechos sólidos, líquidos o gaseosos mediante incineración en tierra o en el mar, las instalaciones o lugares para la degradación térmica de desechos sólidos, líquidos o gaseosos mediante la reducción de oxígeno, etc.; en el anexo I de este Convenio figura también una lista de sustancias peligrosas. Véase también la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 143, de 30 de abril de 2004, pág. 56.

cumplimiento, no sólo de las obligaciones del Estado mismo, sino también de la responsabilidad civil u obligación del explotador³⁷⁰. En efecto, así quedó entendido con ocasión de los trabajos relativos al proyecto de artículos sobre la prevención³⁷¹.

8) Se reconoció que podía producirse un daño a pesar del fiel cumplimiento de las obligaciones de prevención. El daño transfronterizo podía producirse por otras razones que no entrañaban la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*). Por ejemplo, podía haber situaciones en que se hubieran adoptado medidas preventivas pero que, llegado el momento, éstas resultasen insuficientes, o en que el riesgo concreto que causaba el daño transfronterizo no se hubiese identificado en el momento de la autorización inicial y, por lo tanto, no se hubiesen adoptado las medidas preventivas apropiadas³⁷². Dicho de otro modo, el daño transfronterizo podía producirse accidentalmente o podía tener lugar en circunstancias no previstas originalmente. Además, el daño podía producirse por haberse acumulado gradualmente efectos perjudiciales durante cierto período. Esta distinción ha de tenerse presente a los efectos de la indemnización. A causa de los problemas que implica probar el vínculo causal entre la actividad peligrosa y el daño sufrido, las demandas en este último caso no son corrientes³⁷³.

9) El presente proyecto de principios se centra en el daño causado, independientemente del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida enunciadas en el proyecto de artículos sobre la prevención. No obstante, cuando hay incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por parte del Estado de origen, se puede presentar también una demanda invocando la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

³⁷⁰ Véanse P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, París, Pedone, 1976; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pág. 50; A. Rosas, «State responsibility and liability under civil liability regimes», en O. Bring y S. Mahmoudi (eds.), *Current International Law Issues: Nordic Perspectives (Essays in honour of Jerzy Sztucki)*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, pág. 161, y F. Bitar, *Les mouvements transfrontières de déchets dangereux selon la Convention de Bâle. Étude des régimes de responsabilité*, París, Pedone, 1997, págs. 79 a 138. Sin embargo, se aplican distintas normas sobre responsabilidad, carga de la prueba y recursos a la responsabilidad por actividades no prohibidas y a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Véanse también P.-M. Dupuy, «Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?», *Revue générale de droit international public*, vol. 101, n.º 4 (1997), págs. 873 a 903; T. A. Berwick, «Responsibility and liability for environmental damage: a roadmap for international environmental regimes», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 10, n.º 2 (1998), págs. 257 a 267, y P.-M. Dupuy, «À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l'environnement», en *Les hommes et l'environnement: quels droits pour le vingt-et-unième siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss*, París, Frison-Roche, 1998, págs. 269 a 282.

³⁷¹ Véase *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 443.

³⁷² *Ibid.*, párr. 444.

³⁷³ Véase P. Wetterstein «A proprietary or possessory interest: A *conditio sine qua non* for claiming damages for environmental impairment?», en P. Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and Assessment of Damages*, Oxford, Clarendon Press, 1997, págs. 29 a 54, en particular pág. 30. Véase también Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, págs. 19 a 105 y 113 a 182.

además de la demanda de indemnización prevista en el presente proyecto de principios.

10) El segundo criterio es que las actividades a que se refiere este proyecto de principios son las que originalmente entrañaban el «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible». La expresión «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible» se define en el comentario al apartado *a* del artículo 2 del proyecto de artículos sobre la prevención como «el que es poco probable que cause un daño transfronterizo catastrófico o el que es muy probable que cause un daño transfronterizo sensible»³⁷⁴. Así, pues, la expresión se refiere al efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un accidente y de la magnitud de los efectos perjudiciales. Por consiguiente es el efecto combinado del «riesgo» y el «daño» el que produce un efecto que se considera sensible.

11) Se entiende que «“sensible” es algo *más que “detectable” pero sin necesidad de alcanzar el nivel de “grave” o “sustancial”*»³⁷⁵. El daño debe producir un efecto perjudicial real en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura en otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse mediante criterios fácticos y objetivos. La unidad ecológica del planeta no coincide con sus fronteras políticas. Las actividades lícitas que los Estados realizan en su territorio tienen repercusiones en los demás Estados. Esos efectos mutuos, mientras no puedan ser calificados de «sensibles», se consideran tolerables y no están comprendidos en el ámbito de aplicación del presente proyecto de principios.

12) El tercer criterio se refiere al carácter transfronterizo de los daños causados por las actividades realizadas. El «daño transfronterizo» se define en el proyecto de principio 2, que relaciona el daño transfronterizo con el territorio u otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado en el que se lleva a cabo la actividad. De ese modo, este criterio abarca tres conceptos, es decir, el «territorio», la «jurisdicción» y el «control». Esos conceptos se definen en el proyecto de artículos sobre la prevención³⁷⁶. Las actividades deben realizarse en el territorio o, si no, en lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado y tener repercusiones en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de otro Estado.

13) El cuarto criterio para delimitar el ámbito de aplicación del tema es que el daño transfronterizo sensible debe haber sido causado por las «consecuencias físicas» de las actividades realizadas. Así, el daño transfronterizo causado por las políticas del Estado en las esferas monetaria, socioeconómica u otras similares quedan excluidas del ámbito del tema³⁷⁷.

³⁷⁴ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 162 (párrafo 1 del comentario al artículo 2).

³⁷⁵ *Ibid.*, (párrafo 4 del comentario al artículo 2).

³⁷⁶ *Ibid.*, págs. 160 y 161 (párrafos 7 a 12 del comentario al artículo 1).

³⁷⁷ *Ibid.*, págs. 161 y 162 (párrafos 16 y 17 del comentario al artículo 1).

14) Por último, el proyecto de principios versa sobre los «daños [...] causados» (*damage caused*) por actividades peligrosas. En el presente contexto, la mención en el texto inglés del concepto más amplio de *transboundary harm* se ha mantenido cuando sólo se hace referencia al riesgo de daño y no a la fase ulterior en que el daño se ha producido efectivamente. En este último caso se emplea el término *damage*. En inglés se introduce el término *damage* («daño») para designar la especificidad del daño (*harm*) transfronterizo que se ha producido efectivamente. Ese vocablo también tiene la ventaja de ser de uso común en inglés. Es el término empleado habitualmente en los regímenes de responsabilidad civil³⁷⁸. La palabra «transfronterizo» califica a «daño» para poner de relieve la orientación transfronteriza del ámbito de aplicación del presente proyecto de principios. En el texto inglés, la expresión *in relation to* referida a *transboundary damage* tiene como finalidad subrayar la amplia variedad de cuestiones relativas al daño que se abordan en el presente proyecto de

principios y que van más allá del principio de la prestación de una pronta y adecuada indemnización.

Principio 2

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de principios:

a) se entiende por «daño» un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; el daño comprende:

- i) la muerte o las lesiones corporales;**
- ii) la pérdida de un bien, o un daño causado a un bien, incluido cualquier bien que forme parte del patrimonio cultural;**
- iii) una pérdida o un daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente;**
- iv) los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales;**
- v) los costos de medidas razonables de respuesta;**

b) el «medio ambiente» comprende: los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora, y la interacción entre esos factores; y los aspectos característicos del paisaje;

c) se entiende por «daño transfronterizo» el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado en cuyo territorio u otro lugar bajo su jurisdicción o control se realizaron las actividades mencionadas en el proyecto de principio 1;

d) se entiende por «actividad peligrosa» una actividad que entraña un riesgo de causar daños sensibles por sus consecuencias físicas;

e) se entiende por «explotador» toda persona que dirija o controle la actividad en el momento en que se produzca el incidente causante del daño transfronterizo.

Comentario

1) La definición de daño (*damage*) es esencial a los efectos del presente proyecto de principios. Se distinguen los elementos del daño en parte para explicitar el fundamento de las demandas de daños y perjuicios. Antes de determinar los elementos del daño, es importante señalar que el daño, para poder ser indemnizado, debería alcanzar cierto umbral o límite que, a su vez, activaría la aplicación del presente proyecto de principios. Por ejemplo, el laudo dictado en el arbitraje de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) concernía sólo a las «consecuencias graves» (*serious consequences*) de la explotación de la fundición en el

³⁷⁸ El término «daño» (*damage*) se define en el apartado *c* del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación; en el apartado *d* del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas; en el párrafo 7 del artículo 2 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente; en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP), y en el párrafo 10 del artículo 1 del Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT). Véase asimismo el párrafo 2 del artículo 2 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 366 *supra*), y el apartado *a* del artículo I del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales.

Los daños causados por la contaminación (*pollution damage*) se definen en el párrafo 6 del artículo I del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos; en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio tal y como fue enmendado por el Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos (véase también P. W. Birnie y A. E. Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment*, Oxford, Clarendon Press, 1995, págs. 91 a 106); en el párrafo 9 del artículo 1 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, y en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos.

Véase la definición de daños nucleares (*nuclear damage*), en el apartado *k* del párrafo 1 del artículo I de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el apartado *k* del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención tal y como fue enmendada por el artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo 1 de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares; el artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982.

Véanse además el párrafo 15 del artículo 1 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, en el que se definen los daños (*damage*) al medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados; y la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, que en el artículo 7 trata de «impedir que se cause un daño sensible».

Trail³⁷⁹. El laudo dictado en el asunto *Lac Lanoux* se refería sólo a un perjuicio grave (*serious injury*)³⁸⁰. Algunas convenciones se han referido también a un daño (*harm or damage*) «sensible» (*significant*), «grave» (*serious*) o «sustancial» (*substantial*) como el umbral o límite más allá del cual pueden nacer pretensiones jurídicas³⁸¹. El vocablo «sensible» (*significant*) se ha utilizado asimismo en otros instrumentos jurídicos y leyes nacionales³⁸².

2) La determinación del «daño sensible» (*significant damage*) supone tanto unos criterios fácticos y objetivos como un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formó ese juicio. Por ejemplo, una pérdida determinada, en un momento determinado, podría no considerarse «sensible» porque, en ese momento preciso los conocimientos científicos o la valoración hecha por el hombre tal vez han considerado tolerable esa pérdida. Sin embargo, algún tiempo más tarde esta opinión podría cambiar y la misma pérdida ser considerada entonces un «daño sensible». La sensibilidad de la comunidad internacional a los niveles de contaminación del aire y el agua ha experimentado continuos cambios.

3) El apartado a define el «daño» (*damage*) como un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente. Los incisos i) y ii) versan sobre los daños personales y materiales y los aspectos de pura pérdida económica, así como sobre los aspectos del patrimonio cultural nacional, que puede ser patrimonio del Estado. El daño no

se produce aisladamente ni en un vacío sino que se irroga a alguien o a algo.

4) Así, en el inciso i) el daño a las personas comprende los supuestos de muerte o lesiones corporales, de lo que hay ejemplos en el derecho interno³⁸³ y en la práctica convencional³⁸⁴. Incluso los regímenes de responsabilidad que tratan sólo de los daños ambientales, que no versan directamente sobre los daños causados a las personas, reconocen que se aplicarían otras normas³⁸⁵. Los regímenes que hacen caso omiso de esta cuestión tampoco parecen excluir totalmente la posible presentación de una demanda en relación con esta clase de daño³⁸⁶.

5) En el inciso ii) el daño a los bienes comprende las pérdidas o daños sufridos por los bienes. Éstos comprenden tanto los muebles como los inmuebles. Hay ejemplos

³⁷⁹ *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) (véase la nota 204 *supra*), pág. 1965.

³⁸⁰ *Lac Lanoux*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, pág. 281.

³⁸¹ Véanse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos; los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, y el artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

³⁸² Véanse, por ejemplo, el artículo 5 del proyecto de convención sobre el uso industrial y agrícola de los ríos y lagos internacionales, preparado por el Comité Jurídico Interamericano en 1965 (OEA, *Ríos y lagos internacionales (utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4.ª ed. rev. (OEA/Ser.I/VI, CIJ-75 Rev.2), Washington D.C., 1971, pág. 132); el artículo X de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales (Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-Second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, pág. 496); el artículo 21 de las Normas [revisadas] de la Asociación de Derecho Internacional sobre la utilización equitativa y el desarrollo sostenible de las aguas (décimo proyecto, de febrero de 2004) (Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, pág. 334); los párrafos 1 y 2 de la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972, relativa a la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente; el párrafo 6 del anexo de la recomendación C(74)224 del Consejo de la OCDE de 14 de noviembre de 1974 sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, París, 1986, pág. 163, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 14, n.º 1 (enero de 1975), pág. 246); el Memorando de intenciones entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la contaminación atmosférica transfronteriza, de 5 de agosto de 1980 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1274, n.º 21009, pág. 235), y el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación para la Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente en la Zona Fronteriza, firmado el 14 de agosto de 1983 entre México y los Estados Unidos de América (ibid., vol. 1352, n.º 22805, pág. 67, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 22, n.º 5 (septiembre de 1983), pág. 1025). Los Estados Unidos han utilizado asimismo el término *significant* («sensible») en su derecho interno sobre cuestiones ambientales; véase *Restatement of the Law. The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, págs. 111 y 112.

³⁸³ La ley de responsabilidad ambiental de Alemania, por ejemplo, se aplica a todas las personas en caso de muerte o lesión corporal. La ley de indemnización de daños y perjuicios ambientales de Finlandia, el Código Ambiental de Suecia, la ley de indemnización de daños y perjuicios ambientales de Dinamarca comprenden las lesiones corporales.

³⁸⁴ Algunos regímenes de responsabilidad disponen lo siguiente: en el apartado k del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares se define la expresión «daños nucleares» de modo que incluye «i) la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales [...]»; el Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares se refiere también, en relación con el apartado k del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención, a «i) la pérdida de vidas humanas o las lesiones corporales; ii) los daños o perjuicios materiales»; el artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, define el daño nuclear como: «1. muerte o daño físico a las personas; 2. pérdida o daño de los bienes [...]»; el Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT) define el concepto de «daño» en el párrafo 10 del artículo 1 como: «a) muerte o lesiones corporales [...]; b) pérdidas o daños sufridos por los bienes [...]»; el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación define el daño en el apartado c del párrafo 2 del artículo 2 como: «i) Muerte o lesiones corporales; ii) Daños o perjuicios materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños de conformidad con el presente Protocolo»; el Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas define el daño en el apartado d del párrafo 2 del artículo 2 como: «i) La pérdida de vidas humanas o todo perjuicio corporal; ii) La pérdida de bienes o los daños causados a bienes distintos de los bienes pertenecientes a la persona responsable de conformidad con el Protocolo», y el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente define el daño en el párrafo 7 del artículo 2 como: «a. La muerte o las lesiones corporales; b. Toda pérdida o todo daño causado a bienes distintos de la instalación misma o de los bienes que se hallen en el lugar de la actividad peligrosa y estén bajo el control del explotador».

³⁸⁵ La directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (véase la nota 366 *supra*) no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños.

³⁸⁶ Los daños de contaminación se definen en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, y en el párrafo 3 del artículo 2 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos.

en el derecho interno³⁸⁷ y en la práctica convencional³⁸⁸. Por consideraciones de principio, algunos regímenes de responsabilidad excluyen los daños causados a los bienes de la persona responsable. El autor de un hecho ilícito no puede beneficiarse de su propio hecho. El inciso ii) del apartado c del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, el apartado b del párrafo 7 del artículo 2 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente y el inciso ii) del apartado d del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas contienen disposiciones al efecto.

6) Tradicionalmente, los derechos reales se refieren más a los derechos privados de los individuos que a los derechos públicos. Un particular no tendría dificultad para interponer una demanda relativa a sus derechos personales o reales. Se trata de demandas relacionadas con la posesión o la propiedad en caso de muerte o lesiones corporales, o de pérdida de bienes o daños causados a los bienes. Además, la legislación sobre los actos ilícitos civiles suele aplicarse también a los daños que pueden tener relación con el medio ambiente. Así ocurre con los daños a los bienes, las lesiones corporales o algunos aspectos de las pérdidas puramente económicas sufridas como consecuencia de un daño causado al medio ambiente. A este respecto, con frecuencia se distingue entre las pérdidas consecuentes y las puramente económicas³⁸⁹.

7) Las pérdidas económicas consecuentes son resultado de una muerte o lesiones corporales, o de daños causados a los bienes. Por ejemplo, con arreglo a la sección 2702 b de la ley de contaminación por hidrocarburos de los Estados Unidos (*Oil Pollution Act*), cualquier persona puede exigir reparación por todo daño o la pérdida económica resultante de la destrucción de bienes reales o personales, que serán recuperables por un demandante que sea propietario o arrendatario de esos bienes. Esa subsección establece igualmente que cualquier persona podrá obtener «una indemnización de daños y perjuicios equitativamente *al lucro cesante o a la disminución de su capacidad para obtener ingresos** debido al daño, la destrucción o la pérdida de bienes reales, bienes personales [...]»³⁹⁰. De igual

modo, el artículo 252 del Código Civil alemán prevé la indemnización de toda pérdida de ganancias. A los efectos del presente proyecto de principios, ese tipo de daño quedará comprendido en los incisos i) y ii)³⁹¹. Hay, pues, diferentes maneras de enfocar la indemnización por lucro cesante. Sin embargo, a falta de una disposición legal específica sobre las reclamaciones por pérdida de beneficios, sería razonable esperar que si un incidente relativo a una actividad de riesgo causara directamente una grave pérdida de ingresos a una víctima, el Estado interesado actuase para que la víctima no tuviera que soportar sin ayuda esa pérdida.

8) En cambio, la pérdida puramente económica no se vincula a las lesiones corporales ni a los daños causados a los bienes. Un derrame de petróleo frente a la costa puede entrañar inmediatamente una pérdida comercial para la industria del turismo y la industria pesquera dentro de la zona del incidente. Esos siniestros han dado pie a demandas por pérdidas puramente económicas que no han tenido demasiado éxito. Sin embargo, algunas leyes internas y algunos regímenes de responsabilidad por daños reconocen hoy que esos daños son indemnizables. La subsección 2702 b de la ley de contaminación por hidrocarburos de los Estados Unidos dispone que cualquier persona podrá obtener «una indemnización de daños y perjuicios equivalente *al lucro cesante o a la disminución de su capacidad para obtener ingresos** debido al daño, la destrucción o la pérdida de [...] recursos naturales»³⁹². La ley de indemnización de daños ambientales de Finlandia comprende también las pérdidas puramente económicas, salvo cuando éstas sean insignificantes. El capítulo 32 del Código del Medio Ambiente de Suecia dispone asimismo que las pérdidas puramente económicas, si no se deben a un comportamiento delictivo, sólo son indemni-

³⁸⁷ Por ejemplo, la ley finlandesa de indemnización de los daños causados al medio ambiente, comprende los causados a los bienes; el capítulo 32 del Código sueco del medio ambiente prevé también la indemnización de los daños causados a los bienes, y la ley danesa de indemnización de los daños causados al medio ambiente comprende los causados a los bienes.

³⁸⁸ Véanse los ejemplos mencionados en la nota 384 *supra*.

³⁸⁹ Véase B. Sandvik y S. Suikkari, «Harm and reparation in international treaty regimes: An overview», en P. Wetterstein (ed.) (nota 373 *supra*), pág. 57. Véase en general E. H. P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources: Standing, Damage and Damage Assessment*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, págs. 9 a 63. Véase también el undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Relator Especial Julio Barboza (nota 336 *supra*).

³⁹⁰ *United States Code 2000 Edition containing the general and permanent laws of the United States, in force on January 2, 2001*, vol. 18, Washington D.C., United States Government Printing Office, 2001, pág. 694.

³⁹¹ Véase, por ejemplo, el apartado k del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares tal y como fue modificada por el párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención, que dice que se entenderá por «daños nucleares» «[...] cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del Tribunal competente: iii) la pérdida económica derivada de la pérdida o los daños a que se hace referencia en los apartados i) y ii), en la medida en que no esté incluida en esos apartados, si la sufre una persona con derecho a entablar una demanda con respecto a dicha pérdida o daños; [...] vii) cualquier otra pérdida económica que no sea una pérdida causada por el deterioro del medio ambiente, si ello estuviese autorizado por la legislación general sobre responsabilidad civil del tribunal competente». Véase también el apartado f del artículo 1 de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, que comprende cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: «[...] iii) la pérdida económica derivada de la pérdida o los daños a que se hace referencia en los apartados i) y ii), en la medida en que no esté incluida en esos apartados, si la sufre una persona con derecho a entablar una demanda con respecto a dichas pérdidas o daños; [...] vii) cualquier otra pérdida económica que no sea una pérdida causada por el deterioro del medio ambiente, si ello estuviese autorizado por la legislación general sobre responsabilidad civil del tribunal competente». El artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982 dice que daño nuclear significa: «[...] cada una de las siguientes categorías de daños en la medida que determine la legislación del Tribunal competente. 3. Toda pérdida económica que se derive de un daño incluido en los apartados 1 y 2 anteriores, siempre que no esté comprendida en dichos apartados, si dicha pérdida ha sido sufrida por una persona que legalmente esté facultada para demandar la reparación de los daños citados».

³⁹² Véase la nota 390 *supra*.

zables en la medida en que sean importantes. La ley de indemnización de daños ambientales de Dinamarca comprende las pérdidas económicas y los costos razonables de las medidas preventivas o de restauración del medio ambiente. En cambio, la ley de responsabilidad ambiental de Alemania no comprende las pérdidas puramente económicas³⁹³.

9) El 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 y el inciso iii) del apartado *d* del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación comprenden las pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico en el uso del medio ambiente en que se incurre como resultado de un deterioro ambiental, teniendo en cuenta los ahorros y los costos. A los fines del presente proyecto de principios, este tipo de daños queda comprendido en el inciso iii)³⁹⁴.

10) El inciso ii) comprende también los bienes que forman parte del patrimonio cultural. Los bienes del Estado incluyen el patrimonio cultural nacional. Éste abarca elementos muy diversos, entre ellos monumentos, edificios y lugares, mientras que el patrimonio natural denota accidentes y lugares naturales y formaciones geológicas y fisiológicas. Su valor estriba en su importancia histórica, artística, científica, estética, etnológica o antropológica, o en su estado de conservación o belleza natural. La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural da una amplia definición de patrimonio cultural³⁹⁵. Sin embargo, no todos los regímenes de res-

ponsabilidad civil incluyen los aspectos relativos al patrimonio cultural en este apartado. Por ejemplo, el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente incluye en su definición de «medio ambiente» los bienes que forman parte del patrimonio cultural³⁹⁶.

11) Respetar y salvaguardar el patrimonio cultural son consideraciones primordiales tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado. Este principio se afirma en la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Además, el derecho internacional humanitario prohíbe las hostilidades contra monumentos históricos y obras de arte que constituyan el patrimonio cultural de los pueblos³⁹⁷.

12) El inciso iii) se ocupa de las cuestiones relativas a los daños al medio ambiente *per se*. Se trata de los daños causados al medio ambiente mismo, sin relacionarlos en modo alguno con los daños causados a las personas o los bienes. En el caso de los daños causados al medio ambiente *per se* no es fácil determinar la capacidad procesal. El medio ambiente no pertenece a nadie. En general se considera bien común (*res communis omnium*) y no de libre posesión privada, en contraposición a la *res nullius*, es decir, el bien que no pertenece a nadie sino que es de libre posesión privada. Una persona no tiene un derecho individual sobre esos bienes comunes y normalmente no tendría capacidad para interponer una demanda con respecto a los daños causados a esos bienes³⁹⁸. Además,

inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,

- los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,
- los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico».

Véase también la definición de bienes culturales del artículo 1 de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que comprende esencialmente los bienes muebles e inmuebles de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos. Véase asimismo la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales. Véase además la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

³⁹⁶ Véase también el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales.

³⁹⁷ Véanse el artículo 53 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el artículo 16 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Véanse también las Convenciones de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, en particular la Convención IV (artículos 27 y 56 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a las Convenciones II y IV de 1899 y 1907) y la Convención IX relativa al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra (artículo 5), así como el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

³⁹⁸ En el asunto *Burgess v. M/V Tamano*, el Tribunal señaló lo siguiente: «Resulta también indiscutible que el derecho de criar o recoger almejas [...] no es un derecho privado de ninguna persona individual, sino un derecho público que corresponde al Estado “en beneficio común de la población”» (opinión de 27 de julio de 1973, US District Court, Maine, *Federal Supplement*, vol. 370 (1973), pág. 247).

³⁹³ Véase en general P. Wetterstein, «Environmental damage in the legal systems of the Nordic Countries and Germany», en M. Bowman y A. Boyle (eds.), *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, 2002, págs. 223 a 242.

³⁹⁴ Véase también el apartado *k* del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares tal y como fue modificada por el párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención, que dice que se entenderá entre ellos cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: «[...] v) el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, y en la medida en que no está incluido en el apartado ii)». Véase asimismo el artículo 1 de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, que comprende cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: «[...] v) el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, y en la medida en que no esté incluido en el inciso ii)». El artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, dice que daño nuclear significa «[...] cada una de las siguientes categorías de daños en la medida que determine la legislación del Tribunal competente: 5. el lucro cesante directamente relacionado con un uso o disfrute del medio ambiente que resulte de una degradación significativa del mismo, siempre que no esté incluido en el apartado 2 anterior».

³⁹⁵ El artículo 1 dice que, a los efectos de la Convención, «se considerará “patrimonio cultural”:

- los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico,

no siempre resulta fácil determinar quién puede resultar lesionado por la pérdida de valores ecológicos o estéticos, a los efectos de presentar una demanda. Por el contrario, los Estados tienen esos bienes en fideicomiso y, normalmente, se ha reconocido capacidad para interponer este tipo de demandas a los poderes públicos o, más recientemente, a los grupos de interés³⁹⁹.

13) Los *incisos iii) a v)* tratan de las reclamaciones que normalmente guardan relación con los daños ambientales. En el *apartado b* figura una definición del medio ambiente. Puede considerarse que todas estas disposiciones forman parte de un concepto único. En conjunto, constituyen los elementos esenciales de una definición de daños al medio ambiente. El concepto de daño al medio ambiente se recoge en varios regímenes de responsabilidad por el daño causado⁴⁰⁰. El medio ambiente puede definirse de diferentes formas para fines diferentes, y es aconsejable tener en cuenta que no existe una definición universalmente aceptada. No obstante, se considera útil dar una definición de trabajo a los efectos del presente proyecto de principios, lo que servirá para situar en perspectiva el ámbito de las medidas correctivas necesarias con respecto a los daños ambientales⁴⁰¹.

14) El *apartado b* define el «medio ambiente». El medio ambiente podría definirse de una forma restringida, limitada exclusivamente a los recursos naturales, como el aire, el suelo, el agua, la fauna y la flora, y su interacción. Una definición más amplia podría abarcar también los valores ambientales. La Comisión ha optado por incluir en la definición estos últimos, incluidos los que no tienen una utilidad práctica, como los aspectos estéticos del

³⁹⁹ En virtud de la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (ley general de los Estados Unidos de América sobre la intervención, indemnización y la responsabilidad sobre el medio ambiente) de 1980, *United States Code Annotated*, título 42, cap. 103, secc. 9601 y ss.; la *Clean Water Act* (ley sobre la salubridad del agua) de 1977, *ibid.*, título 33, cap. 26, secc. 1251, y de la *Oil Pollution Act* de 1990 (véase la nota 390 *supra*), secc. 2701 y ss., el Congreso de los Estados Unidos «autorizó a ciertos organismos estatales encargados de gestionar los recursos naturales para actuar como fideicomisarios (*trustees*) para evaluar los daños y obtener su indemnización [...]. El fideicomiso público (*public trust*) se define en forma amplia y versa sobre los “recursos naturales” del Estado federal, de los Estados, de gobiernos locales o de tribus indias, bien sean de su propiedad, o bien sean administrados o mantenidos en fideicomiso (*trust*) por ellos, o dependan de ellos o estén bajo su control».

⁴⁰⁰ Véanse, por ejemplo, el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (art. 2, párr. 7 *d*); la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (art. 1 *c*); el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (arts. 1 y 2); la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos (art. 8, párr. 2 *a, b y d*); el Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT) (art. 10 *c*); el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (art. 2, párr. 2 *c iv y v*); y el Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas (art. 2 *d iv a v*).

⁴⁰¹ Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social: Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, COM (93) 47, de 14 de mayo de 1993, pág. 10. Véase también el artículo 2 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 366 *supra*).

paisaje⁴⁰². Ello incluye el disfrute de la naturaleza por su belleza natural y los atributos y oportunidades de recreo que la acompañan. Este enfoque más amplio se justifica por el carácter general y supletorio del presente proyecto de principios⁴⁰³.

15) Además, al adoptar ese enfoque holístico, la Comisión, por utilizar las palabras de la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

tiene en cuenta que, en materia de protección ambiental, la vigilancia y la prevención son necesarias a causa del carácter con frecuencia irreversible de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al mecanismo mismo de la reparación de ese tipo de daños⁴⁰⁴.

16) Por otra parte, una definición más amplia atenuaría toda limitación impuesta por los regímenes de responsabilidad a las medidas correctivas aceptables, como reflejan los incisos *iv)* y *v)*.

17) Así, la referencia hecha en el *apartado b* a «los recursos naturales [...] y la interacción» entre esos factores remite al concepto habitual del medio ambiente dentro de un ecosistema protegido⁴⁰⁵, mientras que la referencia a «los aspectos característicos del paisaje» denota un concepto más amplio del medio ambiente⁴⁰⁶. La definición de

⁴⁰² Véase un análisis de los principios que inspiran los regímenes de reparación de los daños causados a la biodiversidad en M. Bowman, «Biodiversity, intrinsic value, and the definition and valuation of environmental harm», en M. Bowman y A. Boyle (eds.), *op. cit.* (nota 393 *supra*), págs. 41 a 61. El artículo 2 de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural dice que «se considerarán “patrimonio natural”: los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o los grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural».

⁴⁰³ Véase un examen conciso de los diferentes enfoques de la definición de daños ambientales en Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2.^a ed., Cambridge University Press, 2003, págs. 876 a 878.

⁴⁰⁴ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia), fallo, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 7, en pág. 78, párr. 140. A este respecto, la Corte mencionó también la necesidad de tener presentes los intereses generacionales e intrageneracionales y la exigencia contemporánea de promover el concepto de desarrollo sostenible.

⁴⁰⁵ Con arreglo al artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, «por “ecosistema” se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no vivo que interactúan como una unidad funcional». De conformidad con el párrafo 15 del artículo 1 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos:

«Daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados» significa cualquier impacto sobre los componentes vivos o no vivos de ese medio ambiente o de esos ecosistemas, incluyendo el perjuicio a la vida marina, terrestre o de la atmósfera que exceda de lo desestimable o que ha sido evaluado y juzgado como aceptable en virtud de esta Convención.»

Véase también el párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico.

⁴⁰⁶ El párrafo 10 del artículo 2 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente contiene una lista no exhaustiva de componentes del medio ambiente que incluye: «los recursos naturales tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y flora, y la interacción entre esos factores; los bienes que forman parte del patrimonio

(Continuación en la página siguiente.)

recursos naturales comprende los recursos naturales vivos y no vivos, incluidos sus ecosistemas.

18) El *inciso iii)* se refiere a la forma que el daño sufrido por el medio ambiente podría adoptar. Esa forma comprende «[u]na pérdida o un daño resultante del deterioro». Por deterioro se entiende un perjuicio, una modificación, una alteración, un menoscabo, una destrucción o una pérdida. Todo lo cual implica una disminución perjudicial de la calidad, el valor o la excelencia. Como se señala en el párrafo 9 *supra*, las reclamaciones por lucro cesante directamente derivado de un interés económico en el uso del medio ambiente en que se incurre como resultado de un deterioro ambiental pueden quedar comprendidas en este apartado.

19) Cabe señalar que la referencia a «los costos de las medidas razonables de restablecimiento» del *inciso iv)*, y los costos razonables de «limpieza», relacionados con «los costos de medidas razonables de respuesta» del *inciso v)* son conceptos modernos. Esos elementos del daño han sido reconocidos más recientemente porque, como señala un tratadista, «hay un claro desplazamiento de la atención hacia el daño al medio ambiente en sí mismo, en lugar de centrarse principalmente en el daño a las personas y los bienes»⁴⁰⁷. El *inciso iv)* aclara que los costos de las medidas razonables de restablecimiento serán reembolsables como parte de las demandas de indemnización con respecto a los daños transfronterizos. La práctica convencional reciente suele reconocer la importancia de esas medidas, pero deja al derecho interno la tarea de determinar quién puede estar facultado para adoptarlas. Estas medidas se han descrito como toda medida razonable orientada a evaluar, restablecer o rehabilitar los elementos dañados o destruidos del medio ambiente o, cuando no sea posible, introducir en el medio ambiente, si resulta adecuado, el equivalente de esos elementos⁴⁰⁸.

(Continuación de la nota 406.)

cultural; y los aspectos característicos del paisaje»; el apartado *c* del artículo 1 de la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales se refiere a las consecuencias nocivas de los accidentes industriales sobre: «i) los seres humanos, la flora y la fauna; ii) el suelo, el agua, el aire y el paisaje; iii) la interacción entre los factores a que se refieren los puntos i) y ii); iv) los bienes materiales y el patrimonio cultural, incluidos los monumentos históricos»; el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales dice que «entre los efectos sobre el medio ambiente figuran los que afectan a la salud y seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, la atmósfera, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras físicas, o a la interacción entre dichos factores; también comprenden los efectos sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas derivadas de las alteraciones de dichos factores». Véase también el artículo 2 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 366 *supra*).

⁴⁰⁷ L. de la Fayette, «The concept of environmental damage in international liability regimes», en M. Bowman y A. Boyle (eds.), *op. cit.* (nota 393 *supra*), págs. 149 a 189, en pág. 167.

⁴⁰⁸ Véanse, por ejemplo, el inciso *iv)* del apartado *k* del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares tal y como fue modificada por el párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención, que dice: «el costo de las medidas para rehabilitar el medio ambiente deteriorado, a menos que el deterioro sea insignificante, siempre que esas medidas realmente se hayan adoptado o hayan de adoptarse, y en la medida en que no esté incluido en el apartado *ii)*»; el inciso *v)* del apartado *f* del artículo I de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, que dice: «el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un

20) El adjetivo «razonable» tiene por objeto indicar que los costos de esas medidas no deberían ser excesivamente desproporcionados con respecto a la utilidad resultante. En el asunto *Zoe Colocotroni*, el Tribunal de Apelación del Primer Circuito de los Estados Unidos manifestó:

[Los costos resarcibles son costos] en que se ha incurrido razonablemente [...] para restaurar o rehabilitar el medio ambiente en la zona afectada hasta que recupere su estado anterior o el estado más cercano posible al anterior, sin que se efectúen unos gastos considerablemente desproporcionados. Al determinar ese remedio se deben tener en cuenta las medidas que un soberano u organismo razonable y prudente tomaría para mitigar el daño causado por la contaminación, prestando atención a factores como la viabilidad técnica, los efectos secundarios nocivos, la compatibilidad con esa regeneración o la duplicación de esa regeneración que se prevea naturalmente, y el grado en que los esfuerzos más allá de cierto punto resultarían redundantes o desproporcionadamente caros⁴⁰⁹.

21) El *inciso v)* incluye los costos de medidas razonables de respuesta como elemento admisible de las demandas de reparación de los daños transfronterizos. La práctica convencional reciente tiende a reconocer la importancia de esas medidas, pero deja al derecho interno la determinación de quién tendrá derecho a adoptarlas⁴¹⁰.

deterioro significativo del medio ambiente, y en la medida en que no esté incluido en el apartado *ii)*»; y el artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, que dice: «el coste de las medidas de restauración del medio ambiente degradado, excepto si dicha degradación es insignificante, si tales medidas han sido efectivamente adoptadas o deban serlo y en tanto dicho coste no esté incluido en el apartado 2 anterior». El párrafo 6 del artículo 1 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos se refiere al deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, y dice que estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse. Véanse también el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (art. 2, párr. 2 *c iv)* y *d)*, el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (arts. 2, 7 *c* y 8), y el Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas (art. 2, párr. 2 *d iv)* y *g)*.

⁴⁰⁹ *Commonwealth of Puerto Rico, et al. v. Zoe Colocotroni, et al.*, 628 F. 2d, pág. 652, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, Primer Circuito, 1980. Texto citado en C. de la Rue, «Environmental damage assessment», en R. P. Kröner (ed.), *Transnational Environmental Liability and Insurance*, Londres, Graham and Trotman, 1993, pág. 72.

⁴¹⁰ Véanse, por ejemplo, el inciso *vi)* del apartado *k* del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares tal y como fue modificada por el párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención, que dice: «los costos de las medidas preventivas y otros daños y perjuicios causados por esas medidas»; el inciso *vi)* del apartado *f* del artículo I de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, que dice: «los costos de las medidas preventivas y otros daños y perjuicios causados por esas medidas»; y el artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, que dice: «el coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas, tratándose de los apartados 1 a 5 anteriores, en la medida en que la pérdida o daño se derive o resulte de radiaciones ionizantes emitidas por una fuente de radiaciones que se encuentre en el interior de una instalación nuclear, o emitidas por combustibles nucleares o productos de desechos radiactivos». El párrafo 6 del artículo 1 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos se refiere al costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por

Esas medidas comprenden todas las medidas razonables adoptadas por cualquier persona, incluidos los poderes públicos, a raíz de haberse producido un daño transfronterizo, para prevenir, minimizar o mitigar las posibles pérdidas o daños o para realizar una limpieza ambiental. Las medidas de respuesta deben ser razonables.

22) El *apartado c* define el «daño transfronterizo». Se refiere a los daños causados en un Estado como consecuencia de un accidente o incidente relacionado con una actividad peligrosa en otro Estado. Este concepto se basa en las nociones bien establecidas de territorio, jurisdicción y control de un Estado. En ese sentido, se refiere a los daños causados en el territorio o en otros lugares situados fuera del territorio pero bajo la jurisdicción o control de un Estado distinto del Estado en cuyo territorio u otro lugar bajo su jurisdicción o control se realizaron las actividades peligrosas. Es indiferente que los Estados interesados compartan o no una frontera. La definición incluye, por ejemplo, las actividades realizadas bajo la jurisdicción o el control de un Estado en sus buques o plataformas en alta mar que producen efectos en el territorio de otro Estado o en lugares bajo su jurisdicción o control.

23) Se pretende que la definición delimite y distinga claramente el Estado bajo cuya jurisdicción o control se realice una actividad comprendida en el ámbito de este proyecto de principios del Estado que haya sufrido los efectos nocivos. A los efectos de los presentes principios podrían utilizarse distintas expresiones. Entre ellas, las definidas en el proyecto de artículos sobre prevención⁴¹¹, como la de «Estado de origen» (el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se realizan las actividades a las que se refiere el artículo 1), y la de «Estado que pueda resultar afectado» (el Estado en cuyo territorio o en otros lugares sujetos a su jurisdicción o control existe el riesgo de daño transfronterizo sensible, y puede haber más de un Estado que pueda resultar afectado en virtud de una actividad determinada). Además, podrían usarse también la de «Estado del daño» (el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares se produzca el daño transfronterizo) y la de «Estados interesados» (el Estado de origen, el Estado que pueda resultar afectado y el Estado del daño). Esas expresiones no se han empleado en el presente proyecto de principios, pero se han utilizado en distintos pasajes del comentario cuando era procedente.

24) Como ocurre con frecuencia, los incidentes comprendidos en el ámbito del presente proyecto de principios pueden producir víctimas tanto en el Estado de origen como en los otros Estados del daño. Con respecto a la indemnización, especialmente en lo que se refiere a los fondos que hay que crear en beneficio de las víctimas, de conformidad con el proyecto de principio 4 *infra*, cabría prever una indemnización por los daños sufridos en el

Estado de origen. El artículo XI de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares prevé ese sistema.

25) El *apartado d* define la expresión «actividad peligrosa» como una actividad que entrañe un riesgo de causar daños transfronterizos por sus consecuencias físicas. En el comentario del proyecto de principio 1 se ha explicado el sentido y alcance de esos términos.

26) En el *apartado e* se define al «explotador». Se trata de una definición funcional: la persona que dirija o controle la actividad.

27) No existe una definición general de «explotador» en derecho internacional. El término, sin embargo, se emplea en el derecho interno⁴¹² y en la práctica convencional. En ésta, los regímenes de reparación de los daños nucleares imponen la responsabilidad al explotador⁴¹³. Sin embargo, la definición de explotador varía según la naturaleza de la actividad. La atribución de la responsabilidad a una sola entidad, el propietario o el explotador, es lo que caracteriza a los regímenes de responsabilidad causal. Por ello, puede señalarse específicamente a una persona distinta del explotador como responsable, en función de los intereses que intervienen en una actividad peligrosa determinada. Por ejemplo, en la Conferencia de 1969 que condujo a la aprobación del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de

⁴¹² Véase por ejemplo la *Oil Pollution Act* de 1990 (nota 390 *supra*), con arreglo a la cual se puede considerar responsables a las personas siguientes: a) las partes responsables como el propietario o el explotador de un buque, una instalación costera o en alta mar, un puerto de aguas profundas o unas tuberías; b) el «garante», la «persona distinta de la parte responsable que avala pruebas de la responsabilidad financiera de una parte responsable»; y c) los terceros (personas distintas de las mencionadas en las dos primeras categorías, sus agentes o empleados o sus contratistas independientes, cuya conducta sea la causa única de los perjuicios). Véase también la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (nota 399 *supra*).

⁴¹³ Véanse, por ejemplo, el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear y el Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982: «explotador» con respecto a una instalación nuclear significa «la persona designada o reconocida por la autoridad pública competente como explotador de dicha instalación nuclear» (art. 1 común, inciso vi). Véanse también la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (explotador) (art. IV); el Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares («explotador») (art. 1 c); y la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares (explotador de buques nucleares) (art. II). Véanse asimismo el Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT), que define al transportista en relación con los buques de navegación interior como «la persona que en el momento del incidente controle la utilización del vehículo a bordo del cual se transportan las mercancías peligrosas» (art. 1, párr. 8); el Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos, que define al explotador de una instalación en la plataforma continental de forma que incluye, a falta de una designación por una de las partes contratantes, a «la persona que ejerza el control general de las actividades realizadas en la instalación» (art. 1, párr. 3), y en virtud de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 366 *supra*), que atribuye la responsabilidad al *operador*, este término incluye a cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle la actividad profesional.

tales medidas. Véanse también el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (art. 2, párr. 2 c v) y d), el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (art. 2, párrs. 7 d y 9), y el Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas (art. 2, párr. 2 d v) y h).

⁴¹¹ Véase la nota 322 *supra*.

las aguas del mar por hidrocarburos, existía la posibilidad de imputar la responsabilidad al propietario del buque, al propietario de la carga o a ambos⁴¹⁴. Sin embargo, en virtud de un acuerdo de transacción, se convino en establecer la responsabilidad objetiva del propietario del buque. La expresión «que dirija» connota la capacidad para utilizar o controlar algún medio. Puede incluir a la persona que utilice una aeronave en el momento del daño, o al propietario de la aeronave si ha conservado los derechos de navegación⁴¹⁵.

28) El término «control» denota la facultad o la autoridad para gestionar, dirigir, regular, administrar o supervisar⁴¹⁶. Puede incluir a la persona que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para ella, o la persona que registre o notifique tal actividad⁴¹⁷. Puede incluir también a una empresa matriz u otra entidad conexas, persona jurídica o no, si esa entidad dirige realmente la explotación⁴¹⁸. Un explotador puede ser una entidad pública o privada. Se prevé que un Estado pueda ser explotador a los efectos de la presente definición.

29) La frase «en el momento en que se produzca el incidente» tiene por objeto establecer una conexión entre el explotador y el daño transfronterizo.

⁴¹⁴ Véase *Official Records of the International Legal Conference on Maritime Pollution Damage, 1969*, Organización Consultiva Marítima Intergubernamental, 1973 (LEG/CONF/C.2/SR.2 a 13), citado en D. W. Abecassis y R. L. Jarashow, *Oil Pollution from Ships - International, United Kingdom and United States Law and Practice*, 2.ª ed., Londres, Stevens and Sons, 1985, pág. 253. Algunos regímenes que atribuyen la responsabilidad al propietario del buque son el Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (art. III, párr. 1); el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques (art. 3), y el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP) (art. 7, párr. 1).

⁴¹⁵ Véase el Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (art. 12).

⁴¹⁶ La definición de «propietario del buque» del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques es amplia: incluye al propietario inscrito, el fletador a casco desnudo, el armador gerente y el explotador del buque (art. 1, párr. 3).

⁴¹⁷ Véase la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 366 *supra*), art. 2, párr. 6.

⁴¹⁸ En virtud del artículo 8 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, la responsabilidad principal corresponde al *explotador*, que se define en el párrafo 11 del artículo 1 como una parte o agencia o instrumento de una parte, o una persona jurídica establecida en virtud del derecho de una parte, o una empresa mixta compuesta exclusivamente de cualquier combinación de esos elementos. De conformidad con la sección 16.1 de las Cláusulas uniformes del contrato para la exploración anexo al Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona aprobado por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos el 13 de julio de 2000, el *contratista* «será responsable del monto efectivo de los daños y perjuicios, incluidos los causados al medio marino, derivados de actos u omisiones ilícitos cometidos por él o por su empleados, subcontratistas, agentes y personas que trabajen para ellos o actúen en su nombre» (ISBA/6/A/18, anexo 4, cláusula 16).

Principio 3

Objetivo

El presente proyecto de principios tiene por objeto garantizar una indemnización pronta y adecuada a las personas naturales o jurídicas, incluidos los Estados, que sean víctimas de un daño transfronterizo, incluidos los daños al medio ambiente.

Comentario

1) El objetivo principal del presente proyecto de principios es ofrecer una indemnización de una manera previsible, equitativa, rápida y eficaz con relación a los costos. El presente proyecto tiende también a la consecución de otros objetivos, entre ellos: *a)* ofrecer incentivos al explotador y a otras personas o entidades interesadas para evitar los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas; *b)* promover la cooperación entre los Estados para resolver las cuestiones relativas a la indemnización de manera amistosa; y *c)* preservar y promover la viabilidad de actividades económicas que son importantes para el bienestar de los Estados y los pueblos.

2) El objetivo decisivo de garantizar la protección de las víctimas de un daño transfronterizo por medio de la indemnización ha sido un elemento esencial desde el comienzo del estudio de este tema por la Comisión. En su plan esquemático, el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter también hizo hincapié en la necesidad de proteger a las víctimas, lo que exigía «medidas de prevención para evitar en lo posible un riesgo de pérdida o daño, y cuando ello no sea posible, medidas de reparación», y en que «no se deben hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado»⁴¹⁹. El proyecto de artículos sobre la prevención⁴²⁰ ya ha atendido la primera de ambas consideraciones.

3) No se consideró necesaria una definición formal del término «víctima», pero, a los efectos de los presentes principios, ese término comprende a las personas naturales y jurídicas, incluidos los Estados como custodios de los bienes públicos. Esta excepción está relacionada con la definición de daño que figura en el proyecto de principio 2, que incluye el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente, y puede deducirse de ella⁴²¹. Un grupo de personas o municipios también puede ser víctima. En el asunto *In the Matter of the people of Enewetak* sustanciado ante el Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall, establecido con arreglo a la ley del Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall de 1987, el Tribunal examinó las cuestiones de la indemnización a los habitantes de Enewetak con respecto a: la privación pasada y futura del uso del atolón de Enewetak; la recuperación de Enewetak hasta

⁴¹⁹ *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/360, pág. 76 (plan esquemático, secc. 5, párrs. 2 y 3).

⁴²⁰ Véase la nota 322 *supra*.

⁴²¹ Con respecto a la definición de víctima en el derecho penal internacional, véase, por ejemplo, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder, resolución 40/34 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985. Véase también el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 79).

devolverlo a un estado seguro y productivo; las dificultades que había padecido la población de Enewetak como resultado de su reubicación derivada de la privación de uso ocasionada por los ensayos nucleares realizados en el atolón⁴²². En el litigio relativo al *Amoco Cadiz*, después del naufragio del superpetrolero Amoco Cadiz frente a las costas de Bretaña, los departamentos administrativos de Côtes du Nord y Finistère y muchos municipios (*communes*), así como varias empresas, asociaciones y particulares franceses, demandaron al dueño del Amoco Cadiz y su sociedad matriz en los Estados Unidos. Las demandas comprendían el lucro cesante. El propio Gobierno francés presentó demandas para el resarcimiento de los daños causados por la contaminación y del costo de la limpieza de las costas⁴²³.

4) El significado de víctima también se relaciona con la cuestión de la capacidad procesal. Algunos regímenes de responsabilidad, como el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente y la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales asignan capacidad procesal a las organizaciones no gubernamentales⁴²⁴. La Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales también otorga capacidad procesal a las organizaciones no gubernamentales públicos. Víctimas pueden ser también las personas designadas por las leyes nacionales para actuar como fideicomisarios públicos para salvaguardar esos recursos y que, por lo tanto, tienen capacidad para litigar. El concepto de fideicomiso público (*public trust*) ha permitido, en muchos países, conferir a diferentes personas determinada capacidad procesal para obtener la rehabilitación y limpieza en caso de daño transfronterizo⁴²⁵. Por ejemplo, de conformidad con la *Oil Pollution Act* de 1990, se concede ese derecho al Gobierno de los Estados Unidos, a un Estado, a una tribu indígena o a un gobierno extranjero. En virtud de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* de 1980, enmendada en 1986 por la *Superfund Amendments and Reauthorization Act*, se ha concedido *locus standi* únicamente al Gobierno

⁴²² Véase *International Legal Materials*, vol. 39, n.º 5 (septiembre de 2000), págs. 1214 y ss. En diciembre de 1947 la población fue trasladada desde el atolón de Enewetak al atolón de Ujelang. En el momento del traslado el atolón contaba con 1.919,49 acres. A la fecha del regreso, el 1.º de octubre de 1980, se habían efectuado 43 ensayos de dispositivos atómicos, y en ese momento 815,33 acres se devolvieron al uso, otros 949,8 acres no estaban disponibles para el uso y los 154,36 acres restantes se habían evaporado (ibíd., pág. 1214).

⁴²³ Véase *Re Oil Spill by the Amoco Cadiz off the coast of France on 16 March 1978*, MDL Docket N.º 376 NDIII, 1984, *American Maritime Cases*, 2123-2199. Véase también M. C. Maffei, «The compensation for ecological damage in the “Patmos” case», en F. Francioni y T. Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham and Trotman, 1991, pág. 381. Véase asimismo, con respecto a la cuestión del vertimiento de petróleo por el *Amoco Cadiz* frente a las costas de Francia el 16 de marzo de 1978, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 954 F.2d 1279.

⁴²⁴ Véanse el artículo 18 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente y el artículo 12 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental (nota 366 *supra*).

⁴²⁵ Véase P. Wetterstein «A proprietary or possessory interest...», *loc. cit.* (nota 373 *supra*), págs. 50 y 51.

federal, a los representantes autorizados de los Estados en su calidad de fideicomisarios de los recursos naturales, o a fideicomisarios designados por las tribus indias. En algunos otros países se ha concedido el mismo derecho de accionar a las autoridades públicas. Por ejemplo, la ley noruega otorga capacidad procesal a las organizaciones y sociedades privadas para ejercitar acciones de resarcimiento de los costos de rehabilitación. En Francia, se ha dado a algunas asociaciones sobre el medio ambiente el derecho a pedir indemnización en asuntos penales relativos a la violación de ciertas leyes sobre el medio ambiente.

5) El concepto de responsabilidad e indemnización de las víctimas también es recogido en el principio 22 de la Declaración de Estocolmo, que da expresión a una convicción común:

Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción⁴²⁶.

6) La cuestión se aborda con más amplitud en el principio 13 de la Declaración de Río:

Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción⁴²⁷.

7) La necesidad de una pronta y adecuada indemnización también debe percibirse desde la perspectiva de la consecución de la «internalización del costo», que constituye el núcleo original del principio «quien contamina, paga»⁴²⁸. Este principio representa una argumentación a favor de la incorporación de los costos económicos reales de la lucha contra la contaminación, la limpieza y las medidas de protección en los costos del ejercicio de la actividad misma. De ese modo, se ha intentado garantizar que los gobiernos no distorsionen los costos del comercio y la inversión internacionales mediante el otorgamiento de subsidios para estos costos ambientales. La política de la OCDE y de la Unión Europea respalda esta concepción. Sin embargo, en su aplicación, el principio así respaldado exhibe diversas variaciones en distintos contextos. Diversos instrumentos internacionales hacen referencia al principio «quien contamina, paga». En términos muy generales aparece como principio 16 de la Declaración de Río:

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente

⁴²⁶ Véase la nota 363 *supra*.

⁴²⁷ Véase la nota 353 *supra*.

⁴²⁸ Véanse H. Smets, «Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement ?», *Revue generale de droit international public*, vol. 97 (1993), págs. 339 a 364, y N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruselas, Bruylant, 1999, págs. 157 y ss.

en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales⁴²⁹.

8) En la práctica de los tratados, el principio ha servido de base para construir regímenes de responsabilidad objetiva. Así sucede con el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, cuyo preámbulo se refiere a «la conveniencia de que exista una responsabilidad objetiva en esta esfera teniendo en cuenta el principio de quien contamina paga». El Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas se refiere en el preámbulo al principio «quien contamina, paga» calificándolo como «un principio general del derecho medioambiental internacional aceptado también por las Partes en» el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales y la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales⁴³⁰.

9) Algunos órganos judiciales nacionales también han reconocido el principio. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de la India en el asunto *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India and others*⁴³¹, considerando el principio como parte del derecho internacional general, intimó al Gobierno de la India que estableciera un servicio encargado de hacer frente a la situación de deterioro medioambiental resultante de las actividades de la industria del curtido en el Estado de Tamil Nadu. En este asunto, se estimó que 35.000 hectáreas de tierra agrícola situadas en el cinturón de las curtidurías habían quedado total o parcialmente inaptas para el cultivo y que los 170 tipos de productos químicos que se utilizaban en el proceso de curtido con cromo habían contaminado gravemente el agua potable de la zona. El Tribunal multó a cada curtiduría con 10.000 rupias que debían depositarse en un Fondo de Protección Ambiental. También ordenó a las curtidurías contaminantes que pagaran indemnizaciones y responsabilizó a los magistrados recaudadores de distrito del Estado de Tamil Nadu del cobro de la indemnización

⁴²⁹ En su informe sobre la ejecución del Programa 21, las Naciones Unidas señalaron:

«Se ha logrado avanzar en la incorporación en diversos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales de los principios que figuran en la Declaración de Río [...] especialmente [...] el principio de quien contamina paga [...]. Aunque se ha avanzado algo en el cumplimiento de los compromisos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo mediante diversos instrumentos jurídicos internacionales, aún queda mucho por hacer para incorporar más decididamente los principios de Río al derecho y a la práctica.»

Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimonoveno período extraordinario de sesiones, Suplemento n.º 2 (A/S-19/33), párr. 14.

⁴³⁰ También se hace referencia a dicho principio, por ejemplo, en los siguientes instrumentos: el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, 1990; el Convenio para la protección del medio marino del Atlántico nordeste (Convenio OSPAR); el Convenio sobre la protección del medio marino en la zona del mar Báltico; el Convenio sobre la protección del mar Negro contra la contaminación; el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales; la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales; el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, y la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 366 *supra*).

⁴³¹ Véase *All India Reporter 1996*, vol. 83, párr. 2715.

que debía calcularse y de los gravámenes que la autoridad debía fijar conforme a las instrucciones del Tribunal⁴³².

10) En el arbitraje entre Francia y los Países Bajos relativo a la aplicación del Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación por cloruros, de 3 de diciembre de 1976, y del Protocolo adicional de 25 de septiembre de 1991 (Francia/Países Bajos), el Tribunal Arbitral adoptó no obstante un criterio diferente cuando se le pidió que tuviera en cuenta el principio «quien contamina, paga» en su interpretación del Convenio, aunque no se mencionaba expresamente en él. En su laudo de 12 de marzo de 2004 el Tribunal concluyó que a pesar de su importancia en el derecho de los tratados el principio de quien contamina paga no formaba parte del derecho internacional general. Por lo tanto, no lo estimó pertinente a su interpretación del Convenio⁴³³.

11) Además se ha observado que «es dudoso que [el principio “quien contamina paga”] haya alcanzado el rango de norma de derecho internacional consuetudinario generalmente aplicable, excepto tal vez en relación con los Estados de la CE, de la CEPE y de la OCDE»⁴³⁴.

12) El principio también tiene sus limitaciones. Se ha observado que:

La medida en que, debido a su responsabilidad civil, el contaminador debe pagar por el daño medioambiental depende de diversos factores. Si la responsabilidad se basa en negligencia, no sólo es preciso probar tal negligencia, sino que el daño que no sea razonablemente previsible ni razonablemente evitable no se indemnizará y la pérdida

⁴³² Un breve resumen del asunto *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India and others* (nota *supra*) puede encontrarse en *Compendium of Summaries of Judicial Decisions in Environment Related Cases (with special reference to countries in South Asia)*, D. Kaniaru, L. Kurukulasuriya y P. D. Abeyegunawardene (eds.), Colombo, South Asia Co-operative Environment Program, 1997, párr. 25. El Tribunal Supremo de la India en el asunto posterior *Andhra Pradesh Pollution Control Board II v. Prof. M. V. Nayudu (retired) and others* abundó en las obligaciones de prevención, haciendo hincapié en el principio de precaución (en el lugar del principio de capacidad de asimilación enunciado en la Declaración de Estocolmo (véase la nota 363 *supra*)), en la imposición de la carga de la prueba al acusado, y en el principio de la buena administración de los asuntos públicos, que incluye la necesidad de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias (a este respecto, el Tribunal Supremo se basó en el primer informe del Relator Especial Sr. Pemasaraju Sreenivasa Rao sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas (véase la nota 343 *supra*), párrs. 103 y 104), *All India Reporter 1999*, vol. 86, párr. 812. Véase *Andhra Pradesh Pollution Control Board II v. Prof. M. V. Nayudu (retired) and others*, en el que se reiteraron esos principios, www.supremecourtindia.nic.in.

⁴³³ El Tribunal declaró en la parte pertinente: «El Tribunal toma nota de que los Países Bajos han hecho referencia, en apoyo de su demanda, al principio de “quien contamina, paga”. [...] El Tribunal observa que ese principio figura en algunos instrumentos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, y que tiene grados de eficacia variables. Sin negar la importancia del principio en el derecho convencional, el Tribunal no considera que tal principio forme parte del derecho internacional general» (*Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976*, sentencia arbitral de 12 de marzo de 2004, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (n.º de venta: E/F.05.V.5), párr. 312, párrs. 102 y 103). El texto de la sentencia puede consultarse también en www.pca-cpa.org.

⁴³⁴ Sands, *op. cit.* (nota 403 *supra*), párr. 280, un ejemplo de la forma flexible en que el principio se aplica en el contexto de la OCDE y la Unión Europea.

correrá a cargo de la víctima o del contribuyente, no del contaminador. La responsabilidad objetiva es una aproximación más adecuada al principio de «quien contamina, paga», pero no en los casos en que la cuantía se encuentre limitada, como sucede en los sistemas aprobados internacionalmente con respecto a los buques petroleros o las instalaciones nucleares. Además, una definición estrecha del daño puede excluir las pérdidas medioambientales que no se puedan cuantificar fácilmente en términos monetarios, como es el caso de las especies silvestres, o que afecten a la calidad del medio ambiente sin causar daño físico real⁴³⁵.

13) Se ha afirmado asimismo que el principio no se puede tratar como una «norma rígida de aplicación universal, ni los medios que se utilicen para ponerlo en práctica serán los mismos en todos los casos»⁴³⁶. Se sugiere que «una gran flexibilidad será inevitable, teniendo plenamente en cuenta las diferencias en la naturaleza del riesgo y la viabilidad económica de una íntegra internalización de los costos medioambientales por parte de las industrias cuya capacidad para sufragarlos variará según los casos»⁴³⁷.

14) El proyecto de principio 3 también hace hincapié en que el daño al «medio ambiente» *per se* crea un derecho de accionar que obliga a una pronta y adecuada indemnización. Como se observa en el comentario al proyecto de principio 2 *supra*, esa indemnización no sólo puede incluir una compensación monetaria al demandante, sino que ciertamente también permite el reembolso de los costos de las medidas razonables de rehabilitación y respuesta.

15) En términos generales, ha habido renuencia a aceptar la responsabilidad por daños al medio ambiente *per se*, a menos que personas o bienes resulten afectados a consecuencia de tales daños⁴³⁸. La situación está cambiando gradualmente⁴³⁹. En el caso del daño a los recursos natu-

⁴³⁵ P. W. Birnie y A. E. Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 358 *supra*), págs. 93 y 94.

⁴³⁶ *Ibid.*, págs. 94 y 95. Véase también el estudio preparado por la Secretaría sobre los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la 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) (nota 352 *supra*), cap. II.

⁴³⁷ P. W. Birnie y A. E. Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 358 *supra*), pág. 95. Los autores señalan: «la referencia al interés público en el principio 16 de la Declaración de Río deja amplio campo para las excepciones [...]. En la forma en que se aprobó en Río, el principio «quien contamina, paga» no es ni absoluto ni obligatorio» (pág. 93). También señalan que en el caso de las instalaciones nucleares de Europa oriental, «los gobiernos de Europa occidental, que representan a un amplio grupo de víctimas potenciales [...], han financiado los trabajos necesarios para elevar los niveles de seguridad» (pág. 94).

⁴³⁸ Pueden verse resultados contrapuestos en los asuntos *Blue Circle Industries plc. v. Ministry of Defence*, *The All England Law Reports 1998*, vol. 3, pág. 385; y *Merlin and another v. British Nuclear Fuels plc.*, *The All England Law Reports 1990*, vol. 3, pág. 711.

⁴³⁹ Por lo que respecta a las dificultades relativas a las demandas por daños y posibles consecuencias para el medio ambiente, véanse los asuntos *Patmos y Haven*. Véase, en general: A. Bianchi, «Harm to the environment in Italian practice: the interaction of international law and domestic law»; en P. Wetterstein (ed.) (nota 373 *supra*), pág. 103, especialmente págs. 113 a 129. Véanse también Maffei, *loc. cit.* (nota 423 *supra*), pág. 381 especialmente págs. 383 a 390; y D. Ong, «The relationship between environmental damage and pollution: Marine oil pollution laws in Malaysia and Singapore», en M. Bowman y A. Boyle (eds.), *op. cit.* (nota 393 *supra*), pág. 191, especialmente págs. 201 a 204. Véase asimismo Sands, *op. cit.* (nota 403 *supra*), págs. 918 a 922. Véanse también el incidente *Antonio Gramsci* de 1979 y el incidente *Antonio Gramsci* de 1987, FIDAC, *Report on the activities of the International Oil Pollution Compensation Fund during 1980*; *ibid.*, *Annual Report 1989*, pág. 26; e *ibid.*, *Annual Report 1990*, pág. 27. Véase, en

rales o al medio ambiente, existe el derecho a indemnización o reembolso de los gastos en que se hubiese incurrido para la aplicación de medidas de prevención, rehabilitación o restablecimiento razonables. En el caso de algunos instrumentos internacionales esto se limita aún más sólo a las medidas *realmente* adoptadas, lo que excluye el lucro cesante por deterioro del medio ambiente⁴⁴⁰.

16) El objetivo no es rehabilitar el medio ambiente ni devolverlo a su estado original, sino permitir que se mantengan sus funciones permanentes. En este proceso no está previsto incurrir en gastos que no guarden proporción con los resultados perseguidos; además, tales gastos deberían ser rentables. Teniendo en cuenta estas consideraciones, si la rehabilitación o restablecimiento del medio ambiente no es posible, es razonable introducir el equivalente de esos elementos en el medio ambiente⁴⁴¹.

general: W. Chao, *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation*, Londres, Kluwer, 1996, págs. 361 a 366: La resolución n.º 3 del FIDAC, de 10 de octubre de 1980, no permitió al tribunal evaluar la indemnización que había de pagar el Fondo «sobre la base de una cuantificación abstracta del daño calculado de acuerdo con modelos teóricos» (FUND/A/ES.1/13, anexo I). En el caso del *Amoco Cadiz* (véase la nota 423 *supra*), el Tribunal del Distrito Norte de Illinois ordenó a la Amoco Oil Corporation el pago de 85,2 millones de dólares en multas: 45 millones de dólares por los costos del derrame y 39 millones de intereses. Denegó la indemnización de los daños no económicos. Así pues, rechazó las demandas por daños a la imagen y daños ecológicos. El Tribunal observó: «Es verdad que durante un tiempo el municipio no pudo ofrecer playas limpias a sus ciudadanos y que no se pudo preservar la paz, la quietud y la libertad normales debido al denso tráfico, condiciones que habrían existido en el municipio en ausencia de las actividades de limpieza», pero llegó a la conclusión de que la «reclamación por pérdida del disfrute por parte de los municipios no es sostenible según el derecho francés» (Maffei, *loc. cit.* (nota 423 *supra*), pág. 393). Con respecto al daño a la imagen, el Tribunal señaló que la reclamación de los demandantes puede indemnizarse tratándose de un daño cuantificable en la medida en que pueda demostrarse que ese daño a la imagen se tradujo en un daño consecuente específico para el municipio por el hecho de que los turistas y visitantes que en otras circunstancias pudieran haber venido, dejaron de acudir. Este es precisamente el fondo de las demandas individuales por daños presentadas por hoteles, restaurantes, campamentos de vacaciones y otros negocios de los municipios. Con respecto al daño ecológico, el Tribunal tuvo el problema de evaluar «las especies muertas en las aguas costeras a causa del derrame de petróleo» y observó que «este daño que se alega está sujeto al principio de la *res nullius* y no es indemnizable por falta de capacidad procesal de las personas o entidades para formular la reclamación» (*ibid.*, págs. 393 y 394). Véase también el asunto *In the Matter of the people of Enewetak* (nota 422 *supra*) ante el Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall, asunto en que el Tribunal tuvo la oportunidad de estudiar la cuestión de si la rehabilitación era una solución apropiada para las pérdidas padecidas por la población del atolón de Enewetak de resultados de los ensayos nucleares realizados por los Estados Unidos. Su fallo condenó al pago de los costos de limpieza y rehabilitación según el siguiente detalle: 22 millones de dólares para la remoción de tierra; 15,5 millones de dólares para el tratamiento con potasio; 31,5 millones de dólares para la construcción de terraplenes; 10 millones de dólares para limpieza de plutonio; 4,51 millones de dólares para estudios; 17,7 millones de dólares para rehabilitación del suelo y reposición de la vegetación (págs. 1222 y 1223).

⁴⁴⁰ Con respecto a los aspectos generales, véase *supra* el comentario del principio 2, párrs. 8, 9 y 18 a 21.

⁴⁴¹ Con respecto al análisis de la definición de medio ambiente y de los elementos del daño al medio ambiente que son indemnizables, véase el undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Relator Especial Julio Barboza (nota 336 *supra*), especialmente pág. 62, párr. 28. Para una interesante descripción del problema del daño, su definición, los efectos adversos y la evaluación del daño, véase M. A. Fitzmaurice, «International protection of the environment», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2001, La Haya, Martinus Nijhoff, vol. 293 (2002), págs. 9 y ss., en particular págs. 225 a 233.

17) El Estado o cualquier otro organismo público que intervenga en la adopción de medidas de rehabilitación o respuesta puede recuperar más tarde los costos del explotador. Por ejemplo, tal es el caso de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*. La ley crea el «superfondo» con dólares provenientes de los impuestos; dicho superfondo deberá reponerse con el reembolso de los gastos que han de sufragar las partes responsables para pagar la limpieza de ser necesario. El Organismo de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos administra el superfondo y tiene amplios poderes para investigar la contaminación, escoger las medidas correctivas adecuadas e incluso ordenar a las partes responsables las labores de limpieza, o efectuar el trabajo directamente y recuperar luego sus costos⁴⁴².

Principio 4

Pronta y adecuada indemnización

1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización.

2. Esas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esa responsabilidad no debería depender de la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esa responsabilidad deberían ser compatibles con el proyecto de principio 3.

3. Esas medidas deberían incluir también la obligación a cargo del explotador o, cuando proceda, de otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, una fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización.

4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir la obligación de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad.

5. En el caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, el Estado también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales.

Comentario

1) Este proyecto de principio refleja el importante papel del Estado de origen en el establecimiento de un sistema viable para cumplir con el requisito de una «pronta y adecuada indemnización». La expresión «cada Estado» remite en el presente contexto al Estado de origen. El proyecto de principio comprende cuatro elementos relacionados entre sí: en primer lugar, el Estado debe establecer un

⁴⁴² Un análisis de la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* figura en W. D. Brighton y D. F. Askman, «The role of government trustees in recovering compensation for injury to natural resources», en P. Wetterstein (ed.) (nota 373 *supra*), págs. 177 a 206, en págs. 183 y 184.

régimen de responsabilidad; en segundo lugar, ese régimen de responsabilidad no debería exigir prueba de culpa; en tercer lugar, las condiciones o limitaciones que puedan imponerse a dicha responsabilidad no deberían ir en detrimento de la exigencia de una pronta y adecuada indemnización, y, en cuarto lugar, deberían crearse diversas formas de fianza, de seguro y de financiación por la rama de actividad para ofrecer garantías financieras suficientes de indemnización. En los cinco párrafos del principio 4 se expresan estas cuatro ideas.

2) El *párrafo 1* se refiere al primer requisito. Es preciso que el Estado de origen adopte las medidas necesarias para garantizar una pronta y adecuada indemnización a las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas dentro de su territorio o bajo su jurisdicción. La parte final del párrafo dice «en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control», terminología equivalente a la empleada en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 6 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobado por la Comisión en 2001⁴⁴³. Se supone naturalmente que se concedería una indemnización análoga por los daños causados dentro del Estado de origen de resultas de un incidente de ese tipo.

3) El *párrafo 2* se refiere al segundo y tercer requisitos y establece que en ese régimen de responsabilidad no debería exigirse la prueba de la culpa y que cualquier condición o limitación de dicha responsabilidad debería ser compatible con el proyecto de principio 3, que destaca el objetivo de una «indemnización pronta y adecuada». En la primera oración se destaca el principio «quien contamina, paga» y se prevé asignar la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. En la segunda oración se establece que para esa responsabilidad no debería exigirse prueba de culpa. En la tercera oración se reconoce que es habitual que los Estados y los convenios internacionales impongan ciertas condiciones o limitaciones a la responsabilidad. Sin embargo, a fin de estar seguros de que esas condiciones y excepciones no alteran en lo fundamental la naturaleza del requisito de proporcionar una pronta y adecuada indemnización, se ha subrayado que tales condiciones o excepciones deberían ser compatibles con la exigencia de una indemnización pronta y adecuada prevista en el proyecto de principio 3.

4) En el *párrafo 3* se dispone que entre las medidas adoptadas por el Estado de origen debería incluirse la obligación a cargo del explotador o, cuando proceda, de otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, una fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización.

5) El *párrafo 4* se refiere a la financiación por la rama de actividad en el ámbito nacional. La expresión «tales medidas» refleja la idea de que la intervención del Estado consistiría en una serie de medidas diversas.

6) En el *párrafo 5* se dispone que, en caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores resulten insuficientes para proporcionar una indemnización adecuada, el Estado de origen debería velar por que se

⁴⁴³ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 167.

asignaran recursos financieros adicionales. En cuanto a cómo lograr que se presten garantías financieras para garantizar una pronta y adecuada indemnización, en los tres últimos párrafos se deja que el Estado de origen decida libremente. Este proyecto de principio requiere asimismo que el Estado de origen se mantenga vigilante para revisar constantemente el derecho nacional a fin de que sus normas estén al corriente de la evolución de la tecnología y la práctica de la rama de actividad de que se trate en el propio país y en otros lugares. En el párrafo 5, aunque no se exige al Estado de origen que reserve fondos públicos para garantizar una pronta y adecuada indemnización, sí se prevé que el Estado de origen deberá encargarse de que estén disponibles dichos recursos financieros adicionales.

7) El párrafo 1 hace hincapié en todas las «medidas necesarias» y concede a cada Estado la suficiente flexibilidad para alcanzar el objetivo de garantizar el pago de una pronta y adecuada indemnización. Se destaca esa exigencia sin perjuicio de los pagos *ex gratia* que puedan efectuarse o de las medidas para casos de emergencia o de socorro que los Estados u otras entidades responsables puedan contemplar en favor de las víctimas.

8) Además, a efectos del presente proyecto de principios, como se señaló anteriormente, se supone que el Estado de origen ha cumplido debidamente con todas las obligaciones que le incumben en virtud del proyecto de artículos sobre la prevención, en particular del artículo 3⁴⁴⁴. En el contexto del presente proyecto de principios no se toma en consideración la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos. Ahora bien, ello debe entenderse sin perjuicio de las reclamaciones que puedan presentarse en virtud del derecho de la responsabilidad de los Estados y otros principios de derecho internacional.

9) A este respecto, el párrafo 1 se centra en la exigencia de que el Estado garantice el pago de una pronta y adecuada indemnización. El propio Estado no está obligado a pagar la indemnización. En su forma actual, el proyecto de principio responde a la creciente demanda y al consenso existentes en la comunidad internacional. Se prevé en general que los Estados, como parte de las disposiciones adoptadas para permitir la realización de actividades peligrosas bajo su jurisdicción y control, se aseguren de que existen mecanismos adecuados para responder a demandas de indemnización en caso de daño.

10) Como se señaló en el comentario al proyecto de principio 3, se ha reconocido la necesidad de establecer regímenes de responsabilidad en un contexto internacional, como se expresa, por ejemplo, en el principio 22 de la Declaración de Estocolmo y el principio 13 de la Declaración de Río⁴⁴⁵. Si bien no se pretende que esos princi-

pios establezcan obligaciones jurídicamente vinculantes, demuestran las aspiraciones y preferencias de la comunidad internacional⁴⁴⁶.

11) Los supuestos en que se basa el presente proyecto de principio se remontan al arbitraje de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)⁴⁴⁷. Aunque en ese caso el Canadá asumió la obligación de pagar la indemnización necesaria por cuenta de la empresa privada, el principio básico establecido preveía la obligación del Estado de garantizar el pago de una pronta y adecuada indemnización en caso de daño transfronterizo.

12) En el párrafo 2 se enuncia la primera medida importante que cada Estado debería adoptar, a saber: la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. En el comentario al proyecto de principio 1 ya se ha explicado lo que significa el término «explotador». Sin embargo, cabe destacar que en caso de daño sensible la responsabilidad incumbe al explotador de la instalación⁴⁴⁸. Existen, no obstante, otras posibilidades. En el caso de los buques, la responsabilidad corresponde al propietario, no al explotador. Eso significa que los fletadores, que pueden ser los explotadores efectivos, no son responsables en virtud, por ejemplo, del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos. En otros casos, la responsabilidad se asigna a más de una entidad. Según el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, los generadores, los exportadores, los importadores y los eliminadores de desechos pueden ser responsables en las diversas fases del tránsito de los desechos. El principio real subyacente no es que los «explotadores» son siempre responsables, sino que la responsabilidad primordial incumbe a la parte que tiene un control más efectivo del riesgo en el momento del accidente o dispone de una capacidad más efectiva para proporcionar una indemnización.

13) La asignación de responsabilidad al explotador o a una sola persona o entidad se considera consecuencia del principio «quien contamina, paga». Sin embargo, como se explicó en el comentario al proyecto de principio 3 *supra*, dicho principio tiene sus propias limitaciones y ha

sobre el Desarrollo Sostenible, A/CONF.199/20, resolución 2, de 4 de septiembre de 2002, anexo.

⁴⁴⁶ Birnie y Boyle observan que «todos estos principios reflejan la evolución más reciente del derecho internacional y la práctica de los Estados; su rango actual de principios de derecho internacional general es más dudoso; pero el apoyo consensual de que gozan como demuestra la Declaración de Río es un indicio importante de su creciente significación jurídica» (P. W. Birnie y A. E. Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 358 *supra*), pág. 105).

⁴⁴⁷ Véase la nota 204 *supra*.

⁴⁴⁸ Según Goldie, los convenios sobre responsabilidad nuclear iniciaron la nueva tendencia de asignar la responsabilidad al explotador «por larga que fuera la cadena causal y por nuevos que fueran los factores implicados (excepto un número muy limitado de factores exculpatorios)» (L. F. E. Goldie, «Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (véase la nota 369 *supra*), pág. 196). Sobre esta cuestión véase también Goldie, «Liability for damage and the progressive development of international law», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), pág. 1189, en particular págs. 1215 a 1218.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, pág. 163.

⁴⁴⁵ Véanse *supra* las notas 363 y 353, respectivamente. Véanse también la Declaración Ministerial de Malmö, aprobada por el Consejo de Administración del PNUMA en su sexto período extraordinario de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 25 (A/55/25)*, anexo I, decisión SS.VI/1, de 31 de mayo de 2000, anexo; el Programa de desarrollo y examen periódico del derecho ambiental para el primer decenio del siglo XXI (Programa de Montevideo III), aprobado por el Consejo de Administración del PNUMA en su 21.º período extraordinario de sesiones, UNEP-E-GC21, decisión 21/23, de 9 de febrero de 2001, y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial

de aplicarse con flexibilidad. A pesar de su repercusión en la tendencia actual de los Estados a internalizar progresivamente los costos de las industrias contaminantes, el principio no se suele considerar todavía parte del derecho internacional general.

14) El párrafo 2 dispone también que la responsabilidad no debe basarse en la prueba de culpa. Las actividades peligrosas y extremadamente peligrosas, que constituyen la materia objeto del presente proyecto de principios, entrañan operaciones complejas y conllevan ciertos riesgos inherentes de causar daños sensibles. En tales asuntos, se reconoce en general que no debería exigirse la prueba de culpa o negligencia y que la persona debería ser tenida por responsable aun cuando hubiera empleado toda la diligencia necesaria que cabía esperar de una persona prudente. La responsabilidad objetiva se ha reconocido en muchas jurisdicciones al asignar la responsabilidad con respecto a actividades que conllevan un peligro o un riesgo inherente⁴⁴⁹. En cualquier caso, puede considerarse que se trata de una medida de desarrollo progresivo del derecho internacional. La responsabilidad objetiva se ha adoptado como base del régimen de responsabilidad en varios instrumentos, entre los que figuran convenios negociados recientemente, como por ejemplo en el artículo 4 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas, el artículo 4 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación y el artículo 8 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente.

15) Existen varias razones para esta adopción de la responsabilidad objetiva. Libera a los demandantes de la carga de la prueba cuando se trata de actividades que entrañan riesgo y que conllevan procesos e instalaciones industriales relativamente complejos desde el punto de vista técnico. Sería injusto e inapropiado imponer al demandante la pesada carga de probar la culpa o negligencia con respecto a actividades tecnológicas altamente complejas, cuyos riesgos y procedimientos la industria interesada guarda celosamente secretos.

16) Además, como los beneficios relacionados con la actividad de riesgo constituyen una de las motivaciones para que el explotador emprenda esa actividad, en general se supone que los regímenes de responsabilidad objetiva proporcionan incentivos para una mejor gestión de los riesgos creados. Esta es una suposición que puede no ser siempre válida. Dado que estas actividades se han aceptado sólo debido a su utilidad social y al hecho de ser indispensables para el crecimiento económico, los Estados quizás deseen, en cada momento oportuno, estudiar la posibilidad de reexaminar si siguen siendo indispensables y explorar soluciones más respetuosas con el medio ambiente y que al mismo tiempo presenten menos riesgos.

⁴⁴⁹ Véase el estudio preparado por la Secretaría sobre los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la 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) (nota 352 *supra*), cap. I.

17) En los casos de responsabilidad objetiva también es común el concepto de responsabilidad limitada. La responsabilidad limitada tiene varios objetivos desde un punto de vista normativo. Se justifica por razones de conveniencia para alentar al explotador a seguir realizando dicha actividad peligrosa pero social y económicamente benéfica. La responsabilidad objetiva pero limitada tiene asimismo por objeto permitir la obtención de una cobertura de seguro razonable para la actividad. Además, si la responsabilidad ha de ser objetiva, es decir, si ha de determinarse sin hacer recaer la carga de la prueba en los demandantes, ese carácter limitado debe considerarse una contrapartida razonable. Ninguno de esos argumentos constituye una verdad evidente por sí misma, pero suelen estimarse pertinentes⁴⁵⁰.

18) Cabe aducir que el sistema de responsabilidad limitada es insatisfactorio, ya que no puede proporcionar incentivos suficientes al explotador para que adopte medidas de prevención más estrictas. Si los límites se fijan muy bajos, el sistema podría incluso convertirse en una licencia para contaminar o causar daños a otros y para externalizar los costos reales del explotador. Además, el sistema puede no estar en condiciones de satisfacer todas las demandas y reclamaciones legítimas de las víctimas inocentes para la reparación en caso de daño. Por tal razón, es importante fijar los límites de la responsabilidad financiera a un nivel suficientemente alto, teniendo presentes la magnitud del riesgo que entraña la actividad y la razonable posibilidad de que los seguros cubran una parte importante del mismo.

19) Una de las ventajas de la responsabilidad objetiva pero limitada, desde el punto de vista de la víctima, consiste en que la persona interesada no necesita probar que ha habido negligencia y también sabe precisamente contra quién dirigir su demanda.

20) En los casos en que el perjuicio es causado por más de una actividad y no puede razonablemente atribuirse a una de ellas o no puede efectuarse una separación con un grado de certidumbre suficiente, las leyes nacionales han tendido a imponer una responsabilidad solidaria⁴⁵¹. Algunos instrumentos internacionales vigentes también prevén este tipo de responsabilidad⁴⁵².

⁴⁵⁰ Véase R. R. Churchill, «Facilitating (transnational) civil liability litigation for environmental damage by means of treaties: Progress, problems, and prospects», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 12 (2001), págs. 3 a 41, especialmente págs. 35 a 37.

⁴⁵¹ Sobre la responsabilidad solidaria, véase L. Bergkamp, *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, La Haya, Kluwer, 2001, págs. 298 a 306.

⁴⁵² Como ejemplos de la práctica de los tratados, véanse, por ejemplo, el artículo IV del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos; el artículo 4 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, el artículo 8 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP); el artículo 5 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques; el artículo 4 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación; el artículo 4 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos

21) Los límites son bien conocidos en el caso de los regímenes por los que se rige la contaminación por hidrocarburos en el mar y los incidentes nucleares. Por ejemplo, en virtud del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, el límite máximo de la responsabilidad del propietario del buque es de 59,7 millones de derechos especiales de giro (art. 6); más allá de ese límite, el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos está obligado a indemnizar a la víctima del daño hasta un total de 135 millones de unidades de cuenta (incluidas las cantidades recibidas del propietario), o si se trata de daños resultantes de fenómenos naturales, 200 millones de unidades de cuenta⁴⁵³. De manera análoga, en el Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares se prescriben también límites apropiados de la responsabilidad del explotador⁴⁵⁴.

22) En el artículo 9 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas y en el artículo 12 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación se establece una responsabilidad objetiva pero limitada. El Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades

transfronterizas de accidentes industriales en aguas transfronterizas; y el artículo 11 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente. Véanse también el artículo VII de la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares; el artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo II de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo 3 del Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear; y el artículo 3 del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982.

⁴⁵³ Véanse el párrafo 1 del artículo V del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos de 1969 tal y como fue enmendado por el Protocolo de 1992, el artículo 4 del Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos y el artículo 6 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos. Tras el hundimiento del Erika cerca de la costa francesa en diciembre de 1999, el límite máximo se elevó a 89,77 millones de unidades de cuenta, con efecto a partir del 1.º de noviembre de 2003. En virtud de las enmiendas de 2000 al Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, que iban a entrar en vigor en noviembre de 2003, la suma se ha elevado de 135 millones de unidades de cuenta a 203 millones de unidades de cuenta. Si tres Estados contribuyentes al Fondo reciben más de 600 millones de toneladas de petróleo al año, la suma máxima se eleva de 200 millones de unidades de cuenta a 300.740.000 unidades de cuenta. Véase Sands, *op. cit.* (nota 403 *supra*), págs. 915 a 917.

⁴⁵⁴ El Estado donde está la instalación tiene que garantizar que el explotador se hace responsable por cualquier incidente que se produzca hasta una cantidad no inferior a 300 millones de unidades de cuenta o por un período de transición de diez años; además dicho Estado debe garantizar una suma provisional de 150 millones de unidades de cuenta. En la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares se prevé una suma adicional que puede superar los 1.000 millones de dólares (véanse los artículos III y IV).

peligrosas para el medio ambiente, en cambio, opta por una responsabilidad objetiva (párrafo 1 del artículo 6 y párrafo 1 del artículo 7) sin ninguna disposición que limite la responsabilidad. Cuando se imponen límites a la responsabilidad financiera del explotador, por lo general tales límites no afectan a los intereses o costas adjudicados por el tribunal competente. Además, los límites de la responsabilidad están sujetos a revisión de manera regular.

23) La mayoría de los regímenes de responsabilidad excluyen la limitación de la responsabilidad en caso de culpa. El explotador es responsable por el daño que ha causado o al que ha contribuido con sus acciones u omisiones lesivas en que ha intervenido dolo, imprudencia o negligencia. El artículo 5 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación y el artículo 5 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas contienen disposiciones concretas en ese sentido. En el caso de actividades que requieren procesos o tecnologías químicas o industriales de gran complejidad, la responsabilidad basada en la culpa podría entrañar una pesada carga de la prueba para las víctimas. No obstante, los derechos de las víctimas podrían salvaguardarse mejor de varias maneras. Por ejemplo, se puede invertir la carga de la prueba, exigiendo al explotador que pruebe que no ha habido negligencia ni conducta dolosa. Pueden sacarse amplias inferencias del hecho de que se trata de una actividad intrínsecamente peligrosa. Podría imponerse al explotador la obligación legal de permitir que las víctimas o el público tengan acceso a la información relativa a las actividades correspondientes.

24) La responsabilidad objetiva puede aliviar la carga que, de lo contrario, deberían soportar las víctimas para probar la culpa del explotador, pero no elimina las dificultades que entraña el establecer el nexo causal necesario entre el daño y el origen de la actividad. El principio de la causalidad está ligado a las cuestiones de previsibilidad y proximidad o pérdida directa. En los casos en que se prefiere la responsabilidad por culpa, cabe señalar que sería posible interponer una demanda por negligencia para obtener la indemnización de un daño si el demandante demuestra que: *a)* el demandado se había obligado respecto de él a emplear un determinado grado de diligencia; *b)* el demandado incumplió tal obligación; *c)* el incumplimiento del demandado fue la causa inmediata del daño causado al demandante, y *d)* el demandante sufrió un perjuicio.

25) Tribunales de distintos países han aplicado el principio y las nociones de causa próxima, causalidad adecuada, previsibilidad y probabilidad del daño. Esta rama del derecho es muy discrecional e impredecible. Distintos países han aplicado esas nociones con resultados diversos. Se puede indicar que el criterio de la proximidad parece haberse suavizado progresivamente en la moderna doctrina de la responsabilidad extracontractual. Ha habido una evolución desde la estricta teoría de la condición *sine qua non* pasando por el criterio de la previsibilidad («adecuación») hasta un criterio de causalidad menos riguroso, que tan sólo requiere una «imputación razonable» del

perjuicio. Además, el criterio de la previsibilidad podría perder cada vez más importancia con los avances en los campos de la medicina, la biología, la bioquímica, la estadística y otras disciplinas pertinentes. Teniendo en cuenta todas estas razones, cabe pensar que sería difícil incluir esos criterios en un modelo analítico más general de la asignación de la pérdida⁴⁵⁵. No obstante, cada Estado debe abordar todas estas cuestiones al elaborar su régimen de responsabilidad.

26) Incluso cuando existe un nexo causal, pueden plantearse cuestiones difíciles en relación con las demandas que pueden dar derecho a indemnización, como la pérdida financiera, el *pretium doloris*, la incapacidad permanente, los perjuicios de disfrute o la pérdida de relaciones maritales y la evaluación del daño. De forma similar, el daño causado a un bien que pueda ser reparado o sustituido puede ser indemnizado teniendo en cuenta el valor de reparación o de sustitución. Pero es difícil indemnizar los daños causados a objetos de valor histórico o cultural si no es sobre la base de una evaluación arbitraria adaptada a cada caso. Además, cuanto más débil y vago sea el vínculo con el bien dañado, menor será la certeza de que existe un derecho a indemnización. También se discute si una pérdida puramente económica que implique para el perjudicado la pérdida del derecho a disfrutar de un equipamiento colectivo, pero que no le suponga una pérdida personal directa o una lesión a un derecho patrimonial, podría dar derecho a indemnización⁴⁵⁶. No obstante, las pérdidas estrictamente económicas, como las sufridas por un hotel, son indemnizables, por ejemplo, en Suecia y Finlandia, pero no en otros países⁴⁵⁷.

27) El párrafo 2 también trata la cuestión de las condiciones de exoneración. Es también usual que los regímenes y leyes nacionales que establecen la responsabilidad objetiva especifiquen un conjunto limitado de excepciones bastante uniformes a la responsabilidad del explotador. Un ejemplo típico de las excepciones a la responsabilidad puede hallarse en los artículos 8 y 9 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, en el artículo 3 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación o en el artículo 4 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas⁴⁵⁸. Se está exento de responsabilidad si, a pesar de

⁴⁵⁵ Véase P. Wetterstein «A proprietary or possessory interest...», *loc. cit.* (nota 373 *supra*), especialmente pág. 40.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, pág. 32.

⁴⁵⁷ Véase J. M. van Dunné, «Liability for pure economic loss: Rule or exception? A comparatist's view of the civil law - common law split on compensation of non-physical damage in tort law», *European Review of Private Law*, vol. 4 (1999), págs. 397 a 428. Véase también *Weller and Company and another v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, Reino Unido, Cámara de los Lores, *The Law Reports 1966*, vol. 1, pág. 569.

⁴⁵⁸ Con arreglo a los párrafos 2 y 3 del artículo III del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos de 1969 tal y como fue enmendado por el Protocolo de 1992, *los actos de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irreversible* son elementos que exoneran de responsabilidad al propietario, independientemente de la negligencia de parte del demandante. Véanse también el artículo III del Convenio

haberse adoptado todas las medidas apropiadas, el daño fue resultado de: a) un acto derivado de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; o b) un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable, imprevisible e irresistible; o c) exclusivamente del cumplimiento de una disposición obligatoria de una autoridad pública del Estado donde se haya producido el daño; o d) exclusivamente de la conducta ilícita internacional de un tercero.

28) Si, no obstante, la persona que ha sufrido el daño lo ha causado, o ha contribuido a él, por su propia culpa, la indemnización puede denegarse o reducirse teniendo en cuenta todas las circunstancias.

29) Si el explotador está exento de responsabilidad por cualquiera de las razones señaladas anteriormente, ello no significa, sin embargo, que las víctimas deban afrontar las pérdidas por sí solas. Es habitual que los Estados otorguen a las víctimas pagos *ex gratia*, además de proporcionarles socorro y asistencia para la rehabilitación. Por otra parte, también podría obtenerse indemnización gracias a mecanismos de financiación complementarios. En el caso de exención de responsabilidad del explotador fundada en la excepción relativa a la observancia del ordenamiento jurídico del Estado, existe también la posibilidad de presentar una demanda de indemnización contra el Estado de que se trate.

30) El párrafo 3 se refiere a otra medida importante que debería adoptar el Estado. Debería obligar al explotador

internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos; el artículo 3 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, y el artículo 7 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP). El artículo 3 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos se refiere en términos similares al *explotador de una instalación*. Véase asimismo el artículo 3 del Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT).

También se citan exenciones en el artículo 6 del Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares. Con arreglo a esa Convención no generan responsabilidad alguna para el explotador los daños nucleares que éste pruebe que se deben directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. Véanse también el párrafo 3 del artículo IV de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo 9 del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982; el párrafo 5 del artículo 3 del anexo de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, y el párrafo 1 del artículo 4 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 366 *supra*). La directiva tampoco se aplica a las actividades cuyo primer propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional. Con arreglo al párrafo 6 del artículo 4 tampoco se aplica a las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales. Se pueden ver ejemplos de legislación nacional en el estudio preparado por la Secretaría sobre los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la 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) (nota 352 *supra*), cap. III.

(o, si procede, a otra persona o entidad) a disponer de fondos suficientes no sólo para gestionar la actividad peligrosa con seguridad y con toda la precaución que quepa esperar de una persona prudente en las circunstancias del caso, sino también para poder hacer frente a las demandas de indemnización, en caso de accidente o incidente. A tal efecto, se puede exigir al explotador que cuente con las garantías financieras necesarias.

31) El Estado interesado puede fijar límites mínimos a las garantías financieras constituidas con ese propósito, teniendo en cuenta los recursos de capital de que se dispone a través de los bancos u otros organismos financieros. Incluso los planes de seguros pueden exigir un mínimo de solvencia financiera del explotador para otorgar cobertura. Con arreglo a la mayoría de los regímenes de responsabilidad, el explotador está obligado a contratar un seguro y constituir otras garantías financieras adecuadas⁴⁵⁹. Ello puede ser especialmente necesario para poder acogerse al régimen de responsabilidad financiera limitada, en los casos en que éste existe. Sin embargo, en vista de la diversidad de sistemas jurídicos y de las diferencias de situación económica, se podría dejar a los Estados cierta flexibilidad con respecto a los requisitos exigidos en materia de garantías financieras adecuadas y los medios para constituirlos⁴⁶⁰. Además, para que un sistema de seguros sea eficaz, puede ser necesaria una amplia participación de los Estados potencialmente interesados⁴⁶¹.

32) Nunca se insistirá bastante en la importancia de tales mecanismos. Se ha dicho que: «La garantía financiera de la responsabilidad ambiental es beneficiosa para todas las partes interesadas: para las autoridades públicas y el público en general, es una de las formas más eficaces, si no la única, de asegurarse de que efectivamente se reparan los daños causados en consonancia con el principio de que quien contamina paga; para los operadores industriales, supone un medio de distribuir los riesgos y gestionar

las incertidumbres; para el sector seguros, es un mercado considerable»⁴⁶². También es posible contratar un seguro para cubrir los costos de limpieza.

33) La experiencia adquirida en los mercados de seguros, que en los Estados Unidos están muy desarrollados, se puede transferir rápidamente a otros mercados, ya que el sector de los seguros es un mercado cada vez más globalizado. El artículo 14 de la directiva 2004/35/CE de la Unión Europea sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales⁴⁶³, por ejemplo, dispone que los Estados miembros adoptarán medidas para fomentar el desarrollo, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades en virtud de la directiva.

34) Una de las consecuencias de la contratación de un seguro y de garantías financieras es que el derecho interno puede permitir que se ejercite una acción de indemnización directamente contra cualquier persona que aporte una cobertura financiera. Sin embargo, se puede conferir a esa persona el derecho a exigir que el explotador sea llamado a intervenir en el procedimiento. Esa persona tiene derecho además a invocar los medios de defensa que el explotador habría tenido derecho a invocar en virtud de la ley. En el párrafo 3 del artículo 11 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas y en el párrafo 4 del artículo 14 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación se prevé esta posibilidad. Sin embargo, ambos Protocolos permiten a los Estados hacer una declaración para manifestar que no autorizan esa acción directa.

35) Los párrafos 4 y 5 versan sobre las otras medidas igualmente importantes a las que el Estado debería otorgar una atención prioritaria. Se trata de la creación en el ámbito nacional de un fondo complementario. Naturalmente ello no impide que asuman las responsabilidades entidades subordinadas de la administración si se trata de un Estado con sistema federal. Todos los sistemas existentes de asignación de pérdidas prevén algún tipo de financiación complementaria para atender las demandas de indemnización cuando el explotador no disponga de fondos suficientes para indemnizar a las víctimas. La mayoría de los regímenes de responsabilidad relativos a actividades peligrosas prevén fuentes adicionales de recursos para hacer frente a las demandas de daños y perjuicios, y en especial para sufragar los costos de las medidas de respuesta y rehabilitación que son indispensables para contener el daño y para restablecer el valor de los recursos naturales y los equipamientos colectivos afectados.

⁴⁵⁹ En cuanto a la práctica de los tratados, véase, por ejemplo, el artículo III de la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares; el artículo 7 del Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo VII de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo 10 del Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear; y el artículo 10 del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982. Véase asimismo el artículo V del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos de 1969 tal y como fue enmendado por el Protocolo de 1992; el artículo 12 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP); el artículo 7 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques; el artículo 14 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación; el artículo 11 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas, y el artículo 12 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente.

⁴⁶⁰ Véase, por ejemplo, la declaración de China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19.ª sesión* (A/C.6/58/SR.19) y corrección, párr. 43.

⁴⁶¹ Véase, por ejemplo, la declaración de Italia, *ibid.*, 17.ª sesión (A/C.6/58/SR.17) y corrección, párr. 28.

⁴⁶² Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, de 23 de enero de 2002 (COM(2002) 17 final).

⁴⁶³ Véase la nota 366 *supra*.

36) Los medios de financiación complementaria podrían provenir de diferentes fuentes. En primer lugar podrían ser fondos públicos, que forman parte del presupuesto nacional. En otras palabras, el Estado asumiría una parte de la carga de la pérdida creada por el daño. La segunda partida se imputaría a un fondo común financiado mediante las contribuciones de los explotadores del mismo tipo de actividades peligrosas o de entidades en cuyo beneficio directo se realizara la actividad peligrosa o de riesgo. No suele indicarse expresamente qué tipo de fondo —el creado por los explotadores, o los beneficiarios o el creado por el Estado— prestaría, con carácter prioritario, la reparación cuando se hubieran alcanzado los límites de la responsabilidad del explotador.

Principio 5

Medidas de respuesta

A fin de reducir al mínimo todo daño transfronterizo resultante de un incidente relacionado con actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del presente proyecto de principios, los Estados, si fuere necesario con la asistencia del explotador o, cuando proceda, el explotador, deberían adoptar sin demora medidas de respuesta eficaces. Tales medidas de respuesta deberían incluir la pronta notificación a todos los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, la consulta y la cooperación con ellos.

Comentario

1) Es imposible exagerar la importancia de las medidas de respuesta cuando ha ocurrido un accidente o incidente que ha provocado un daño sensible. De hecho, tales medidas son necesarias para limitar la propagación de los daños y deben adoptarse de inmediato. Así se hace en la mayoría de los casos sin perder tiempo siquiera en identificar a la persona responsable, la causa o la culpa que provocó el suceso. El proyecto de principio 5 asigna al Estado en cuestión la responsabilidad de determinar cómo deben adoptarse tales medidas y quién debe adoptarlas, ya sea el propio Estado, el explotador o alguna otra persona o entidad apropiada. Aunque las palabras «los Estados, si fuere necesario con la asistencia del explotador o, cuando proceda, el explotador», no implican ningún orden de intervención, es razonable suponer que en la mayoría de los casos de daño transfronterizo el Estado desempeñará el papel más destacado. Ese papel deriva de la obligación general de los Estados de velar por que las actividades bajo su jurisdicción y control no causen un daño transfronterizo. Además, el Estado tendrá la posibilidad de obtener el reembolso de los costos de las medidas de respuesta razonables. El texto de la disposición también recoge los matices diplomáticos que a menudo existen en tales casos. Por otra parte, no se pretende excluir la posibilidad de que el primero en reaccionar sea un explotador, por ejemplo una sociedad transnacional.

2) También es frecuente que las autoridades estatales pasen inmediatamente a la acción y evacúen a las personas afectadas a lugares seguros y presten asistencia médica de emergencia y demás socorro inmediato. Es por este motivo por lo que el principio reconoce el importante papel que desempeña el Estado con respecto a la adopción

de las medidas necesarias en cuanto se plantea la emergencia, dada su función de garantizar en todo momento el bienestar de la población y proteger el interés público.

3) El papel previsto para el Estado en el presente proyecto de principio complementa la función que se le asigna en los artículos 16 y 17 del proyecto de artículos sobre la prevención, que se refieren a las obligaciones relativas a la «preparación para casos de emergencia» y la «notificación de una emergencia»⁴⁶⁴.

4) Sin embargo, el presente proyecto de principio va más allá de esas disposiciones. Se refiere a la necesidad de adoptar las medidas de respuesta necesarias después de producirse un incidente que haya causado un daño, pero a ser posible antes de que ese daño adquiera el carácter de daño transfronterizo. Se supone que el Estado en que se haya originado el daño, en interés propio e incluso como obligación derivada de «consideraciones elementales de humanidad»⁴⁶⁵, consulte a los Estados que pueden resultar afectados para determinar cuáles son las medidas de respuesta más adecuadas para prevenir o aminorar el daño transfronterizo⁴⁶⁶. En la segunda oración del presente proyecto de principio cabe distinguir diversos niveles de interacción, a saber, la notificación, la consulta y la cooperación. Se considera que la palabra «pronta» es más apropiada para «notificación», pero puede no ser del todo adecuada en una situación de emergencia con referencia a la «consulta» y la «cooperación», que tienen un carácter más consensual, se basan en la buena fe y por lo general responden a una solicitud. Se considera que la expresión «cuando proceda» responde adecuadamente a esas necesidades y es suficientemente flexible para abarcar una gran diversidad de procesos de interacción según las circunstancias de cada caso.

5) A la inversa, se supone que los Estados que puedan resultar afectados cooperen plenamente con el Estado

⁴⁶⁴ Véanse el texto y los comentarios de los artículos 16 y 17 del proyecto de artículos sobre la prevención en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 179 y 180. El punto de vista de que las obligaciones impuestas por tratados de mantener planes para situaciones imprevistas y responder a situaciones de emergencia debidas a la contaminación del medio ambiente deben considerarse parte del deber del Estado de actuar con la debida diligencia en el control de las fuentes de daños conocidos al medio ambiente se expresa en P. W. Birnie y A. E. Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 358 *supra*), pág. 137. Los autores señalan también que «es legítimo considerar que el asunto del Estrecho de Corfú hace jurisprudencia en lo que respecta a la obligación de derecho consuetudinario de avisar de los riesgos conocidos de daños ambientales» (pág. 136).

⁴⁶⁵ Asunto *Détroit de Corfou* (véase la nota 179 *supra*), pág. 22. Con respecto a ese concepto particular como parte de las «obligaciones [...] basadas [...] en ciertos principios generales y bien reconocidos» (ibíd.), distintos de las fuentes tradicionales de derecho internacional enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, véase B. Simma, «From bilateralism to community interest in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-VI*, La Haya, Martinus Nijhoff, vol. 250 (1997), págs. 220 y ss., en particular págs. 291 y 292.

⁴⁶⁶ Acerca de la obligación de los Estados de notificar y de consultarse con miras a adoptar medidas apropiadas para aminorar el daño, véanse el principio 18 de la Declaración de Río (nota 353 *supra*); la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales; el Convenio sobre la Diversidad Biológica; y el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica; así como los tratados sobre accidentes nucleares y la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares. Véase también Sands, *op. cit.* (nota 403 *supra*), págs. 841 a 847.

de origen. Queda entendido que adoptar medidas de respuesta es también importante para los Estados que se han visto o pueden verse afectados por el daño transfronterizo. Estos Estados deberían adoptar las medidas de respuesta que estén a su alcance en las zonas bajo su jurisdicción a fin de contribuir a prevenir o aminorar el daño transfronterizo. Dichas medidas de respuesta son esenciales no sólo en el interés público sino también para que las autoridades y tribunales competentes puedan tramitar las subsiguientes demandas de indemnización y reembolso de los gastos efectuados para adoptar medidas de respuesta consideradas razonables⁴⁶⁷.

6) Ninguna medida que el Estado adopte en respuesta a la emergencia creada por la actividad peligrosa relega ni debe relegar al explotador a un papel secundario o supletorio. El explotador está igualmente obligado a mantenerse dispuesto a intervenir en caso de emergencia y de poner en práctica medidas de respuesta en cuanto se produce el incidente. El explotador puede y debe dar al Estado toda la asistencia necesaria para que cumpla con sus obligaciones. En particular, el explotador está en la situación mejor para indicar los detalles del accidente, su naturaleza, el momento y el lugar exactos en que se ha producido y las medidas que las partes que puedan resultar afectadas podrían adoptar para reducir al mínimo las consecuencias del daño⁴⁶⁸. En caso de que el explotador no pueda adoptar las medidas de respuesta necesarias, el Estado de origen debería tomar las disposiciones precisas para adoptar tales medidas⁴⁶⁹. Para ello puede recabar la ayuda necesaria y disponible de otros Estados u organizaciones internacionales competentes.

Principio 6

Recursos internacionales y recursos internos

1. Los Estados deberían prever procedimientos apropiados para garantizar que se otorgue una indemnización de conformidad con el proyecto de principio 4 a las víctimas de daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas.

2. Esos procedimientos podrían incluir el recurso a procedimientos internacionales de solución de reclamaciones rápidos y que entrañen unos gastos mínimos.

3. En la medida necesaria a los efectos de otorgar una indemnización de conformidad con el proyecto

⁴⁶⁷ En general, en lo que respecta al carácter razonable como criterio para calcular los gastos que pueden recuperarse, véase P. Wetterstein «A proprietary or possessory interest...», *loc. cit.* (nota 373 *supra*), págs. 47 a 50.

⁴⁶⁸ Los Estados están obligados a notificar esos detalles en caso de incidente nuclear. Véase el artículo 2 de la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares. También deben dar, por conducto del OIEA, a los Estados que puedan verse afectados otra información necesaria para reducir al mínimo las consecuencias radiológicas. Véase asimismo Sands, *op. cit.* (nota 403 *supra*), págs. 845 y 846.

⁴⁶⁹ En virtud de los artículos 5 y 6 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (véase la nota 366 *supra*), la autoridad competente, designada en aplicación del artículo 13, podrá exigir al explotador que adopte las medidas preventivas o reparadoras necesarias o bien adoptar ella misma dichas medidas si el explotador no lo hace o no puede ser localizado.

de principio 4, cada Estado debería velar por que sus mecanismos administrativos y judiciales tengan la competencia necesaria y ofrezcan recursos efectivos a las víctimas. Dichos mecanismos no deberían ser menos rápidos, adecuados y efectivos que aquellos de que dispongan sus nacionales y deberían incluir el acceso adecuado a la información necesaria para utilizarlos.

Comentario

1) En el proyecto de principio 6 se indican las medidas necesarias para hacer operativo y aplicar el objetivo enunciado en el proyecto de principio 4. El *párrafo 1*, que enuncia el requisito de que se prevean procedimientos apropiados para garantizar la indemnización, se aplica a todos los Estados. Dicho párrafo debe compararse con el párrafo 3, que enuncia los requisitos que se aplican de manera particular al Estado de origen.

2) Con el *párrafo 2* se trata de concretar el carácter de los procedimientos pertinentes. Dicho párrafo se refiere a «procedimientos internacionales de solución de reclamaciones». Pueden preverse varios procedimientos. Por ejemplo, los Estados podrían, en caso de daño transfronterizo, negociar y acordar el monto de la indemnización pagadera⁴⁷⁰. Puede tratarse de comisiones mixtas de reclamaciones, de negociaciones para el pago de una suma global, etc. El componente internacional no excluye la posibilidad de que un Estado de origen haga una aportación al Estado afectado para que éste pague la indemnización en el marco del procedimiento interno de reclamaciones que haya establecido. Salvo que se desee otra cosa, tales negociaciones no deberían impedir las negociaciones entre el Estado de origen y los particulares afectados y entre esos particulares y la persona responsable de la actividad que ha causado el daño sensible. Podría acordarse el pago de una suma global como indemnización, ya sea de resultas

⁴⁷⁰ En el caso de los daños causados a pescadores japoneses por los ensayos nucleares llevados a cabo por los Estados Unidos de América en 1954 cerca de las Islas Marshall, este último país pagó al Japón 2 millones de dólares de los EE.UU. Véase al respecto Whiteman, *op. cit.* (nota 127 *supra*), vol. 4, pág. 565. Véase también E. Margolis, «The hydrogen bomb experiments and international law», *The Yale Law Journal*, vol. 64, n.º 5 (abril de 1955), págs. 629 a 647, especialmente págs. 638 y 639. Acerca de los 3 millones de dólares canadienses pagados en concepto de indemnización por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas al Canadá tras el accidente del Cosmos 954 ocurrido en enero de 1978, véase Sands, *op. cit.* (nota 403 *supra*), pág. 887. Véase también *International Legal Materials*, vol. 18 (1979), pág. 907. El autor señala asimismo que, aunque varios Estados europeos pagaron indemnizaciones a sus nacionales por los daños sufridos a consecuencia del accidente nuclear de Chernóbil, no intentaron presentar oficialmente una demanda de indemnización, aun cuando se reservaron el derecho a hacerlo, *ibid.*, págs. 886 a 889. Cabe mencionar también los proyectos de artículo 21 y 22 aprobados por el Grupo de Trabajo creado por la Comisión en 1996 sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional e incluidos en su informe a la Comisión. En el artículo 21 se recomendaba que el Estado de origen y los Estados afectados negociaran a petición de cualquiera de las partes la naturaleza y la cuantía de la indemnización u otra forma de reparación. El artículo 22 hacía referencia a varios factores que los Estados debían tener en cuenta para determinar el monto más equitativo de la indemnización (véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I, en particular págs. 143 a 146).

de un juicio, ya sea mediante un arreglo extrajudicial⁴⁷¹. Las víctimas podrían recibir inmediatamente una indemnización razonable con carácter provisional, en espera de la decisión sobre la admisibilidad de la reclamación y sobre la cuantía efectiva de la indemnización pagadera. Las comisiones nacionales o mixtas de reclamaciones establecidas con ese fin podrían examinar las reclamaciones y decidir la cuantía definitiva de las indemnizaciones⁴⁷².

3) La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas⁴⁷³ puede servir de modelo útil para algunos de los procedimientos a que se refiere el párrafo 2. En este caso, las víctimas son autorizadas a recurrir al procedimiento internacional establecido sin estar obligadas a agotar los recursos internos. Ello permite satisfacer las reclamaciones en un corto período de tiempo.

4) La Comisión es consciente de los elevados costos y gastos que entraña presentar reclamaciones en el plano internacional. También sabe que se tarda mucho tiempo en resolver algunas reclamaciones internacionales. La referencia a que los procedimientos tienen que ser rápidos y entrañar unos gastos mínimos obedece al deseo de no sobrecargar a la víctima con un largo procedimiento similar a un proceso judicial que pueda disuadirla de presentar su reclamación.

5) El párrafo 3 se centra en los procedimientos internos. La obligación se refiere de una manera particular al Estado de origen. Se trata de una disposición relativa al derecho a la igualdad de acceso. Se basa en el supuesto de que el derecho de acceso sólo se puede ejercer si existe un sistema adecuado para el ejercicio de ese derecho. Por consiguiente, la primera frase del párrafo 3 versa sobre la necesidad de conferir la competencia necesaria a los mecanismos administrativos y judiciales. Esos mecanismos han de poder conocer de las demandas de indemnización relativas a las actividades comprendidas

⁴⁷¹ En relación con la catástrofe causada por la fuga de gases en Bhopal, el Gobierno de la India intentó acumular las reclamaciones de las víctimas. Procuró obtener indemnización en primer lugar ante los tribunales de los Estados Unidos, pero, por motivo de *forum non conveniens*, el asunto se dirimió ante la Corte Suprema de la India. La ley relativa a la catástrofe causada por la fuga de gases en Bhopal (Sustanciación de reclamaciones), de 1985, sienta las bases para la acumulación de las demandas de indemnización. La Corte Suprema de la India, en el asunto *Union Carbide Corporation v. Union of India and others*, dictó una orden en la que fijaba la cuantía de la indemnización global que debía pagarse. Dispuso que Union Carbide pagara una suma global de 470 millones de dólares a la Unión de la India como liquidación total de todas las reclamaciones, derechos y obligaciones relacionados con la catástrofe de Bhopal o derivados de él (véase *All India Reporter 1990*, vol. 77, págs. 273 y ss.). La demanda de indemnización original del Gobierno de la India era de más de 1.000 millones de dólares.

⁴⁷² Con respecto a la concesión en abril de 2002 de 324.949.311 dólares a la población de Enewetak en concepto de daños a la tierra resultantes del programa nuclear llevado a cabo por los Estados Unidos de América entre 1946 y 1958, véase el asunto *In the Matter of the people of Enewetak* (nota 422 *supra*).

⁴⁷³ Creada en cumplimiento de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, de 3 de abril de 1991. Véanse asimismo las resoluciones del Consejo de Seguridad 674 (1990), de 29 de octubre de 1990, y 692 (1991), de 20 de mayo de 1991, y el informe del Secretario General presentado en cumplimiento del párrafo 19 de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad (S/22559). Sobre el procedimiento adoptado por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, véase M. Kazazi, «Environmental damage in the practice of the UN Compensation Commission», en M. Bowman y A. Boyle (eds.), *op. cit.* (nota 393 *supra*), págs. 111 a 132.

en el ámbito de aplicación del presente proyecto de principios. La primera frase hace hincapié en la importancia de garantizar unos recursos efectivos. Subraya la importancia de eliminar los obstáculos a fin de garantizar la participación en las audiencias y los procedimientos administrativos. La segunda frase versa sobre dos aspectos del derecho a la igualdad de acceso. Subraya la importancia de que las demandas de indemnización concernientes a actividades peligrosas se resuelvan con arreglo a normas procesales no discriminatorias, y, en segundo lugar, trata de la igualdad de acceso a la información. Con la referencia a un acceso «apropiado» se pretende indicar que en determinadas circunstancias se puede denegar el acceso a la información o su divulgación. Sin embargo, es importante que incluso en tales circunstancias sea fácil obtener información en lo que concierne a las excepciones aplicables, los motivos de denegación, las vías de recurso y las costas procesales, en su caso. Cuando sea posible, la información debería ser accesible gratuitamente o con un costo mínimo.

6) El acceso a los procedimientos internos disponibles en caso de daño transfronterizo debería ser similar al que un Estado ofrece a sus propios nacionales en el marco de su derecho interno. Se recordará que en el artículo 15 del proyecto de artículos sobre la prevención se impone a los Estados una obligación similar con respecto a las demandas que se presenten durante la fase de prevención, en la cual los Estados están obligados a gestionar con la diligencia debida el riesgo que entrañan las actividades peligrosas⁴⁷⁴. En el artículo 32 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación figura una disposición análoga relativa a las demandas de indemnización del daño efectivamente sufrido a pesar de todos los esfuerzos realizados para prevenirlo.

7) El derecho de accionar es un principio fundado en la no discriminación y la igualdad de acceso a los recursos internos. 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. Este principio se refleja también en el principio 10 de la Declaración de Río⁴⁷⁵ y en el principio 23 de la Carta Mundial de la Naturaleza⁴⁷⁶. También tiene cada vez más aceptación en el derecho constitucional interno en lo que se refiere a la protección del medio ambiente⁴⁷⁷.

8) El párrafo 3 no palia ni resuelve los problemas relativos al derecho aplicable, que constituye, dada la diversidad y la falta de consenso entre los Estados, un obstáculo considerable para ofrecer recursos judiciales rápidos,

⁴⁷⁴ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 178.

⁴⁷⁵ Véase la nota 353 *supra*.

⁴⁷⁶ Resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, anexo.

⁴⁷⁷ Véase K. W. Cuperus y A. E. Boyle, «Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses», en Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-Seventh Conference, Helsinki, 12-17 August 1996*, Londres, 1996, págs. 403 y ss., en particular pág. 407.

adecuados y eficaces a las víctimas⁴⁷⁸, en particular si son pobres y no cuentan con asistencia letrada a nivel local. A pesar de estos inconvenientes, representa un paso en la buena dirección, que puede incluso considerarse esencial. Los Estados podrían realizar progresos fomentando la armonización de las leyes y acordando una ampliación del acceso y los recursos disponibles.

9) En virtud de la Convención relativa a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, pueden facilitarse recursos en los tribunales de una de las partes sólo si: *a)* se ha sufrido un daño; *b)* el explotador tiene su residencia habitual en el territorio de esa parte; o *c)* el explotador tiene su establecimiento principal en ese territorio. El artículo 19 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, el artículo 17 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación y el artículo 13 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas ofrecen una elección de foros similar.

Principio 7

Elaboración de regímenes internacionales específicos

1. Los Estados deberían cooperar en la elaboración de acuerdos internacionales apropiados de carácter bilateral, regional o mundial a fin de tomar disposiciones sobre las medidas de prevención y respuesta que habría que aplicar con respecto a determinadas categorías de actividades peligrosas así como sobre las medidas que habría que adoptar en materia de indemnización y garantías financieras.

2. Esos acuerdos podrán incluir la creación de fondos de indemnización financiados por la rama de actividad y/o por el Estado con miras a aportar una indemnización complementaria en caso de que los recursos financieros del explotador, incluidas las medidas de garantía financiera, sean insuficientes para cubrir las pérdidas sufridas como resultado de un incidente. Estos fondos podrán tener por objeto complementar o sustituir los fondos nacionales financiados por la rama de actividad.

Comentario

1) El proyecto de principio 7 corresponde a la serie de disposiciones que figuran en el proyecto de principio 4, salvo que se aplican en el plano internacional. En el *párrafo 1* se insta a los Estados a que cooperen en la elaboración de acuerdos internacionales de carácter bilateral, regional o mundial en tres esferas: a fin de tomar disposiciones en materia de prevención; a fin de tomar disposiciones sobre las medidas de respuesta que habría que aplicar, en caso de accidente, con respecto a determinadas categorías de actividades peligrosas para minimizar los daños transfronterizos, y, por último, a fin

de tomar disposiciones sobre las medidas que habría que adoptar en materia de indemnización y garantías financieras para garantizar una indemnización pronta y adecuada.

2) En el *párrafo 2* se insta a los Estados a cooperar con vistas a establecer, en el plano internacional, diversos sistemas de garantía financiera en forma de fondos financiados por la rama de actividad o por el Estado a fin de garantizar a las víctimas del daño transfronterizo una reparación suficiente, pronta y adecuada. El *párrafo 2* implica también el reconocimiento de que, independientemente de lo que los Estados deban hacer en el ámbito interno para cumplir sus obligaciones en materia de medidas de respuesta y de indemnización, la certidumbre y la coherencia de la práctica en esta esfera requieren también acuerdos internacionales. Este principio señala la necesidad de que los Estados concierten acuerdos específicos y los adapten a las circunstancias particulares de las diversas actividades peligrosas. También reconoce que, en el régimen de responsabilidad por daños transfronterizos, hay diversas variables cuya selección o elección es preferible dejar a discreción de los distintos Estados o a su legislación o práctica nacionales, teniendo en cuenta sus propias necesidades, realidades políticas y fases de desarrollo económico. Es probable que unos acuerdos concertados en el plano regional con respecto a categorías específicas de actividades peligrosas sean más productivos y duraderos en lo que concierne a proteger los intereses de sus ciudadanos, el medio ambiente y los recursos naturales de los que dependen.

3) También cabe recordar que, desde que empezó a examinarse el tema, la Comisión partió del supuesto de que su finalidad primordial era «fomentar la elaboración de regímenes para regular, sin recurrir a la prohibición, la realización de cualquier actividad concreta que se advierta que entraña peligros reales o potenciales de carácter esencial y que tenga efectos transnacionales»⁴⁷⁹. Según este punto de vista, el término *liability* entrañaba «un deber de prestación, una obligación (en contraposición a un derecho)»⁴⁸⁰ y, por consiguiente, designaba no sólo las consecuencias del incumplimiento de una obligación, sino también la obligación misma. Este tema, así considerado, trataba de las responsabilidades primordiales del Estado, al tiempo que tenía en cuenta la existencia y la conciliación de «intereses legítimos y de múltiples factores»⁴⁸¹. Quedaba entendido además que se trataba no sólo de elaborar principios de prevención como parte de una obligación de diligencia debida y razonable, sino también de establecer un régimen adecuado y acordado de indemnización, como reflejo de la aplicación de principios de equidad. Esta es la filosofía que impregnaba todo el plan, cuya designación más apropiada es la de

⁴⁷⁹ Informe preliminar sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, pág. 262, párr. 9.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, párr. 12.

⁴⁸¹ *Ibid.*, pág. 271, párr. 38.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, especialmente pág. 406.

plan de «expectativas compartidas»⁴⁸² con «posibilidades ilimitadas»⁴⁸³ para los Estados.

Principio 8

Aplicación

1. Cada Estado debería adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicar el presente proyecto de principios.

2. El presente proyecto de principios y las disposiciones de aplicación deberían llevarse a efecto sin discriminación alguna por razón, por ejemplo, de nacionalidad, de domicilio o de residencia.

3. Los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional.

Comentario

1) En el proyecto de principio 8 se reitera lo que está implícito en los demás proyectos de principio: que cada Estado debería adoptar medidas legislativas, reglamentarias y administrativas para la aplicación del presente

⁴⁸² Las «expectativas compartidas» son aquellas que: «a) se han expresado en la correspondencia u otras comunicaciones entre los Estados interesados o, en la medida en que no se hayan expresado de ese modo, b) pueden deducirse implícitamente de principios comunes, legislativos o de otro carácter, o de normas de conducta normalmente observadas por los Estados interesados o en cualquier agrupación regional o de otro tipo a que ambos pertenezcan o en la colectividad internacional» (tercer informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/360, pág. 76, plan esquemático, secc. 4, párr. 4). En cuanto a la naturaleza de las «expectativas compartidas», Barboza explicó que «tienen cierta fuerza de creación de derechos. Eso cae dentro de la aplicación del principio de la buena fe, del *estoppel*, o de lo que suele llamarse en algunos sistemas jurídicos la doctrina de los actos propios» (segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Julio Barboza, Relator Especial, *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/402, pág. 158, párr. 22).

⁴⁸³ Informe preliminar sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (véase la nota 479 *supra*), pág. 274, párr. 48.

proyecto de principios. Tiene por objeto subrayar la importancia de la aplicación en el plano nacional mediante incorporación a la legislación interna de las normas u obligaciones internacionales acordadas por los Estados partes en acuerdos internacionales. En el *párrafo 2* se destaca que este proyecto de principios, y las disposiciones de aplicación deberían llevarse a efecto sin discriminación alguna. El término «alguna» indica que ninguna discriminación, cualquiera que sea el motivo es válida. Las referencias a la nacionalidad, el domicilio o la residencia son sólo ejemplos, aunque ejemplos frecuentes y pertinentes de estos motivos de discriminación, en el contexto de la resolución de reclamaciones relativas a daños transfronterizos.

2) El *párrafo 3* es una cláusula general, que dispone que los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional. Esta disposición se basa en el artículo 8 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas. Es imposible exagerar la importancia de los mecanismos de aplicación. Desde la perspectiva del derecho internacional general y convencional, esta disposición se aplica en el plano internacional esencialmente entre Estados y se debe llevar a efecto en el plano nacional mediante técnicas internas específicas, constitucionales, legislativas y de otro tipo. El artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 enuncia el principio fundamental *pacta sunt servanda*. El artículo 27 de la misma Convención recuerda el conocido principio según el cual los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno ni las lagunas de ese derecho como justificación del incumplimiento de sus obligaciones convencionales⁴⁸⁴. Es importante que los Estados promulguen leyes nacionales adecuadas para aplicar estos principios, a fin de que las víctimas de daños transfronterizos no se queden sin el debido amparo legal.

⁴⁸⁴ Véase A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, págs. 143 a 161, especialmente pág. 144. Sobre la aplicación de las decisiones internacionales a nivel nacional, hay numerosas publicaciones referentes a la experiencia de distintos países (véase *Recueil d'articles de conseillers juridiques d'Etats, d'organisations internationales et de praticiens du droit international* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 99.V.13), cap. III, págs. 165 a 219).